

077239

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

674

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

11 262 Y CIENCIAS SOCIALES
113

**ADMISIBILIDAD Y PERTINENCIA
DE LA PRUEBA EN MATERIA
CIVIL**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

ERNESTO RAMIREZ GUATEMALA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



SAN SALVADOR

DICIEMBRE DE 1970.

TR I B U N A L E S E X A M I N A D O R E S

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.

Presidente: DR. LUIS SALMAN CORTEZ

Primer Vocal: DR. JOSE ERNESTO CRIOLLO

Segundo Vocal: DR. CARLOS RAMON DAVILA

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

Presidente: DR. MANUEL ATILIO HASBUN

Primer Vocal: DR. FRANCISCO CALLEJAS PEREZ

Segundo Vocal: DR. ROMEO AURORA

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

Presidente: DR. PABLO MAURICIO ALVERGUE

Primer Vocal: DR. CARLOS RODRIGUEZ

Segundo Vocal: DR. RONOLDY VALENCIA URIBE

-- o --

Asesor de Tesis: DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS.

Presidente: DR. CARLOS RAMOS CONTRERAS.

Primer Vocal: DR. MAURICIO ALFREDO CLARA

Segundo Vocal: DR. ROMAN ZUNIGA VELIS

CONTENIDO

TITULO PRIMERO

CAPITULO I

	pag-
NATURALEZA DE LA PRUEBA.....	1
PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA.....	13
DERECHO DE PROBAR.....	30
CARGA DE LA PRUEBA.....	40

CAPITULO II

OBJETO DE LA PRUEBA.....	53
ACTOS, HECHOS Y PROPOSICIONES QUE DEBEN PROBARSE..	60
ACTOS, HECHOS Y PROPOSICIONES QUE NO NECESITAN PRUEBA.....	74

TITULO SEGUNDO

CAPITULO I

DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.....	92
CONDUCENCIA, ADMISIBILIDAD Y EFICACIA. LIMITACION DE LOS CONCEPTOS.....	93
DISTINTOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU EFICACIA.....	105
JUICIOS EN QUE ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA SON INADMI SIBLES.....	136

CAPITULO II

pag.

DE LA PERTINENCIA DE LA PRUEBA. LIMITACION DEL CONCEPTO.....	139
EL ORGANO JURISDICCIONAL COMO SUJETO QUE VALORA LA PRUEBA.....	145

CAPITULO III

DE LA DECLARATORIA DE INADMISIBILIDAD O IMPERTI- NENCIA DE LA PRUEBA.....	153
LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ DE VALORAR LA PRUEBA AL MOMENTO DE SU OFRECIMIENTO.....	153
CRITERIO GENERALIZADO EN NUESTRO TRIBUNALES.....	156

ADMISIBILIDAD Y PERTINENCIA DE LA
PRUEBA EN MATERIA CIVIL

TITULO PRIMERO

DE LA PRUEBA

CAPITULO I

A) NATURALEZA DE LA PRUEBA. Múltiples conceptos se nos han dado ya por los procesalistas acerca de lo que debemos entender por prueba. Los partidarios de interpretar únicamente el sentido estricto del vocablo nos proporcionan una definición que se fundamenta en lo etimológico. Así, según Caravantes, para unos la palabra prueba viene del adverbio probe, que equivale en castellano a honradamente, ya que el que alega una cosa y la prueba obra con honradez; y para otros, procede de la palabra latina probandum, que es lo mismo que recomendar, probar, experimentar, patentizar o hacer fe.

Hay quienes, también se limitan a dar una acepción de carácter gramatical, expresando que la prueba "es la acción y efecto de probar y también la razón, argumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa". (1)

Carnelutti -citado por Eduardo Pallarés- sostiene "que probar no consiste en evidenciar la existencia de un hecho sino en "verificar un juicio" o lo que es igual, demostrar su verdad o falsedad".(2).

Rafael De Pina en su "Tratado de las Pruebas Civiles" dice que según la define la Ley de Partidas" por prueba se entiende principalmente, la averiguación que se hace en juicio de algu-

(1) Rafael De Pina Tratado de las Pruebas Civiles Pag.35

(2) Eduardo Pallares Diccionario de Derecho Procesal Civil Pag.624.

na cosa dudosa (Ley la. Título XIV, Partida 3a.) o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante en la forma que la ley previene, ante el juez del litigio y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito". (3)

En cuanto a sus alcances, también se dice que la prueba puede significar los medios probatorios que son los elementos de convicción o la certeza que se cause en el entendimiento del juez por medio de dichos elementos.

Se sigue el primer significado, cuando se afirma que la parte se encuentra asistida de prueba, que posee la idónea o pertinente, ya se trate de que la que se vierta en juicio sea testimonial, de confesión o instrumental.

De todo lo dicho, deducimos que la noción de prueba no se encuentra circunscrita exclusivamente a la esfera del hacer jurídico; por el contrario, participa de todas las manifestaciones de la vida humana, así por ejemplo, el primer signo que el hombre dejó impreso en el planeta es prueba fehaciente del fin de la arqueología y el principio de la antropología.

Por ello es que en todo el panorama cultural, existen dos nociones de dicha palabra, una de carácter vulgar y otra de carácter técnico jurídico, cuya diferencia mas bien puede apreciarse en sus consecuencias ya que al obtener el resultado de las probanzas, como lo sostiene Devis Echandía "las del juez o legislador son imperativas, vinculantes, en sus distintas condiciones concretas o abstractas", en cambio, para el caso de un historiador, lingüista, paleontólogo etc., "son informativas, polémicas, de libre aceptación." (4)

(3) Rafael De Pina Ob. C. pag. 35

(4) Compendio de Pruebas Judiciales Pag. 1 Hernando Devis Echandía.

En síntesis, la prueba es el elemento esencial para la reconstrucción del pasado; el jurista y el legislador recurren a ella para adquirir una certeza acerca del presente y dictar normas generales o concretas que regulen el porvenir; y el historiador, antropólogo o lingüista, para informar y valorar el pretérito.

Ahora bien, vistas las diversas acepciones que se han dado de la prueba y conscientes de que las perspectivas desde las cuales pueda ser apreciada, en ningún momento harán variar el concepto substancial de la misma, quedaría siempre la interrogante de lo qué en esencia debemos entender por prueba: como un sustantivo, como una acción, como un efecto o como un argumento; y en caso de que se sostuviera, que precisamente todo ello lo constituye, cabría la posibilidad -como se ha hecho tradicionalmente- de encerrarla en un solo concepto? o por el contrario, tendríamos que concluir que de la prueba se pueden dar como del derecho varias acepciones, pero limitadas cada una a determinado punto de apreciación?

Si consideramos que en esencia la prueba son esos medios o instrumentos de que nos servimos para establecer la certeza o falsedad de una proposición o la existencia o inexistencia de una cosa, inmediatamente nos percatamos de que tal concepto es inconcluso, por cuanto únicamente nos estaríamos refiriendo a objetos, actos o hechos que proporcionan un estado de evidencia en el que valora la prueba, pero dejaríamos fuera el proceso intelectual de aquel y su efecto, que es la prueba misma.

Si por el contrario, afirmamos como lo hacen algunos juristas que la prueba fundamentalmente es una acción ya que "es la actividad mental que partiendo de un hecho o verdad conocidos nos permite conocer otros desconocidos" (5) notaremos que tal afirmación se refiere en esencia al proceso intelectual

(5) Eduardo Pallares Diccionario de Derecho Procesal Civil pag. 624.

integral o unitario de ella. Por su propio contenido, lo que puede proporcionarse son conceptos de carácter particular o orientados a un punto de vista específico.

Hay algo que al tratar de la naturaleza de la prueba, también es necesario considerar aunque sea someramente; y es que en virtud de su participación en todas las manifestaciones de la vida humana la prueba está íntimamente unida con los principios más elevados de la filosofía, pues "ella resume", en cierto modo, los medios de percibir de conocer y de juzgar de que el hombre está dotado y bajo este aspecto, se levanta sobre los mismos fundamentos en que se posa el conjunto de conocimientos humanos". (8)

Ahora bien, si juzgar es valorar para definirse en uno u otro sentido; y la prueba es el resumen de los medios que nos sitúan en dicho estado, es indudable que todas aquellas operaciones intelectivas de que se ocupa la lógica, son también motivo de estudio y aplicables a la teoría general de la prueba.

La causa quizás merece mayor explicación, sin embargo, por hoy bastará con decir que la prueba sea que se considere como medio o como convicción, no es, sino que fundamentalmente, un problema de conocimiento, de "aprehensión espiritual de un objeto" (9) que se adquiere o por la vía de la razón o intuitivamente.

Conocer presupone un ordenamiento en el espacio y en el tiempo de todas aquellas sensaciones que percibimos; de aquí que la teoría general de la prueba, parte también del estudio de la percepción como el fenómeno primario que se produce en la inteligencia del juzgador para llegar a la certeza de los actos, hechos, sus modos, formas y circunstancias que ante él se le plantean o controvierten.

(8) Rafael Gallinal Comentarios al Código de Procedimientos Civiles pag. 13.

(9) Humberto Piñera Llera Introducción a la Filosofía pag.45.

Percibido el objeto -nos dice la lógica general- el sujeto cognoscente toma conciencia de aquel, lo compara y relaciona con otros objetos entre sí, para ver si se asemejan y reunirlos en una sola imagen mental; o abstrae sus cualidades esenciales, para afirmar o negar la existencia o inexistencia del objeto.

El mismo proceso intelectual se produce en el juzgador cuando para dictar su fallo valora la prueba; pero así como en la lógica general la certeza no siempre puede adquirirse por medio de las facultades sensitivas del hombre, tampoco el juzgador en la teoría general de la prueba puede sentenciar, si no es, mediante el uso y aplicación de determinado método tanto en la forma de proporcionar la prueba como en su adquisición.

Con los adelantos científicos logrados hasta la fecha, la variedad de escuelas filosóficas que existen en la actualidad y la relación del derecho con las diversas actividades del hacer humano, no podríamos determinar categóricamente qué método es el utilizable en nuestra ciencia, pues caeríamos en una inexactitud; sin embargo siguiendo el pensamiento de Antonio Cases, podemos decir que: "Aristóteles resulta a nuestro modo de entender -el generador de la prueba judicial porque su sistema es método de inducción- Caer el sistema y el juicio procesal es entonces instrumento de iniquidades. Así se llega a la edad media, en que la deducción se aplica al procedimiento"(10) agregando el mismo autor que "es en la edad media en donde surge el cerebro que vuelve hacia el método inductivo, de allí que los maestros de la lógica (Descartes, Malebranche, Spinoza) hayan sido las fuentes en que han bebido quienes han escrito y teorizado sobre las pruebas. Estas se acercan a la lógica, tanto como se identifican con la física. Tienen de común

(10) Antonio Cases Motivo de Derecho Procesal pag. 252.

con esta última ciencia, que ambas rechazan el milagro" (11).

En tal virtud, situando a Aristóteles en el lugar del epa-
recimiento de ese conjunto de conocimientos sistematizados con
forme a ciertos requisitos, podemos decir que a la fecha, los
métodos mas conocidos y posiblemente utilizables en la ciencia
del derecho son a) El Método Deductivo que es el que parte de
ciertos principios o leyes para llegar a los hechos particula-
res; b) El Método Inductivo que es el que parte de los ejem-
plos para llegar a la definición, de los hechos para llegar a
las causas, de los fenómenos en particular y concluir en una
ley general; c) El Método Dialéctico que se fundamenta en la
lógica hegeliana y cuyo creador sostiene que "es el único ins-
trumento capaz de proporcionarnos el conocimiento de la reali-
dad porque si el universo es un todo en el cual se suman ínte-
gramente la realidad y la verdad y si no hay teoría que no pue-
da contener toda la verdad, ninguna teoría puede ser enteramen-
te verdadera".(12)

De tal manera que si ninguna teoría encierra una verdad ab-
soluta, sino que por el contrario no es completamente verdadera,
la verdad que establece no es verdadera.

De la aplicación de este método resulta que la primera teo-
ría se llama tesis; contradiciéndola con la parte de falsedad
que encierra se encuentra la antítesis; y el resultado de la
contraposición recibe el nombre de síntesis.

Hoy en día existe otro método muy en boga y es del materia-
lismo Dialéctico. En la forma es el mismo de Hegel con la di-
ferencia de que la contradicción de que éste hablaba no se en-
cuentra en el concepto sino que en la naturaleza misma; de a-
quí que las contradicciones de la conciencia no sean sino el
resultado de las contradicciones del ser que es el determinan-
te.

(11) Antonio Cases Ob. pag. 252.

(12) Humberto Piñera Llora Introducción a la Filosofía pag. 49

Como vemos pues, esa certeza que los medios probatorios proporcionan al juzgador es adquirida en primer lugar, según el hecho que se esté valorando; y en segundo, de conformidad a la orientación filosófica del Estado, ya sea que la valoración de la prueba sea libre, rígida o de sano crítica.

PRUEBA JUDICIAL

En términos generales, todo lo expresado anteriormente corresponde al estudio de la noción que cualquier persona puede tener de la prueba, pero desde el punto de vista judicial, por prueba vamos a entender desde este momento, la que se introduce en el proceso, que es el resultado de aquellas actividades realizadas por el juez, las partes o por los terceros y que pueda ser aducida tanto en materia civil, penal, administrativa e inclusive ante los organismos arbitrales.

En concreto, usaremos la palabra prueba tanto como el elemento encaminado a producir la certeza en el juez; asimismo, a través del desarrollo de nuestro trabajo, tendremos necesariamente que encontrarnos varias veces con la prueba instrumental, la inspección del juez, el examen de testigos, pero en todos los casos, deberemos ver tales actividades como de carácter jurisdiccional, pues como lo sostiene Eduardo Pallares "importa subrayar la circunstancia de que los documentos, las declaraciones de los testigos, etc., no constituyen medios de prueba, sino en tanto que son producidos judicialmente. Por eso todos presuponen actividades jurisdiccionales". (13)

PRUEBA E INFORMACION

Como la prueba es precisamente lo único con que cuenta el juez para proveer en forma definitiva, por regla general en el orden judicial la ley exige rigurosidad en la comprobación de

(13) Eduardo Pallares Ob. C. pag.625.

los hechos controvertidos; sin embargo, nos dicen algunos autores, que en aquellos actos mal llamados de jurisdicción voluntaria, se conforma con una mera información que puede servir de base a resoluciones judiciales.

Los tratadistas justifican dicho criterio manifestando que se trata entonces de elementos de convicción de menor importancia que la prueba considerada estricto sensu, pero suficientes para que el Organismo Jurisdiccional pueda actuar o resolver algo.

En relación con este punto, consideramos que no debería justificarse en forma tan sencilla, porque si bien es cierto que el legislador en algunos casos ha establecido seguir una simple información sumaria, ha sido con el objeto de facilitar ciertos procedimientos, pero no porque pudiera creerse de que todos ellos son actos de menor importancia, que solamente necesitan de simples elementos de convicción para ser resueltos.

Por el contrario, somos de opinión que en algunos casos de éstos que se resuelven por mera información sumaria, la valoración de la prueba si no se exige que sea más rigurosa, por lo menos debe ser tanto como la de aquellos en que existe la controversia de partes; y es por la razón de que resuelven situaciones de orden público.

De tal manera pues, que en ningún momento ha sido el espíritu del legislador al dejar el amplio criterio del juez la recepción y valoración de la prueba vertida en esos procedimientos, no obstante, en el campo de la realidad, son muy raros los jueces que se preocupan de garantizar el interés público; la mayoría pecando de negligentes rompen el fundamento filosófico de la ley y como consecuencia de tal irresponsabilidad, es que en muchos casos los intereses de los menores e incapaces no son protegidos en la forma que exige el orden público.

Desde aquí *✓* CLASIFICACION DE LA PRUEBAS

Por tratarse de un trabajo en el cual nos veremos precisa-

dos constantemente o referirnos a los diversos medios probatorios, creemos que es necesario y de no menos importancia proponer una clasificación de las pruebas, reseñando lo mas suscito posible cada una de sus características.

Hemos consultado diversos autores en relación a este punto y cada uno de ellos sugiere su propia clasificación, sin embargo, la mas completa es la que Eduardo Pallares nos da en su Diccionario de Derecho Procesal; y que según su decir ha sido tomada principalmente del conocido Tratado de las Pruebas Judiciales de Jeremías Benthan y del Sistema de Carnelutti. Dicha clasificación es la siguiente:

a) DIRECTAS O INMEDIATAS. Las pruebas directas son aquellas que por sí mismas proporcionan al juez o tribunal la certeza del hecho que se pretende probar; no existe intervención de ningún intermediario sino que el conocimiento se produce de un modo inmediato.

En las pruebas mediatas o indirectas, como en el caso de los testigos, instrumentos, o fama pública, sucede lo contrario. Con relación a esta clase de pruebas es el mismo Pallares quien se encarga de decirnos: "que en su opinión la única prueba inmediata es la de la inspección judicial y no siempre porque es la que pone al juez en contacto directo con la cosa que se trata de probar". (14)

b) REALES Y PERSONALES. Esta clase de pruebas están referidas al ser que las suministra. Así, las pruebas reales las proporcionan las cosas y las personales, las personas por medio de sus actividades, tales como la deposición de testigos, la confesión y los dictámenes periciales.

No obstante, cuando el individuo es considerado como objeto mismo de la prueba, la certeza que de su examen se obtenga será una prueba real. Así el caso, cuando alguien es examinado

(14) Eduardo Pallares Ob. C. pag. 625.

por facultativos de conformidad con el artículo 331 de nuestro Código Civil con el objeto de calificar su edad media.

c) ORIGINALES Y DERIVADAS. Esta clasificación se refiere especialmente a los documentos de los que consta el acto jurídico que hay que probar ya sea que se traten de testimonios, copias o reproducciones.

Escriche dice: "llámese original o primordial la primera copia que literal y fielmente se saca de la escritura matriz o sea la que consta en el Protocolo o Registro hecha por el escribano que la hizo o autorizó". (15)

Siguiendo el mismo criterio, nuestra Legislación Procesal Civil reconoce como escritura original y pública a la primera copia que se saca del Protocolo y que ha sido hecha con todas las solemnidades necesarias, por un funcionario público autorizado para otorgarla.

d) PRUEBAS PRECONSTITUIDAS Y CASUALES. Esta clasificación se refiere al objeto para el cual ha sido creada la prueba, si para que tenga eficacia en un proceso o para fines extraprocesales, lo cual no quiere decir que esta última ocasionalmente pueda ser vertida en juicio.

Para Devis Echandía "tanto las extrajudiciales como las judiciales pueden tener una u otra destinación y, por ello solo con este criterio hay utilidad en distinguirla" .(16).

Las pruebas preconstituidas son aquellas que según Pothier bien tienen existencia jurídica antes del juicio o que se crean en vista del posible pleito. Ejemplos de las primeras serían los contratos escritos, las partidas del Registro Civil, etc. Ejemplos de las segundas los encontramos en los Artos.156 y 162

(15) Joaquín Escriche , Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia , pag.1402.

(16) Hernando Devis Echandía Ob. C. pag.201.

del Código de Procedimientos Civiles. En el primero se trata de la exhibición de documentos; y en el segundo, no obstante que parece regular únicamente la prueba testimonial y la confesión, debe entenderse que también es aplicable a todos los medios de prueba, pues cuando ejemplariza la posibilidad de que se pierda la prueba testimonial tanto para el demandante como para el demandado, hace uso al final, de las palabras "o en otros casos semejantes" que son de fácil comprensión estar siendo referidas a todos los medios de prueba y no exclusivamente a otros casos semejantes de la prueba testifical.

Las pruebas casuales, como su mismo nombre lo indica son aquellas que ocasionalmente se van produciendo en el juicio, así: la testimonial, la prueba de peritos y la inspección judicial.

a) PRUEBAS NOMINADAS E INNOMINADAS. Esta clasificación de las pruebas guarda estrecha relación con los sistemas legales que se siguen en la valoración de la misma: el de la prueba tasada, el de la íntima convicción o el de la sana crítica.

Como es sumamente conocido, en el sistema de la prueba tasada es la ley misma la que la autoriza, determina su valor probatorio y la forma en que debe producirse. Son los medios de prueba que encontramos enumerados en el Código y que también conocemos con el nombre de prueba legal.

La prueba innominada es la contrapartida de la anterior. No se encuentra reglamentada por la ley, su valor probatorio queda al buen juicio del magistrado; y es él precisamente quien se encarga de señalar o dirigir la forma en que debe producirse.

En el caso de la prueba nominada el juez se ve obligado a recibir únicamente la prueba que la ley señala para el hecho controvertido; en el caso de la prueba innominada el juez se encuentra en la facultad de admitir toda clase de pruebas, se

gún se lo dicte su buen juicio y su conciencia.

Carnelutti ha enunciado la doctrina siguiente respecto de las pruebas innominadas o libres: "como su eficiencia probatoria no está determinada por la ley, deberán aplicarse a cada una de ellas, los preceptos relativos a la prueba reglamentada con la que tenga mas analogía, de una manera semejante a lo que acontece con los contratos innominados" (17).

f) HISTÓRICAS Y CRÍTICAS. Esta clasificación es de Carnelutti y consiste "en que las históricas reproducen de algún modo el hecho que se trata de probar, mientras que en las críticas solo se llega al conocimiento de ese hecho, mediante inducciones o inferencias" (18). Podemos citar como pruebas históricas los instrumentos y los testigos y como críticas las presunciones y el dictamen pericial.

A esta clasificación se agrega la de pertinentes e impertinentes; idóneas e ineficaces; útiles e inútiles; concurrentes y singulares; morales e inmorales; legales o ilegales.

Como de las demás trataremos en su debida oportunidad, por el momento nos permitiremos hacer una breve relación solo acerca de lo que se entiende por pruebas concurrentes y singulares.

Son pruebas singulares aquellas que al verse en juicio, por sí solas producen en el juez la certeza del hecho que se pretende probar, así: la confesión judicial, los instrumentos, la inspección judicial y otras análogas.

Son pruebas concurrentes las que únicamente tienen eficacia probatoria cuando van asociadas con otras, sea que lo que pretendan establecer es el hecho en sí o alguna de sus circunstancias. Tal es el caso de las presunciones.

B) PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA. Como se habrá podido notar en el curso del presente trabajo, en muchas oportunida-

(17) Eduardo Pallares Ob. C. pag. 626

(18) Eduardo Pallares Ob. C. pag. 627

des nos hemos referido a una "Teoría General de la Prueba" como si por adelantado hubiésemos estado afirmando que tal Teoría existe.

Pues bien, como hoy vamos a entrar al estudio del segundo apartado del presente capítulo, que trata de los Principios Generales de la Prueba, consideramos de vital importancia hacer una pequeña relación al problema que aún subsiste entre los procesalistas de que si efectivamente pueda hablarse de una "Teoría General de la Prueba".

Nuestra opinión personal es que sí existe esa Teoría General y como consecuencia, puede hablarse de Principios Generales aplicables a ella; y las razones que nos asisten son las siguientes:

Es indudable que entre el proceso penal y el proceso civil existen diferencias importantes, sin embargo dichas diferencias que en el pasado pudieron ser consideradas enormes, a medida que el tiempo ha transcurrido y la orientación política del proceso civil ha sufrido un giro notable hoy en día podemos decir que se encuentran disminuidas especialmente en aquellos países que le han otorgado a éste la forma oral, inquisitiva y facultan al juez en cuanto a la apreciación que pueda hacer del material que se le presenta como prueba.

Ernst Böling en su "Derecho Procesal Penal" nos da algunas distinciones existentes entre la prueba civil y la penal, así: en lo penal "la actividad probatoria entra en el ámbito de los deberes judiciales en tal forma, que se elimina la influencia decisiva de las partes: rige el -principio de la instrucción- a diferencia del -principio dispositivo- del Proceso Civil; no existe para las partes la carga de la alegación. El juez debe recoger también los hechos, respecto a lo que ambas partes hayan callado. El principio procesal civil -Da mihi factum, dabo tibi jus- no es aplicable al proceso penal. En consecuencia,

no desempeña un papel en la prueba la distinción del Derecho Penal entre hechos que inculpan y hechos que desgravan. Los hechos relevantes no se dividen en hechos que solo deben tenerse en consideración al aducirlos el actor y hechos que solo deben tenerse en cuenta al alegarlos el inculpado. Sobre todo, carece de equivalente en el proceso penal el concepto procesal civil de los -hechos que se excepcionan-. En una causa, por ejemplo, "por lesiones, el juez debe investigar si el acusado actuó en legítima defensa, aunque el acusado no afirme esta eximente".(19)

El mismo autor agrega "la concepción del proceso civil sobre la carga de la prueba, sobre el -conductor de la prueba- y su -adversario-, no es aplicable al proceso penal. Jurídica^umente, el juez es el único -conductor de la prueba-. También se diferencia el proceso penal del proceso civil, porque en el primero no deben darse como verídicos los hechos solo por haber sido alegados por ambas partes de manera uniforme, como si existiera por ello una confusión. El juez, que duda de su veracidad, debe intentar su comprobación de oficio".(20)

Las diferencias señaladas por Beling serían suficientes para negar la posibilidad de que existiera una "Teoría General de la Prueba", pero aún más, se señala otra que quizás podríamos llamar la de fondo.

El proceso penal -se dice- tiene por objeto la búsqueda de la verdad real, en cambio el proceso civil tiene por objeto la búsqueda de la verdad formal.

Este criterio es el que deja entrever Vincenzo Manzini en su "Tratado de Derecho Procesal Penal" cuando al dar la noción de

(19) Ernst Beling, Derecho Procesal Penal pag.212.

(20) Ernst Beling, Ob. C. pag.213.

prueba penal dice que ésta "es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez". (21).

Contra argumentado las tesis anteriores, Hernando Devis Echandía, al citar a Valentín Silva Melero, Planiol y Ripert y otros, nos dice: "que nada se opona a una teoría general de la prueba, siempre que en ella se distingan aquellos puntos que por política legislativa, ya que no por razones de naturaleza o función, están o pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso".(22)

En cuanto al criterio sostenido por Manzini y otros, Devis Echandía encuentra la feliz respuesta: "la verdad es sólo una y lo que varía es el sistema real o formal de investigarla; en ambos procesos el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, lo cual puede coincidir o no con la realidad, aún cuando sin duda es mas posible el error en un sistema de tarifa legal y sin facultades inquisitivas del juez".(23)

Por nuestra parte podríamos aún agregar más, en el sentido de que desde el punto de vista filosófico ni en el proceso civil ni en el proceso penal puede hablarse de una verdad absoluta por cuanto este concepto es de carácter metafísico o sea que viniendo desde los primeros principios se pueda llegar a una coincidencia absoluta entre el pensamiento que se tenga de una cosa y la cosa misma; y como es sabido múltiples controversias se han suscitado entre las diversas corrientes filosóficas respecto a lo que puede ser esa verdad absoluta, cual es

(21) Vincenzo Manzini ,Tratado de Derecho Procesal Penal pag.197.

(22) Hernando Devis Echandía Ob.C. pag.4.

(23) Hernando Devis Echandía Ob.C. pag.5.

la cosa en sí.

La justicia como conducta normativa finalista debe usar de las pruebas que se vierten en el proceso como si estas efectivamente fuesen ciertas, es decir regirse por una especie de convencionalismo que nos llave lo más cerca posible de esa verdad buscada.

Por eso, mucha razón tiene don ~~Isidoro~~ Isidoro Eisner al decirnos que "pretender alcanzar la verdad a través del proceso, del proceso judicial y del proceso humano, es una utopía" (24); y sobre el problema nos puede iluminar mas su pensamiento si meditamos un poco sobre las siguientes palabras suyas "nuestra rebelde exigencia de que en el juicio se llegue a la verdad, termina por desmoronarse ante la realidad práctica de la vida en sociedad que exige soluciones; soluciones que da la jurisdicción tratando de llegar a la verificación de los hechos, mejor aún a la verificación de las afirmaciones de las partes respecto de los hechos, del modo en que la organización judicial lo permite y las fuerzas del hombre alcancen a lograrlo, poniendo un límite a esa investigación".(25)

De tal modo que, no obstante las diferencias que se han señalado entre ambos procesos, nosotros podemos afirmar que ellos mas bien son de forma, pero en cuanto a la prueba, ésta conserva su unidad y como consecuencia no puede caerse en error al hablar de principios generales de la misma.

Hernando Davis Echandía en su "Compendio de Pruebas Judiciales" nos da una lista de los Principios Generales de la Prueba Judicial lo suficientemente amplia para agotar el tema y por tal razón tomaremos como base su esquema aunque limitándolo a la naturaleza y extensión del presente trabajo.

(24) Isidoro Eisner La Prueba en el Proceso Civil pag.26

(25) Isidoro Eisner Ob. C. pag.26.

a) PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA Y DE LA PROHIBICION DE APLICAR EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ SOBRE LOS HECHOS.

Conocido es el principio que nuestra Constitución Política^{Art. 11} consagra, de que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio de conformidad con las leyes.

Pues el principio de la necesidad de la prueba guarda una estrecha relación con dicho postulado por cuanto solo puede ser condenado el individuo a quien en el proceso se le han probado debidamente los hechos que dieron lugar al litigio y por la misma razón solo puede declararse el demérito de una acción, cuando el demandado ha probado plenamente sus excepciones.

Ahora bien, no cabe duda que los únicos que pueden probar hechos son los interesados en la controversia judicial y cuando la ley lo faculta, puede también probarlos de oficio el magistrado.

El hecho de que el juez pueda oficiosamente establecer una cosa en el proceso debe entenderse en el sentido de que su actuación es de carácter jurisdiccional y no la aplicación del conocimiento privado que pudiese tener acerca del negocio que se litiga, por que eso sería "desconocer la publicidad y la contradicción indispensables para la validez de todo medio probatorio".(26).

Cuando el juez decreta oficiosamente pruebas que existen en otro proceso y que tienen relación con la cosa que ante él se litiga, no puede decirse tampoco que cometa atentado contra este principio, pues "por el contrario, al decretarse y tomarse oficiosamente esas pruebas, lo cumple cabalmente".(27)

En las legislaciones que eximen la prueba del hecho notorio, no puede decirse que el juez aplica su conocimiento personal que del mismo tenga, sino que lo único que hace es confirmar

(26) Hernando Devis Echandía Ob. C. pag. 16

(27) Hernando Devis Echandía Ob. C. pag. 17

un hecho cuyo conocimiento corresponda a la comunidad y como consecuencia a las partes que intervienen en el juicio.

Este principio encuentra su fundamento en nuestra legislación en los artículos 421, 422 y 1299 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, además de aquellos que expresamente facultan al juez para que de oficio aporte la prueba necesaria en el juicio .

b) PRINCIPIO DE LA EFICACIA JURIDICA Y LEGAL DE LA PRUEBA:

La palabra eficacia es sinónimo de idoneidad o sea lo que es capaz para producir determinado efecto; y en materia de de racho, que ese efecto sea jurídico.

Si en el principio anterior estudiamos la necesidad de que se prueben los hechos que se controvierten, indudablemente esa prueba debe ser capaz para establecer lo alegado por cualquiera de las partes, pues no tendría ningún sentido ser riguroso en la exigencia de las probanzas si como tales aceptáramos cualquier clase de las mismas.

Sobre este punto volveremos posteriormente pues la idoneidad de las pruebas juega un papel muy importante para su admisión algunas veces por prohibición expresa de la ley y otras por no ser el medio que la misma establece para comprobar un hecho.

Este principio halla su fundamento legal en muchas disposiciones de carácter especial que se encuentran diseminadas en nuestros Códigos.

c) PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA.

Como su nombre lo indica, este principio significa que en el proceso la prueba por encima de todos los medios de que se hayan hecho uso, es una; y que como tal, el juez para dictar su fallo es el que se verá en la necesidad de confrontar los

diversos testimonios que aparecieren en favor o en contra de las partes, los documentos agregados al juicio, las inspecciones efectuadas, los peritajes realizados etc., y con ello lograr una concordancia que le dé la certeza acerca de cómo han sucedido los hechos que ante él se controvertieron para tomar la pauta de su sentencia.

A este respecto Devis Echandía manifiesta: "Significa este principio que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad y que como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forma".(28)

d) PRINCIPIO DE LA COMUNIDAD DE LA PRUEBA TAMBIEN LLAMADO DE LA ADQUISICION.

En el Título "De la Prueba de las Obligaciones" de nuestro Código Civil, existe una disposición que nos hará mas comprensible este principio. *Art. 1576 C.C.*

Dicha disposición se refiere al caso de que el deudor presente en juicio una nota que en parte le favorezca y en parte lo desfavorezca.

Pues bien, la disposición señala que "el deudor que quisiera aprovecharse de lo que en la nota lo favorezca, deberá aceptar también lo que en ella le fuere desfavorable".

Como vemos, una vez introducida la prueba en el proceso, su valor no corresponde solo al que la propuso sino que ella lo que hace es establecer la existencia de un hecho ya sea que favorezca al que la invocó o a la parte contraria.

Consecuencia de este mismo principio es el valor de la prueba en los juicios acumulados. Si en cualquiera de ellos se llegara a establecer un hecho, esa prueba será suficiente para resolver en una sola sentencia los negocios que en cada uno de

los procesos se litigaron.

Este principio dice Davis Echandía "determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya recibida, pues solo si se lo considera patrimonio procesal del apor^{ta}nte o peticionario o para su solo beneficio podrá aceptarse que la retirara o dejara sin efecto" .(29)

e) PRINCIPIO DEL INTERES PUBLICO DE LA FUNCION DE LA PRUEBA.

Sabemos que el derecho es un conjunto de normas que regulan las relaciones de los hombres dentro de la vida estatal; y que tiene como finalidad el bien común, el orden público y la justicia.

Pero para que la vida social pueda estar garantizada, es necesario que los conflictos que surjan entre los asociados sean dirimidos ya limitando los intereses, las voluntades o las acciones; y estas limitaciones no puede dictarles sino que el estado mismo por medio de sus órganos jurisdiccionales.

Ugo Rocco nos dice: " la actividad jurisdiccional es actividad del estado y la intervención de las partes en el proceso constituye una condición, un presupuesto y una delimitación de los confines de esta actividad, debe considerarse como preponderante y absorbente en el proceso el fin público del Estado". (30)

Teniendo el proceso un fin público es lógico que la prueba que es elemento esencial del mismo posee la misma finalidad, pues si bien es cierto que por medio de ella cada una de las partes persigue su beneficio propio, también no puede negarse que es precisamente con base a ella que el juez se encuentra en la posibilidad de declarar un derecho e incluso lograr la satisfacción de la parte victoriosa por la vía coactiva; lo-

(29) Hernandez Davis Echandía Ob.C.pag.18

(30) Ugo Rocco ,Teoría General del Proceso Civil pag.84.

grando con ésto satisfacer el interés público por medio del cumplimiento de la norma que garantiza el interés del demandante.

f) PRINCIPIO DE LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA.

Nuestro Código de Procedimientos en su artículo 242 establece que las pruebas deben producirse en el término probatorio, con citación de la parte contraria y ante el juez que conoce de la causa o por su requisitoria, pena de no hacer fe.

La disposición transcrita encierra y fundamenta el principio que estudiamos; su objeto es que las partes que intervienen en el proceso gocen de iguales oportunidades en la recepción de la prueba, es decir, que puedan conocerla, asistir y coadyuvar en su práctica cuando la ley se los permita; que puedan contradecirla dentro de los términos legales e inclusive, que puedan contraprobar los hechos.

Desarrollando este principio, nuestro Código de Procedimientos franquea dichas oportunidades al permitir que la parte contraria repregunte a los testigos presentados por la otra, proponga las tachas de los testigos o de los peritos, pida explicaciones en los dictámenes periciales, impugne de falso el documento que se le opone y en el caso de absolución de posiciones, pueda en el acto hacer al confesante las repreguntas que considerare necesarias.

En algunos casos, como son aquellos en que la prueba corre el riesgo de perderse en perjuicio del demandante o del demandado, nuestra legislación dispone que aquella se reciba únicamente con citación del Síndico Municipal, pero en la misma norma que lo permite se establece que la prueba debe ser ratificada en el término correspondiente con la citación contraria, para que surta su efecto legal.

El principio de la contradicción de la prueba se encuentra íntimamente vinculado con los de comunidad y unidad, lo mismo que con el de lealtad o sea aquel que exige a las partes la buena fe en el aporte de las pruebas.

g) PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El artículo ^{Art. 3} 150 de nuestra Constitución Política consagra que "Todos los hombres son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no se podrá establecer restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión".

El anterior principio constitucional se manifiesta particularmente en todo el proceso bajo la fórmula *audiatur altera pars*, es decir oír a la otra parte.

En materia de pruebas debe entenderse como igualdad de oportunidades, no en el sentido que lo hemos expuesto en el principio anterior, sino que tanto actor como reo puedan presentar o pedir la práctica de las pruebas con las cuales pretendan establecer su acción o excepción.

h) PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD DE LA PRUEBA.

Hernando Devis Echandía sistematiza este principio de la manera siguiente: "Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas, si es el caso, discutir las y luego analizarlas para patentizar ante el juez el valor que tienen" (31) y agrega "también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde adquiriendo el "carácter social" de que habla Frammarino Dei Malatesta. Por consiguiente, este principio se relaciona también con el de la motivación de las sentencias, que no se excluye en el sistema de la libre apreciación

(31) Hernando Devis Echandía Ob.C. pag.21.

ción de las pruebas y con la de publicidad del proceso en general".(32)

i) PRINCIPIO DE LA FORMALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA.

Este principio rige dos circunstancias de la prueba; la primera se refiere a la formalidad que debe guardarse en la recepción; formalidad que puede ser de carácter extrínseco y de carácter intrínseco.

Las extrínsecas fundamentalmente son de tiempo, modo y lugar y los intrínsecos, implican que la prueba se vierta exenta de cualquier clase de vicios ya sea fuerza, dolo o error.

Las formalidades extrínsecas varían según se trate de juicios orales o escritos, inquisitivos o dispositivos.

Por ejemplo, según nuestra legislación hay juicios escritos y verbales. En los juicios escritos es una formalidad que la prueba debe ser ofrecida por escrito, en cambio en los verbales las partes ventilan sus acciones y excepciones y prueban de palabra, aunque escribiéndose sus diligencias y resultados.

En los juicios ordinarios, la recepción a pruebas debe ser procedida de un auto que señale lugar, día y hora en que debe verse, debe citarse a la parte contraria y producirse en el término probatorio ante el juez que conoce de la causa.

La segunda circunstancia se refiere al derecho que en el juicio tenga el sujeto que aduce la prueba.

En relación con este punto, no cabe duda que los únicos que pueden aducir la prueba son los interesados en la controversia; el actor o demandante, el reo o demandado y los terceros que coadyuvan o excluyen en la contienda.

No puede considerarse que los testigos o los peritos sean terceros que aportan pruebas dentro del juicio porque éstos en su actividad no ejercitan ninguna acción procesal.

De tal manera que ninguna otra persona puede ofrecer ni aportar pruebas en el juicio pues inclusive, las mismas partes para ejercer tal derecho están obligadas a legitimar su derecho sea que actúen por sí o en representación de otro.

Existen algunos casos en que la ley faculta al juez para que oficiosamente aporte pruebas en el juicio, pero aún en esta circunstancia dicho funcionario debe ser cauto en no extralimitarse en su actividad jurisdiccional, pues de lo contrario, estaría atentando contra el principio de imparcialidad del juez.

Hay que reiterar en todo caso, que esa facultad que la ley a veces le concede al juez no debe entenderse en el sentido de que éste pueda tomar como prueba el conocimiento particular que haya tenido acerca del negocio que ante él se controvierte.

j) PRINCIPIO DE LA PRECLUSION DE LA PRUEBA.

"La preclusión se define generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal".(33)

Aplicando dicho concepto a la prueba podemos considerarlo como la garantía que tiene la parte de no ser sorprendida por su adversaria con pruebas de último momento que le resulten demasiado costosas al controvertirlas o imposible de contraprobar; o que se propongan nuevos alegatos contra los cuales no pueda hacer uso de su legítimo derecho de defensa procesal.

k) PRINCIPIO DE INMEDIACION Y DE LA DIRECCION DEL JUEZ EN LA PROMOCION DE LA PRUEBA.

Este precepto en realidad encierra dos principios que rigen no solo la prueba sino que todo el proceso.

El de inmediación consiste esencialmente en que el juez dentro de sus posibilidades guarde el mayor contacto personal con

(33) Eduardo J. Couture Fundamentos del Derecho Procesal Civil pag. 196.

las partes, reciba directamente las pruebas, oiga los alegatos del actor o del reo, repregunte a los testigos en aquellos puntos que le parezcan oscuros o de dudosa inteligencia, pida la ampliación o aclaración de los peritajes que a su juicio fueren diminutos; en síntesis. El juez se convierte en el centro de atracción y orientación de la relación jurídica procesal.

El principio de dirección, es una consecuencia del derecho de jurisdicción que tiene el Estado y de la obligación que corresponde a las partes de someterse al mismo.

Su aplicación en el derecho procesal civil y en el derecho procesal penal difiere un tanto, dada la naturaleza de cada uno de ellos, ya que en el segundo el juez tiene mayores facultades para buscar de oficio la prueba pertinente.

En el derecho procesal civil su aplicación es más limitada pues son las partes las que llevan la iniciativa, sin embargo debemos tomar en cuenta que si el juez se conforma con ser un simple órgano receptor de las pruebas que se le ofrecieran, desnaturalizaría su función jurisdiccional pues el litigio no vendría a ser sino que una lucha privada y la prueba perdería el carácter de acto procesal de interés público.

1) PRINCIPIO DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN LA DIRECCION Y APRECIACION DE LA PRUEBA.

Ugo Rocco define el proceso civil como "el conjunto de las actividades necesarias para el desarrollo de la función jurisdiccional civil, o sea el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para la declaración o realización coactiva de los intereses protegidos por las normas jurídicas, en caso de incertidumbre o de inobservancia de las mismas normas". (34)

(34) Ugo Rocco Ob. C. pag. 82 .

Hemos hecho uso de la anterior definición por considerar que su autor ha sabido llegar a ella después de distinguir una realidad innegable; y es que el proceso en sí no tiene un fin determinado, sino que como en él participan varios sujetos como el Estado, representado por el Órgano Jurisdiccional y las partes, es claro que cada uno de ellos persigan su propio fin; de tal manera que en el proceso lo que existen son fines de los sujetos procesales.

En tal virtud, la participación del Estado en la controversia procesal, desde el punto de vista finalista es totalmente independiente de lo que pudiesen tener las partes. Su fin es realizar "los intereses protegidos por las normas jurídicas o sea los derechos subjetivos y a declarar ante todo la existencia de los mismos" (35). En otras palabras, el interés público del Estado se concreta a esa realización.

Puede suceder que algunas veces coincida el interés del Estado con el de las partes pero habrán otras que no exista tal coincidencia, de lo cual debe reiterarse el fin propio que posee aquel.

Después de haber visto la finalidad procesal del Estado fácil resulta comprender la necesidad y obligación en que se encuentra el Órgano Jurisdiccional de mantener absoluta imparcialidad en la dirección y recepción de la prueba, pues sólo mediante esa conducta podrá obtenerse la certeza de los hechos controvertidos; certeza que servirá de base para que el Estado por medio de la sentencia realice su propio fin.

El principio de la imparcialidad tan defendido por los antiguos civilistas dió lugar a las severas críticas que le hicieron al proceso civil inquisitivo, alegando que éste se prestaba a que las partes quedaran en manos de jueces venales e inescrupulosos.

(35) Ugo Rocco Ob. C. pag.84.

En nuestra opinión dichas críticas carecían de fundamento pues la venalidad e inescrupulosidad de los jueces no dependen de la forma del proceso sino que de su propia valoración moral; si el juez desea actuar con parcialidad lo pueda hacer en el proceso dispositivo ya que en sus menos está rechazar pruebas, apreciarlas e intervenir en su práctica.

m) PRINCIPIO DE LA CONCENTRACION DE LA PRUEBA.

Hemos visto con anterioridad que nuestro Código de Procedimientos Civiles señala en forma expresa que la prueba debe producirse en el término probatorio.

Como complemento de dicha disposición el art. 1014 estipula que en Segunda Instancia pueden las partes ampliar sus peticiones en lo accesorio, como sobre róditos o frutos, alegar nuevas excepciones y probarlas y reforzar con documentos los hechos alegados en Primera; mas nunca se les permitirá presentar testigos sobre los mismos puntos ventilados en ésta, u otros directamente contrarios; alegar el actor nuevos hechos, ni hacer cosa alguna que pueda alterar la naturaleza de la causa principal.

Los artículos citados son precisamente los que encierran el principio que estudiamos y tienen por objeto evitar que las partes presenten pruebas innecesarias sobre hechos ya establecidos, que dolosamente pretenden probar lo contrario de los hechos que ya aparecen ciertos en la Primera Instancia o que por malicia o negligencia se producen segmentada la prueba, de acuerdo al interés que los litigantes tengan y según se plantean los hechos dentro del juicio. Esta última circunstancia iría contra el principio de lealtad que debe existir en el proceso.

Si no existiera este principio, todas las sentencias de Primera Instancia tendrían que ser revocadas en Segunda porque los litigantes se guardarían siempre parte de la prueba para produ-

cirra ante el Tribunal Superior; de tal modo que la Primera Instancia sería nugatoria ya que el juez que conociera en ella carecería de la certeza necesaria para pronunciar la sentencia correspondiente.

n) PRINCIPIO DE LA PERTINENCIA E IDONEIDAD DE LA PRUEBA.

Este principio tiene íntima relación con el de la libertad de la prueba, pero debido a que en el presente trabajo se le dedicará capítulo especial a ambos, por el momento nos limitamos simplemente a enunciarlo.

o) PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y DE LA AUTORESPONSABILIDAD DE LAS PARTES POR SU ACTIVIDAD.

Por las mismas razones que el anterior únicamente enunciamos el presente principio.-

Iniciamos esta parte de nuestro trabajo haciendo relación al problema tan debatido de que sí efectivamente existe una "Teoría General de la Prueba" y si consecuentemente podía hablarse de principios generales de la misma.

Nuestro criterio lo dejamos apuntado al principio sosteniendo que no obstante las diferencias que pudiesen existir entre el proceso penal y el proceso civil, dichas diferencias mas bien son de forma, pero que en cuanto a la prueba esta conserva su unidad y como consecuencia no puede caerse en error al hablar de principios generales de la misma.

Pues bien, hemos enunciado algunos de los principios que consideramos son aplicables tanto al proceso civil como al proceso penal en materia de pruebas, asimismo, hemos tratado de sintetizar cada una de sus características. Esperamos que después de que han sido analizados, el lector esté de acuerdo con nosotros especialmente en el sentido de que la prueba como medio puede ser producida en el derecho procesal penal en forma diferente que en el derecho procesal civil, pero que dicha for

malidad en ningún momento atenta contra la naturaleza misma de ella. La prueba es una y como tal puede y debe ser objeto de una teoría que sintetice sus cualidades intrínsecas, debiendo tener a la vez un conjunto de principios que regulen su funcionamiento ya sea que se produzca en un juicio civil, penal, administrativo e inclusive ante los organismos arbitrales.

C) DERECHO DE PROB. R. Desde que el alumno ingresa al primer año de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales se le enseña que la palabra Derecho tiene fundamentalmente dos acepciones: Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.

El derecho objetivo es ese conjunto de normas jurídicas que regulan la vida de los hombres dentro del Estado.

Toda norma jurídica supone dos sujetos: el de pretensión y el de obligación.

La autorización que la norma jurídica concede al sujeto de pretensión es lo que constituye el derecho subjetivo.

Larga ha sido la polémica entablada en relación de cuál de los dos es el precedente.

Muchos autores tomando en consideración el aspecto psicológico, han sostenido que es lógico que el hombre antes de tener idea de una norma de conducta que lo regule, adquiere en su conciencia la noción de derecho como facultad.

Otros argumentan que el derecho subjetivo es una creación de la norma jurídica.

Hans Kelsen en su "Teoría Pura del Derecho" dice que para dicha teoría "ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo -o sea el subjetivo- no es más que un aspecto del primero -o sea el objetivo- y toma ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado" (36).

(36) Hans Kelsen Teoría Pura del Derecho pag.122.

Con relación a este punto García Maynes sostiene: "que la polémica gira alrededor de un problema mal planteado pues a las ideas de que tratamos no cabe aplicarles las categorías de la temporalidad. Los dos conceptos se implican recíprocamente; no hay derecho objetivo que no conceda facultades ni derechos subjetivos que no dependan de una norma"(37).

Por nuestra parte creemos que la polémica se ha excedido al traer a cuento demasiadas sutilezas; no se puede pensar en derechos si no es desde el punto de vista de la vida estatal la cual se encuentra regida necesariamente por normas, de tal manera, que el derecho objetivo y el subjetivo conforman un solo ser indivisible y la aclaración mas sencilla de dicha situación se halla en Georges Gurvitch que "ha comparado la relación que media entre ambos a la existencia entre las superficies convexa y cóncava de un cono hueco; la última encuentra se determinada por la otra, que le imprime su forma peculiar, mas no se confunde con ella"(38).

Vista la reciprocidad existente entre ambos conceptos, pasamos a hacer un breve examen respecto a lo que se entiende por derecho subjetivo y como acto previo sintetizaremos en la medida que nos sea posible las diversas doctrinas que se han vertido en torno a este punto.

TESIS DE BERNARDO WINDSCHEID. Para este autor "el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico" (39) y la expresión se usa en dos sentidos diferentes: "En primer término, por derecho subjetivo entiéndese la facultad de exigir determinado comportamiento positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular" (40).

La facultad a que se refiere dicho autor, nace cuando exis-

(37) Eduardo García Maynes ,Introducción al Estudio del Derecho pag.37.

(38) Eduardo García Maynes Ob. C.pag.187.

(39) Eduardo García Maynez Ob. C. pag, 187

(40) Eduardo García Maynez Ob. C. pag. 187

te una norma jurídica que establece que en determinada situación deberá hacerse u omitirse algo y coloca a otro sujeto en el imperativo de acatar dicha disposición.

De aquí que pueda hablarse de un sujeto que se encuentra protegido por la norma; protección que se convierte en " su " derecho subjetivo.

El segundo sentido que se le da a la expresión es cuando " la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de facultades "(41)

Así como cuando se habla que el dueño tiene el derecho de usar o usufructuar libremente su propiedad.-

La crítica mas sólida a esta doctrina- según García Maynez es la de Kelsen, que se resume así:

" 1- Casos hay en los cuales el titular de un derecho subjetivo no desea ejercitarlo; 2- numerosas personas jurídicas - carecen de voluntad en sentido psicológico. Son incapaces de querer y ello no obstante poseen facultades y deberes; 3- los derechos no desaparecen aunque el titular de los mismos ignore su existencia y no haya, en el propio titular un querer orientado hacia ellos; 4- hay derechos cuya renuncia no produce consecuencias legales" (42)

Como las críticas de la doctrina se enfilaron contra el uso que Windscheid había hecho de la palabra " voluntad " dicho autor trató de obviarla manifestando que la palabra " voluntad " - a que él se refería debía entenderse como la del ordenamiento jurídico.-

Dicha aclaración, como dice García Maynez modifica la tesis original, porque una cosa es la voluntad que presupone el orden jurídico y otra muy distinta es la voluntad del sujeto de derecho en la cual entra en juego de manera fundamental el aspecto psicológico.-

(41) Eduardo García Maynez Ob. C. pag. 187

(42) Eduardo García Maynez Ob. C. pag. 187

TESIS DE RUDOLFO JHERING. Para este autor el derecho subjetivo es "un interés jurídicamente protegido" (43).

Para llegar a la anterior definición, Jhering sostuvo que todo derecho está constituido de dos elementos, uno de carácter substancial que es en el que reside la ganancia, utilidad o ventaja que la norma le confiere al sujeto; y otro, de carácter formal o sea el que protege dicha ganancia, utilidad o ventaja.

La relación de ambos elementos se compara a la que existe entre la médula y corteza de una planta. La médula es esa ganancia, utilidad o ventaja que el autor de la doctrina las clasifica bajo el nombre genérico de "interés"; la corteza o elemento protector de dicho interés es la acción.

Según esta doctrina la palabra interés debe ser entendida en un sentido amplio o sea no sólo aquello que puede causarnos un beneficio apreciable en dinero sino que también lo que para el sujeto representa un valor afectivo; en otras palabras todo lo que para el hombre representa un bien valorable en su utilidad.

Esta doctrina ha sido criticada especialmente en cuanto manifiesta que el derecho subjetivo es un interés, pues se dice que si éste fuera el nota esencial del derecho subjetivo, no existiría tal derecho cuando faltara el interés, lo cual se ha comprobado no ser cierto ya que muchas veces el sujeto no tiene interés de ejercitar su derecho y sin embargo éste no desaparece.

Las fallos de la doctrina los encuentra García Maynez en el hecho de que entre la "voluntad" de Willkür y el "interés" de Jhering no existe una diferencia de contenido sino que es puramente terminológica pues sólo se quiere aquello en que

(43) Eduardo García Maynez Ob. C. pag. 189

se tiene interés y se tiene interés en aquello que se quiere.
 "El interés es un medidor de los objetivos de la voluntad"(44).

Por otra parte, no puede hablarse de intereses objetivos; el interés esencialmente es de carácter subjetivo ya que el sujeto de acuerdo a sus necesidades atribuye a una cosa mayor valor que a otra.

El comentarista de la doctrina de Jhering dice que éste en afán de evitar las críticas que se le hacían a su pensamiento trató de enmendarlo explicando que el interés a que él se refería era a ese interés medio que existe en una comunidad, es decir a la valoración que en general puede dársele a una cosa.

Con dicha aclaración lo que hizo Jhering fue aceptar que efectivamente "se reconoce que la protección jurídica puede referirse a facultades legales cuyo ejercicio, es un momento dado, y relativamente a tal o cual sujeto, no preocupa a éste en absoluto" (45).

TEORÍA ECLECTICA. Jorge Jellinek define el derecho subjetivo diciendo que "es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual"(46).

Este autor con su definición lo que hizo fue sintetizar las dos teorías antes expuestas; de tal modo que las críticas que se les hicieron a aquellas pueden también aplicarse a la de él además de haber cometido el error de haber sintetizado en lugar de buscar una tesis que supere a las anteriores.

TESIS DE KELSEN: Sostiene que el derecho subjetivo debe ser estudiado desde el punto de vista normativo y formal, haciendo abstracción del aspecto psicológico.

Según su criterio, el error en que incurrieron las doctrinas anteriores fue el de considerar el derecho subjetivo como algo diferente al objetivo y en que sus autores se esforzaron

(44) Eduardo García Maynez Ob. C. pag. 190

(45) Eduardo García Maynez Ob. C. pag. 191

(46) Eduardo García Maynez Ob. C. pag. 191

en encontrar únicamente qué es lo que protege el derecho subjetivo olvidando el elemento formal que es el único jurídicamente relevante.

En su "Teoría Pura del Derecho" nos dice que, "Hay derecho subjetivo en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo dado que solo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos" (47).

Analizada en esa forma la noción de derecho subjetivo, el maestro vienés, pretendiendo resolver el dualismo del derecho objetivo y subjetivo, agrega, que para la Teoría Pura del Derecho, ambos "son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado" (48).

De lo expuesto podemos considerar, que para él el derecho subjetivo "es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado en la norma" (49).

El error de la tesis de Kelsen es esa asimilación que hace entre derecho objetivo y derecho subjetivo y se debe natural-

(47) Hans Kelsen "Teoría Pura del Derecho" pag. 122

(48) Hans Kelsen Ob. C. pag. 122 y 123

(49) Eduardo García Maynez Ob. C. pag. 192

mente a todo su pensamiento jurídico; para él no puede tener mas trascendencia jurídica si no es el derecho como norma de conducta de carácter obligatorio.

En consecuencia, Kelsen no acepta que una cosa es derecho como facultad y otra como norma de conducta que sirva de fundamento a la primera.

Por otra parte, si seguimos la definición del autor vienés, notaremos que niega la existencia del derecho subjetivo cuando se carece de la norma en que fundamentarlo, lo cual es falso ya que como bien lo hace ver García Maynez existen casos en que la ley no faculta el ejercicio de determinado derecho y sin embargo éste existe tal es la situación de las obligaciones naturales en que nuestro Código Civil no confiere derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Este ejemplo demuestra que el derecho subjetivo existe, no obstante que se carezca de la norma que lo proteja.

Suponemos que García Maynez no tuvo la idea de darnos una definición propia de derecho subjetivo, pero en la crítica que le hace a la tesis de Kelsen dice que "derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o en otras palabras una autorización concedida a una persona. La regla normativa es en cambio el fundamento de tal facultad" (50).

Dicho conceptuación, a nuestro criterio, tampoco deja en claro qué es derecho subjetivo pues "una posibilidad de acción" supone que solo puede existir cuando hay una norma en que fundamentarla. Es decir que el sujeto debe contar con una autorización legal para que pueda considerarse poseedor de su derecho, lo cual no es cierto ya que como el mismo autor lo sostiene y lo hemos visto nosotros, hay derecho subjetivo aún cuando

(50) Eduardo García Maynez Ob.C.pag.194.

faltó la norma que lo fundamenta e inclusive puede existir acción sin que el sujeto tenga derecho a la pretensión.

A nuestro parecer, el derecho subjetivo es una facultad que la naturaleza o el orden jurídico le conceden a una persona para actuar voluntariamente o porque la ley lo establece, conforme a sus intereses o a la posibilidad de exigir de otra, de terminada conducta.

Los derechos subjetivos tradicionalmente se han dividido en derechos a la conducta propia y derechos a la conducta ajena.

Cuando el derecho subjetivo a la conducta propia se refiere a hacer algo se denomina facultas agendi y cuando se trata de omitir una cosa o acción se llama facultas omittendi.

El derecho subjetivo a la conducta ajena también se expresa bajo la frase facultas exigendi.

Creemos que con todo lo dicho hasta este momento ya podemos tener una noción más o menos exacta de lo que en términos generales se entiende por derecho subjetivo; pues bien, si el derecho subjetivo es una facultad para actuar voluntariamente conforme a nuestros intereses, tócanos ver ahora cuál es la naturaleza del derecho de probar y que es su objeto.

Para evitar cualquier equívoco que a simple vista pueda surgir en torno al punto que tratamos de desarrollar es preciso que recordemos que en el proceso se distinguen los deberes procesales, las obligaciones procesales y las cargas procesales.

Cuando se habla de derecho inmediatamente viene a nuestra mente la idea de un sujeto de pretensión y como consecuencia la de un sujeto de obligación.

Si decimos derecho de probar, debemos tener cuidado en no confundirlo con la carga de la prueba que es cosa muy distinta ya que ésta como veremos posteriormente con toda y ser muy debatido, para algunos autores, es "un imperativo del propio in-

terés, sin un derecho del adversario" (51) en cambio, el derecho de probar supone un sujeto que exige de conformidad con la ley y otro que está obligado a realizar determinada conducta.

Decíamos que tuviésemos cuidado en no confundirnos, por la sencilla razón de que puesto en movimiento el proceso la diferencia que existe entre derecho de probar y carga pareciera que se hace menor y es precisamente, porque ambos actos procesales participan en un mismo fenómeno.

Pues bien, colocados en el incidente del acto probatorio, el demandante y el demandado se encuentran en la necesidad de producir las pruebas en su acción o excepción según sea el caso; tales probanzas deberán aportarse en el término que la ley establece y el juez está obligado a admitirlas siempre que aquellas sean pertinentes y se ciñan al negocio que se controvierte, ya en lo principal, en sus incidentes o en sus circunstancias importantes.

La necesidad de verter las pruebas con el objeto de obtener una sentencia favorable es lo que se da en llamar la carga; el ofrecimiento, la resolución que admita y practique los pedidos de la parte y los tenga en consideración al momento del fallo, es lo que constituye el derecho de probar.

En tal virtud, sujeto de pretensión del derecho de probar pueda ser indistintamente el actor o el reo; y el sujeto de obligación en ambos casos es el Organismo Jurisdiccional.

Decíamos que el juez está obligado a admitir las pruebas pertinentes que le proponen el actor o el reo, esto no quiere decir que el juez o cualquiera de las partes pueda obligar a la otra que las presente; la admisión y práctica de ellas nace de la voluntad del interesado manifestada en su escrito de

(51) Isidro Eisner, La Prueba en el Proceso Civil pag.52.

de petición. De lo dicho concluimos que el derecho de probar es un derecho subjetivo que la ley les confiere tanto al actor como al reo.

No debemos olvidar tampoco que lo anterior es la regla general, pero que excepcionalmente no solo las partes son sujetos de este derecho ya que en algunos casos la ley les concede esta facultad a los terceros coayuvantes o excluyentes e inclusive a los terceros incidentales, pero dicha facultad se encuentra limitada a los puntos en que ellos tengan participación en el proceso.

El derecho de probar ha sido vinculado por los autores a la pretensión o al derecho de acción.

Hernando Devis Echandía siguiendo el primer criterio sostiene "que puede decirse que el derecho de probar se vincula a la pretensión cuya naturaleza es concreta y persigue una decisión favorable y no a la acción o al recurso que son de naturaleza abstracta y tiene por objeto la decisión favorable o no; la prueba es complemento de la pretensión, condición indispensable para que ésta tenga éxito y en cambio la acción y el recurso puedan lograr cabalmente su fin (la sentencia) a pesar de la ausencia de pruebas sobre los hechos (se requerirán únicamente las que satisfacen los presupuestos procesales, como capacidad, representación y documentos exigidos para la admisión de la demanda) "(52).

En párrafos anteriores decíamos que el derecho de probar consistía en esa facultad que tiene el actor, el reo y en algunos casos los terceros, de ofrecer sus probanzas, de que se les admitiera y practicara y que al momento del fallo se les tuviera en consideración; pues bien, el mismo autor citado nos dice que puede hablarse de derecho abstracto de probar si éste

(52) Hernando Devis Echandía Ob.C. pag.13.

se ve desde el punto de vista de "disponer de la oportunidad de probar" y que en este caso dicho derecho podría llegar a considerarse como un complemento de la acción, pero "en presencia del medio particular de prueba que la parte aduce, en apoyo de su pretensión o excepción o de su defensa, creemos que el derecho subjetivo adquiere el carácter de concreto ya que persigue un fin determinado; la sentencia favorable" (53).

Vista la naturaleza de derecho subjetivo que tiene el derecho de probar solo nos resta decir que el objeto del mismo no tiene nada que ver con el convencimiento que el juez pueda adquirir de las probanzas, su fin es exclusivamente que se acepten y practiquen las pruebas que la parte solicita y que al momento de dictar la sentencia respectiva se tengan en consideración.

Antes de finalizar este apartado queremos dejar en claro que la naturaleza del proceso sea inquisitivo o dispositivo, civil o penal no influye en manera determinante en el derecho de probar porque si en el proceso inquisitivo el juez posee amplias facultades en la adquisición de las pruebas, ésto no quiere decir que no se encuentre obligado a practicar las que se le soliciten.

D) CARGA DE LA PRUEBA. En el apartado anterior dejamos apuntado que no debíamos confundir derecho de probar con carga de la prueba, pues si bien es cierto que ambos conceptos en un momento dado se fusionan en un mismo fenómeno procesal, la naturaleza de cada uno de ellos es totalmente distinta.

Para completar lo dicho y dar por terminado el presente capítulo pasaremos hoy aunque sea brevemente a desarrollar el tema de la carga de la prueba.

Múltiples teorías han sido expuestas por los procesalistas

(53) Hernando Devis Echendía Ob. C. pag.13

para explicar la noción de carga de la prueba, pero antes de pasar al estudio de ellas, nos ocuparemos de su concepto y significado.

Sabemos que una vez haya sido planteada la litis, el proceso en su dinámica y el juez como el órgano jurisdiccional toman determinada finalidad cual es la de establecer plenamente las proposiciones alegadas por las partes para luego aplicar el derecho objetivo al caso concreto.

Pero generalmente sucede que con los alegatos de los litigantes el juez no obtiene certeza alguna en relación a determinados hechos y no obstante la ley le obliga a fallar ya sea absolviendo o condenando al demandado.

He aquí las preguntas que se plantean según Leo Rosenberg: "¿cómo debe fallar y a base de qué principios? sobre cuál de las partes recaen las consecuencias desventajosas de la duda que existe con respecto a la verdad de una afirmación de hecho?"(54).

"Las reglas sobre la carga de la prueba dan la contestación a esas preguntas. Ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esa instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante" (55).

La resolución del juez debe ser dictada conforme a las reglas que la ley establece en relación a quien corresponde la

(54) Leo Rosenberg, La Carga de la Prueba, pag.2.

(55) Véase Hellwing Sistem I 468 citado por Rosenberg Ob.C. pag. 2.

carga de la prueba. Así nuestro Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 237, 238 y 239 señalan expresamente que "La obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase será absuelto el reo; mas si éste opusiera alguna excepción tiene la obligación de probarla"; "El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción" "El que apoye su derecho en leyes extranjeras, debe comprobar su existencia en forma auténtica".

Respecto a la prueba de las obligaciones, el artículo 1569 del Código Civil indica que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta".

Siendo las normas de la carga de la prueba un complemento necesario para toda norma que pueda aplicar el juez en determinado momento, también se ha debatido mucho el tema de cuándo es que debe decidirse sobre dicha carga; y a este respecto, consideramos que para llegar a una afirmación es necesario hacer previamente una breve relación del proceso, las partes contendientes y del Órgano Jurisdiccional.

Dijimos en páginas anteriores que en todo proceso debíamos tomar en cuenta que en sí no puede hablarse de un fin del proceso sino que de fines de los sujetos que en él participan; así, el del actor será obtener una sentencia de condena; el del reo, una de absolución y el del Órgano Jurisdiccional, realizar los intereses protegidos por la norma jurídica.

De tal manera pues, que una vez contestada la demanda, cada una de las partes saben los hechos y proposiciones que deben probar originalmente, pero a medida que el proceso avanza en su dinámica se vuelve más complejo pues puede suceder y generalmente así sucede que ante el hecho constitutivo probado por el actor y el extintivo o impeditivo probado por el reo; el actor alegue un hecho invalidativo y el reo por su parte,

haciendo uso de su defensa oponga nuevamente a este hecho otro de carácter convalidativo; y así sucesivamente.

En este caso como vemos, para los contendientes podemos afirmar que la decisión sobre la carga de la prueba se les va planteando a medida que el proceso se desarrolla.

En cuanto al Organó Jurisdiccional, por su propia finalidad, y por la imposibilidad de recabar por su propia cuenta la prueba necesaria para sentenciar, la decisión sobre la carga de la prueba se le planteará al final del juicio cuando entre al estudio de las probanzas aducidas y establezca los hechos que si bien es cierto fueron alegados por las partes, no fueron probados por imposibilidad material o por mera negligencia de los interesados.

De lo dicho hasta este momento deducimos que para el juez, el problema de la carga de la prueba "no puede surgir cuando las afirmaciones de las partes no se discuten o cuando el tribunal esté firmemente convencido de la verdad o falta de verdad de las afirmaciones discutidas, sea que esta convicción es el resultado de una recepción de prueba o que se ha llegado a ella teniendo en cuenta el conjunto de los debates " (56).

Surge pues, solo en caso que exista incertidumbre acerca de los hechos que se han controvertido ya que es aquí precisamente cuando el juez necesita que la ley le dé instrucciones en cuanto a la forma de fallar; cuando el fallo deba referirse a cuestiones de derecho las normas relativas a la carga de la prueba en cierto modo resultan innecesarias pues bastarán las normas de carácter material tomadas en la interpretación que la doctrina o la jurisprudencia lo hayan dado.

APLICACION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Sobre la aplicación del principio de la carga de la prueba hay dos cuestiones que

(56) Leo Rosenberg Ob. C. pag. 7.

queremos tratar; la primera es la referente a su aplicación en los procesos dispositivos o inquisitivos; y la segunda, respecto a su aplicación según sea el sistema de la libre apreciación de las pruebas o el de la prueba tasada.

Es sabido y lo hemos dicho en varias oportunidades, que en el proceso dispositivo el juez se encuentra muy limitado en cuanto a que por su propia iniciativa se aporte prueba que establezca los hechos controvertidos; y que son precisamente las partes las que están en la necesidad de producir todas las conducentes sino quieren ver fallidas sus pretensiones.

Partiendo de esta circunstancia, es que muchos han sostenido que la carga de la prueba tiene gran importancia para esta clase de procesos, pero que en el de carácter inquisitivo carece de ella pues es el juez el que está obligado a agotar todos los recursos necesarios a fin de establecer los hechos que se le han planteado.

A simple vista podrían tener razón dichas opiniones; sin embargo, queremos hacer notar que en todo caso los interesados en la sentencia son las partes y que si el juez con todo y los esfuerzos que haya realizado con el objeto de establecer los hechos no ha podido adquirir los elementos probatorios que le den la certeza para dictar su fallo, son las mismas partes las que en ese momento se ven en la necesidad de producir la prueba de lo alegado, si no quieren sucumbir. Es aquí precisamente que en el proceso inquisitivo surge la importancia de la carga de la prueba.

En cuanto a la aplicación del principio en los sistemas de la libre apreciación, también se han argüido los mismos argumentos, pero como bien lo sostiene Isidoro Eisner "Justamente, cuando el sistema de la libre apreciación de la prueba por el juez, del libre convencimiento, ha agotado sus fuerzas; cuando el juez pasa a estas facultades de libre valoración llega

al convencimiento de que no está convencido, recién entonces es que comienza a jugar la teoría de la carga de la Prueba" (57).

Veamos pues, que no obstante la poca importancia a que se ha querido ir relegando este principio, la verdad es que sigue y seguirá siendo por mucho tiempo el regulador de los litigantes y del Organo Jurisdiccional cuando éste se encuentra en el imperativo procesal de resolver definitivamente la controversia.

NATURALEZA DE LA CARGA DE LA PRUEBA. "La tradición romana recibida por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado" (58).

Esa necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso los hechos, podemos decir que ha sido el motivo de estudio fundamental de parte de los procesalistas para determinar la naturaleza de la carga de la prueba.

La corriente doctrinaria más antigua es aquella que asimiló la carga al concepto de obligación y así la encontramos en nuestra legislación vigente, especialmente en los artículos 237, 238 y 239 del Código de Procedimientos Civiles y 1569 del Código Civil.

R.J. Putnier en su "Tratado de las Obligaciones" nos dice "es esencia de las obligaciones, lo. que existe una causa de donde nazca la obligación; 2o. personas entre las cuales se

(57) Isidoro Eisner Ob. C. pag.60

(58) Gian Antonio Micheli ,La Carga de la Prueba pag.59.

haya contratado; 3a. que alguna cosa haya sido objeto de la misma. Las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos, algunas veces la ley o la simple equidad"; y agrega "No puede existir obligación sin la existencia de dos personas: una que sea la que contrate la obligación y otra en favor de quien se haya contratado" (59).

No obstante que Pothier no se refiere en su tratado a las obligaciones procesales, tomamos su pensamiento porque refleja en forma categórica la esencia de la obligación cual es de que ella es un vínculo que se le impone a la voluntad de una persona de otro que es el sujeto de pretensión .

Es como dice Micheli un "vínculo cuya violación importa una ilicitud, en cuanto es violación de un mandato que no deja al obligado libertad de elección "(60).

La obligación pues, siempre es un mandato en interés ajeno; la carga por el contrario representa un comportamiento necesario que se impone a un sujeto en beneficio propio. Si el quiere lo realiza y obtendrá el efecto jurídico que pretendía pero si no quiere nadie lo puede compulsar a que lo haga pero en ese caso verá fallidos sus deseos.

El que soporta la carga de la prueba y no la produce no recibe ninguna sanción jurídica sino que lo que sufre es una sanción de carácter económico que lo pone en desventaja con su contraparte.

En consecuencia la carga no es una obligación sino que participa de una naturaleza autónoma que para algunas , especialmente Rosta, es "un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público" (61).

(59) R.J.Pothier Tratado de las Obligaciones pag. 12 y 75.

(60) Gian Antonio Micheli Ob. C. pag. 61.

(61) Véase Rosta citado por Hernando Devis Echandía Ob.C.pag.161.

Según Devis Echandía esta tesis "La noción de carga queda reducida a la de un poder-deber, sin tener en cuenta que la tutela de un interés propio es lo que constituye su esencia" (62).

Para Brunetti, la carga es "un deber libre" configurando al lado de los mandatos jurídicos (los cuales imponen normas de conducta absolutamente imperativas -cogentes-), reglas finales, que expresan solo relaciones por causalidad finales, esto es, en cuanto los efectos por ellas previstos representan los fines exclusivos (Las causas finales) del obrar del sujeto" (63).

Esta tesis es criticada por Micheli al hacerle la observación siguiente: "que el deudor se encuentra no ya en una situación de libertad, sino en un estado típico de coacción, que tomará forma en el resarcimiento del daño y en la sujeción a la ejecución forzada, la cual precisamente preeciendo de la voluntad y por consiguiente, de la libertad) del obligado" (64).

Para Carnelutti, la carga de la prueba es un poder-derecho, en el sentido de que "cuando el único medio para conseguir un resultado favorable está en el ejercicio de tal poder por parte del interesado, el poder de este último se convierte en una carga" (65).

Para Isidoro Eisner la carga es "un imperativo del propio interés, sin un derecho del adversario" (66).

Justifica su tesis de la manera siguiente "Hay un sentido de culpabilidad consigo mismo. Si queremos buscar una frase

(62) Hernando Devis Echandía Ob. C. pag. 161.

(63) Véase Brunetti II Delitto Civile pag. 405 citado por Micheli Ob. C. pag. 63.

(64) Micheli Ob. C. pag. 64.

(65) Véase Carnelutti Lezioni di Diritto, proc.civ. pag. 128 citado por Micheli Ob. C. pag. 67.

(66) Isidoro Eisner Ob. C. pag. 52

figurada, las cargas procesales importan el peso de una necesidad; son el imperativo del propio interés. El que no cumple un acto que conviene a su interés en el proceso, sufre las consecuencias, pierde la condición ventajosa que hubiera obtenido de cumplir ese acto. Si no contesta la demanda no se le obliga, no se le castiga; pero ha perdido una oportunidad de hacer algo útil a su mismo interés (67).

Devis Echandía hace a esta tesis la crítica en el sentido de que "la noción de imperativo del propio interés no es similar a la carga, porque esta implica la idea de disposición libre del propio interés, y aquella la de coacción; menos aún es similar a la de la facultad que Eisner aplica a la carga, por cuanto aquella representa para el sujeto un poder de ejecutar el acto y obtener así los resultados favorables previstos en la norma" (68).

Por nuestra parte, lejos estamos aún de tomar partido en la discusión, excepto en cuanto desde ya descartamos que la carga constituya una categoría de obligación, pero por de pronto, después de haber leído la exposición de Micheli y Leo Rosenberg, seguimos el pensamiento de Devis Echandía quien nos manifiesta que "hasta el momento no ha sido superada la doctrina por ellos desarrollada por cuanto partiendo de la teoría de Carnelutti que ya expusimos, además "Establecen la separación radical entre carga y obligación al asignarle a la primera un carácter de relación jurídica activa, como poder o facultad en sentido amplio, libre de coacción y de sanción y no exigible por otra persona, pero conforme a esa libertad y con la importancia que para el sujeto tiene su observancia" (69).

(67) Isidoro Eisner Ob. C. pag. 52.

(68) Devis Echandía Ob. C. pag. 165.

(69) Devis Echandía Ob. C. pag. 166.

DISTRIBUCION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Hemos visto hasta que punto ha sido motivo de discusión entre los tratadistas el tema referente a la naturaleza de la carga de la prueba. Pues bien, el que ahora nos toca abordar es tanto o más discutido que el anterior, al grado que ciertas máximas de origen latino que fueron lapidarias en materia de la distribución de la carga de la prueba, en la actualidad están perdiendo la mayor parte de su valor por no reflejar, según lo demuestran las nuevas corrientes doctrinarias, la verdadera conducta que en el proceso, deben guardar las partes en lo relativo al aporte de sus probanzas.

Con el propósito de evitar que el presente trabajo resulte demasiado extenso, no expondremos aquí todas las teorías desarrolladas en relación al punto que estudiamos; únicamente nos referimos de manera muy breve a aquellas que en una u otra forma encuentran acogida en nuestra legislación vigente.

a) Tesis que impone al actor la carga de probar su acción, lo mismo que al demandado que se excepciona. Las máximas latinas que fundan este criterio son: *Onus probandi incumbit actori* o *necessitas probandi incumbit si qui agit*, o *actore non probante, reus est absolvendus* y *reus in excipiendo fit actor*, o *reus in excipiendo actor est*.

Según decir de algunos tratadistas, en la actualidad, la doctrina romana que heredó tales máximas ha sido totalmente desvirtuada por el hecho de haber olvidado la aplicación de la segunda parte de dichas máximas, que impone la prueba de la excepción al demandado; con tal olvido se ha llegado a lo ilógico e injusto pues se ha hecho caer sobre el actor toda la prueba, inclusive la ausencia de los hechos impeditivos, extintivos o modificativos que pudiera oponer el reo.

Entendida correctamente esta regla dice Devis Echandía "conduce a exigir que cada parte pruebe el fundamento de su propia

intentio" (70).

Para el mismo autor citado, "Este criterio es, sin duda muy útil y cierto en la mayor parte de los casos, pero no alcanza a constituir una regla general para todos, pues, según lo han demostrado muchos autores, es incompleto e insuficiente" (71).

Otra crítica de que ha sido objeto esta tesis es de que existen ciertos hechos que por su notoriedad o porque gozan de una presunción legal, no necesitan ser probados aunque ellos sean precisamente en los cuales se fundamenta la pretensión del actor. En este caso, mas bien corresponde al demandado la necesidad de aportar la prueba que establezca lo contrario.

También puede presentarse el caso de que el actor en su demanda alegue ciertos hechos o circunstancias que para el fondo de la cuestión litigiosa resulten impertinentes, irrelevantes o imposibles; en este caso, tampoco puede decirse que corresponde al actor probar tales hechos o circunstancias pues la prueba no tendría ningún sentido.

Hernando Devis Echandía refiriéndose a la tesis que se estudia nos dice: " que son tan numerosas las excepciones a esas dos máximas, que es imposible considerarlas como regla general para distribuir la carga de la prueba" (72).

En cuanto a que esta tesis le da al demandado que se exceptúa características de actor, podemos también señalar que es incorrecto ya que, precisamente nuestro Código de Procedimientos, aunque no en una forma completa, nos da la definición de actor o sea la persona que reclama ante el juez algún derecho real o personal; de tal manera pues, que el demandado al ex-

(70) Hernando Devis Echandía Ob.C.pag.174.

(71) Hernando Devis Echandía Ob.C.pag.174.

(72) Hernando Devis Echandía Ob. C.pag.175.

captionarse lo que hace es simple y sencillamente colocarse a la defensa de la acción que contra él se intenta, pero en ningún momento puede considerarse que ello equivalga a una contrademanda.

En nuestro criterio creemos que la distribución de la carga de la prueba no debe de considerarse desde el punto de vista de que sea actor o reo, sino que debe partir según la posición que cada uno de los litigantes vaya tomando a través del proceso y según las proposiciones o hechos que se planteen en el juicio, con base a las normas que cada uno de dichos contendientes vayan invocando.

b) Tesis que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega. Esta tesis encuentra fundamento en la máxima de derecho romano expresada de la siguiente forma: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; affirmante non neganti incumbit probatio y negativa non sunt probanda.*

Si la anterior teoría distribuye la carga de la prueba de acuerdo a la posición que ocupen las partes, ésta lo que hace es trasladarla al objeto de la prueba, según se trate de afirmar o negar los hechos.

Esta tesis ha sido criticada porque no puede considerarse que entre afirmación y negación exista una diferencia de fondo ya que a veces dicha circunstancia más bien es una modalidad de negación; muchas veces en una negativa va encuelta siempre una forma de afirmar lo contrario; por otra parte, el hecho de afirmar o negarse algo no hace variar, mucho menos alterar la mayor o menor posibilidad de prueba.

Se ha dicho y con razón que si existe la necesidad de prueba, ésta no depende de que se haya afirmado o negado el hecho sino que la naturaleza del mismo; así, afirmar un hecho notorio o presumido por la ley en ningún caso puede considerarse

que tenga necesidad de ser probado por quien los afirmó; por el contrario quien debe probar es el litigante que trate de disvirtuarlos.

Devis Echandía al analizar esta tesis categóricamente nos dice que: "resulta evidente que el criterio de las afirmaciones y negaciones es inexacto, porque muchas negaciones deben probarse y es insuficiente para explicar la regla de la carga de la prueba; por ello, quienes lo defienden deben recurrir a otros para complementarlo. De allí que la mayoría de los autores modernos estén de acuerdo en rechazarlo"(73).

Como decíamos anteriormente son muchas las teorías que pretenden explicar el tema de la distribución de la carga de la prueba. Hemos expuesto las que hay en fundamento en nuestra legislación; sin embargo hay quienes, entre ellos Alessandri Rodríguez y Somarriba Undurraga, que sostienen que el demandante está en la necesidad de probar aquellos hechos que fundamenten sus pretensiones y el demandado los que fundamenten sus excepciones; Lessona y Fitting, siguen el criterio de que la carga de la prueba debe corresponder al que alega el hecho anormal ya que el normal se presume.

Don Claro Solar Alzate Norcña, Antonio Rocha Rodríguez y Peña, citados por Hernando Devis Echandía son partidarios de la tesis que impone la prueba a quien pretenda innovar, es decir a quien modifique la normalidad de los hechos alegados, así como cuando se alegan hechos impositivos o modificativos, de la pretensión en que se fundamenta la contraparte.

Según las doctrinas modernas el criterio más correcto en lo relativo a la distribución de la carga de la prueba es el sustentado por Rosemberg y Micheli, el cual ya adelantamos en parte, o sea aquel que sostiene que el correcto criterio para establecer una regla general en la distribución de la

(73) Devis Echandía Ob.C.pág. 176.

carga de la prueba, no debe conformarse solamente partiendo de la posición de las partes o por lo que éstas afirman o niegan, es decir contemplar aisladamente el hecho propuesto en el juicio, sino que lo que debe apreciarse especialmente es "el efecto jurídico perseguido con éste en relación con la norma jurídica que debe aplicarse" (74).

En tal virtud lo fundamental en la materia es la posición sustancial que en un momento dado tanto actor como res puedan ocupar en el proceso respecto al efecto jurídico que pueda surgir de la prueba del hecho alegado y de acuerdo a la disposición legal que el juez debe aplicar considerando el mencionado hecho como su presupuesto.

CAPITULO II

OBJETO DE LA PRUEBA, TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA.

En el capítulo anterior, al estudiar respectivamente la naturaleza y carga de la prueba, hemos tratado de hallar las respuestas a las preguntas que en el proceso se nos podían plantear de la siguiente manera : Qué es la prueba y Quién prueba?. Hoy nos toca abordar el tema cuyo estudio nos ayudará a responder la cuestión de Qué se prueba?.

Al inicio del presente trabajo dijimos que la prueba participa de todas las manifestaciones de la vida humana; de modo que para entrar al estudio del objeto desde el punto de vista jurídico, es menester hacer una diferencia entre lo que debemos entender por objeto en amplio sentido y lo que debemos entender por tema o necesidad de la prueba.

Objeto es todo aquello cuya existencia es susceptible de ser probada ya sea en el campo jurídico o en cualquier rama

(74) Hernando Devis Echandía Ob.C.pag.185.

de las ciencias. Cuando se hace referencia a objeto desde el punto de vista procesal, debe interpretarse como lo que puede probarse en juicio, sin que se encuentre limitado en ningún sentido a lo que pudieran alegar las partes en determinada controversia o a los intereses y pretensiones que las mismas pudiesen tener en un caso concreto. La única limitación a que podría sujetarse en este caso el objeto, es al hecho de que sea pertinente y no prohibido por la ley.

El tema o necesidad de la prueba en cambio, es algo mucho más restringido y significa lo que en cada juicio constituye el motivo del litigio, es decir, los hechos y proposiciones que el actor pretende establecer en el proceso y los hechos y actos que el reo alega en su defensa; es lo que generalmente se conoce como el (thema probandum).

En tal virtud, hay dos formas de estudiar el objeto de la prueba; desde un punto de vista abstracto, o sea lo que se prueba en cualquier juicio o diligencia de jurisdicción voluntaria; y desde un punto de vista concreto, o sea lo que debe probarse en un juicio determinado.

Por nuestra parte, nos limitaremos a estudiar el objeto de la prueba desde un punto de vista abstracto ya que como anteriormente lo hemos dejado apuntado, la naturaleza y extensión de nuestro trabajo no nos permiten tratar los temas sugeridos de una manera exhaustiva.

Algunos tratadistas como Carnelutti, afirman que el "objeto de la prueba judicial son las afirmaciones de las partes y no los hechos" (1) y otros, entre ellos Isidoro Eisner, Eduardo J. Couture y Eduardo Pallares, si bien es cierto que participan del criterio de que el objeto de la prueba son los hechos, sostienen que esos hechos son "los controvertidos".

Así, Isidoro Eisner nos dice: "dijimos antes, solo se deben

(1) Hernando Devis Echandía Ob.C. pag.44.

probar los hechos controvertidos. Insistió ahora ligeramente, porque ya lo he hecho antes, de que los hechos admitidos no deben ser objeto de la prueba" (2).

Eduardo J. Couture siguiendo el mismo criterio, afirma: "La regla ya expuesta de que solo los hechos son objeto de la prueba tienen también una serie de excepciones. La primera excepción consiste en que solo los hechos controvertidos son objeto de prueba" (3).

Eduardo Pallares sostiene que: "Solo debe admitirse prueba sobre los hechos que se controvierten en el juicio y que tengan influencia sobre la decisión que ha de pronunciar el juez. Por tanto no cabe la prueba: a) sobre los hechos no controvertidos porque las partes están conformes respecto de ellos; , . . ." (4).

Contra argumentado las anteriores opiniones, Hernando Devis Echandía se expresa de la siguiente manera: jurídicamente no puede limitarse el objeto de la prueba, en un sentido general o abstracto, a los hechos controvertidos, sino que por el contrario, es indispensable extenderla a todo lo que por sí mismo sea susceptible de comprobación; y con la misma evidencia aparece que, desde un punto de vista estrictamente procesal, por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello susceptible de comprobación ante el Órgano Jurisdiccional del Estado, para los fines del proceso". (5)

Nuestra opinión es que el último autor citado se encuentra asistido de toda la razón si se toma en cuenta que su criterio parte de la idea de tomar el objeto de la prueba desde un punto de vista abstracto y general, es decir, considerando lo que

(2) Isidoro Eisner Ob.C.pag.37

(3) Eduardo J. Couture Ob. C. pag.223.

(4) Eduardo Pallares Ob. C. pag. 628.

(5) Hernando Devis Echandía Ob.C.pag.43

pueda ser en un momento dado objeto de prueba y no como lo hacen los autores anteriores que ven el objeto de la prueba, pero desde un punto de vista concreto, que es igual a referirlo al tema o necesidad de la prueba.

Como el mismo Echandía lá dice, nosotros consideramos que sí determinado hecho no necesita prueba, esa circunstancia no quiere significar que no pueda ser objeto de prueba judicial; que asimismo, si existe un hecho que una de las partes no necesita probar para que se tenga por verdadero, tampoco quiere decir que la otra no pueda probarlo y que por consecuencia constituya objeto de prueba.

Conforme a la idea sustentada, podemos decir que de una manera general y abstracta, objeto de la prueba puede ser todo aquello que teniendo trascendencia procesal es susceptible de demostrarse como algo que pudo existir en el pasado, que existe en el presente o que puede llegar a existir en un futuro lejano o cercano; es decir, que objeto de la prueba judicial son los hechos en cualquiera de las anteriores circunstancias y "lo que pueda asimilarse a éstos como la costumbre y la ley extranjera" (6).

Cuando recibimos las primeras nociones de derecho se nos explicó que el hecho era un acontecimiento de la naturaleza o del nombre y que el acto era una manifestación de voluntad. Como decimos que objeto de la prueba son "los hechos" queremos hacer hincapié de que dicha palabra deber ser tomada en un sentido latísimo, sin circunscribirla a aquellas nociones que recibimos en los primeros años de estudio. De tal manera, que aquí la entenderemos como acto, obligación, derecho real o personal, hecho ilícito, enriquecimiento sin causa, culpa, daños, etc., o en otras palabras, como todo aquello que podemos percibir por nuestros sentidos y que puede llegar a comprobarse.

(6) Hernando Devis Echandía Ob.C.p.g.44.

Hernando Devis Echandía pretendiendo aclarar la misma duda que pudiese planteársele a sus lectores, dice: "En este sentido jurídico se entiende por hechos: a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las sim pl es palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos; d) la persona física humana, su existencia y características, estado de salud etc.; e) los estados y hechos si qu i cos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos; pa l ab r as o documentos), siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo" (7).

Como en lo civil a veces la conducta humana se manifiesta en las obligaciones, podría llegar a creerse que en un juicio, el objeto de la prueba es la obligación misma, lo cual es erróneo; por tal motivo, trataremos de aclarar el punto.

Las obligaciones nacen: del concurso real de voluntades entre varias personas como en el contrato; de un hecho voluntario de una persona que se obliga, como al aceptar una herencia o servir de agente oficioso o sea el cuasi contrato; a consecuencia de un hecho que haya causado daño o injuria a determinada persona, o sea en el delito; del cuasi delito y de la ley.

Si las obligaciones tienen como fuentes los actos y hechos antes mencionados, es indudable que en caso de controversia

(7) Hernando Devis Echandía Ob.C.pág.46.

judicial el objeto de la prueba se debe ceñir al acto jurídico que dió origen a la obligación o sea que el objeto es la fuente de aquella. Lo mismo puede decirse para el caso de los derechos reales; así "el hecho de la posesión prolongada o prescripción no engendra derechos personales sino el más real de todos los derechos: la propiedad" (8).

Los hechos de la naturaleza en que no interviene actividad humana como objeto de la prueba, podemos encontrarlo en el caso fortuito o sea el imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio o un terremoto o el fallecimiento de una persona.

Para la prueba de esta clase de hechos serán admisibles todos los medios que la ley permite siempre y cuando sean los idóneos, por lo que somos de opinión que no será aceptable la confesión en ninguna de sus formas ni el juramento.

Para Davis Echandía "No solo las cosas u objetos materiales se prueban, sino también las circunstancias naturales o artificiales que los rodean, el ambiente material en donde existían o hayan existido, lo cual es parte de la realidad que pueda percibirse" (9).

La persona física humana puede ser objeto de prueba material en el proceso, para establecer infinidad de hechos, algunas veces de carácter puramente físico y otras, de carácter psicológico; tales son los casos, cuando se pretende establecer determinada aptitud del individuo como la fuerza, la habilidad para desarrollar cierto trabajo, su capacidad para desempeñar alguna técnica; o bien, sus condiciones morales o intelectuales.

Los medios de prueba más aplicables a estos casos son la inspección judicial y el peritaje; sin embargo, también pueden admitirse la deposición de testigos y la prueba documental, és

(8) Antonio Rocha. De la Prueba en Derecho pag.6

(9) Hernando Davis Echandía Ob.C. pag.47.

ta última especialmente cuando se trata de probar el nacimiento o muerte del individuo, o cualquiera de sus estados.

De todo lo dicho creamos que se impone una síntesis para dejar clara la diferencia entre objeto de la prueba desde un punto de vista general y abstracto, objeto de la prueba desde un punto de vista concreto y del tema o necesidad de la prueba.

Una vez aclaremos estos conceptos nos será más fácil entrar al estudio de lo que debe probarse en cualquier juicio y de lo que no necesita prueba.

Si todos los hechos que anteriormente hemos mencionado pueden ser objeto de prueba desde un punto de vista general y abstracto, es lógico que desde un punto de vista concreto, el objeto de la prueba sufre determinadas limitaciones en el sentido de que los únicos hechos que pueden llegar a probarse son aquellos que atañen directa o indirectamente al negocio que se encuentra en litigio.

Es precisamente en este caso, que la ley misma faculta al juez para que desestime toda prueba que tenga por objeto establecer hechos que en el juicio puedan resultar impertinentes, inconducentes o irrelevantes.

En consecuencia podemos decir que objeto de la prueba en concreto son los hechos que deben probarse en el juicio para establecer el asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes.

Ahora bien, conocedores ya de lo que es el objeto concreto de la prueba cabe agregar que algunas veces la ley establece en favor de cualquiera de las partes una o varias presunciones y en otros casos, son precisamente los litigantes los que admiten ciertos hechos por lo cual el juez está obligado a tenerlos como ciertos.

En esa circunstancia, esos hechos aunque hayan sido alegados por el actor o por el reo, no necesitan ser probados; lo que habrá entonces que probarse serán los hechos controvertidos y articulados por las partes. Esto es precisamente lo que contribuye al tema o necesidad de la prueba .

A) ACTOS, HECHOS Y PROPOSICIONES QUE DEBEN PROBARSE. En el párrafo anterior señalamos los hechos que constituyen el tema de la prueba. Con el objeto de aclarar en lo posible el punto que estudiamos, trataremos de analizar esos hechos que deben probarse en todo proceso para que el juez se encuentre en la posibilidad de proveer la resolución definitiva.

Entenderemos aquí por proceso no solo donde exista controversia sino también esas mal llamadas diligencias de jurisdicción voluntaria.

Sabemos que la finalidad de los sujetos procesales es la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto; dichas normas establecen un presupuesto, de aquí que la regla general es, que debe probarse en el proceso, todo aquello que forma parte de ese presupuesto, siempre que la ley no lo haya exceptuado de prueba.

Resulta que entre el proceso voluntario y el contencioso existe una diferencia en cuanto a ese presupuesto; en el voluntario podemos decir que lo constituye todo lo invocado por el interesado ya sea que lo haga en su primer escrito o en la tramitación de las diligencias; en el contencioso, la situación cambia totalmente, pues una vez entablada la litis el acto se vuelve complejo.

En primer lugar, nace el principio de preclusión, se delimita el tema de la prueba, nace la obligación del juez de considerar los hechos alegados por las partes, establecer si han sido probados o si no necesitan prueba, lo limita a fallar ú-

nicamente sobre lo articulado, pero además, ciertos hechos adquieren suma relevancia tanto para el Organó Jurisdiccional como para las partes; estos son: el hecho afirmado, el aceptado, el simplemente negado, el discutido o controvertido, el notorio, el evidente, el imposible, el inútil y el indefinido.

En este punto toma también importancia el problema de que si las normas jurídicas extranjeras o consuetudinarias deben probarse.

Pues bien, si el proceso contencioso da principio con la demanda, veamos un poco respecto a los hechos que en ella se afirman.

Según Carnelutti, la afirmación "es un acto de adquisición procesal, mediante el cual se declara la existencia o inexistencia de un hecho"(10).

La afirmación puede ser solo de una parte o de ambas, cuando estén de acuerdo respecto a uno o varios de los hechos que se litigan; en los dos casos, se habla de que el juez queda vinculado a la obligación de tomarla en cuenta al momento de dictar su fallo, estableciendo si con ella el hecho ha quedado probado o si se encuentra exento de prueba; asimismo, se señala que con tal declaración de voluntades se delimita el objeto o tema de la prueba ya que el juez no puede entrar a considerar si no son únicamente los hechos afirmados.

Opinamos que la delimitación de tal objeto se refiere al hecho principal o a sus circunstancias importantes pero no a lo accesorio, como será el caso de los intereses, frutos y costas.

En cuanto al efecto de que la afirmación vincula al juez para tomarla en cuenta al momento del fallo, Devis Echandía sostiene que "la simple afirmación unilateral no es suficiente

(10) Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal pag.64.

para que el hecho quede fijado vinculativamente en el proceso, pues para ésto se requiere la prueba, a menos que exista exención legal; en cambio cuando la afirmación es conjunta de todas las partes o hay admisión expresa (o táctica, si la ley lo consagra), el hecho queda probado por su sola virtud y no necesita más pruebas (nos bis in idem), de modo que se produce el doble efecto de obligar al juez a considerarlo y a tenerlo por cierto, a menos que la ley excluya la prueba de confesión o le prohíba confesar a una de ellas" (11).

Con todo, debemos recordar que según las nuevas corrientes doctrinarias en materia civil y también en lo laboral, el juez tiene facultad de fallar respecto de algunos hechos que la misma ley establece con solo que haya sido afirmados por una de las partes y aunque no se haya vertido prueba. Por otra parte, hay casos en que no se alega el hecho pero se prueba y el juez está en la obligación de tomarlo en cuenta al momento de la sentencia.

Pero siguiendo el criterio clásico es que surge la noción de la carga de los hechos afirmados, es decir que el interesado en obtener la ventaja sobre su adversario se ve en la necesidad de afirmar los hechos que según su entender constituyen el presupuesto normativo y solo así el juez podrá tomarlos en cuenta para sentenciar.

En consecuencia, los hechos que deben probarse por constituir el tema de la prueba son únicamente los articulados y controvertidos; los admitidos o sean aquellos que no han sido impugnados por el adversario, en aplicación de aquel principio de economía procesal, no necesitan de prueba.

Pero sobre los hechos admitidos, es necesario hacer una diferenciación entre lo que es un hecho admitido expresamente y lo que puede ser un hecho admitido tácitamente.

(11) Hernando Devis Echandía Ob.C.pag. 57.

Nuestra legislación no tiene una regla general en lo referente al silencio de las partes; algunas veces lo califica como una negativa y en otras, como una admisión tácita.

En el caso de que el demandado no comparezca a manifestar su defensa y tenga que seguirse el juicio en rebeldía, el Código de Procedimientos Civiles/^{señala} expresamente que la demanda se tendrá por contestada en sentido negativo; y en los casos del reconocimiento de firma y de absolución de posiciones, la no comparecencia del citado para efectuar tales diligencias trae como consecuencia que lo afirmado por el peticionario se tenga por reconocido de parte del contumáz.

En tal virtud, no son objeto de prueba los hechos admitidos expresamente por las partes, pero cuando el reo no dice nada o evade la respuesta y la ley no los tiene por admitidos, es lógico que el actor esté obligado a verter la prueba necesaria si no quiere sucumbir en sus pretensiones.

Algunos autores y entre ellos Eduardo J. Couture opinan que en el caso del rebelde el juez no debe ser muy rigorista en cuanto a la prueba de los hechos, tomando en cuenta la conducta negligente del demandado.

PRUEBA DEL DERECHO. La regla general, es que el derecho no es objeto de prueba, pues se presume su conocimiento. No obstante, esta regla tiene algunas excepciones, si así podríamos llamarlas : a) Cuando el hecho y el derecho se interfieren; b) cuando la costumbre constituye derecho; y c) cuando trata de aplicarse el derecho extranjero:

a) Hay países como el nuestro, en que se cometen graves errores en materia de derecho por no existir una verdadera organización legislativa.

Resulta que cuando se pretende crear o reformar una determi-

nada situación jurídica, los encargados de hacerlo, antes de promulgar una ley no se toman el trabajo de investigar las diversas disposiciones que regulan dicha situación y que en un momento dado podrían entrar en pugna con el nuevo orden jurídico. De tal manera que al entrar en vigencia la ley promulgada, aunque derogue en forma expresa la anterior, cuando menos se imagina aparecen diseminadas otras disposiciones que aún mantienen plenamente su vigencia.

En este caso, si las partes entran en controversia, no es el derecho el que se discute, mas bien es la existencia de la ley el objeto de la prueba. Por eso es que no creemos que sea una excepción a la regla general.

También puede darse otra situación y es cuando la ley ha sido publicada en forma equivocada y el error ha pasado inadvertido por mucho tiempo.

En esta situación, la parte interesada se ve en la necesidad de recurrir a los archivos legislativos vertier en el proceso la prueba conducente con el objeto de que el juez se informe, pero tampoco creemos que aquí se esté probando el derecho.

En los dos ejemplos citados, el juez por su propia iniciativa puede investigar las circunstancias alegadas por las partes; si una de ellas vierte la prueba lo hace no porque constituya su carga sino mas bien como una manifestación de diligencia.

b) Nuestro Código Civil en su artículo segundo establece que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

El doctor Rafael Altamira y Cervera define la costumbre como la "Práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de precepto".(12)

(12) Eduardo Villares Ob.C.pag.195.

Como nuestro Código Mercantil vigente en muchas de sus disposiciones incorpora en la legislación la palabra "uso" queremos hacer notar que éste ha sido asimilado al concepto de costumbre, pero que estrictamente, el uso es "el acto con que se inicia o comienza el establecimiento de la costumbre jurídica y que (podría añadirse) ha de persistir para que la costumbre viva y se arraigue" (13).

Clásicamente se ha aceptado que existen costumbres conforme a la ley, contra la ley y supletorias de la ley.

Como su nombre lo indica, las primeras ratifican el precepto jurídico y le dan robustez en su positividad; las segundas, se oponen a la ley y desde el punto de vista jurídicos no tienen mayor relevancia, aunque podríamos decir nosotros que en el aspecto socio-sicológico, muchas veces llegan a imponerse en ciertas comunidades al grado que el legislador se ve en la necesidad de derogar las normas que se oponen a aquellas por resultar a fin de cuentas inaplicables; y las terceras o sean las supletorias de la ley son las que llenan los vacíos de la ley.

Nosotros creemos que nuestra legislación al remitirse a la costumbre como derecho se está refiriendo a estas últimas.

Pues bien, precisamente cuando la costumbre constituye derecho y las partes la articulan como presupuesto de su pretensión o la controvierten, es que se convierte en objeto concreto de prueba.

Eduardo J. Couture afirma "que en estos casos debe tenerse presente que, a falta de prueba suministrada por las partes, el juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios" (14).

(13) Eduardo Bellares Ob. C. pag.195.

(14) Eduardo J. Couture Ob.C. pag.222.

Que por eso, mas que de carga de la prueba, puede hablarse aquí de un interés en la prueba del litigante que se apoya en la costumbre.

El criterio seguido por nuestros tribunales en relación a la prueba de la costumbre, actualmente no se encuentre unificada.

Los magistrados y jueces que tienen en su haber una larga experiencia en la carrera profesional, son partidarios de la corriente que podríamos llamar rigorista, que exige a todo aquel que fundamente su pretensión en la costumbre, la obligación de probarla.

Aunque se haya afirmado en la demanda, si no la prueba, el juez no debe tomarla en cuenta para dictar su fallo; y por el contrario, como el actor según ese criterio, no probó todos los extremos de su demanda, el reo debe ser absuelto y el actor condenado en costas.

En consecuencia, tampoco participan de la idea aportada por las modernas doctrinas de que el juez por sus propios medios puede investigar la costumbre local pues consideran ^{actitud} que ésta/iría contra el principio de la imparcialidad en el proceso.

Los abogados jóvenes que empiezan la carrera judicial, aunque un tanto indecisos por su inexperiencia y la influencia que ha dejado el clasicismos jurídico, siguiendo mas de cerca la doctrina moderna creen que la costumbre deber ser probada en ciertos casos, pero que el juez dentro de las normas de mejor proveer, tiene facultades de investigarla por sus propios medios sin que pueda alegarse que actúa contra el principio de imparcialidad en el proceso, pues mas bien podría decirse que se apega a él y al principio de dirección.

Nosotros creemos que en relación a este punto pueden plantearse varias situaciones:

a) Cuando el actor alega la costumbre y el reo la acepta expresamente;

b) Cuando el actor alega la costumbre, el reo controvierte algunos extremos de la demanda, pero no se opone a que la costumbre sea como lo ha dejado expuesto el actor;

c) Cuando el juicio se sigue en rebeldía; y

d) Si el demandado controvierte en todas y cada una de sus partes lo alegado por el actor.

En el primer caso, no existe ningún problema para dictar sentencia definitiva, porque en realidad no se trata de la aplicación de la costumbre, sino que la resolución judicial tendrá como base la aceptación del demandado.

En el segundo, el reo no ha dicho nada, pero no puede aceptarse como una admisión del hecho; es necesario pues, que la costumbre se establezca en el proceso.

En la rebeldía, como se entiende que la demanda ha sido contestada en sentido negativo, el actor está en la necesidad de probar la costumbre alegada; y en el último caso, además está decirlo que la prueba de la costumbre se convierte en carga para el actor ya que ella, es parte del tema de la prueba.

En cuanto a que el juez puede investigar por sus propios medios la costumbre, somos de opinión que no solo puede sino que está obligado a investigarla, ya que precisamente en determinados casos la costumbre constituye derecho; y el derecho está obligado el juez a saberlo y a investigarlo.

La conducta que puede guardar el juez en esta circunstancia en ningún momento puede ser calificada que atenta contra el principio de imparcialidad.

c) Mucho se ha discutido si el derecho extranjero puede ser objeto de tema de prueba. La doctrina clásica que es en la que

se han inspirado la mayoría de las legislaciones, ha sustentado el criterio de que todo el que apoye su pretensión en leyes extranjeras esté obligado a probar su existencia, de modo que esta prueba "debe efectuarse como la de una verdadera y pura cuestión de hecho" (15) y por lo mismo constituye una carga procesal para la parte que la invoca.

Desde el punto de vista doctrinario, los autores son conformes en la tesis de que cuando el Juez o Tribunal necesitan aplicar el derecho extranjero, deben tener una libertad para investigar por sus propios medios y "con facultad para utilizar sus conocimientos privados y, por lo tanto, la enseñanza de autores, ediciones oficiales, sentencias anteriores, etc."(16).

sin embargo, con excepción del derecho alemán, esta tesis no ha encontrado una acogida absoluta de parte de los legisladores europeos ni americanos. A lo que se ha llegado es a acordar que por medio de tratados o convenciones internacionales pueda regularse de manera especial la materia probatoria del derecho de los Estados Contratantes.

Según Rafael de Pina, "la legislación procesal española no contiene concepto alguno relativo a la prueba del derecho extranjero, la jurisprudencia ha llenado esta laguna, declarando que cuando se alegue por las partes, debe ser probado" (17).

Para los Tribunales franceses el derecho extranjero debe ser objeto de prueba "no hallándose el juez obligado a aplicarlo sin que se cumpla este requisito" (18).

"El Derecho inglés se inspira en el principio de que la ley extranjera, en cuanto difiere de la inglesa, debe ^{ser} probada por quien la invoque, como un hecho"(19) y respecto a este punto

(15) Sentencia de 13 de enero de 1885 y 19 de noviembre de 1904, citada por Rafael de Pina Tratado de las Pruebas Civiles página 51.

(16) Hernando Davis Echandía Ob.C. pag.63.

(17) Rafael De Pina Ob. C. pag.50

(18) Rafael De Pina Ob. C. pag.54

(19) Rafael De Pina Ob. C. pag.54.

hace prevalecer los principios siguientes:

"1o. El que invoca la ley extranjera debe probar que existe con determinadas disposiciones, y que éstas se hallen en vigor".

"2o. Esta norma es aplicable a los casos de la ley escrita y se realiza la prueba, no ya con la simple presentación del texto, sino con el testimonio en forma auténtica, de quien sea peritus virtute officii; éste debe indicar el derecho que resulta del texto de la ley, en virtud de interpretación científica y de jurisprudencia".

"3o. El juez tiene la facultad de apreciar libremente las conclusiones del perito" (20).

Los Tribunales argentinos también exigen que la ley extranjera se pruebe como un hecho. "Esto es, dice Jofre, la doctrina que surge de la nota al artículo 13 del Código Civil, donde el doctor Vélez dice que la ley extranjera es un hecho que debe probarse" (21).

Como podemos apreciar, en una u otra forma las distintas legislaciones consideran que el derecho extranjero debe ser probado por quien lo invoca; dicho criterio nos parece erróneo por cuanto somos de opinión que el derecho extranjero debe ser objeto y tema de prueba cuando las partes lo controvierten, pero cuando una de ellas en su escrito de demanda o de contestación lo único que hace es citar las disposiciones de la ley extranjera en que funda su acción o excepción, creemos que el juez debe tener amplia facultad para imponerse por sus propios medios del texto, alcance y sentido del derecho que se le invoca.

Fundamentamos nuestro criterio en dos hechos elementales, el primero es atendiendo al principio de economía procesal que es la base para impartir una pronta y eficaz justicia.

(20) Rafael De Fina Ob. C. pag. 55.

(21) Rafael de Fina Ob. C. pag. 54.

No tiene ningún sentido que el juez exija la prueba de un derecho que aunque sea extranjero le conste personalmente o que pueda oficiosamente hacerlo llegar al proceso por medios más expeditos, por eso, con mucha razón y buen sentido el legislador alemán faculta al juez para que "pueda exigir a las partes que prueben el derecho extranjero que hayan alegado; pero el mismo está facultado para investigarlo de oficio por otros medios, sin que tenga que ceñirse a lo que le prueben" (22).

En segundo lugar, porque si lo que se pretende es obtener sentencias justas y pegadas a la técnica jurídica, esto no se logrará limitando las facultades de los jueces hasta el grado de convertirlos en simples receptores de pruebas.

Creemos que de donde se debe partir para obtener tal objetivo es de la escogitación de las personas que han de desempeñar tales cargos, pues como bien lo dice Rafael De Pino "La complejidad creciente de los problemas jurídicos que el juez ha de resolver exige de él una preparación científica seria. Solo así se encontrará en condiciones de ejercer su función con el decoro que corresponde a un funcionario público a quien el Estado confía la administración de justicia" (23).

De tal manera que al concederle al juez la facultad de investigar por sus propios medios el derecho extranjero, debe ser partiendo de la idea que dicho funcionario tiene que ser una persona con la suficiente preparación jurídica, pero esto no queda logrado si la misma ley le coarta las posibilidades de que por su propia iniciativa adquiera ese perfeccionamiento profesional tan necesario para él y que redundaría en beneficio del mejor impartimiento de justicia.

(22) Rafael De Pino Ob. C. pag. 54.

(23) Rafael De Pino Ob. C. pag. 57.

Esta libertad del juez ha sido discutida muchas veces en lo concerniente a toda la prueba, pero especialmente para el tema que tratamos, no cabe lugar a dudas, que siguiendo el criterio de facultarlo para investigar el derecho extranjero aplicable en un caso concreto, se le estimularía dentro de sus mismas funciones y con el tiempo, podría llegarse a contar con un cuerpo de jueces y magistrados de una vasta cultura jurídica desde el punto de vista doctrinario, de derecho comparado y jurisprudencial.

Debemos dejar constancia, que el problema a que nos hemos avocado no solo es de nuestro país, sino de todos aquellos que confrontan dificultades en su organización judicial; pero de lo que si estamos seguros es, que parte de su solución está en hacer de los jueces y magistrados hombres estudiosos del derecho y ¡qué mejor oportunidad que la de dejarles la facultad de investigación de la ley extranjera! que en el fondo no es mas que parte de la solución *iura novit curia*.

En apoyo de nuestras anteriores palabras, nos permitiremos transcribir el comentario que Mortara le hiciera al Código y Ley de Procedimientos Civiles: "mi convicción, cuando veo afirmar de un modo absoluto e indeclinable la necesidad de facilitarle en el juicio -se refiere a la ley extranjera- es que constituya un agravio a la cultura del magistrado en particular y a la calidad de los juristas italianos en general. En otros tiempos y con otros obstáculos intelectuales, acaso fue ra lícito aceptar como principio de derecho la ignorancia necesaria de la ley extranjera. Actualmente esto me parece una exageración y me complace ver en la legislación mas reciente (Código Germánico, Reglamento austríaco) afirmado el principio de que no es necesaria la prueba de la ley extranjera cuando es conocida por el Magistrado". (24)

(24) Mortara, Comentario dell Codice e della legge di Procedura Civile Vo.III pag.555, citado por Rafael de Pina Ob. C. pag.56.

De conformidad con nuestro Código de Procedimientos Civiles, el que apoya su derecho en leyes extranjeras debe probar su existencia en forma auténtica.

De lo expuesto, podemos concluir que la regla general de nuestro orden jurídico procesal, es que la ley extranjera es y constituye objeto y tema de prueba.

A partir del Decreto Legislativo del treinta de marzo de mil novecientos treinta y uno, por medio del cual se aprobó la Convención suscrita por El Salvador en la Sexta Conferencia Internacional Americana reunida en La Habana en mil novecientos veintiocho, referente a Derecho Internacional Privado y conocida con el nombre de "Código Bustamante" dicha materia ha logrado un mejor desarrollo .

Los Jueces y Tribunales de los Estados contratantes se encuentran en la facultad de aplicar de oficio cuando proceda, el derecho de los demás, éste como el mismo Código lo previene, sin perjuicio de los medios probatorios a que el mismo capítulo se refiere.

Queda a opción de la parte que invoca el derecho extranjero, justificar su texto, vigencia y sentido; de tal manera que según el espíritu de la Convención dicha prueba no constituye carga. Esto se corroborará cuando establezca que a falta de pruebas, o si el juez o el Tribunal por cualquier razón la estimare insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

Cuando la parte que invoca la aplicación del derecho de cualquier estado contratante en uno de los otros, o disiente de ella, puede justificar su texto, vigencia y sentido, mediante la certificación de dos abogados en ejercicio en el país

de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada, siguiendo el trámite que señala el artículo doscientos sesenta y uno del Código de Procedimientos Civiles.

Cabe hacer notar en esta parte, que el litigante está obligado a presentar la prueba fehaciente de que los dos abogados que certifiquen el texto, vigencia y sentido de la ley, se encuentran en ejercicio en el país de cuya legislación se trate.

La convención mencionada fue aprobada con reservas, entre las cuales se encuentra la que "Estima que la Convención de Derecho Internacional Privado es un cuerpo de doctrina jurídica de gran valor en jurisprudencia, pero que carece de la eficacia suficiente hasta el momento actual, para prevalecer sobre los términos expresados de la ley salvadoreña en todo aquello en que ese cuerpo de doctrina las contraríe o modifique" y que "En el caso en que las doctrinas jurídicas que contiene la Convención de referencia, contraríen o restrinjan alguna forma las leyes de El Salvador, no prevalecerán sobre dichas leyes".

De la lectura de dichas reservas, no faltaría quien manifestare que al aplicar el Código Bustamente se contraría el artículo doscientos treinta y nueve del Código de Procedimientos Civiles, que exige de manera general la prueba del derecho extranjero; sin embargo, como lo decíamos anteriormente, somos de opinión que en ese sentido, no existe contradicción alguna sino que la convención desarrolle en una forma amplia la disposición del Código de Procedimientos y que por tal motivo el juez para mejor proveer pueda informarse directamente del texto, vigencia y sentido del derecho de cualquier estado contratante que se le haya invocado por los litigantes.

PRUEBAS DE LAS REGLAS O MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA. Las reglas o máximas de la experiencia son aquellas que "le sirven al juez para rechazar las afirmaciones del testigo, o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclu-

signes que se pretenden obtener de los indicios, e, inclusive, el dictamen de peritos no especializados en el tema concreto, cuando advierte que hay contradicción con ellas, ya porque los conozca y sean comunes o porque se les suministre el perito técnico." (25)

Existe un criterio sostenido entre otros por Florian y Schonke, que ve en las reglas o máximas de la experiencia un objeto independiente y autónomo de prueba.

Citados por el mismo Florian según decir de Hernando Devis Echandía, Benncke y Belling opinan por el contrario, que "esos principios de la experiencia se confunden con la cosa a que se aplican y no son objeto aparte de prueba sino que constituyen un momento en la operación espiritual que produce el silogismo; son solamente un testimonio profesional; no se indagán en el proceso, sino que mediante ellos se indagán hechos. No necesitan abrirse paso, y se sustraen, por su naturaleza, a una comprobación conforme a la prueba procesal" (26).

La verdad es que las reglas de la experiencia en esencia no son más que normas que le ayudan al juez para que oriente su criterio; algunas veces son de carácter tan general que el juez mismo las conoce y otras, necesita que le sean explicadas y se le determine si pueden ser aplicadas al caso controvertido.

En uno y otro caso, consideramos que no pueden ser objeto independiente de prueba; el objeto es el hecho que se trata de investigar y por lo cual se hace uso de la regla de la experiencia.

B) ACTOS, HECHOS Y PROPOSICIONES QUE NO NECESITAN PROBARSE.

Así como la regla general es que el derecho no se prueba, también hay unidad de criterios entre los tratadistas, que sal

(25)Hernando Devis Echandía Ob. C. pag.52.

(26)Hernando Devis Echandía Ob. C. pag.51.

vo ciertas excepciones, la regla general es que los hechos son el verdadero objeto de prueba.

Como punto final del presente capítulo, entraremos a estudiar esos hechos excepcionales y las causas por las que, no obstante formar parte del objeto concreto de prueba, los tratamos en su gran mayoría, estén de acuerdo en que no necesitan ser probados.

HECHOS ADMITIDOS O CONFESADOS. En páginas anteriores dijimos que los hechos pueden ser admitidos expresa y tácitamente pero como nuestra legislación presume que en caso de rebeldía el contumáz conteste la demanda en sentido negativo, no tendría mayor interés práctico volver sobre lo que ya se expuso en relación a la admisión tácita.

El hecho puede ser admitido o confesado en un acto preparatorio del juicio, al contestar la demanda, en el período que precede a la apertura de pruebas o dentro del término probatorio.

Si la admisión del hecho se efectúa en cualquiera de las primeras etapas citadas o sea fuera del término probatorio, inmediatamente queda excluido del objeto concreto de prueba y se produce un doble efecto procesal: El Juez está obligado a tenerlo en consideración por el momento de su fallo y a aceptarlo como cierto.

Por eso una vez admitido o confesado el hecho, la parte contraria se libera de la carga de probarlo e inclusive, con base en el principio de economía procesal, el Juez o Tribunal tiene la facultad de rechazar toda prueba que tenga como objetivo establecer lo que ya ha sido admitido o confesado.

No debemos ver en lo anterior una regla de carácter absoluto, pues no siempre esos hechos admitidos o confesados dejan de ser objeto concreto de prueba; la excepción se presenta en aquellos juicios en que la ley por considerar que la materia

que se discute pertenece al órden público, de manera expresa l. niega v lor a la confesión que las partes pudiesen hacer.

Caso concreto se presente en los juicios de divorcio absoluto, en que no hace fu la admisión que puedan hacer las partes sobre la verdad de las causales alegadas; y el demandante que pretenda obtener sentencia favorable, no obstante que pueda existir confesión del rec, está obligado a probar el hecho con todas las formalidades legales.

Desde el punto de vista doctrinario, se considera que el excluir de prueba los hechos admitidos tiene su fundamento en la correcta aplicación de la lógica y del principio de economía procesal, que como muy bien lo sabemos, su principal objeto es lograr la realización del juicio mediante la menor actividad jurisdiccional y el ahorro de esfuerzos tanto para el Órgano que dirige el proceso como para las partes contendientes.

Nosotros participamos del criterio de que únicamente debe ser objeto de prueba el hecho controvertido ya que no cabe duda que si la litis ha sido entablada, es con el objeto de dirimir aquel negocio o acción en que las partes no han podido llegar a un acuerdo satisfactorio, pero si éstas por cualquier motivo en cierta etapa del juicio han por admitidos los actos, hechos o proposiciones articulados, es evidente que lo que pretenden es fijar aquello que pueda ser útil al Juez para que dicte sentencia, faciliténcole además los medios por los cuales obtenga la certeza acerca del negocio cuestionado.

De modo que contrariar la intención de las partes con la exigencia de prueba del hecho admitido será algo ilógico, innecesario e inútil.

Debemos aclarar que todo lo dicho es aplicable a la admisión o confesión espontánea, es decir libre de toda coacción y que asimismo haya sido hecha por una persona capaz desde el punto de vista procesal; de otro modo, el mismo hecho de la

admisión o confesión viciada, sería objeto concreto de prueba.

HECHOS PRESUMIDOS POR LA LEY. "La palabra presunción por sus raíces, se compone de la preposición pro y el verbo sumo, que significan tomar anticipadamente, porque por las presunciones se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos" (Caravantes).

La clasificación mas generalizada de las presunciones es la que distingue entre presunciones legales y judiciales. Las primeras son las que la ley establece y las segundas, las que in f ie r e el juez mediante un proceso deductivo de los hechos que aparecen probados en el proceso.

Las legales pueden ser absolutas o juris et de juris y re l a t i v a s o juris tantum.

Eduardo Gallares dice que "las presunciones absolutas forman parte del derecho sustancial y no del procesal, porque con s i s t e n verdaderas normas jurídicas, mediante las cuales el legislador atribuye a determinados hechos o actos, ciertos con secu en ci as legales. Su función no es probatoria sino de índole sustantiva." (27).

No compartimos dicho criterio en primer lugar, porque todas las normas jurídicas sean de carácter sustancial o procesal contienen un presupuesto que puede ser un hecho o un acto al cual se le atribuyen consecuencias legales; y en segundo, porque para establecer la esencia de una disposición debe per t i r s e si ella ante determinado presupuesto, resuelve como debe proceder el Juez o como debe decidir; es decir, si la norma señala como llegar al fallo nos encontramos ante una disposición de carácter procesal y si decide situaciones de contenido ante una de naturaleza sustancial.

(27) Eduardo Gallares Ob. C. pag. 582.

Lo que sucede en materia de presunciones es, que el legislador se inspira fundamentalmente en razones de política jurídica, para dejar fuera de controversia algunas situaciones que por experiencia general o porque científicamente esté probado, normalmente suceden como se presupone en la ley; o "Para eliminar del debate hechos normales, que son consecuencias naturales de otros hechos previstos como causas, o en casos en que es difícil la prueba, el legislador ha pensado que ante un hecho normal y una prueba difícil es mejor favorecer el gran número dando como cierta una consecuencia que normalmente lo es" (28).

La diferencia entre presunciones absolutas y relativas es que las primeras no admiten prueba en contrario mientras que las segundas sí.

Esto podría llevarnos a varios equívocos. El primero sería creer que como la ley tiene como cierta el hecho presumido, la presunción constituye un medio de prueba. No, en esencia es una dispensa de la carga de probar que el legislador le concede al que goza de ella y que por el contrario, se la impone a su contendiente.

Tampoco gozar de una presunción quiere decir que se encuentre exonerado de toda prueba; los hechos que presume la ley no forman parte del objeto concreto de prueba puesto que se tienen como ciertos, para la parte favorecida está obligada a probar los supuestos de la presunción.

Así, si se quiere hacer valer la presunción de la concepción para establecer la legitimidad de un menor, no basta invocar que nació antes de cumplirse las trescientas días subsiguientes a la disolución del matrimonio; deberá probarse en la medida legal el nacimiento del menor y el matrimonio de los padres ya que son precisamente estos hechos el presupuesto de la presunción.

(28) Isidoro Eisner Ob.C. pag.44.

Las presunciones *juris tantum*, siguen las mismas reglas de las absolutas respecto a los que las tienen en su favor, es decir que no están obligados a probarlas, pero la parte contraria puede destruirlos con toda clase de pruebas e inclusive puede oponérselas otras presunciones con el objeto de balancear los resultados de la litis.

De lo dicho se desprende que los hechos presumidos por la ley no son objeto concreto de prueba y que de darse los presupuestos a que antes nos hemos referido, el juez está obligado a tener el hecho presumido como si fuera cierto.

La prueba en el presente caso, no solo es innecesaria sino que cuando se trata de presunciones legales absolutas no debe ser admitida ni para fortalecer la presunción ni para desvirtuarla, pues en ambos casos es totalmente inútil. El juez con base en el principio de economía procesal y de dirección del proceso debe rechazarla *incontinenti* para evitar que el juicio se convierta en una actividad jurisdiccional desnaturalizada tanto para él como para las partes.

Para Couture, "una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad" (29) por lo que según su opinión, "lo que en realidad queda fuera del campo del objeto de la prueba son los dos últimos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidad"(30).

Queremos recordar que en la forma de funcionar en el proceso, existe otra figura jurídica muy similar a la presunción cuyo presupuesto, tampoco es objeto de prueba, nos referimos a la ficción legal.

Según Escribá, "La ficción es una suposición que hace la

(29) Eduardo J. Couture Ob.C. pag.228.

(30) Eduardo J. Couture Ob.C. pag.228.

ley uando a una persona o cosa una calidad que no le es natural, para establecer en su consecuencia cierta disposición que de otro modo parecería repugnante. La ficción obra los mismos efectos que la verdad, y por tanto debe imitarla sin presentar cosa alguna que sea contraria a la verosimilitud, y sin que se extienda a lo que por naturaleza de las cosas sea posible" (31).

Francois Geny en su obra Ciencia y Técnica del Derecho positivo, al estudiar las ficciones jurídicas, entre otras cosas manifiesta: a) Las ficciones revelan el aspecto artificial de la técnica, lo que hay en ella contrario a la realidad de los hechos y es tan sólo un producto de la mente humana; b) No pertenece a la doctrina de la prueba, sino que constituyen reglas de fondo, de derecho sustantivo; c) La razón se sirve de las ficciones para alcanzar lo justo por un procedimiento que consiste esencialmente en afirmar como verdadero lo que es contrario a la verdad" (32).

Las ficciones pues, son ciertos presupuestos que da el legislador, la doctrina o la jurisprudencia, para tener como verdadero un hecho que es contrario a la realidad, pero que tiene como objeto la aplicación de una norma jurídica que de otro modo carecería de presupuesto.

Desde el punto de vista procesal la presunción y la ficción, son subrogados de prueba; pero por su naturaleza, mientras las presunciones nacen de la probabilidad, las ficciones se oponen radicalmente a la realidad probable; por otra parte, las presunciones son materia de derecho procesal mientras que las ficciones son figuras jurídicas de carácter sustancial.

HECHOS EVIDENTES. La evidencia es la aprehensión espiritual

(31) Joaquín Escriche Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, pag. 689.

(32) Francois Geny, citado por Eduardo Fallares Ob.C. pag.345.

directa e inmediata de la verdad. Algunos confunden este concepto con el de notoriedad, pero como lo veremos oportunamente, son dos formas de conocimiento distintas.

El hecho evidente, tampoco constituye objeto de prueba y el juez con base en el personal conocimiento que tenga de él deberá admitirlo como cierto, rechazando toda probanza que pretenda establecerlo.

La razón de que no exista carga de probarlo es, que el hecho evidente participa de esas nociones elementales de conocimiento que posee el juez. "ni siquiera de la ciencia, sino del vivir", de esas experiencias de que el hombre se ve fortalecido cotidianamente y que le enseña que un hecho o circunstancia se presenta siempre con determinadas características.

A nadie se le exigiría prueba de que estando a oscuras le era imposible mirar; de que el calor accite sobre una superficie se vuelve resaca; o como se expone en el ejemplo clásico, que primero se percibió la luz y posteriormente el sonido.

En estos casos es que nuestra legislación en materia de presunciones, trata de suplir la actividad probatoria de las partes al dejar a las luces y prudencia del juez la decisión del hecho.

Al respecto, Eduardo J. Couture se expresa así: "La exención de prueba de los hechos evidentes no constituye sino un aspecto del problema más vasto del saber privado del Juez como elemento integrante de su decisión. Tanto en el derecho inglés, como en el alemán, como en el italiano, se ha hablado de la prueba prima facie, considerando tal aquella que permite extraer la prueba de los principios prácticos de la vida y de la experiencia de lo que generalmente ocurre en el natural desarrollo de las cosas" (33).

(33) Eduardo J. Couture Ub. C. pag.229.

Todo lo que hemos dejado expuesto no debe ser entendido en el sentido de que el hecho evidente es algo así como una presunción que no admite prueba en contrario.

La evidencia de hoy -dicen los autores- puede no ser la de mañana, por eso es que ante nuevas experiencias se desmorona el hecho evidente; y ante esta posible circunstancia, en ningún momento debemos suponer que debe rechazarse la prueba en contrario.

Como bien lo dice el autor citado hace unos momentos, "Una prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carecería de toda justificación científica" (34).

HECHOS NOTORIOS. Con relación al concepto de hecho notorio se encuentra muy dividida la doctrina, al grado que como decíamos anteriormente, existen quienes confunden la notoriedad con la evidencia.

Para Chiovenda, los hechos notorios son aquellos "que por el conocimiento humano general son considerados como ciertos e indiscutibles, pertenezcan a la historia, a las leyes naturales, a la ciencia o a las vicisitudes de la vida pública actual, los hechos comúnmente sabidos en el distrito, de suerte que toda persona que la habite esté en condiciones de conocerlos" (35).

"Carnelutti propuso la siguiente definición en el Código elaborado por él reputándose públicamente notorios, los hechos cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos, en el tiempo y lugar en que ocurre la decisión" (36).

Calamandrei dice: "Son notorios aquellos hechos, cuyo cono-

(34) Eduardo J. Couture Ob. C. pag. 230.

(35) Giuseppe Chiovenda Instituciones de Derecho Procesal Civil p. g. 67 T. III.

(36) Carnelutti citado por Eduardo Fallas Ob.C. pag.37J.

cimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social" (37).

Couture sostiene que: "pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión" (38).

Hemos hecho caso omiso de otras tantas definiciones, entre ellas, la que dá el Diccionario de la Real Academia Española, por considerar que se apartan totalmente de la idea que debe tenerse de la notoriedad.

Unos opinan, que lo notorio es aquello que es público y sabido de todos; otro, que lo notorio es lo innegable; hay quienes sostienen que lo notorio equivale a evidente; y los que han pretendido mejorar esta tesis, han dicho que tal evidencia ha sido producida por la publicidad.

Por nuestra parte, creemos que de las definiciones transcritas, la mejor desarrollada es la de Calamandrei, porque sin perder de abundancia, es clara, completa y se aseúca a la idea general que pueda tenerse de la notoriedad.

Con la definición de Chiovenda no estamos de acuerdo, porque parte de la idea que el hecho notorio debe ser del conocimiento general, lo cual no es cierto; ya que lo notorio puede serlo para unas personas y no para otras, aunque vivan en un mismo distrito.

En cuanto a la de Cappelletti, además de que puede ser objeto de la crítica anterior, cae en lo redundante, pues la característica de la notoriedad es que el hecho sea conocido por un determinado círculo de personas; es decir que sea público.

(37) Piero Calamandrei citado por Eduardo Gallares Ob. C. pag. 374

(38) Eduardo J. Couture Ob. C. pag. 235.

El concepto que nos da Courture, en el fondo es el mismo que el de Calamandrei, con la única objeción de que pecó al querer ser extremadamente amplio para abarcar todas las situaciones en que podría presentarse el hecho notorio, cuando al decir cultura se la ve por sabido que incluye el conocimiento e información que pueden tener los individuos.

Pues bien, los hechos notorios son otra de las excepciones del objeto de la prueba; pero cuando lo que se controvierte es precisamente la notoriedad, la parte que la invoca sí está obligada a probar los hechos en que se funda.

Así en el caso de que alguien pretenda establecer la posesión notoria de hijo natural, no solo tendrá que invocar la circunstancia, sino que está obligado a probar los hechos constitutivos de la posesión, tales como: que el padre lo ha tratado como hijo suyo, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento; que lo ha presentado en ese carácter a sus herederos presuntos, a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio han reconocido dicho estado.

La prueba de estos hechos deberá hacerse por todos los medios eficaces y en la medida en que la ley expresamente lo establezca.

Tampoco todos los tratadistas están de acuerdo en que el hecho notorio deba estar exento de prueba, pues consideran que al asimilar la notoriedad a la verdad es peligroso y aún perjudicial ya que no siempre lo que en su determinado círculo social se pueda tener por notorio necesariamente sea cierto.

Carnelli, citado por Couture, llega a la siguiente conclusión sobre lo dicho: "que el concepto de hecho notorio es peligroso y perjudicial, una vez se haya hecho la necesaria distinción con la evidencia, las verdades científicas y los hechos históricos" (39).

(39) Eduardo J. Couture Ob. C. pag. 234.

Por su parte, Eduardo Falleres, se expresa así: "No hay adecuación entre la notoriedad y la verdad. Puede ser un hecho notorio sin ser verdadero y viceversa ... Lo más prudente es no excluir de la prueba el llamado hecho notorio, porque es preferible exigir pruebas que resulten innecesarias en determinados casos, a tener por probado algo que no ha sucedido realmente. Soy de opinión que hay hechos notorios verdaderos, pero ante el peligro de confundirlos con los falsos, opto por que desaparezca el precepto legal que ordena que el hecho notorio no debe ser probado" (40).

Nosotros opinamos que el problema a que alude el autor, no puede llegar a plantearse sino en aquellos países en que se acepta la admisión tácita; porque el hecho notorio se tiene por cierto y exento de prueba cuando se pretende establecer, pero, la notoriedad como tal es controvertible y será la parte contraria la que habrá de desvirtuarlos.

Ahora bien, en el caso de seguirse el juicio en rebeldía, la demanda se tendrá por contestada en sentido negativo y el actor estará obligado a probar todos sus extremos, inclusive el hecho notorio que invoque.

La razón de eximir de prueba el hecho notorio, en parte es la misma que la del hecho evidente, el ahorro de esfuerzos innecesarios, pero además persigue un fin de política procesal: procura prestigiar la justicia, evitando que ésta viva de caída al saber común del pueblo y su arte consista, como se ha dicho, en ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe" (41).

HECHOS PROHIBIDOS POR LA LEY. Sabemos que todo el proceso se encuentra regido por el principio de prohibición. Los liti-

(40) Eduardo Falleres Ob. C. pag.371.

(41) Eduardo F. Cutera Ob. C. pag.235.

gantes estén obligados a mantener dentro de la controversia la compostura debida, notando dentro de lo justo y legal la dirección procesal del juez y guardando para todos los que intervienen en el juicio el respeto que la persona humana merece.

Si este principio regula la conducta que ha de mantenerse en la secuela del proceso, en materia de prueba, algunas veces es la ley y en otras el juez, quienes determinan los actos que no puedan ser objeto de prueba aunque sean conducentes y pertenezcan al asunto principal del negocio.

Por lo general se prohíbe la prueba por razones de moral; pero en ciertos casos al ser excesivamente rígido, se corre el peligro de caer en el absurdo, pues muchas veces aunque la prueba parezca contraria al honor, decoro o principios morales, la verdad es que su finalidad la justifica.

Demetrio Sadi, citado por Rafael De Pina, escribe: "En muchos casos será muy difícil averiguar si la prueba solicitada es inmoral o delictuosa, por lo que la aplicación del proceso que examinemos debe quedar en gran parte sometido a la prudencia y pericia judicial" (42).

No debemos confundir la prohibición que pueda existir de probar un hecho, con la prohibición de probarlo con determinado medio o exigir uno especial.

En el primer caso, el hecho es excluido del objeto concreto de prueba; en el segundo, lo que sucede es que existe una limitación a la libertad de medios.

HECHOS QUE HAN SIDO MATERIA DE COSA JUZGADA. Cuando una sentencia ha pesado en autoridad de cosa juzgada, el hecho declarado en dicha sentencia, no puede constituir objeto de prueba.

La presunción de que la cosa juzgada es cierta, priva a ambas partes de pretender establecer la falsedad o certeza de lo

(42) Demetrio Sadi, citado por Rafael De Pina Ob.C. pag.50.

sentencia; de tal modo, que el juez esté facultado para rechazar por inútil, toda prueba que se ofrezca al respecto.

HECHOS NEGATIVOS. Afirmer categóricamente que todos los hechos negativos en que pueda fundamentarse una acción o excepción, no son objeto concreto de prueba, sería erróneo; pues, como lo veremos mas adelante, hay ciertos hechos aparentemente negativos, pero que contienen una afirmación.

En materia de prueba, los hechos negativos son de diversa naturaleza y producen diferentes efectos jurídicos. Para mayor claridad, sigamos la clasificación que Hernando Devis Echandía hace de las negaciones.

1o. Negaciones sustanciales o absolutas. Estas negaciones se fundamentan en la total inexistencia y por consecuencia no puede considerarse que indirecta e implícitamente encierran alguna afirmación. Cuando se dice que una persona no ha hecho uso de la servidumbre de tránsito que grava un predio, esta negación es de carácter absoluta, porque con ella no se está afirmando nada, como sería el de que hizo uso de otro camino.

2o. Negaciones formales o aparentes. Esta clase de negaciones son precisamente, las que en ciertas oportunidades confunden, pues en su forma niegan un hecho, pero en el fondo encierran una afirmación contraria.

Esta afirmación puede ser definida o indefinida. Devis Echandía pone como ejemplo de la primera, el decir "Pedro no es mayor de edad o soltero, lo cual significa que es menor o casado" y como ejemplo de la segunda, cuando decimos "esto terreno nunca ha sido cultivado ni edificado, lo cual significa afirmar que siempre ha estado sin cultivos ni construcciones" (43).

3o. Las negaciones formales pueden ser de derecho, de hecho y de cualidad. "Las primeras se refieren a la titularidad de

(43) Hernando Devis Echandía Ob. C. pag.68.

un derecho o a las condiciones requeridas por la ley para su existencia o para la validez de un acto jurídico, o a la calificación jurídica del acto y equivalen a afirmar una situación o una condición jurídica opuesta a una distinta naturaleza jurídica del acto" (44).

Las negaciones de hecho, como en concreto son afirmaciones del hecho contrario, siguen la regla general aplicable al objeto concreto de la prueba. El hecho controvertido debe probarse por el que base en él su acción o excepción.

Las negaciones de hecho pueden ser de carácter concreto o indefinido. Así si alguien niega que una persona ha muerto, en el fondo está afirmando concretamente que dicha persona está viva; y cuando se niega que nunca se ha vivido de la caridad pública, equivale a decir en forma indefinida, que siempre se ha vivido del trabajo, de las rentas o de cualquier otra circunstancia.

Las negaciones de cualidad son las que se refieren en forma directa a las facultades o atributos que puede tener una persona o cosa.

Correspondientes de la siguiente doctrina: "Si la cualidad es de las que todos naturalmente tienen, como capacidad, claridad de entendimiento, falta de mayor edad en la época en que se contrae la obligación, etc., debe probarse por el litigante que niega. La negativa en este caso es el fundamento de su intención, y aquella induce una afirmativa que transfiere la obligación de justificar al negante; la presunción esté por su contrario, y deberá deferirse a la solicitud de éste, aún sin prueba suya, siempre que el que negó la cualidad no pruebe lo contrario. Si es de las cualidades que competen accidentalmente a alguno y no naturalmente a todos, como por ejemplo la nobleza, el grado de doctor etc., toca la prueba al afirmante; así mismo si dice que es mayor y se niega, porque en éstos y

(44) Hernando Davis Echandía Ob. C. pag.69.

otras cosas semejantes no se entiende a la metoria de la afirmativa, sino que cada una es fundamento de su intención"(45).

Las negaciones de hecho pueden ser bien sustanciales o formales; definidas o indefinidas.

Las definidas se refieren^a hechos concretos y en el fondo afirman otro de igual naturaleza; los indefinidas por el contrario, no implican que afirmen el hecho contrario limitado en tiempo o lugar.

No debemos olvidar, que el hecho indefinido en cierta forma guarda relación con el hecho imposible; y que por tal motivo, cuando la afirmación o negación de carácter indefinido exige una prueba en exceso dificultosa, aunque pudiesen ser ciertos los hechos alegados, deben ser excluidos del objeto concreto de la prueba como si se tratase de hechos negativos o afirmativos imposibles.

De lo dicho podemos concluir, que para establecer si un hecho negativo debe ser objeto concreto de prueba es necesario dilucidar primero, que clase de negación es la que encierre.

Las únicas negaciones en sentido estricto son las absolutas, por lo que el hecho que se fundamenta en ellas, no es objeto de prueba.

Las negaciones formales indefinidas de hecho, no porque sean negaciones, sino por la imposibilidad de probarlas, tampoco constituyen objeto de prueba.

Peró cuando el hecho se basa en una negación que en el fondo encierre la afirmación de otro de igual naturaleza, no cabe duda que el que negó debe probar.

También, "cuando el demandante basa su demanda en una negación formal definida o concreta de derecho, de hecho o de

(45) Coreventos citado por Eduardo Pallares Ob.C. pag.534.

cualidad, debe probar la realidad positiva contraria que implícitamente "afirma" (46).

HECHOS NORMALES. Hemos expuesto las razones por las cuales tanto los hechos evidentes como los notorios no deben ser objeto de prueba.

Como punto final, técnos ahora encontrar el motivo que justifica que los hechos normales tampoco deben ser probados por aquel a quien favorecen.

La doctrina y la jurisprudencia extranjera están de acuerdo que cuando en el proceso se careza de prueba, deben tomarse los hechos como sucederían normalmente en la realidad.

De tal manera, que la regla general es lo normal, su excepción, la extravagancia o anomalía.

Con fundamento en la regla anterior, los tratadistas de derecho procesal sostienen, que el litigante que se encuentra beneficiado por la noción de la normalidad, debe estar exento de probar el hecho. En este caso, la carga de la prueba recae sobre la parte que excepciona.

Para Couture, el conocimiento que de los hechos normales pueda tener el juez nace de su propio saber, el cual, según nuestra opinión sin correr el riesgo de conceder más de lo pedido, pueda invocar al momento de dictar la respectiva sentencia.

Ejemplo de la normalidad podemos encontrar en materia de actos mercantiles. Es normal -se dice- que en todo acto mercantil exista el ánimo de lucro.

Si un mandatario mercantil se presentara a demandar sus honorarios y no existiera disposición expresa, el mandante que pretendiera establecer que el mandato era gratuito estaría obligado a probar su excepción; no así el mandatario.

(46) Hernando Davis Echandía Ob. C. pag. 71.

Ultimamente se ha perfeccionado la noción de standard jurídico y se ha definido como "una medida media de conducta social, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada" (47).

El standard es una directriz en la línea de conducta del Juez y lo sirve como instrumento en su función jurisdiccional. "La intuición y la experiencia, se dice, señalan al magistrado la aplicación empírica del standard." (48).

"Una noción semejante domina el derecho en materia probatoria. El standard es la suposición absolutamente natural de que los hombres mantienen su línea habitual de conducta; que los hechos se desenvuelven de acuerdo con las provisiones regulares de la experiencia; que los actos se inspiran en los móviles que se reflejan en el mundo exterior" (49).

La doctrina y la jurisprudencia extranjera fundamentan el relevo de prueba de los hechos normales en el principio de causalidad o sea por razones de orden lógico y en una regla proporcionada por la experiencia, acerca de cómo normalmente se realizan los hechos en la vida.

(47) Eduardo J. Couture Ob. C. pag.232.

(48) Eduardo J. Couture Ob. C. pag.232.

(49) Eduardo J. Couture Ob. C. pag.232.

TITULO SEGUNDO

ADMISIBILIDAD Y PERTINENCIA DE LA PRUEBA.

CAPITULO I

DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.-

En el título anterior dejamos resumido en términos generales, lo que constituye el objeto de la prueba, es decir, cuáles son los hechos que necesariamente deben establecerse en el proceso.-

Concretado el objeto, se plantea en el juicio una nueva situación procesal que es la asunción de las pruebas, pero para proceder a ella, es necesario que previamente, "el juez resuelva las cuestiones relativas a la eficacia de la prueba a constituir; si no se hiciese así y cualquier prueba fuese asumida, el proceso correría el riesgo de perderse en una masa de actos inútiles. (1)

Aunque en una forma más relativa, lo mismo puede decirse, para el caso de resolver sobre la pertinencia inmediata de la prueba que se ofresca, ya que muchas veces sucede que lo que pretende demostrar el litigante, no tiene ninguna relevancia para la decisión.

Debemos aclarar, que el criterio antes expuesto se encuentra muy lejos de ser aceptado en forma unánime por los tratadistas de derecho procesal, y, que mas bien, representa un problema de carácter doctrinario en el cual no nos detendremos por de pronto, pero que sí, le dedicaremos un apartado especial de nuestro trabajo.

(1) Francisco Carnelutti.... Sistema de Derecho Procesal Civil

Como no es raro que muchos autores así como los que ejercen en los tribunales la profesión del derecho, incurran en el error de confundir los conceptos de conducencia, admisibilidad y eficacia de la prueba, trataremos primero de delimitar dichos conceptos, establecer sus diferencias y ver sus distintas aplicaciones, para luego, detenernos en los problemas que pudiesen plantear en la dinámica del proceso.

A) CON DUCENCIA, ADMISIBILIDAD Y EFICACIA. LIMITACION DE LOS CONCEPTOS:

Desde el punto de vista doctrinario, toda prueba debe cumplir con ciertos requisitos intrínsecos: a) que el medio con que se pretende demostrar el hecho controvertido sea conducente; y b) que la prueba ofrecida sea pertinente o tenga alguna relevancia en el negocio o acción que se litiga.

Hernando Devis Echandía, considera que además de los ya citados, son también requisitos de fondo, la utilidad de la prueba y la ausencia de prohibición legal para investigar el hecho.

El primero lo funda en el servicio que la prueba debe prestar al juez para su decisión final; y el segundo, lo refiere a aquellos casos en que la ley no haya prohibido expresamente la investigación del hecho.

Creemos que desde el punto de vista didáctico, es correcta la tesis del autor, sin embargo, somos de opinión que cuando el juez desestima la prueba por inútil, puede basarse, bien en la inconducencia del medio, bien en la impertinencia de los hechos que se pretenden probar.

En cuanto a la ausencia de prohibición legal, es lógico que la estimación de la prueba partirá de su conducencia o inconducencia.

Con todo, y dado a que el presente trabajo no es de carácter polémico, en su debida oportunidad, estudiaremos los ca-

sea que dicho autor clasifica en la utilidad de la prueba y la ausencia de prohibición legal para investigar el hecho.

El concepto que más confusiones ha creado en la doctrina, es el de la con-ducencia, así Antonio Rocha nos dice: "es conducente toda prueba desde que se concrete más o menos a los hechos de la demanda o de la contestación"--y agrega- "a demás, si ya avanzado el debate, en el término probatorio se suscita discusión sobre la conducencia de uno de esos hechos, los jueces admiten la prueba desde que el hecho está invocado en la demanda o defensa, pues si va al fondo corre el peligro de prejuzgar, dada la conexión de la prueba y del hecho desde la litis contestación... Pero no debe pensarse que deba rechazarse una prueba porque se refiera a un hecho no alegado." (2)

J. Ramiro Podetti, se expresa así:✓ " los hechos conducentes son todos aquellos argumentados por las partes en los escritos de demanda y ampliación si la hubiera, responde y su ampliación, contrademanda y contestación de ésta, en lo que al juicio ordinario se refiere.* Es obvio que en los procesos en los cuales se declaró rebelde al demandado o se le dió por decaído el derecho de contestar la demanda no hay más hechos sujetos a prueba (controvertidos fictamente) que los expuestos por el actor." (3)

El catedrático Carlos Castellanos R., en su obra "Derecho Procesal Guatemalteco", al hacer la crítica de la disposición del Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de su país, que señala de manera imperativa que "No se admitirán

(2) Antonio Rocha De la Prueba en el Derecho pág. 23

(3) J. Ramiro Podetti Teoría y Técnica del Proceso Civil pág. 161

pruebas contra derecho, extemporáneas o impertinentes", se expresa de la siguiente forma: "Tal disposición legal la encontramos peligrosa en la parte final, e inconveniente... Pensamos, amparados en la razón natural, que la mejor oportunidad para hacer tal apreciación, es en el momento de entrar al estudio del juicio a fin de decidir quién tiene la razón. Solamente en ese caso se aleja la posibilidad de que el juez pueda equivocarse para resolver si es conducente o no la prueba que tratan de rendir los litigantes para la justificación de sus acciones o excepciones, en razón de que ya se ha formado un juicio exacto de la cuestión debatida." (4)

Lo mismo que los autores ultimamente citados, muchas legislaciones y algunas resoluciones de índole jurisprudencial, cometen el error de identificar la conduencia con la pertinencia de la prueba, cuando en realidad son absolutamente distintas.

La conduencia de la prueba, es un requisito de derecho, "porque se trata de determinar si legalmente puede recibirse o practicarse y si es legalmente apta para probar el hecho", en cambio, la pertinencia es cuestión de hecho pues "contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio, o la materia del proceso voluntario o del incidente, según el caso." (5)

El sistema probatorio que rija, juega un papel preponderante para determinar la conduencia o inconduencia de la prueba.

Si el sistema es de tarifa legal, es conducente toda prueba que se fundamente en cualquier medio autorizado por la ley, siempre que la prueba no se encuentre prohibida expresa o tácitamente.

(4) Carlos Castellanos R. Derecho Procesal Guatemalteco
pág. 93

(5) Hernando Davis Echandía Compendio de Pruebas Judiciales
pág. 125 y 126

Si el sistema es de libre apreciación, corresponde al juez resolver sobre la licitud y conducencia de la prueba.

La conducencia no tiene nada que ver con la plenitud probatoria del medio usado ya que el litigante puede a su juicio, combinar diferentes medios; lo que si puede ocurrir en ambos sistemas es, que para establecer determinado hecho se exija ya sea en forma negativa o positiva, un medio de prueba especial. En este caso, aunque el medio o los medios de los cuales pretende hacer uso el litigante para demostrar el hecho, se encuentren generalmente autorizados, son absolutamente inconducentes.

Así, no es conducente la confesión judicial en materia de divorcio para establecer la causal alegada; lo mismo que la prueba testimonial respecto a una obligación que valga más de doscientos colones.

El hecho de que el juez por error admita una prueba inconducente, no es motivo de sancionamiento; él mismo debe desecharla al momento del fallo; y en el supuesto de que el error persiste aún en los Tribunales de Segunda Instancia, dicha sentencia puede ser objeto del Recurso de Casación, invocando un error de derecho.

Según Lessona, la conducencia persigue un doble fin: "a) evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero, pues la inconducencia significa que el medio que quiere utilizarse es ineficaz para demostrar, así sea en concurrencia con otros, el hecho a que se refiere; b) proteger la seriedad de la prueba, en consideración a la función de interés público que desempeña, evitando que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso." (6)

(6) Lessona Teoría General de la Prueba en Derecho T. I pág. 277, citado por Devis Echandía Ob. C. pag. 124

De lo dicho podemos concluir con Davis Echandía que "la conducencia de la prueba es requisito intrínseco para su admisibilidad, debe ser examinada por el juez cuando vaya a resolver sobre las peticiones por las partes o las que oficiosamente pueda decretar." (7)

No debemos olvidar que no se puede hablar de conducencia, admisibilidad, pertinencia y eficacia de la prueba si no es refiriéndose concretamente al proceso en su dinámica; de tal modo que la conducencia es el núcleo de la admisibilidad, pero para que una prueba sea admisible, como en todo acto procesal, debe cumplir además con los requisitos extrínsecos de tiempo, modo, legitimación de quien la ofrece, forma y competencia del juez receptor. ^{I.} 

No existiendo diferencia de fondo entre conducencia y admisibilidad de la prueba, lo que las distingue a nuestro criterio, son las formalidades procesales extrínsecas de que se va revestida la segunda.

Queremos hacer notar, que con respecto al concepto de admisibilidad de la prueba, los tratadistas tampoco son conformes en la doctrina, así para Antonio Rocha "No se admite la prueba sino cuando el hecho o acto que se vaya a probar es conducente y además legalmente eficaz. Si faltare una de estas condiciones, la prueba es inadmisibile." (8)

Como vemos, para el autor citado, la eficacia de la prueba es requisito para su admisibilidad.

Couturo cuando hace la diferenciación entre prueba pertinente y admisible dice: "de prueba admisible o inadmisibile se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho." (9)

(7) Hernando Davis Echandía Ob. citada pag. 124

(8) Antonio Rocha Ob. citada pag. 22

(9) Eduardo J. Couturo Fundamentos del Derecho Procesal Civil pag. 238

En su concepto, el maestro uruguayo diferencia bien la pertinencia de la admisibilidad, pero refiere ésta a la idoneidad o sea lo mismo que ^a su eficacia.

Para él, creemos interpretar nosotras, es admisible la prueba eficaz.

Goldschmidt distingue la admisibilidad de la "fundabilidad". Las peticiones de las partes son admisibles cuando deben ser examinadas por el juez para resolver sobre el fondo de las mismas. Están fundadas cuando lo solicitado en ellas está de acuerdo con la ley aplicable al caso." Una petición admisible es fundada, dice, cuando por su contenido es apropiada para obtener la resolución judicial apetecida. Para ese caso se requiere: a) que sea concluyente, es decir, que las afirmaciones aducidas para fundamentarla, sean de hechos de derechos, que supuesta su verdad, justifiquen la petición; b) que además los hechos que justifiquen la petición se comprueben con arreglo a las disposiciones procesales, esto es, se prueben decididamente." (10)

El concepto de Goldschmidt se refiere a todos los actos procesales, pero si lo aplicamos a la admisibilidad de la prueba, notaremos perfectamente que el ilustre maestro distingue con claridad meridiana lo pertinente, lo admisible y lo eficaz.

La fundabilidad de todo acto procesal consiste en que el acto reúna los requisitos objetivos y subjetivos idóneos, para que el juez resuelva favorable la petición del litigante. En cuanto a que dicha fundabilidad es aplicable a la prueba, recordamos que la parte hace un ofrecimiento de ella, sobre su admisibilidad el juez resuelve inmediatamente, pero deja para el fallo definitivo su decisión referente a la fundabilidad.

(10) Goldschmidt

citado por Eduardo Pallares. Diccionario de Derecho Procesal Civil. pag. 63

J. Ramiro Podetti, al respecto se expresa así: " Sobre la admisibilidad, el Organo debe pronunciarse de inmediato, sin perjuicio de que si así no lo hace, la contraria puede reclamar y obtener que se declare inadmisibile el acto. Sobre la fundebilidad, el pronunciamiento es mediato y a veces indirecto, por ejemplo, sobre actos de aportación de pruebas, sobre los cuales el magistrado se pronuncia al fallar, expresamente cuando los reconoce o desconoce validez o eficacia o tacitamente cuando omite su consideración." (11)

No es pues la eficacia de la prueba requisito de admisibilidad, tampoco pueden identificarse ambos conceptos; por el contrario, la prueba eficaz es la admitida, "legalmente practicada y que por su resultado sirve para darle al juez la convicción que necesita. La eficacia de la prueba se aprecie en definitiva cuando se hace su valoración o apreciación. No es requisito para la admisión de la prueba." (12)

La eficacia es aplicable inclusive, cuando el juez valora la prueba pertinente.

Como en el próximo apartado trataremos de los distintos medios de prueba y su eficacia, dejaremos anotado desde ya, que la eficacia de la prueba "consiste en su idoneidad para establecer la verdad de una afirmación o de una negación." (13)

La eficacia de la prueba puede ser total o parcial. En el primer caso, el medio introducido al proceso, por sí solo le da al juez los elementos de juicio suficientes para que obtenga la certeza del hecho controvertido. A esta prueba se la denomina también, plena concluyente, completa o perfecta.

(11) J. Ramiro Podetti Ob. c. pag. 166

(12) Hernando Davis Echandía Ob. c. pag. 125

(13) Eduardo Pallares Ob. c. pag. 289

También se dice que: " Cuando la regla otorga a la prueba eficacia plena, se produce lo que Carnelutti llama equivalencia procesal, lo cual consiste en que la prueba equivale al hecho a probar, en virtud de que basta la prueba para que se produzcan los efectos que la ley atribuye al hecho probado por ella." (14)

En el caso de la prueba parcial, el juez no queda lo suficientemente informado, lo único que recibe, es el conocimiento sobre la verosimilitud del hecho, pero sin que se halle en la condición de asegurar que es cierto.

Se conoce también esta prueba, como semi plena, incompleta o imperfecta, porque como lo hemos dejado expuesto, sola, no establece la verdad del hecho controvertido.

La confesión y el instrumento público, generalmente demuestran por sí lo controvertido, pero en la mayoría de juicios, el tribunal adquiere la certeza del hecho, mediante la combinación de varios medios; a esto es a lo que se lo llama prueba compuesta.

También puede darse la circunstancia, de que en un proceso, se produzcan conjuntamente pruebas directas e indirectas, o varias fuentes de prueba indirecta, como sucede en la prueba testimonial. A este hecho se le ha dado en llamar concurso de pruebas, pruebas confluyentes o concurrentes.

La clasificación de las pruebas en plenas y semi plenas, ha sido motivo de críticas, por cuanto se ha dicho que es como pensar que hay verdades y semi-verdades, lo cual es un absurdo; el hecho es cierto o falso.

Al respecto José Carrasco Munizaga, se expresa: " Lo cierto es que aquellos autores piensan que lo que se clasifica es la verdad, lo que constituye un gran error, una base falsa.

Ocurra que existe una diferente valoración de las pruebas según sean más o menos seguras. Es lógico que aquellas pruebas que dan más seguridad al legislador estén rodeadas de mayor importancia. Tengan más fuerza probatoria. Es entonces cuando se les da el valor de plena prueba." (15)

Volviendo al concepto de eficacia, tampoco debemos olvidar, que una cosa es la eficacia probatoria de un medio de prueba y otro, el efecto probatorio.

La eficacia está destinada al convencimiento del juez en caso de litigio; en cambio, el efecto, se orienta específicamente a las partes que puedan haber intervenido en el acto que trajo como consecuencia el medio de prueba.

Cuando el medio probatorio es exigido por la ley como requisito para la existencia o la validez del acto (ad substantiam actus), o cuando la ley le da valor previo para demostrar el acto (ad probationem), tiene también eficacia probatoria frente a cualquier persona en las relaciones extrajudiciales, en cuanto éstas no pueden desconocer que ese acto existió si se les presenta en prueba (documento público o privado auténtico." (16)

Concluido lo referente a la conducencia, admisibilidad y eficacia de la prueba, pasaremos a estudiar aquellos otros requisitos de carácter intrínseco, que según criterio de Devís Echandía, deben ser contentivos de toda prueba; y que nosotros, no obstante haber dado ya nuestra opinión, prometimos exponer al final de este apartado.

(15) José Carrasco Munizaga La eficacia de la prueba
pag. 212

(16) Hernando Devís Echandía Ob. C. pag. 120

REQUISITO DE LA UTILIDAD DE LA PRUEBA.- Este requisito se fundamenta en los principios de dirección que tiene el juez en el debate y en el de economía procesal. Persigue la misma finalidad de la conduencia y la pertinencia de la prueba, es decir, evitar un gasto inútil de tiempo, dinero y trabajo, lo mismo que proteger la seguridad de la prueba en consideración del interés público.

Toda prueba debe ser necesaria o por lo menos conveniente para establecer el hecho principal que se controvierte, alguna de sus circunstancias importantes o incidentales o sea, que preste algún servicio al juez para que pueda dirimir la contienda.

La prueba que no se ciña a los hechos controvertidos y la inconduente es absolutamente inútil, por lo que el juez debe rechazarla incontinenti.

Pero sobre esto hay que aclarar, que debe declararse su inadmisibilidad cuando lo inútil sea manifiesto; de otra manera, sin caer en excesos, como la utilidad/^{no}siempre se presenta en una forma más o menos diáfana, en caso de duda justificada, el juez debe admitirla y valorarla hasta en el momento del fallo.

Devis Echandía respecto a este requisito dice: " algunos autores y legisladores se abstienen de estudiar o reglamentar la utilidad de la prueba como un requisito separado, como que la consideran un aspecto de su consonancia o pertinencia y, desde un punto de vista más general de su eficacia," y al referirse que la ley se limite a exigir lo conduente y eficaz, agrega: " luego en estos requisitos deben incluirse también los de pertinencia y utilidad." (17)

(17) Hernando Devis Echandía

El autor citado señala como casos de posible inutilidad de la prueba, son los siguientes:

1o.) PRUEBAS DE HECHOS IMPOSIBLES E INVEROSIMILES: Fe-
noch clasifica esta imposibilidad en metafísica, natural
y ordinaria. La metafísica se refiere al principio de con-
tradicción sea porque se opone a él o porque el hecho a pro-
bar lo excluye en forma total. La natural se presenta cuan-
do el hecho es manifiestamente contrario a las leyes de la
naturaleza; y la ordinaria, cuando el hecho se opone a las
reglas de la experiencia o a las normas aceptadas como cons
tantes y regulares en un medio cultural.

Devis Echandía explica esta imposibilidad de la siguiente
manera: " Creemos que solo en el caso de una evidente impo-
sibilidad metafísica del hecho, que no deje la menor duda
al respecto, es aceptable el rechazo de la prueba pedida,
porque en ese caso los medios propuestos serán necesaria-
mente inconducentes para demostrarlo. Puede incluirse es-
ta hipótesis entre los casos de inconducencia de la prueba.
Lo que creemos físicamente imposible, puede parecer posible
a otra persona de mejores conocimientos o en otra época. La
imposibilidad matemática no existe sino en relación con los
conocimientos subjetivos de cada persona o con la manera co-
mo se plantee la cuestión." (18)

2o.) IMPOSIBILIDAD DEL MEDIO PROBATORIO PROPUESTO EN RE-
LACION CON EL HECHO A PROBAR.- Esto es el caso contrario
al anterior. Puede suceder que el hecho a probar sea cier-
to, pero el medio con que se pretende establecer no es ofi-
caz. El autor pone el ejemplo de que se quiera probar con
poritos la mala fe de una persona. Es un caso de incondu-
cencia.

(18)Hernando Devis Echandía

3o.) IMPOSIBILIDAD JURIDICA DEL HECHO.- Se da esta circunstancia, cuando el litigante solicite la admisión de prueba para establecer un hecho que tiene una presunción de derecho en contrario. Para nosotros, sería un caso de inconducencia de la prueba.

4o.) PROHICION LEGAL PARA INVESTIGAR EL HECHO O UTILIZAR EL MEDIO PROPUESTO EN RELACION CON EL HECHO POR PROBAR.

Según el autor, este caso se da cuando la ley se limita a señalar que un hecho debe probarse con determinado medio. En esta situación la prueba bien puede recibirse si no para establecer el hecho principal, para que el juez se imponga de los antecedentes que encierra el hecho controvertido.

5o.) PRUEBAS PARA ESTABLECER O DESVIRTUAR HECHOS DECLARADOS EN SENTENCIA ANTERIOR CON VALOR DE COSA JUZGADA.-

Como lo dijimos en otra parte de este trabajo, es inútil toda prueba que pretenda establecer la verdad o la falsedad de hechos que ya pasaron en autoridad de cosa juzgada.

Además de los casos mencionados, Devis Echandía, refiere la prueba de los hechos indefinidos, notorios, plenamente probados por otros medios, admitidos o confesados por ambas partes, los no alegados en la demanda ni en la contestación y las pruebas simultáneas para un mismo fin u opuestas entre sí.

AUSENCIA DE PROHIBICION LEGAL PARA INVESTIGAR EL HECHO.-

Este requisito se refiere a que la ley no haya expresamente prohibido la investigación del hecho y que en materia civil muchas veces dicha prohibición se establece en defensa de la moral, la familia, etc.

Respecto a este requisito, Devis Echandía se expresa así: "Quienes confunden la inconducencia con la no pertinencia o irrelevancia de la prueba, necesitan agrupar en el

requisito intrínseco de la ausencia de prohibición legal, además de la prohibición de investigar el hecho, los casos que nosotros consideremos como propiamente de inconducencia. A la inversa, quienes no contemplan como un requisito especial de la actividad probatoria la ausencia de prohibición legal para investigar el hecho, deben incluir estos casos en los de inconducencia de la prueba." (19)

Como lo dijéramos anteriormente, nosotros opinamos que desde un punto de vista didáctico, es buena la clasificación del autor citado, pero en el fondo y desde un punto de vista práctico legal, no tiene mayor relevancia.

Sin embargo parece ser que muchos comparten el criterio del autor ya que precisamente, la Comisión que elaboró el Proyecto de Código Procesal de nuestro país, señale como pruebas improcedentes:

1o.) las impertinentes o sean las que no se ciñan al asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes;

2o.) las que sean técnicas o científicamente inadecuadas para obtener la certeza de un hecho controvertido; y

3o.) Las que estén excluidas por la ley, expresa o tácitamente, por exigirse determinados medios probatorios para obtener la certeza de un hecho controvertido; y

4o.) Las que versen sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles" (20)

B) DISTINTOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU EFICACIA.-

Cuando hablamos de la naturaleza de la prueba, hicimos ver, que algunos tratadistas al dar la noción de prueba, identifican dicho concepto, con un sustantivo, vale decir, como medio o instrumento de que nos servimos para estable-

(19) Hernando Davis Echendía Ob. C. pag. 134

(20) Proyecto de Código Procesal Civil, Ministerio de Justicia 1964.

cer la certeza o falsedad de una proposición o la existencia o inexistencia de una cosa.

A lo largo de nuestro trabajo, hemos visto como es que la prueba en su dinámica a veces actúa como un argumento, otras como un razonamiento lógico que procura certeza en el pensamiento del juez; y aunque muy brevemente, también hemos podido apreciar la eficacia que ella misma puede llevar invívite, como elemento determinante de finalidad.

Tócanos ahora, estudiar la prueba como un sustantivo, pero para mayor claridad en el desarrollo de nuestro tema diferenciamos primero lo que es fuente, medio y motivo de prueba.

Carnelutti en su obra " La Prueba Civil" señala que: " Son fuentes de la prueba civil los hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que se va a probar." (21)

Puede recordarse que cuando hablamos de la prueba de las obligaciones, expresamos que el hecho a probar no eran las obligaciones mismas sino la fuente, es decir, los actos o hechos en que se originaron, así pues, la fuente de la prueba pueden ser hechos representativos o expresivos de sí mismos, como las cosas, las aptitudes y actitudes de los individuos y aún las personas físicas.

Guasp, define el medio de prueba, diciendo que: " es todo aquel elemento que sirve, de una u otra manera, para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal" (22) como el testimonio, el documento y la confesión.

Intencionalmente hemos dado los ejemplos anteriores, para hacer ver que una cosa es el testimonio y otro el testigo;

(21) Francisco Carnelutti La Prueba Civil pag. 89

(22) Guasp, citado por Eduardo Pallares. Ob. C. pag. 527

el primero, constituye el medio de prueba; el segundo, el órgano de dicho medio.

La doctrina también distingue entre lo que es medio y sucedáneo de prueba; generalmente se recurre a este último como medio supletorio de prueba de un hecho, importante para dirimir la controversia.

Se citan como sucedáneos, las presunciones legales y la carga de la prueba; las primeras, porque como ya lo hemos dicho, sientan el principio de la certeza del hecho presumido mientras no se prueba lo contrario; y la segunda, porque represente un conjunto de reglas de conducta que instruyen al juez la forma en que debe fallar "cuando no ha podido formarse su convencimiento sobre la existencia o inexistencia de un hecho alegado (afirmado o negado) en el proceso, por ausencia o deficiencia de la prueba y no le es posible producirla de oficio o está precluída la etapa procesal para hacerlo." (23)

Expuesto así brevemente el punto, podemos decir, que la fuente de la prueba es el hecho establecido; el medio, el vehículo que la ley ha señalado para demostrar el hecho; y el motivo, es el fundamento que el juez, después de hacer diversas operaciones de índole lógico, saca para concluir negando o aceptando la prueba introducida.

Para algunos autores, la clasificación más general de los medios de prueba es aquella que se identifica con cada uno de los conceptos de prueba, así se dice: medios directos o indirectos; procesales y extraprocesales; preconstituidos y casuales; principales y accesorios, etc.

Según sea el sistema procesal que rige en un determinado Estado, los medios pueden ser libres o legales; y si se toma en consideración el hecho de que la ley pueda prohibir en ciertas circunstancias el uso de uno o varios medios de prueba, pueden clasificarse en lícitos e ilícitos.

(23) Carnolutti citado por Davis Echendía Ob. C. pag. 214

Sin embargo, la clasificación más conocida es la que hace referencia a los medios, tal y como se encuentran regulados en nuestra legislación y la mayoría de los demás países; así, son medios de prueba; la instrumental, el testimonio, sea de parte o de terceros; la inspección judicial y las presunciones.

PRUEBA INSTRUMENTAL: La palabra instrumento procede del latín *instruere* que vale decir tanto como instruir; de tal manera, que bajo este concepto son instrumentos todos los medios de prueba.

En una forma más restringida, podemos decir que es sinónimo de documento; por lo que podemos hacer la siguiente clasificación: documento público, auténtico y privado.

A la prueba instrumental se le ha llamado también, literal, y documental; este último término es el que Carnolutti usa y el que mas aceptación está tomando en los últimos tiempos.

La razón es, que en él se incluyen, además de los clásicos instrumentos, las fotografías, las cintas fonográficas, los discos, los planos; y todo aquello que pueda proporcionar gráficas que sirvan para establecer hechos litigiosos.

Alsina define la prueba instrumental como "toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal." (24)

La importancia que puede tener la prueba por instrumentos, depende de varias factores: en primer lugar, tomando en consideración quienes constituyeron la prueba; en segundo, con qué objeto fue constituida; y en tercero, cómo es que fue constituida.

Circunstancia muy importante para su valor probatorio, es que los mismos litigantes hayan firmado el documento que se introduce al proceso como medio de prueba; si a

(24) Alsina citado por Carrasco Munizaga Ob. C. pag. 214

ésto lo agregamos, que el hecho controvertido guarda íntima relación con lo manifestado por las partes en el documento, notamos que el valor del documento aumenta; pero si además, dicho documento fue autorizado por el funcionario competente o inscrito en un Registro Público, el grado valorativo del medio de prueba se ha elevado a una categoría de eficacia casi indiscutible.

A todo lo dicho, todavía puede adicionárselo dos cosas mas para comprender la eficacia de la prueba instrumental: cuando la ley expresamente señale como requisito intrínseco del acto que conste en determinada clase de documento (ad substantiam actus) ni la confesión puede suplir la falta de dicho instrumento; tal es el caso de una hipoteca o en la venta de un derecho de herencia o legado.

La razón de negarle valor probatorio inclusive a la confesión, es que aquel requisito es para la validez del acto y no simplemente ad probationem como es el valor jurídico que tienen la mayoría de documentos que se suscriben para que conste el contrato celebrado.

Es de gran importancia también, establecer el objeto que llevó a las partes a firmar el documento. Si fue de que en caso de litigio constara en forma fehaciente el acto o contrato nos encontremos en una situación de prueba preconstituida; y todos aquellos derechos renunciados y sometimientos que la ley permite, deberán ser tomados en consideración por el juez en la forma en que las partes, en uso de su libertad contractual, convinieron al firmar el documento. De aquí, la limitación que muchas veces se presenta a la regla general de competencia y la renuncia de recursos procesales.

Todo documento debe cumplir con ciertos requisitos necesarios para que produzca efectos jurídicos; dichos requisitos pueden referirse a la existencia legal del ins-

trumento, para su validez y para su eficacia probatoria; de estos últimos son de los que en el presente trabajo trataremos.

Por regla general, todo documento puede muy bien tener existencia jurídica, ser válido en sí mismo e inclusive ser eficaz en determinado proceso y no así, cuando su contenido se refiera a hechos ajenos al controvertido o no es el medio idóneo para establecerlo.

De tal manera, que para que un documento tenga eficacia probatoria, debe reunir los siguientes requisitos: a) que la ley le señale general o especialmente, como el medio idóneo para demostrar la existencia o inexistencia de un hecho; b) que su contenido se refiera al hecho controvertido, a sus circunstancias importantes e incidentes y pueda proporcionar al juez, elementos de juicio útiles para resolver la controversia; c) que se encuentre establecida su autenticidad; d) que no exista prueba en contrario respecto a la veracidad de su contenido; y e) que no hayan pruebas de mayor eficacia en el proceso que lleguen a desvirtuarlo.

El primer requisito se refiere a la admisibilidad de la prueba, es decir, que como en todo medio, el juez para tomar en consideración el contenido del documento, debe establecer previamente, si la ley no prohíbe o permite el uso de dicho medio para demostrar el hecho litigioso; y si dicho instrumento reúne los requisitos extrínsecos a que esté sometido.

Veamos para el caso, la compra venta de un inmueble. La ley exige que dicho contrato conste en escritura pública para que tenga efecto entre las partes; pero para que surta efecto contra terceros, deberá además inscribirse en el Registro correspondiente.

En caso de controversia entre las partes, si como prueba de dicho contrato se pretendiere introducir un instrumento que no fuere escritura pública, el juez sin mayor dilación

desestimaría el medio usado, por no ser el idóneo para demostrar el hecho controvertido.

Si el litigio fuere con un tercero y se introdujere al proceso la escritura pública sin inscripción, de la misma forma, el juez se vería en la obligación de desestimarla.

Por regla general, las legislaciones procesales facultan al juez para que pueda calificar los requisitos extrínsecos de los instrumentos; dicha calificación juega un papel muy importante en lo que se refiere a la conducencia de la prueba; pues si del estudio del instrumento resulta que se ha faltado a sus requisitos extrínsecos, el juez debe también declarar inadmisibles e ineficaces dicho instrumento.

Ejemplo de esta circunstancia, sería el acto de que una persona se presentara a aceptar herencia con base en un testamento abierto en el cual se hubiese omitido la comparecencia de los testigos.

Ahora bien, cuando la ley establece como regla general, que la prueba por instrumentos tiene valor probatorio, debe entenderse para aquellos actos, que por su naturaleza no exigen de otro medio para demostrar el hecho; así, la parte no puede presentar como probanza, la declaración de un testigo roncado ante Notario, porque sería a todas luces inadmisibles e ineficaces.

No debemos olvidar que tanto los requisitos de existencia y validez del acto o contrato como los de existencia y validez del documento en que se consigna, guardan íntima relación con la conducencia del medio mas que con su pertinencia, ya que el instrumento muy bien puede referirse concretamente al objeto disputado pero carecer de idoneidad, por vicios propios del acto o contrato que originaron el medio.

No tendría eficacia alguna para comprobar la existencia de un contrato de compra venta de inmuebles, el introducir el

proceso una escritura pública en la cual un tercero manifieste haber recibido a nombre del vendedor, el precio de la cosa vendida, si en la escritura otorgada entre las partes no se convino en el precio, mucho menos en la persona que habría de recibirlo.

En todos los casos que hemos mencionado no puede decirse que los documentos se refieran a hechos que no se ciñan al objeto controvertido; sin embargo, como lo hemos visto son absolutamente ineficaces por no reunir el requisito intrínseco de toda prueba que es su conducencia.

Veamos ahora, la contrapartida de lo anterior, es decir, aquellos documentos que son ineficaces por impertinentes, o en otras palabras, porque su contenido no tiene ninguna relevancia en cuanto al hecho principal que se dispute, ni a sus circunstancias importantes ni a sus incidentes.

Demás está decirlo, pero es lógico que cuando se aporte como prueba determinado instrumento, es con el ánimo de que su contenido sirva para causar en el conocimiento del juez, la certeza acerca del hecho que se controvierte, o por lo menos, proporcionarle una información útil, relativo a los antecedentes del negocio o acción, de sus circunstancias importantes o de sus incidentes.

Como todo medio de prueba, el instrumento cuyo contenido, carezca de esa relevancia, debe ser desestimado por el juez por impertinente; resolución que bien puede ser tomada en el acto de ofrecimiento o presentación de la prueba o reservarla para el momento en que ha de dictarse el fallo definitivo.

La calificación de la pertinencia de la prueba instrumental, como en todos los medios, es una labor mucho más difícil para el juez que cuando decide respecto a la conducencia; y la razón es que a consecuencia de las distintas posiciones que las partes van tomando en el curso del debate, no puede

apreciarse de inmediato la pertinencia o impertinencia de la prueba, si no es corriendo el riesgo de prejuzgar.

Cuando entremos al estudio de la pertinencia, trataremos de ahondar un poco más con relación a este problema.

Para que tenga eficacia el instrumento, no basta que sea idóneo y de contenido relevante; debe constarle además al juez su autenticidad, es decir, que tenga certeza de que la firma que aparece al calce, fue puesta por la persona que en él se menciona como sujeto activo o que se suscribió a su ruego.

Cuando el documento proceda de país extranjero, deberá comprobarse su autenticidad, llenando las formalidades que a este respecto determine la ley.

Pues bien, si debe haber certeza en cuanto a la autenticidad del documento, lógico es comprender que no debe haber duda acerca del contenido; por ello es requisito indispensable para que el instrumento sea totalmente eficaz, que no exista prueba legalmente válida en el proceso que desvirtúe su veracidad.

Con esto terminamos lo referente a los documentos en general, para entrar a un breve estudio de la eficacia de los documentos públicos y privados.- *Según 24.*

INSTRUMENTOS PUBLICOS: El documento público es aquel que ha sido autorizado por el funcionario competente y con las solemnidades que la ley establece.

Consta de dos partes: la enunciativa y la dispositiva. Pothier dice: "La dispositiva es la que las partes han tenido en mira y que han constituido el objeto del acto." (25)

La parte enunciativa contiene las declaraciones introductorias del acto, a veces los antecedentes de la dispositiva.

(25) Pothier citado por Carrasco Munizaga Ob. C. pag. 214

Algunos autores señalan que esta parte bien puede faltar por que no es esencial.

Creemos que como regla general, es correcta la opinión de dichos expositores, pero excepcionalmente, a veces son los antecedentes los que le dan mayor fuerza probatoria a lo dispositivo.

EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS: la mayoría de las legislaciones americanas, inspiradas en la francesa, establecen que el instrumento público hace plena fe: 1o.) en cuanto al hecho de haberse otorgado; 2o.) en lo que se refiere a la fecha; 3o.) contra los declarantes, en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho.

Las obligaciones y descargos contenidos en los documentos públicos, hacen plena prueba respecto a los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, por título universal o singular.

La doctrina clásica ha sostenido, que para que surta efectos contra terceros, el documento público no debe considerarse como un medio de certeza en cuanto a las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.

Dicha doctrina en la actualidad es sumamente criticada, al decirse que los expositores que la han defendido, confunden el valor probatorio del instrumento con los efectos jurídicos del contrato contenido en dicho instrumento.

Creemos que no obstante en lo civil la buena fe se presume, la regla criticada es correcta dado a que muchas veces, las declaraciones en un instrumento público pueden llegar a obligar a un tercero.

Es indudable que si se tomase sin vacilación la verdad de las declaraciones que en el documento hayan hecho los interesados, el litigio podría resolverse más rápidamente, pero en

honor a la seguridad del proceso, es preferible que las intere-
resadas prueben por otros medios, la verdad de sus declaracio-
nes.

Doctrinariamente, el instrumento público garantiza la iden-
tidad de las personas que intervinieron en su celebración;
 de aquí, que aquel requisito de autenticidad de que hablára-
mos antes, no necesita ser probado; "Esto, como lo ha dicho
 Carnalutti, una presunción de paternidad de la escritura por
 la suscripción de ella." (26)

El instrumento público hace fe entre las partes aun en lo
 meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con
 lo dispositivo del acto o contrato; y cuando ha sido otorgado
 en forma defectuosa, por incompetencia del funcionario o por
 otra falta de forma, las legislaciones únicamente le confieren
 valor de instrumento privado, siempre que se encuentre firma-
 do por las partes.

INSTRUMENTOS PRIVADOS: Los instrumentos privados son a-
 aquellos que otorgan los particulares o los funcionarios pú-
 blicos en su carácter personal, que pueden producir efectos
 jurídicos y que para su celebración no se requiere la concu-
 rrencia de mayores solemnidades.

A esta clase de instrumentos pertenecen las escrituras pri-
 vadas, los papeles domésticos, los libros y registros que
 llevan los comerciantes, etc.

El único requisito de los documentos privados es su escri-
 turación y la firma de los declarantes.

Pueden ser elevados a la categoría de públicos mediante
 el reconocimiento judicial ya sea expreso o tácito. Dicho

(26) Carnalutti citado por José Carrasco Munizaga Ob. C.

reconocimiento equivale a la confesión de quien aparece haberlo suscrito y sus efectos alcanzan a las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos del firmante.

EFICACIA DEL INSTRUMENTO PRIVADO: El documento privado en sí mismo no tiene ningún valor probatorio, "ni siquiera sirve para saber si realmente fue otorgado por quien lo firma, ni hay razón jurídica para presumirlo." (27)

Para que éste puede adquirir eficacia procesal, necesita incorporar el requisito de la autenticidad; lo cual puede obtenerse extra judicial y judicialmente.

El documento privado tiene valor de escritura pública y como consecuencia hace plena prueba contra los que lo han suscrito y sus sucesores, en los casos siguientes: 1a.) Cuando ha sido reconocida expresamente por la parte a quien se opone; 2a.) cuando el juez ha mandado tenerlo por reconocido.

Don Luis Claro Solar, al referirse al documento privado reconocido judicialmente, disiente de la doctrina que sostiene que la plena prueba es contra los que han suscrito el documento y sus sucesores, manifestando que " el instrumento privado hace plena fe respecto de las partes y de los terceros una vez que está reconocido por la parte que lo otorgó, es decir, una vez que está establecida su autenticidad." (28)

Nosotros opinamos, que si la ley le da categoría de escritura pública una vez haya sido reconocido, desde ese momento su valor probatorio deberá graduarse e informarse a las reglas del instrumento público y sujetarse a las mismas limitaciones de éste.

(27) Hernand DAVIS Echandía Ob. C. pag. 547

(28) Luis Claro Solar citado por Carrasco Munizaga, Ob. C. pag. 222

Tómese nota que la eficacia a que nos estamos refiriendo es a la que puede tener el documento privado reconocido en los casos que la ley le permita; de tal manera, que cuando es requisito de un acto que conste en escritura pública, el documento privado reconocido no tiene ningún valor probatorio.

Es aplicable para el documento privado reconocido, lo que se dijo para el público en lo que se refiere a que la parte enunciativa hace fe entre los que la otorgaron, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

La situación en que se encuentran los terceros respecto a estos documentos es exactamente igual a la que guardan frente a los públicos, en lo que concierne al hecho de haberse o torgado y a la forma como se regula su contenido, no así con relación a la fecha del documento, que en el público se toma como cierta la que aparece consignada en el mismo.

En el caso del documento privado reconocido, la certeza de la fecha respecto de terceros, se encuentra sujeta a dos circunstancias: 1a.) que el que suscribió dicho instrumento haya fallecido; y 2a.) que el documento haya sido registrado, presentado en juicio, inventariado, o se haya tomado razón de él.

Algunos autores son del criterio que el documento privado es inoponible contra terceros, pues su eficacia rige únicamente entre las partes.

Ricci y Couture, por el contrario sostienen que una vez es establecida la autenticidad de la fecha, el documento privado sí surte efectos contra terceros en lo que se refiere al contenido.

La forma como se expresa Ricci, es la siguiente: " Si el legislador le reconoce valor probatorio al documento privado, en cuanto a su fecha, desde el momento en que adquiere el carácter de cierta, es claro que el contenido del documento ha-

ca fe también respecto de terceros" (29) Couture, por su parte razona: " el concepto legal de fecha cierta, configura un derecho de oponibilidad frente a los terceros, del documento privado, aún cuando lo limita al hecho de su otorgamiento." (30) Devis Echandía por su parte, se adhiere al criterio de ambos autores y con argumentos más o menos similares defiende dicho pensamiento.

PRUEBA TESTIMONIAL: Generalmente se usó la palabra testimonio, para referirla a la declaración de los terceros; pero la doctrina procesal dentro de dicho concepto incluye también la que solemos llamar confesión.

El error en que se incurre es el no delimitar lo que constituye la declaración de parte como acto procesal, que es el género; y la confesión, que es la especie.

Toda confesión es una declaración, pero no siempre la parte que declara, confiesa.

Con el objeto de distinguir ambos conceptos, nos permitiremos mencionar únicamente los modos en que pueden ocurrir las declaraciones de las partes: "a) declaraciones procesales y extraprocesales; b) documentales y orales; c) espontáneas o por iniciativa propia y por interrogatorio; d) informales y formales; e) con fines probatorios y con fines aclarativos e informativos; f) obtenidas con interrogatorio libre o informal y por interrogatorio regulado o formal del juez o del adversario; g) como especie separada, el llamado juramento." (31)

(29) Ricci, citado por Devis Echandía Ob. C. pag. 549

(30) Couture citado por Devis Echandía Ob. C. pag. 549

(31) Hernández Devis Echandía Ob. C. pag. 215

Las declaraciones de las partes, pueden tener distintos fines, en cambio la confesión es un reconocimiento expreso o tácito de hechos que favorecen al adversario; pero para mayor aclaración, aunque sea en forma breve, pasaremos al estudio de dicho instituto.

LA CONFESIÓN: Múltiples definiciones se han dado de ella; para Chiovenda, "confesión es la declaración que hace una parte de la verdad de hechos afirmados por el adversario y favorable a éste." (32)

Francois Gorphe, la define de la siguiente manera: "La confesión consiste en el reconocimiento de la exactitud de un hecho por parte de aquel contra quien se alega"-agregando-"para que la confesión valga como prueba debe ser precisa, sincera y verdadera" (33)

Goldschmidt la define como "la declaración que una de las partes formula judicialmente, en la que se afirma de modo expreso y categórico que es verdad un hecho que la parte contraria ha afirmado." (34)

Por último Lessona estima que: "la confesión es la declaración judicial o extrajudicial mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de suministrar una prueba al contrario, en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos." (35)

La confesión también debe reunir requisitos de existencia, de validez y para su eficacia probatoria; aunque los dos primeros requisitos inciden directamente en su eficacia, haremos

(32) José Chiovenda Principios de Derecho Procesal Civil pag. 291

(33) Francois Gorphe La apreciación Judicial de las Pruebas pag. 219

(34) Goldschmidt citado por Eduardo Pallerés Ob. C. pag. 163

(35) Lessona citado por Carrasco Munizaga Ob. C. pag. 230

caso omiso de su estudio, por no pertenecer a la materia de este trabajo. Nos limitaremos pues, únicamente, a desarrollar lo concerniente a la eficacia probatoria de la confesión.

EFICACIA DE LA CONFESION: Una confesión puede existir jurídicamente, estar exenta de vicios y sin embargo, carecer de eficacia probatoria en un proceso para establecer el hecho controvertido.

La doctrina, muy fecunda en esta materia, señala una infinidad de requisitos; por nuestra parte, trataremos de analizar aquellas que nos parezcan las de mayor relevancia y de interés práctico.

a) La confesión debe ser conducente, es decir, que general o especialmente se encuentre autorizada por la ley como el medio idóneo para establecer el hecho controvertido. Este requisito es general para todos los medios de prueba; pero debemos recordar, que por motivos de índole moral, o de defensa de la familia, el legislador en ciertas casos, expresamente le niega valor probatorio a la confesión.

Cuando la ley exige que cierto acto debe ser probado con determinado medio, tampoco es eficaz la confesión; así es inadmisable cuando por medio de ella se pretendiere establecer el derecho real de hipoteca, la venta de bienes inmuebles, del derecho de herencia y tantos otros actos en que se exige escritura pública.

b) El hecho confesado debe ser pertinente al negocio o acción que se litiga. Como lo explicáramos en la prueba instrumental, la pertinencia o relevancia puede referirse no solo al hecho principal sino que también, a las circunstancias importantes o a los incidentes. En este requisito juega papel muy importante, la clasificación que hace la doctrina en confesión simple, camaleja y calificada, pues según sea la naturaleza de ella, el juez tiene la facultad de dividirla;

es decir que los hechos que no sean concernientes al asunto o no tengan conexión con el punto o hecho confesado, pueden muy bien ser separados.

c) La confesión debe referirse a derechos de los cuales pueda dispensarse y a obligaciones que se pueden contraer por la sola voluntad del confesante; es decir, que por razones de orden público, la ley no haya regulado de manera especial el hecho que se pretende probar o que le haya conferido la naturaleza de irrenunciable.

No es admisible ni eficaz la confesión de dos cónyuges para establecer el vínculo matrimonial que los une. Es indisponible el derecho a la libertad, por tal motivo, tampoco sería admisible ni eficaz la confesión de aquel que reconociera haber alienado la suya.

d) Por regla general la confesión procede del que es parte en el proceso, pero ésta puede ser rendida o por el representante legal o por el apoderado instruido de manera especial. Para que tenga eficacia probatoria la confesión del representante legal o apoderado, requiere " que el representante o apoderado tenga facultades para imponerle al representado o poderdante la obligación, o para dispensar del derecho que del hecho confesado se deduce. En este sentido hablemos de legitimación del acto." (36)

e) La confesión debe tener una causa y objeto lícito y no debe ser dolosa o fraudulenta. Algunos autores sitúan este requisito entre los que corresponden a la validez de la confesión; sin embargo, pertenece a su eficacia.

Las razones que dan los expositores que adoptan este criterio, pueden sintetizarse de la siguiente manera: Hay objeto ilícito en todos los actos o contratos prohibidos por la ley.

(36) Hernando Davis Echandía Ob. C. pag. 239

Cuando se confiesa el acto ilícito, la nulidad no recae en la confesión sino en el acto confesado, por lo cual la ilicitud del hecho confesado no es requisito para la validez sino para la eficacia de la confesión; y no es porque no se pruebe nada sino porque de dicha confesión no nace obligación alguna contra el confesante.

Ahora bien, cuando la confesión es fraudulenta y el juez obtiene la prueba de dicho fraude, debe desestimarla, pero no porque exista prueba en contrario sino porque lo que se ha establecido es su ilicitud y una confesión ilícita es ineficaz.

f) La confesión debe recaer sobre aquellos hechos que hayan sido articulados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Este requisito se refiere de manera especial al negocio principal, no así al accesorio.

Cuando el juez tiene facultades para obtener la prueba eficientemente, también es eficaz la confesión que se rinde sobre determinados hechos, aunque éstos no hayan sido articulados por las partes.

Para valorar la eficacia de toda confesión, se requiere que el juez no pierda la perspectiva de las diferentes posiciones que han ocupado las partes en el debate procesal.

Como se recordará, dijimos que la doctrina señala meticulosamente, todos los requisitos para que la confesión sea eficaz; sin embargo, omitiendo los que pueden presentarse en casos particulares, para nosotros, los de mayor utilidad práctica, son los que hemos dejado resuñados.

Se citan además como requisitos: que el hecho confesado no sea contrario a otro que goce de notoriedad; que no esté en contradicción con máximas generales de experiencia; que lo confesado sea jurídicamente posible; y que no haya precluido el acto procesal.

FUNDAMENTO DE LA EFICACIA DE LA CONFESION: El fundamento probatorio de este medio de prueba, encuentra su asidero en razones de carácter lógico, psicológico, morales y jurídicos

Guasp, al justificar dichas razones nos dice: " la justicia se basa en la credibilidad del testimonio humano; pero en la confesión esa credibilidad resulta más lógica y tiene poderosas razones psicológicas y morales a su favor, porque se trata de aceptar hechos que son jurídicamente desfavorables." (37)

La razón jurídica nace de esa disposición del derecho que tiene toda persona que confiesa el hecho, lo mismo que de su propia capacidad.

De las razones argumentadas, puede decirse que la jurídica es lógica e indiscutible, no así las de índole moral y psicológica, porque como bien hacen observar algunos autores, no debemos alucinarnos con la aparente fuerza irresistible de este medio de prueba, ya que no son raros los casos en que las personas, llevadas por el afecto, por el sectorismo político o religioso, por principios de honor o de decoro o en defensa de la familia, se hacen cargo de hechos en que nunca tuvieron participación. Martínez Silva, en su Tratado de las Pruebas Judiciales, hace la siguiente consideración: " Las historias y leyendas, abundan en ejemplos de heroísmo y abnegación, dados por personas que prefieren cargar ellas mismas con la afrenta y con el castigo consiguientes a una falta, antes que ella vaya a ser atribuido a un amigo o a un deudo querido." (38)

EL JURAMENTO: En términos generales, según lo manifiestan los historiadores, el juramento era "una afirmación o una promesa solemnemente hecha tomando a Dios como testigo de la sinceridad del que afirmaba o prometía." (39)

(38) Martínez Silva citado por Antonio Rocha Ob. C. pag.63

(39) Antonio Rocha Ob. C. pag. 177

Actualmente dicho instituto es de carácter estrictamente civil y puede decirse que consiste en un compromiso que adquiere una persona ante el juez o funcionario público de decir verdad.

El juramento puede ser decisorio, estimatorio y supletorio.

El decisorio se presenta cuando la parte o la ley otorga a la declaración juramentada de la otra, la decisión sobre el negocio litigado o varios hechos importantes del mismo.

El estimatorio ocurre cuando la ley acepta como prueba el juramento de una de las partes, con el objeto de fijar el monto de la cosa litigada.

El supletorio es el mismo decisorio y recibe aquel nombre, cuando el juez lo defiere para suplir una prueba que no puede ser obtenida por renuncia de la otra parte.

EFICACIA DEL JURAMENTO: Como la confesión, este medio de prueba debe reunir requisitos de existencia, validez y eficacia.

Por regla general, los requisitos para su eficacia probatoria son los mismos que para la confesión; renitiéndonos por lo tanto a aquellos.

El juramento, " debe versar sobre un hecho propio o sobre el conocimiento que se tiene de un hecho ajeno, lo mismo que la confesión; no puede versar sobre cuestiones de derecho, ni sobre opiniones personales, pero sí sobre la cantidad o calidad o características de los hechos." (39)

Si en el juramento se tratase sobre cuestiones de derecho o sobre opiniones personales, la prueba sería ineficaz por inútil.

(39) Hernando Davis Echandía. Ob. C. pag. 312

Cuando en el proceso se plantea la situación de litis consorcio necesario, es preciso que se provoque de consuno; y cuando sea el consorcio a quién se le defiere, los litis consortes deben nombrar a uno solo para que lo preste a nombre de todos; si es voluntario, puede deferirse individualmente, pero el efecto probatorio se limita exclusivamente a quien fue deferido.

TESTIMONIO DE TERCEROS: En términos generales, el testimonio es la declaración que una persona hace ante el juez competente, respecto a ciertos hechos de que tiene conocimiento; declaración que conlleva efectos procesales.

" En un sentido lato se habla de testimonio, como lo hace Carnelutti, para comprender tanto el de las partes como el de terceros; solo en un sentido estricto muy restringido se limita el concepto a la declaración de terceros en el proceso civil, porque en el penal se admite el de la parte civil o lesionada con el delito." (40)

Mucho se ha debatido en la doctrina si el informe de los peritos es en sí un testimonio; a este respecto, Mauro Cappelletti, manifiesta: " Los peritos no se limitan a narrar, sino que opinan o conceptúan, por lo cual es incorrecto hablar de testimonio de perito para referirse a su dictámen." (41)

Para don Luis Claro Soler, la prueba testimonial es " la que resulta de las declaraciones verbales de los testigos." (42) por lo que muchos autores le llaman simplemente, prueba verbal.

Esta prueba es casual ya que la presencia de testigos en el proceso es de carácter accidental. En la mayoría de los casos, las partes tratan de preconstituir sus probanzas, por

(40) Hernando Devis Echandía Ob. C. pag. 312

(41) Mauro Cappelletti citado por Devis Echandía Ob. C. pag.316

(42) Luis Claro Soler citado por Carrasco Munizaga Ob. C. pag.

lo que generalmente, el testimonio se usa solo cuando los litigantes no previeron la circunstancia, que en un momento dado, se ven en la necesidad de establecer en juicio.

Alsina dice que la prueba testimonial está fundada en una doble presunción: " La primera, que el testigo no se engaña a sí mismo en la observación y apreciación de los hechos; y la segunda, que el testigo no engaña al juez en su exposición." (43)

Con todo el respeto que merece la opinión del autor mencionado, la verdad es que esa doble presunción no opera en la realidad; y no es que nos estemos refiriendo al testigo de mala fe, sino que al hombre como simple expositor de los hechos que observa.

Basta con recordar el error a que está expuesto el conocimiento humano en hechos tan intrascendentales como es el de observar un objeto a través de la superficie del agua, para que nos percatemos de que con todo y la buena fe que pueda tener una persona, su testimonio no siempre refleje la fidelidad de los hechos observados.

Creemos, que la prueba testimonial padece de muchos inconvenientes, especialmente aquellos que se refieren al interés del testigo, bien sea afectivo, económica o por el simple ánimo de perjudicar; asimismo, esa predisposición que tiene el ser humano de alterar los hechos u olvidarlos total o parcialmente.

TESTIGOS: " La palabra testigo proviene de *t stendo*, dice Caravantes, que quiere decir declarar o explicar según su mente (Digesto "*detesttibus*" l-11), lo que es más propio, dar fe a favor de otro para confirmación de una causa, y en este sentido se llamaban antiguamente "*supérstites*", porque declaraban sobre el estado de la causa." (44)

(43) Alsina citado por Carrasco Munizaga Ob. C. pag. 224

(44) Eduardo Pallares Ob. C. pag. 724

EFICACIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL: Patiendo de la idea ya expuesta en los anteriores medios de prueba, de que éstos deben cumplir con los requisitos de existencia y de validez, entraremos al estudio de aquellos que se refieren a la eficacia de la prueba testimonial.

a) **Conducencia del medio:** La ley debe autorizar en forma general o especial, la idoneidad de este medio para establecer el hecho que se pretende probar.

Si se exige que un acto o contrato conste en escritura pública, que sea escrito, que se pruebe únicamente con ciertos y determinados medios; o, se le niegue valor al testimonio, toda petición que se haga para aportar prueba de testigos, debe ser rechazada por in conducente; y en caso que el juez la admitiese, deberá desestimarla al momento de fallar por ser absolutamente ineficaz.

No debemos confundir el hecho de que la ley exija que para probar la existencia de un acto o contrato debe constar en escritura pública, con el hecho de impugnar la validez de dicho acto o contrato, porque en este caso, la prueba testimonial, si es conducente; y de reunir los demás requisitos legales, pueda llegar a tener verdadera eficacia probatoria.

Así, la compra venta de inmuebles debe constar en escritura pública. Este requisito no puede ser suplido por ningún otro medio de prueba por pertenecer a la sustancia del contrato; pero si lo que se pretende es probar que dicho contrato se encuentra viciado en el consentimiento, es lógico, que la prueba testimonial es idónea para demostrar el vicio denunciado.

Diferente es el caso que plantea Ricci, según decir de Echandi, cuando en un contrato solemne se ha omitido la causa, la prueba testimonial es conducente y eficaz para suplir dicha falta.

No es necesario entrar al estudio de la teoría de la causa, para sostener que así, en una forma tan general, es falso dicho criterio, por cuanto la causa constituye elemento esencial de todo contrato y la falta de ella niega la existencia del mismo.

Cuando el contrato es solemne y se omite la causa, para que surta sus efectos el primer documento, es necesario que se celebre otro acto con las mismas solemnidades que el anterior, en el que se establezca o aclare la causa del contrato.

Otro caso es, cuando la ley señala que para que tenga efectos determinado acto debe constar por escrito. Si por cualquier motivo las partes contratantes modificaran las condiciones esenciales de dicho acto o lo novaron, es requisito que tales modificaciones o novación cumplan con la misma formalidad.

No es conducente ni eficaz la prueba testimonial para establecer en juicio que las condiciones estipuladas en el contrato fueron modificadas o que se novaron las obligaciones contraídas en él.

En la práctica, esto es el medio en que el juez debe tener mayor cuidado para calificar la conduencia de la prueba, pues las partes por ignorancia o en su afán de abundar en las probanzas, pretenden establecer con el testimonio, ciertos hechos que necesitan o exigen otra clase de medios probatorios.

No es raro encontrar en juicios de divorcio, cuestionarios en que los litigantes piden al Órgano Jurisdiccional que se examine al testigo en el sentido de que si le consta el estado civil de los cónyuges o la existencia de menores nacidos dentro del matrimonio, lo cual constituye una prueba inútil e inconducente ya que el medio eficaz es la prueba instrumental.

Cuando se desconoce la naturaleza jurídica del hecho que se

pretende establecer hace incurrir a las partes en el error de aportar un medio de prueba cuando el idóneo es otro; así, cuando la acción es entablada por existencia de vicios ocultos en la cosa vendida, muchas veces se pretenden establecer éstos por medio de prueba testimonial y la naturaleza del hecho, tal vez por ser de carácter técnico, lo que exige es la prueba pericial.

Por último, hay situaciones que la ley expresamente prohíbe la prueba testimonial en razón de la cuantía de la obligación.

Esta regla tiene su limitación cuando existe un principio de prueba por escrito; en este caso, la prueba testimonial es idónea para establecer complementariamente el hecho controvertido.

Pero para que haya principio de prueba por escrito, deben darse las siguientes circunstancias: a) que el escrito que se opone haya sido firmado por el demandado, su representante legal o apoderado; b) que conste la autenticidad del documento, de lo cual hablamos en su oportunidad; y c) que el escrito haga verosímil el hecho controvertido.

b) Pertinencia de los hechos: Como en los demás medios de prueba, los hechos que se narran deben ceñirse al negocio o acción que se litiga, sea en lo principal, en sus circunstancias importantes, o en sus incidentes.

Esto no quiere decir que el juez guarde un criterio excesivamente rigorista, por el contrario, dentro de lo razonable, la pertinencia debe ser estimada desde un punto de vista más amplio que la conduencia ya que si bien es cierto, que algunas veces el testigo tiende a divagar en su declaración, también es cierto que sabiendo el juez dirigirlo por medio de preguntas, puede aportar sino una prueba que se ciña estrictamente al hecho controvertido, los antecedentes útiles para

que el juez se imponga de los motivos del debate.

La prueba testimonial en este sentido, juega un papel muy importante cuando el juez debe resolver a base de combinación de medios o pruebas compuestas.

Algunos autores mencionan como requisito especial para la eficacia de la prueba testimonial, la utilidad de la declaración. Nosotros creemos que lo útil del testimonio puede ser apreciado según la conducencia o pertinencia de la prueba; si versare sobre hechos jurídicamente imposibles, el testimonio podría ser rechazado por inconducente; y si versare sobre hechos metafísicos, naturales o normalmente imposibles, por imperinentes.

c) También es requisito para la eficacia de la prueba testimonial que el declarante en el momento en que ocurrieron los hechos se haya encontrado exento de toda perturbación mental o física que lo imposibilitara apreciar los hechos tal y como han sucedido.

Podría considerarse que este requisito más que a su eficacia se refiere a la validez del testimonio, lo cual no es cierto.

Notemos que la persona al dar su testimonio se encuentra en el pleno uso de sus facultades mentales o físicas, por lo cual no puede alegarse que dicha diligencia carezca de validez; ahora bien, si se prueba ante el juez el estado de incapacidad en que se encontraba el testigo para apreciar los hechos tal como ocurrieron, no puede decirse tampoco que en el proceso haya prueba en contrario ya que la capacidad o incapacidad del testigo no constituye el objeto principal de la controversia.

Lo que sucede efectivamente es, que comprobada la incapacidad del testigo, su declaración pierde toda eficacia y el juez se ve obligado a desestimarla.

Los expositores citan además otros requisitos para la eficacia de la prueba testimonial, entre ellos: que el testigo no adolezca de alguna enfermedad que total o parcialmente le imposibilite la capacidad de percepción del hecho sobre el cual declara; esta imposibilidad debe estimarse según sea el grado de dificultad en que pudiese encontrarse el órgano por el cual debió percibirse el hecho; que no existan otras circunstancias objetivas o subjetivas que puedan haber alterado la fidelidad de sus percepciones o de su memoria; que no exista ninguna clase de interés personal o familiar del testigo en el litigio sobre el hecho objeto del testimonio, etc.

PRUEBA POR PERITOS: En muchas oportunidades, es la ley misma la que señala la obligación que tiene el tribunal de recurrir al dictámen pericial, pero en otras, queda al sano juicio del juez el nombramiento de peritos.

De lo dicho establecemos que no hay una sistematización en la producción de este medio de prueba, pero cuando es forzosa, el juez no puede omitirla.

El peritaje es forzoso si el objeto de la inspección requiere por su naturaleza conocimientos especiales en alguna ciencia o arte, como las liquidaciones o tasaciones, la comprobación o cotejo de letras.

El peritaje es voluntario, cuando el juez estime conveniente el dictámen de peritos ya sea para mejor proveer o como resolución dictada a petición de alguna de las partes.

EFICACIA DEL DICTAMEN: Los requisitos para que el dictámen pericial sea eficaz son los siguientes:

a) **Conducencia del medio:** La conducencia del dictámen pericial se encuentra sujeta a la naturaleza del hecho que debe establecerse. Sabemos que el juez es un técnico en derecho, que el testigo es una persona que informa al tribunal respecto a

los hechos que ha percibido por medio de sus sentidos, que la confesión es el reconocimiento de los hechos que hace la parte en favor de su adversario y que los instrumentos son una prueba histórica de ciertas declaraciones de voluntad, que basta con leerlos para poder tomar una decisión en caso de controversia.

Pero cuando estos medios resultan ineficaces para establecer el hecho controvertido porque la naturaleza de éste exige de cierta ciencia o técnica especial, entonces surge la idoneidad del dictamen pericial; de tal modo que este medio es eficaz únicamente cuando resulta necesaria la opinión de los expertos.

El perito no puede dictaminar sobre cuestiones de derecho, sino que su labor se concreta a aplicar su ciencia sobre "La existencia o no existencia de cosas u objetos, animales, predios, huellas o rastros, es decir de hechos materiales; las cualidades, la naturaleza, las causas y los efectos de tales hechos, su posibilidad física, lo mismo que su valuación y sus relaciones mútuas; la identidad de personas y sus condiciones físicas, mentales, y psicológicas, las causas y efectos (no jurídicos) de sus actos y conductas, la valuación económica de éstos y de sus consecuencias respecto de terceros... ." (45)

El peritaje pues, es el medio conducente para establecer toda esa clase de hechos; a contrario sensu, cuando la ley señale un medio diferente para la comprobación del objeto controvertido, es ineficaz el dictamen pericial.

b) Pertinencia de los hechos relacionados en el dictamen: la mayoría de las legislaciones le obligan expresamente al juez, que cuando haya necesidad del nombramiento de peritos, deberá señalar los puntos sobre los cuales habrá que recaer su dictamen. Este mandato es el que fija la pertinencia del

peritaje judicial; todo aquello que se salga del mandato puede ser rechazado, por inútil, por inconducente y por impertinente.

Si los peritos han sido nombrados para que fijen los límites de dos heredades y ellos en su afán de abundar en su dictamen manifiestan que la propiedad de un inmueble no se encuentra comprobada porque la escritura que tuvieron a la vista no aparece registrada debidamente, esa parte del dictamen es totalmente impertinente y carece de eficacia; si por el contrario, con su dictamen pretendieren probar el dominio; dicho dictamen sería inconducente, más, si ya estuviese probado en autos, caería en la inutilidad; en ambos casos como es lógico, sería totalmente ineficaz.

c) El perito debe ser competente para emitir el dictamen solicitado. Este caso tampoco se refiere a la validez del dictamen; mientras no se pruebe la incapacidad técnica o científica del perito, el dictamen es eficaz y válido, pero una vez el juez tenga la certeza de que la persona nombrada para ejercer el encargo era incompetente, lo conceptuado por éste carece de toda eficacia.

d) El perito debe fundamentar su dictamen. Generalmente las legislaciones exigen que se haga una relación motivada en el dictamen pericial; esto quiere decir que las conclusiones a que llegue el perito deben estar fundamentadas en sus estudios y operaciones realizadas; de tal manera que es ineficaz el dictamen emitido por simple creencia o apreciaciones que carezcan de base científica o técnica.

e) Consecuencia del anterior requisito es que las conclusiones a que el perito llegue deben ser claras, firmes y que guarden una relación lógica con su fundamentación.

DE LA PRUEBA POR INSPECCION: Aunque no lo dijimos en su oportunidad, lo mismo que en el caso del peritaje, los tratadistas no son unánimes en aceptar la inspección personal del

juez como medio de prueba.

Alsina le niega tal calidad, por cuanto según su criterio, la visita que el juez haga al lugar donde ocurrieron los hechos o el examen de la cosa, no incorpora ningún antecedente probatorio que no esté ya en el proceso; este autor más bien considera a la inspección, como una apreciación de la prueba.

Por el contrario, otros tratadistas, no solo le conceden la calidad de medio probatorio, sino que lo consideran como uno de los más efectivos, ya que el juez, adquiere el conocimiento de los hechos controvertidos por la vía más directa, su propia apreciación.

EFICACIA DE LA INSPECCION DEL JUEZ: En todas las legislaciones que se inspiran en la prueba legal, se encuentra ya determinada la eficacia probatoria del acta que el juez levanta con relación a los hechos por él observados.

Esto no quiere decir que todo lo que aparezca en dicho instrumento hará plena prueba; si el juez, extralimitándose en sus funciones y facultades hace constar sus propias deducciones o inferencias, debe entenderse que tales argumentos desde el punto de vista probatorio, carecen de toda eficacia, por cuanto contradicen el objeto de la inspección que como ya lo dijimos es hacer constar aquellos hechos y circunstancias que el juez observa personalmente en el lugar o cosa examinada.

Como salvaguarda de este medio de prueba, siempre le queda a la parte el derecho de pedir que se haga constar en el acta sus observaciones, recurrir de la diligencia practicada y en último caso, demandar por falsedad al funcionario corrupto.

DE LAS PRESUNCIONES: Muchas jurisprudencias son de opinión que las presunciones no constituyen medios de prueba sino que " un expediente que el legislador pone en juego para exonerar a una de las partes de la carga de la prueba e imponérsela a

la otra" (46)

Carnelutti, tratando a fondo el tema, desarrolla una tesis que podría sintetizarse de la manera siguiente: "a) Las presunciones, en sí mismas consideradas, no han sido hechas para constituir medios de prueba mientras que las otras pruebas si se producen con ese fin. Sucede a veces que una presunción nace contra la voluntad misma de la persona que es agente productor de ella...b) las presunciones se distinguen también de todas las pruebas indirectas, en que carecen de función representativa y toda su eficacia estriba en la influencia que deriva del hecho que constituye la presunción. Ese hecho no provoca en la mente del hombre la representación más o menos fiel de la cosa que se trata de probar. Lo contrario sucede con los demás medios de prueba que siempre dan nacimiento a la representación mental del hecho por probar"- agregando que las presunciones son- "consecuencias deducidas de un hecho conocido no destinadas a hacer funciones de prueba, para llegar a un hecho desconocido" (47)

Como el autor últimamente citado, la mayoría de los expositores modernos le niegan a las presunciones su naturaleza de pruebas.

Nuestra legislación vigente lo considera aún a este instituto su calidad de medio probatorio y regula en forma metódica y graduada su eficacia.

Por el contrario el Proyecto de Código Procesal Civil, elaborado por el Ministerio de Justicia, únicamente reconoce como medios de prueba: " la declaración de las partes, las informaciones de testigos, el dictamen de peritos, la vista o inspección ocular del juzgador y los instrumentos".

C) JUICIOS EN QUE ALGUNOS MEDIOS DE PRUEBA SON INADMISIBLES:

Por motivos injustificados, nuestros Tribunales no son muy dados a razonar sus resoluciones; por tal motivo la jurisprudencia en relación a la admisibilidad de la prueba es un tanto escasa; sin embargo, de lo que hemos consultado, a guisa de ejemplos, nos permitiremos citar algunas sentencias proveídas respecto al tema que hemos venido estudiando:

1o.) INDIGNIDADES: "Para establecer lo causal de indignidad comprendida en el No. 3 del Art. 969 C. , debe probarse la enajenación mental de la persona de cuya sucesión se trata, por dictamen de dos facultativos, dado por mandato de autoridad competente. El dictamen con vista de autos no es admisible, ni la certificación dada por dos facultativos sin mandato de autoridad. "Tercera Instancia. R.J. Marzo 1910 pag. 116.

Como puede apreciarse, la prueba vertida, no obstante ser el medio idóneo y pertinente para establecer el hecho, fue desestimada por el Tribunal, por: en razón de su inutilidad.

2o.) PROMESA DE CONTRATO: "Procede la resolución de una promesa de venta, si el que debía vender no cumple en la fecha estipulada; no es admisible la prueba de testigos para probar la prórroga del plazo, por ser el valor del contrato mas de doscientos colones. "Tercera Instancia: R.J. 15 de Agosto de 1902 pag. 367.

Consideramos que la resolución del Tribunal fue correcta, pero disintimos de la razón que invocó ya que no es admisible la prueba de testigos, no porque el contrato valga más de doscientos colones, sino porque lo que se pretendía probar era un elemento de la promesa de contrato que debe constar por escrito y cuya modificación necesariamente debe cumplir con los mismos requisitos que el del acto original. Hay un adagio que dice: "Lo escrito, escrito está" y no puede modificarse si no es por otro escrito.

3o.) MANDATO: "No es admisible la prueba testimonial como medio de establecer un mandato para obtener por cesión a favor del mandante, créditos hipotecarios mayores de doscientos colones, tanto más si no hay principio de prueba por escrito." Tercera Instancia: R.J. 1943 pag. 496.

4o.) CONSENTIMIENTO: "La prueba testimonial no tiene eficacia para probar el consentimiento de un acreedor en el caso contemplado en el ordinal 3o. del Art. 1335 C., porque ese consentimiento es tan esencial y necesario para la validez del contrato como el del propio enajenante; son dos requisitos de igual entidad de conformidad con el Art. 1316 C. Si el consentimiento del enajenante está rodeado de solemnidades tales como el otorgamiento de instrumento público como una mayor garantía de certeza y seguridad en las transacciones, esa misma solemnidad, y por ende esa misma garantía debe exigirse para la prestación del consentimiento del acreedor ya sea en el propio instrumento de enajenación o por separado. Casación. Sala de lo Civil: R.J. T LXI 1956 pag. 330.

5o.) ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL: "No justifican el estado civil de hijo natural por el concubinato público y notorio de los padres, las declaraciones de testigos que afirman hechos que han sido físicamente imposibles haberlos apreciado. Cámara de Tercera Instancia: R.J. T. LII 1949 pag. 361.

6o.) CALIDAD DE HEREDERO: "a) La calidad de heredero solo se obtiene aceptando la herencia expresamente, ante juez competente, y siendo declarado heredero, no pudiendo nunca establecerse por medio de testigos, pues solamente el juez puede dar fe de si una persona tiene dicha calidad, sobre todo después de 1902, en que se abolió la aceptación tácita de la herencia...b) La regla legal de la indivisibilidad de la prueba no es absoluta, pues está sujeta a las limitaciones que el Código Civil prescribe sobre la admisibilidad de las pruebas.

En tal virtud, la calidad de heredero nunca podrá probarse con testigos, aún en el caso en que éstos hayan de establecer un punto básico para la decisión de la cuestión litigada, como la posesión etc. "Salvo de lo Civil: R.J. LIX 1954 pag. 371

7o.) DOMINIO DE INMUEBLES: "Cuando se enajena un inmueble antes de estar embargado no hay objeto ilícito, aunque el embargo se inscriba antes que la escritura en que se hizo la enajenación. Una certificación del Registro no constituye título y no prueba dominio. "Segunda Instancia R.J. Junio de 1917 pag. 304.

8o.) DIVORCIO: " Si se demanda el divorcio por una causal y se contrademanda por otra distinta, el fallo debe decidir si procede o no por cada una de ellas. En los juicios de divorcio no hace fe la confesión de las partes." Tercera Instancia. R.J. Julio 1926 pag. 228.

DE LA PERTINENCIA DE LA PRUEBA.

A) LIMITACION DEL CONCEPTO: Cuando analizamos la conduccion de la prueba, hicimos ver el error en que han caído muchos autores, al indentificar dicho concepto con el de pertinencia.

Manifestamos en esa oportunidad, que la conduccion de la prueba, represente una cuestion de derecho, ya que de lo que se trate en ella es de "determinar si legalmente puede recibirse o practicarse y si es legalmente apta para probar el hecho" y que en cambio, la pertinencia "contempla la relacion que el hecho por probar pueda tener con el litigio, o la materia del proceso voluntario o del incidente, según el caso".

La pertinencia de la prueba, desde un punto de vista general, es algo que incide de manera directa con el objeto concreto de la prueba, es decir, con lo que las partes articularen en sus respectivos escritos de demanda y contestacion; en tal virtud, es pertinente todo lo que viene a propósito del debate y sea en lo principal del negocio o accion, en sus circunstancias importantes o en sus incidentes; a contrario sensu, y valga la redundancia, es impertinente, todo lo que no tiene conexión con los hechos constitutivos de la controversia.

En un amplio sentido, podríamos afirmar que la pertinencia es un requisito intrínseco para la admision de la prueba, ya que carecería de razón que el juez asumiera una prueba que no aportara ningún servicio para dirimir el negocio que se contravierte.

Sin embargo, para evitar toda clase de confusiones, preferimos mantener la idea expuesta a lo largo de nuestro trabajo en el sentido de que la conduccion y la admisibilidad se limitan a determinar la legalidad del medio probatorio empleado, mientras que la pertinencia, es establecer la relacion causal del hecho por probar con la controversia judicial.

Otra cosa que tampoco queremos omitir es, que vista en su generalidad, tanto la prueba inadmisibles como la impertinente,

pueden ser calificadas de inútiles; no obstante, quienes hacen de la utilidad un requisito intrínseco especial, señalan que la prueba puede ser pertinente o conducente y sin embargo, carecer de utilidad.

Así Devis Echendía, se expresa de la siguiente manera: "Si bien desde un punto de vista práctico la prueba no pertinente resulta inútil, puede suceder que a pesar de la pertinencia del hecho sea inútil la prueba, porque aquel esté suficientemente acreditado con otras, o porque goce de presunción legal o de notoriedad pública o porque no pueda investigarse o la ley exija otra" (1).

Nosotros reiteramos nuestro criterio: la inutilidad de la prueba incide generalmente o en su inconducencia o en su impertinencia.

Ahora bien, cómo es que se determina la pertinencia de la prueba?, ésto es lo que constituiré nuestro tema de estudio.

Cuando hablamos del objeto concreto de la prueba, dijimos que era todo aquello que debe probarse en un juicio determinado; pero posteriormente aclaramos, que entre objeto y tema de la prueba existe una diferencia la cual se encuentra determinada por múltiples circunstancias: por la admisión de los hechos, porque existe una presunción a favor del demandante o del demandado o porque se trate de hechos evidentes, notorios, normales, etc.

Pues bien, el objeto de la prueba lo constituyen los hechos articulados por las partes; en cambio, el tema de la prueba son los hechos controvertidos; es decir, aquellos en que los litigantes no han podido ponerse de acuerdo y que será el juez el encargado de dirimir.

En consecuencia, en estricto sentido podemos decir, que es prueba pertinente la que se refiere al tema de la prueba; y es impertinente la que no guarda ninguna conexión con aquel.

(1) Hernando Devis Echendía Ob. C. pag. 128.

Visto en esta forma el problema, resultaría muy fácil determinar la pertinencia o impertinencia de la prueba; sin embargo, no es así. Recordemos el principio de que para que el juez pueda resolver a favor de cualquiera de las partes, los hechos principales de la controversia, deben haberse articulado en los respectivos escritos de demanda o contestación; este requisito, no rige en lo que se refiere a los hechos accesorios, de aquí, que el juez no puede calificar de impertinente una prueba que se presente para establecer una circunstancia o incidente del negocio, solo porque no fue articulado en los términos que rige la prueba de los hechos principales.

También debemos tomar en cuenta, que el proceso no es un cuerpo estático; por el contrario, su naturaleza es eminentemente dinámica y en esa sucesión de actos, las partes mientras se ventila la contienda, van ocupando indistintamente las posiciones de demandantes y de demandados; y si no, vemos el caso que se plantea muy comúnmente en los tribunales: ante el hecho constitutivo de la obligación alegado por el actor, surge el hecho extintivo alegado por el reo; viéndose en posición desventajosa, el actor arremete contra su adversario arguyendo un hecho invalidativo, el cual a su vez puede dar origen a que el reo convalide y así sucesivamente, hasta llegar al final del debate: la sentencia.

Como es lógico imaginar, estos hechos no podían ser articulados en los escritos de demanda y contestación ya que son producto de la controversia judicial; de tal manera, que en estos casos, el juez tampoco puede calificar de impertinentes las probanzas que al respecto se le ofrecieren; y por el contrario, está obligado a asumirlos.

Algunos autores sostienen, que incluso, debe recibirse la prueba de aquellos hechos principales no articulados, porque si bien es cierto que no podrán servir de base para dictar la sentencia respectiva, pueden ayudar al juez para que se imponga lo mejor posible de los hechos controvertidos.

Lo mismo puede decirse respecto a aquella prueba que algunos autores la consideran inútil por estar ya establecidos los hechos. Nada se pierde -a menos que otros- con recibir la prueba que tenga por objeto abundar en lo ya demostrado.

De lo expuesto, cabe hacer la observación siguiente: es indudable que la circunstancia de haber sido articulado los hechos, representa para el juez el punto clave para estimar la pertinencia de la prueba, pero esta regla no puede ser considerada taxativa, mucho menos de carácter absoluto; lo mismo podemos asegurar respecto al conocimiento que en abstracto se pudiese tener del tema de la prueba.

Como lo dejamos apuntado anteriormente, visto en el estricto sentido de la palabra, el tema de la prueba solamente lo constituyen los hechos controvertidos; pues bien, para calificar la pertinencia el juez puede partir también de que la prueba se refiera al hecho controvertido en sí, a sus circunstancias o a sus incidentes.

Pero es el caso, que el hecho objeto del litigio tampoco se mantenga en una esfera de acción determinada; existen múltiples circunstancias que aunque aparentemente sean ajenas a lo controvertido, en el fondo determinan el derecho invocado; y por tal motivo, el juez no puede desestimar la prueba calificándola de impertinente.

Para aclarar esta situación Antonio Rocha cita el ejemplo siguiente: "En demanda de dominio digo ser dueño de un fundo con justo título y buena fé; después en el debate me veo en el caso de aclarar con prueba la continuidad de la posesión no obstante una inundación de largo tiempo; aunque yo no hablé de la inundación no por eso se me va a rechazar la prueba de ese hecho".(2).

De todo lo dicho, creemos que es necesario sacar una conclusión de lo que debemos entender por prueba pertinente.

(2) Antonio Rocha Ob. C. pag.23.

Desde un punto de vista general es la que incide de manera directa con el objeto concreto de la prueba, es decir con lo que las partes articularon en sus respectivos escritos de demanda y contestación; en estricto sentido, es la que se refiere a los hechos controvertidos, o sea al tema de la prueba; pero además, prueba pertinente es aquella que aunque parezca remota, guarde alguna relación con el objeto litigante o preste algún servicio al juez para que dirima la controversia.

La pertinencia de la prueba, como la conducencia, debe también ser estimada desde el punto de vista de los sujetos proponentes.

Sabemos que en los procesos de naturaleza dispositiva, mas en los inquisitivos, solo pueden proponer prueba las partes y los terceros intervinientes que hayan legitimado su derecho; y que al juez está obligado a practicar todas aquellas que se le pidan, siempre que sean conducentes y se ciñan al negocio o acción de que se trate.

Pero dentro de la esfera del derecho que tienen los sujetos de proponer sus pruebas, se encuentran ciertas reglas y limitaciones: en primer lugar, corresponde ese derecho a los litigantes principales; y en segundo, a los terceros coadyuvantes o excluyentes, desde que se les ha tenido por parte.

Los terceros coadyuvantes o excluyentes, cuando su interés sea de carácter permanente y guarde íntima relación con el objeto principal del negocio o acción, podrán verter toda clase de pruebas; y su pertinencia o impertinencia, deberá ser estimada en los mismos términos que para los litigantes principales.

Los terceros que incidentalmente intervienen en el debate, no tienen mas facultad que probar aquellos hechos que se relacionen con el objeto del incidente o la cuestión específica controvertida; de tal manera que toda prueba que pretendiesen

aportar respecto al negocio principal, aunque pudiere revestir caracteres de pertinencia, debe ser desestimada por carecer de utilidad.

Otra cosa que queremos dejar apuntada, es que en ciertas oportunidades, sea que las partes o los terceros aporten la prueba, la conducencia y la pertinencia se excluyen, al grado que una probanza puede ser conducente pero carecer de pertinencia; y por el contrario, la prueba del hecho puede ser pertinente pero el medio empleado resultar inconducente.

Tal es el caso, que en un juicio reivindicatorio, se pretendiera establecer el estado civil de cesado del actor y para tal objeto, se agregara la certificación de la partida de matrimonio; no existe lugar a dudas, que el medio empleado para comprobar el estado civil referido es conducente, pero carecería de pertinencia respecto al objeto litigioso.

El caso contrario sería, que un litigante pretendiendo establecer la culpa o el dolo de su adversario, solicitara la prueba por peritos; en esta circunstancia, no podría alegarse que la prueba solicitada es impertinente, pero debe desecharse su admisión por no ser el medio conducente para establecer la culpa o el dolo.

Creemos que con lo dicho, hemos dejado aclarada la noción de la pertinencia de la prueba, por lo cual, solo nos resta señalar algunas conclusiones a que han llegado los autores según sea su punto de vista, respecto a este instituto.

Para Devis Echandía, la pertinencia no se confunde con la utilidad de la prueba. Las razones que el autor aduce ya las hemos dejado reseñados anteriormente; "tampoco se relaciona con la pertinencia de la prueba, la inmoralidad del hecho que se pretende probar o la existencia de una prohibición legal de investigarlo, porque, no obstante tales circunstancias, ese hecho puede tener relación mas o menos estrecha con la cuestión debatida, y , de ser posible su prueba puede también

influir en la decisión" (3).

Ricci, sostiene: que "Corresponde al juez apreciarlo y es cuestión de hecho, no de derecho, por lo cual, en casación no puede atacarse la decisión que declaró admisible una prueba por ser pertinente "y que como" se trata de un requisito para la admisibilidad de la prueba en concreto, y, por lo tanto, debe examinarse por el juez en el momento de formularse la solicitud para que agregue al expediente el medio que se le presente o proceda a practicarlo. Pero su admisión no significa que influya en su sentencia". (4).

El mismo autor señala que "el carácter inverosímil o la aparente imposibilidad del hecho nada tienen que ver con la pertinencia de la prueba, sino con su utilidad" (5).

Para Rocha "No se requiere que el hecho haya sido alegado en la demanda o en los escritos de excepciones" (6).

B) EL ORGANISMO JURISDICCIONAL COMO SUJETO QUE VALORA LA PRUEBA: En el apartado anterior, nos hemos referido a las partes y a los terceros intervinientes, cuando han legitimado su derecho, como los sujetos proponentes de la prueba, pero dentro de la actividad probatoria corresponde también a las partes, ser sujetos de la contradicción judicial; y el Organismo de la Jurisdicción, específicamente, ser el sujeto de la ordenación y admisión de la prueba, de su recepción, de su destino, de la asunción y de la apreciación y valoración de la misma.

No trataremos de todas las actividades citadas, pero debemos recordar que cuando hablamos de la admisión de la prueba, hicimos ver la necesidad en que se encuentra el juez de que previamente a la asunción, califique las cuestiones relativas a la eficacia de la prueba, ya que de no hacerlo así, el asu-

(3) Hernando Devis Echandía Ob.C. pag.129.

(4) Ricci Tratado de las Pruebas pag.18-19 citado por Devis Echandía Ob. C. pag.128.

(5) Ricci Tratado de las Pruebas T.I.pag.28 citado por Devis Echandía Ob.C.pag. 129.

(6) Rocha De la Prueba en Derecho pag.39 citado por Devis Echandía Ob.C. pag.129.

mir todos las que se le propusieren, el resultado sería que el proceso se perdiera en una masa de actos inútiles.

Pues bien, una vez haya sido admitida la prueba propuesta, el acto procesal inmediato es su práctica y asunción.

Es común que el mismo juez que practica la prueba sea el que la asume, por lo cual se corre el riesgo de confundir ambos conceptos, sin embargo es necesario aclarar que en términos generales, la práctica es el hecho material de proceder al examen y diligencia de la prueba; hecho que bien puede efectuar el mismo juez que la asume o delegarla en otro, por requisitoria. La práctica, es delegable; la asunción salvo en casos muy especiales y de carácter incidental, no puede ser delegada.

En estricto sentido, la asunción de la prueba es "la fase de la actividad probatoria en la que cada medio es percibido sensorial y mentalmente por el juez, de suerte que éste asume el dato que aquel le proporciona, es decir, consiste en la recepción sensorial y mental subjetiva de la prueba por el juez de la causa, como requisito previo de su valoración "(7).

Ahora bien, asumida la prueba y concluida la etapa de contradicción, nace en el proceso la fase culminante de toda la actividad probatoria: la apreciación y valoración de las pruebas; las partes pierden toda intervención y entra a funcionar a plenitud el poder jurisdiccional del Estado.

Es el momento de determinar si todo el trabajo, el tiempo y el dinero gastado han sido bien invertidos; o si por el contrario, el proceso no ha sido mas que una cadena de actos inútiles, que no logró ni la finalidad de las partes, mucho menos la del Estado, en el sentido de realizar los intereses protegidos por las normas jurídicas y la declaración de la existencia de los derechos subjetivos que se invocaron.

(7) Fonach , Derecho Procesal Penal pag.577 citado por Devis Echandía Ob. C. pag.95.

Esta es la fase crucial del Organó Jurisdiccional, es donde el juez debe manifestar todo su saber y entender no solo en su calidad de científico y técnico del derecho, sino también en lo que concierne a su cultura integral.

Es claro que su labor fundamental será de carácter jurídico en lo que respecta a los hechos que ante él se han controvertido; estudiará en forma detenida todos y cada uno de los medios de prueba de que las partes hicieron uso en su afán de establecer sus extremos, analizará la legitimidad y la credibilidad del contenido de cada medio, buscará en la unidad de prueba las motivaciones necesarias que lo proporcionen la certeza de como sucedieron los hechos cuestionados; y en caso una vez analizadas las probanzas, no obtenga esa certeza por falta de demostración o porque se presente alguna duda entre la comprobación o no comprobación de un hecho, recurrirá a las reglas de la carga de la prueba, con el objeto de orientarse en relación a la sentencia que habrá de pronunciar.

Pero su alta función de impartir justicia, le exige algo mas al Organó Jurisdiccional: el análisis de las pruebas deberá seguir un método científico, poniendo en práctica aquellas reglas de la lógica a que hacíamos referencia al inicio de nuestro trabajo; deberá hacer uso de las reglas de la experiencia en la forma que según su buen criterio sean las mas razonables; en fin, cuando el caso lo amerite, aplicará todos los conocimientos científicos, ya sean de carácter psicológico, matemático o sociológico, al análisis de la prueba, con el objeto de pronunciar una sentencia que cumpla no solo con la verdad formal del proceso, sino que se acerque en lo posible, a la verdad real de los hechos.

ASPECTOS SOBRE LA APRECIACION DE LA PRUEBA: Para evitar toda clase de confusiones, antes de iniciar este punto queremos aclarar, que no debemos confundir la apreciación de la prueba que hace el juez en el incidente de la admisión, con la apreciación y valoración de la prueba en estricto sentido, que co

responde de manera exclusiva al momento de dictar sentencia; de la primera, habiéndolos posteriormente.

Hemos visto que la prueba eficaz, es aquella que ha sido asumida legalmente y que por su resultado sirve al juez para darle los elementos de juicio necesarios de convicción, suficientes para resolver el negocio o acción que se litiga. Pues bien, el estudio de la apreciación de la prueba, puede enfocarse desde tres aspectos: a) Como la labor del magistrado en caminata a establecer el grado de eficacia que pudieren tener todos y cada uno de los medios probatorios de que las partes hicieron usos en la controversia judicial; b) señalando y analizando la conducta que debe guardar el juez al valorar esos medios de prueba; y c) analizando la conveniencia del momento en que el Organó Jurisdiccional debe apreciar la prueba presen tada, para obtener de ella los argumentos en que habrá de motivar su fallo.

Por regla general, es precisamente en este punto, donde los expositores de derecho procesal dedican sendos trabajos al análisis de los ya conocidos sistemas de apreciación de la prueba, o sean, el de la tarifa legal, el de la sana crítica y el de la libre apreciación.

Nosotros comprendemos la importancia del tema, pero omitiremos su estudio, por dos razones: la primera, porque sobre él existe suficiente bibliografía a la cual puede remitirse el lector que quiera ahondar en la materia; y la segunda, por que consideramos que en el fondo, los tres aspectos a que nos hemos referido, son aplicables para el exámen de la apreciación de la prueba, en cualquiera de los tres sistemas.

No obstante, queremos hacer manifiesta nuestra opinión, en el sentido de que compartimos el criterio de muchos autores, de que no hay duda que el sistema de la libre apreciación de la prueba, exige del magistrado una mayor preparación cultural, pero que la obligación de motivar las sentencias, expli-

car las razones porque determinadas pruebas han causado el convencimiento del juez y el requisito de haber cursado estudios especiales de derecho, son garantías mas que suficientes para impartir justicia; tomando en cuenta además, que siempre existe la posibilidad de recurrir de la sentencia proveída.

Nuestro sistema procesal, como el de la mayoría de los países latinoamericanos es el de la tarifa legal; es decir, que en cuanto a los medios de prueba y su eficacia, el juez está sujeto a las reglas preestablecidas por el legislador; no pudiendo aceptar otras pruebas que las que taxativamente señala la ley, ni darles mayor o menor grado de eficacia, que la que se les ha estipulado.

La razón fundamental es que el legislador con base en la experiencia y en el análisis lógico de la forma en que por regla general se perciben y realizan los hechos, ha llegado a conclusiones categóricas, como para hacerlas obligatorias al cuerpo social.

La eficacia de cada medio de prueba pues, no corresponde a simples lucubraciones, está fundamentada en la mayor o menor posibilidad de demostrar la existencia de un hecho.

Como decíamos al principio de nuestro trabajo, existen ciertas cosas y hechos controvertidos, cuya certeza puede adquirirse el juez por el contacto directo de sus sentidos, pero hay otros que necesita le sean representados e incluso deducirlos de otros hechos que se hayan establecido en el proceso. Estas formas de conocimiento las adquiere el juez, según los medios probatorios que le sean aducidos, por la vía directa o por representación.

Veamos cuál puede ser el orden de las normas en que pueden producirse las pruebas de los hechos controvertidos y la eficacia que necesariamente debe corresponderles:

a) Prueba directa por percepción: Es obtenida por el contacto personal que tiene el juez con la cosa o hecho que se pre-

tenda establecer en el juicio. Su valor probatorio es de primer orden porque el conocimiento adquirido se encuentra libre de toda clase de intermediaciones; por lo mismo, los autores lo llaman el primero de todos los medios en eficacia.

b) Prueba por representación: Es natural que no todas las cosas o hechos que se controvierten se encuentran a la disposición del Tribunal en el momento de la litis; por el contrario, la regla general es que el juicio tenga por objeto verificar hechos que corresponden al pasado.

Para estos casos, la inspección judicial resulta inoperante y el juez se ve en la necesidad de recurrir a otros medios de prueba que lo representen mentalmente cómo ocurrieron los hechos controvertidos.

Dicha representación puede ser proporcionada por las cosas o por personas; en el primer caso lo serán los documentos que las partes hayan otorgado para que conste el acto o contrato objeto del litigio; y en el segundo, el testimonio, sea que provenga de parte o de terceros.

c) Prueba por deducción o inducción: A falta de documentos o de prueba testimonial, aún le queda al juez la posibilidad de reconstruir los hechos controvertidos por medio de deducciones; inferir de hechos plenamente comprobados en el juicio, otro u otros que le sean desconocidos; esto es, cuando aplica las reglas correspondientes a la materia presuncional.

Cuando las deducciones tienen como base el aporte de terceros que han argumentado con conocimiento cierto de una ciencia o arte, es que se dice que la base del fallo ha sido la prueba pericial.

Es lógico que a medida que en la recepción de la prueba participa mayor número de intermediarios, el grado de eficacia del medio decae y la labor del juez para apreciar y valorar la prueba se vuelve necesariamente mas difícil y compleja, tanto que pueda cundir en él la incertidumbre con respecto al fallo;

os aquí, donde debe recurrir a las reglas de la carga de la prueba.

Pero es el caso, que en el proceso no se presenta uno o dos medios de prueba para establecer los hechos; al final del debate, el juez se encuentra con un cúmulo de probanzas, entre las cuales debe determinar las concordantes y relevantes en el negocio, aptas para proveer la sentencia.

UNIDAD Y COMUNIDAD DE LA PRUEBA: De lo anterior deducimos que el juez debe seguir algún camino en la apreciación de la prueba; y esto es lo que trataremos de explicar.

Hemos dicho que en el proceso, por encima de todos los medios de que se haya hecho uso, la prueba es una; y que como tal el juez para dictar su fallo está en la necesidad de confrontar los diversos testimonios que aparecieron en favor de una u otra parte, los documentos agregados al juicio, las inspecciones efectuadas, los peritajes realizados, etc., y con ello lograr una concordancia que le de la certeza acerca de cómo han sucedido los hechos que ante él se controvertieron; que asimismo, una vez introducida la prueba en el proceso, su valor no corresponde solo al que la propuso, sino que su función será desde entonces, establecer la existencia de un hecho sea que favorezca al que la invocó o a la parte contraria.

De tal manera que al momento de apreciar la prueba, el juez deberá analizarla como una unidad, estableciendo mentalmente lo que es concordante con los hechos controvertidos y haciendo caso omiso de lo que le parezca discordante; debe guardarse por otro lado, la simpatía o antipatía que le causare el litigante que la propuso ya que su fin primordial y único es resolver la controversia con base a la prueba que desde que fue asumida, pertenece al proceso.

La apreciación de la prueba, versará en primer lugar, sobre el análisis de cada uno de los medios introducidos al proceso; examinará el juez la idoneidad o conducencia de la prueba, es

decir que deberá establecer si el medio empleado para demostrar el hecho, se encuentra general o especialmente autorizado por la ley; si fue admitido indobidamente, deberá tomar en cuenta dicho error para desestimar en la sentencia su valor probatorio; por otro lado, impuesto que esté del objeto concreto de la prueba, procederá al estudio del contenido del medio empleado para determinar si se ciñe al negocio o acción que se litiga, si es relevante, o por lo menos presta alguna utilidad para pronunciar el fallo definitivo; los hechos o actos importinentes al negocio, aunque hayan sido plenamente comprobados, deben ser desestimados y ni siquiera es necesario que el juez haga consideraciones en la sentencia en relación a tales circunstancias.

Hemos dicho, que el juez debe estudiar y analizar detenidamente los hechos que se le han comprobado en el juicio, pero esto no debe de entenderse en el sentido de gastar inutilmente sus energías en pruebas irrelevantes; su labor debe concretarse a los hechos que contengan "un argumento jurídico", es decir, que no debe perder su tiempo en divagaciones inútiles sobre cuestiones que carezcan de relevancia.

En segundo lugar, la apreciación de la prueba, debe versar sobre el conjunto de medios allegados al proceso; deberá extraerse de todos ellos la verosimilitud de los hechos controvertidos hasta obtener una conclusión razonable y coherente.

Todo este trabajo de carácter crítico, exige necesariamente que el Órgano Jurisdiccional recurra a determinado método ya que de otro modo, las conclusiones a que pudiera llegar, estarán expuestas al error y a la injusticia.

Para Davis Echandi, ese método debe refundir todo el conjunto probatorio "que se aplica de distinto modo a cada medio de prueba, pero que debe ser lo bastante general para referirse a la totalidad y lo suficiente sistemático para comprender las relaciones entre todos los elementos, sin limi-

terse a analizar su exclusiva significación directa, sino teniendo en cuenta las necesarias conexiones, con concordancias o discrepancias, con los demás".(8).

En forma breve, hemos dejado expuesto lo relativo al Organismo Jurisdiccional como sujeto que valora y aprecia la prueba; no podíamos extendernos más, dada la naturaleza y el tema de nuestro trabajo; pero en términos generales, hemos cumplido con nuestra idea: dar una noción general del tema.

CAPITULO III

DE LA DECLARATORIA DE INADMISIBILIDAD

O IMPERTINENCIA DE LA PRUEBA.

A) LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ DE VALORAR LA PRUEBA AL MOMENTO DE SU OFRECIMIENTO: Cuando analizamos el principio de dirección de la prueba, manifestamos que éste era una consecuencia del derecho de jurisdicción que tiene el Estado y de la obligación que corresponde a las partes de someterse al mismo.

También dijimos que en el proceso civil la aplicación de dicho principio se encuentra mas limitada que en el penal, ya que son precisamente las partes las que llevan la iniciativa; que sin embargo, éste no quiere decir que el juez se conforme con ser un simple órgano receptor de las pruebas que se le ofrecieron, pues en tal caso, se desnaturalizaría su función jurisdiccional y el litigio no vendría a ser sino que una lucha privada donde la prueba perdiera el carácter de acto procesal de interés público.

Con base en este principio es que el juez esté facultado para apreciar las pruebas el momento en que lo son propuestas.

(8) Hernando Devis Echandía Ob. C. pag.113.

Al estudiar esta facultad que la mayoría de las legislaciones confieren al juez, los expositores se dividen en dos corrientes doctrinarias opuestas: los que participan del criterio que el juez debe resolver in limine sobre la admisibilidad de la prueba propuesta; y los que opinan que dicha conducta es incorrecta por cuanto el juez desconoce en concreto el objeto del litigio.

Existe otro sector, que con pretensiones de armonizar la facultad que la ley le confiere al juez, adopta una tercera posición distinguiendo el criterio que debe seguirse cuando el medio de prueba sea inconducente y cuando la prueba parezca ser impertinente.

Los que se oponen a que el juez aprecie la prueba en el momento en que le es propuesta, sostienen que la mejor oportunidad para hacer una apreciación justa de la prueba, es cuando el juez entra a estudiar en forma unitaria los hechos controvertidos, con el objeto de decidir cuál de las partes es la que se encuentra asistida de razón.

Que al pretender apreciar la prueba en el momento que es propuesta, se corre el riesgo de que el juez se equivoque al resolver sobre su admisibilidad o inadmisibilidad; por otra parte, consideran que la valoración de la prueba es un acto procesal previo a la sentencia; y no cabe al juez hacer tal valoración si no es corriendo además con otro riesgo como sería el de prejuzgar.

Nosotros opinamos que no es cierto que el juez en el incidente de la admisión, valore en estricto sentido la prueba ofrecida, pues como ya lo hemos visto para proceder a una exacta valoración de la prueba se necesita cumplir con una cantidad de requisitos de carácter formal y de contenido; mas bien creemos que la apreciación de la prueba en el incidente de admisión es como lo expresa Carnelutti, una especie de valoración preventiva, que no fija el grado de eficacia que puede tener

la prueba, sino que el grado de utilidad que manifiesto al momento en que es propuesta.

Carnelutti, pertenece a esa corriente que podríamos llamar rigorista, en el sentido de que le concede al juez la facultad de desostimar incontinenti la prueba que parezca inútil; y las razones por las que la utilidad de la prueba puede ser excluída, según el mencionado tratadista son las siguientes:

"a) Puede ocurrir que una regla legal, proceptúo que una determinado prueba no sirva para demostrar un determinado hecho;

b) puede ocurrir que la prueba se proponga demostrar hechos tales, que aún cuando se demuestren que son verdaderos, no son interesantes para la decisión;

c) puede ocurrir también, que la prueba que se proponga para demostrar hechos cuya existencia o inexistencia estén ya establecidos;

d) puede ocurrir finalmente, que no haya necesidad de la constitución de una prueba, por lo menos en el momento procesal que se proponga, en el sentido de que aún no estando establecida todavía la existencia o la inexistencia del hecho por probar, se considera que puede establecerse de otra manera y precisamente por medio de otras pruebas menos costosas".(9)

Para el mismo Carnelutti, éste es el caso mas difícil porque se contraponen la justicia con la economía, es decir, entre proceder bien y proceder de prisa.

Sin embargo, al justificar su criterio Carnelutti nos dice, que sería un error sostener que es mejor demasiadas pruebas que pocas ya que es preciso ver también el reverso de la moneda: "La justicia que llegue demasiado tarde, es, a menudo,

(9) Francisco Carnelutti Sistema de Derecho Procesal Civil IV pag. 265.

una justicia inútil y no hay instituto que influya mas en el proceso que el de la asunción de las pruebas" (10).

Los autores que adoptan la tercera posición, opinan que el juez debe desestimar desde el momento en que se lo ofrecen las pruebas inconducentes, es decir, que el medio probatorio con que se pretende establecer el hecho controvertido, no sea el idóneo para el efecto, sea porque ni general ni especialmente se encuentra autorizado por la ley, o que por el contrario, se encuentre especialmente prohibido.

Que en lo que se refiere a la pertinencia, el juez debe ser muy cauteloso al dictar su resolución y la regla de conducta que debe seguir es la de una amplitud de criterio, procediendo a recibir todas aquellas pruebas que por remotas que parezcan, puedan prestar algún servicio para el momento de dictar el fallo definitivo. Solo en aquellos casos en que de manera evidente se manifieste la impertinencia de la prueba, debe ser desestimada desde el momento de su ofrecimiento, pero incluso, en caso de duda, es preferible admitirla, aunque no sea tomada en consideración en la sentencia.

B) CRITERIO GENERALIZADO EN NUESTROS TRIBUNALES: Para ser sinceros, debemos manifestar que nuestros tribunales, solo en muy raras oportunidades son fuentes que abonen el pensamiento jurídico del país; y en materia de admisibilidad de pruebas, las resoluciones que hemos encontrado son de carácter definitivo, pero no de índole incidental; y es que la mayoría de nuestros jueces, siguen mas que una corriente doctrinaria, una línea de conducta trazada por la costumbre judicial; admiten toda clase de pruebas, inclusive las inconducentes y solo en casos muy contados, cuando la ley expresamente lo señala, rechazan aquellos medios probatorios inconducentes de que las partes pretenden hacer uso en el litigio.

(10) Francisco Carnelutti -Sistema de Derecho Procesal Civil pag. 265. y 266.

Ven pues, en concreto, solo la circunstancia en que el medio esté prohibido de manera expresa, pero no, cuando la ley no lo autoriza; y si no, volvamos al ejemplo ya mencionado, de aceptar en los juicios de divorcio, prueba testimonial para establecer el estado civil de los cónyuges.

En cuanto a la prueba impertinente, la amplitud de criterio de nuestros jueces pasa de los límites razonables; las partes en su afán de abundar en la prueba, por malicia o por mera ignorancia presentan prueba de hechos inimaginables; y los jueces en ningún momento han puesto coto a esta actitud de ciertos litigantes, que caen en el abuso de sus derechos procesales.

La razón que algunos aducen para mantener tal actitud, es que con ello se evite un mal mayor, como sería de dar oportunidad al litigante de mala fé, que con el ánimo de dilatar la ejecución de la sentencia, pidiera la recepción de prueba impertinente; y en casos se lo rechazara, tener ya el camino de recurrir en Casación alegando que ha habido quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por habérselo denegado pruebas legalmente admisibles.

Por nuestra parte, somos de opinión que el principio de dirección de que antes hablamos, debe regir todo el proceso y de manera especial al instituto de la asunción de las pruebas.

El juez, tomando en cuenta que su función es de carácter público, no solo tiene la facultad, sino que está obligado a convertirse en el centro de atracción y orientación de toda la controversia judicial, pues de otra manera, el debate no sería mas que una serie de actos; actos que serían contrarios no solo al principio de economía procesal, sino que también al de lealtad y al de interés público de la función de la prueba. Si se niegan estos principios, no hay duda que el proceso, contradice la misma finalidad de la actividad jurisdiccional.

El juez debe orientar desde un principio, la forma en que se han de contravertir los hechos poniendo coto a cualquier

acto malicioso o equívoco de los litigantes; y para el caso de la asunción de las pruebas que se le propusieren, debe determinar -- preventivamente, si en ese momento, procede su recepción por ser conducentes y pertinentes.

No puede decirse que con tal actitud se esté rejuzgando, -- porque en el estricto sentido de la palabra, no se está valorando el grado de eficacia que la prueba ofrecida pueda tener sino que, -- el grado de utilidad que tenga en el momento en que es ofrecida.

Disentimos con los autores que con relación a la prueba impertinente, sostienen que el juez debe ser amplio de criterio, admitiendo incluso, aquella que remotamente pueda prestar un servicio en el proceso o que se tenga alguna duda sobre su utilidad.--

Nosotros opinamos que la verdadera conducta del juez, debe fundamentarse en el principio de inmediación de la prueba; dentro de sus posibilidades, debe el juez mantener el mayor contacto personal con las partes, recibir directamente las pruebas, escuchar detenidamente los alegatos del actor y del reo, repreguntar a los testigos, pedir aclaración de los dictámenes periciales que le parezcan oscuros, en fin, debe imponerse lo mejor posible de la -- forma en que se está desarrollando la controversia judicial.--

Manteniendo un estrecho contacto con el proceso, es muy difícil que no pueda determinar en un momento dado el grado de utilidad que tenga una prueba propuesta y resolver sobre su admisión; e incluso, para el caso de duda de que hablan los tratadistas, el juez puede admitir unas pruebas y dejar pendiente de resolución -- las que le parezcan inútiles por el momento; una vez planteada la controversia sobre el hecho nuevo, es natural que deberá proceder a la recepción de la prueba ofrecida.

Carnelutti, pone un ejemplo muy instructivo respecto al punto que estamos tratando y es el caso de que se pida el examen de testigos cuando el juicio tiene como base un principio de prueba -- por escrito.

No tendría ningún sentido, proceder a la admisión de la -- prueba testimonial, si al oponérsele a la parte el escrito, lo impugnara de falso; lo lógico es que el juez espere que se resuelva -- sobre la falsedad del documento, para luego recibir la prueba tes-

timonial.

Para nosotros solo en casos muy extremos debe recibirse la prueba en que haya duda sobre su utilidad y es, cuando por la naturaleza del hecho controvertido, por su antigüedad o en casos semejantes, los medios de prueba resulten sumamente escasos.

Pero cuando la prueba es notoriamente inconducente o impertinente, el juez debe rechazarla incontinenti en el momento en que le sea propuesta, así se le califique de estar prejuzgando o de no guardar la debida imparcialidad dentro del proceso.

Recordemos que la finalidad del Organó Jurisdiccional es la actuación de la norma jurídica al caso concreto; y que dicha finalidad, si bien es cierto que en muchas oportunidades compagina con la finalidad de las partes como sujetos procesales, también existe la posibilidad que tal adecuación no se presente en el proceso y no por eso se puede llegar a decir que el fin del Organó Jurisdiccional no se haya actualizado como función de carácter eminentemente pública y por lo mismo, imperativa.-

Sea que las partes estén o no de acuerdo con ello, la labor del juez fundamentalmente es de dirección, orientación e inmediación, con el objeto de mantener el orden y la disciplina en todo el proceso.-

Con lo dicho damos por terminado el presente trabajo de tesis; no pretendemos haber agotado el tema desarrollado, sin embargo, creemos que en algo hemos contribuido al dejar planteado, porque no resuelto, los problemas que suscita la interpretación exacta del instituto motivo de nuestro estudio.-

Hemos hecho caso omiso de la costumbre generalizada de citar al final de los trabajos de tesis una serie de conclusiones que a fin de cuentas, no es mas que la repetición de los pensamientos expresados a lo largo de todo el trabajo; creemos que tal costumbre desnaturaliza en parte el contenido de una tesis doctoral ya que es propia de trabajo de investigación de clase.-

Este criterio fue compartido también por nuestro asesor y esperamos que el Tribunal que califique, nos permita esta liberalidad.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Rafael De Pina Tratado de las Pruebas Civiles
- 2) Eduardo Pallares Diccionario de Derecho Procesal Civil
- 3) Hernado Devis Echandía Compendio de Pruebas Judiciales
- 4) Rafael Gallinal Comentarios al Código de Procedimientos Civiles
- 5) Humberto Piñera Lleras Introducción a la Filosofía
- 6) Antonio Cases Motivos de Derecho Procesal
- 7) Joaquín Scriche Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia
- 8) Ernst Beling Derecho Procesal Penal
- 9) Vincenzo Manzini Tratado de Derecho Procesal Penal
- 10) Isidoro Eisner La Prueba en el Proceso Civil
- 11) Ugo Rocco Teoría General del Proceso Civil
- 12) Eduardo J. Couture Fundamentos del Derecho Procesal Civil
- 13) Eduardo García Maynez Introducción al Estudio del Derecho
- 14) Hans Kelsen Teoría Pura del Derecho
- 15) Leo Rosenberg La Carga de la Prueba
- 16) Gian Antonio Micheli La Carga de la Prueba
- 17) R. J. Pothier Tratado de las Obligaciones
- 18) Antonio Rocha De la Prueba en Derecho .
- 19) Giuseppe Chiovenda Instituciones de Derecho Procesal Civil
- 20) Francisco Carnelutti Sistema de Derecho Procesal Civil
- 21) J. Ramiro Podetti Teoría y Técnica del Proceso Civil
- 22) Carlos Castellanos R Derecho Procesal Guatemalteco
- 23) José Carrasco Munizaga La Eficacia de la Prueba
- 24) Francisco Carnelutti La Prueba Civil
- 25) Francois Gorphe La Apreciación Judicial de las Pruebas
- 26) Ministerio de Justicia Proyecto de Código Procesal Civil