

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y
CIENCIAS SOCIALES

T
347.06
P352t
1971
F. J. y CS

1 8
EJ.4

TEORIA DE LA PRUEBA

TESIS PRESENTADA POR

JOEL ESAU PORTILLO

COMO ACTO PREVIO PARA OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

JUNIO DE 1971

SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA



U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R .

RECTOR

DR. RAFAEL MENJIVAR.

SECRETARIO.

DR. MIGUEL ANGEL SAENZ VARELA.

F A C U L T A D D E J U R I S P R U D E N C I A .
Y C I E N C I A S S O C I A L E S .

DECANO

DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ.

SECRETARIO

DR. MAURICIO ALFREDO CLARA.

TRIBUNALES QUE PRACTICARON LOS
EXAMENES GENERALES PRIVADOS Y
APROBARON ESTA TESIS DOCTORAL.

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LE-
GISLACION LABORAL.

Presidente : Dr. ALEJANDRO DAGOBERTO MARROQUIN.
Primer Vocal : Dr. JAVIER ANGEL.
Segundo Vocal : Dr. MAURICIO ROSALES RIVERA.

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTI-
LES.

Presidente : Dr. JOSE ENRIQUE SILVA.
Primer Vocal : Dr. JOSE ERNESTO CRIOLLO.
Segundo Vocal : Dr. CARLOS RAMON DAVILA.

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINIS-
TRATIVAS.

Presidente : Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ.
Primer Vocal : Dr. RODOLFO ANTONIO GOMEZ.
Segundo Vocal : Dr. ROBERTO OLIVA.

ASESOR DE TESIS.

Dr. ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS.

APROBACION DE TESIS.

Presidente : Dr. HECTOR MAURICIO
Primer Vocal : Dr. ROBERTO OLIVA.
Segundo Vocal : Dr. CARLOS ALFREDO RAMOS CONTRERAS.

21017 # 16/10/2017 # 4/10/18
p/autor/2021/10/17 # 4/10/18

I N D I C E.

SECCION I .- NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA.

- a) Concepto y acepciones de la palabra prueba.
- b) Breve historia de las pruebas judiciales.
- c) La prueba como derecho.
- d) Principios que regulan la prueba.

SECCION II .- DEL OBJETO DE LA PRUEBA.

- a) Concepto.
- b) Prueba del derecho.
- c) Prueba de los hechos.
- d) Pertinencia y admisibilidad de la prueba.

SECCION III .- DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

- a) Concepto.
- b) A quien corresponde probar.
- c) Pruebas que se producen de oficio.
- d) Oportunidad de la prueba.

SECCION IV .- DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

- a) Concepto.
- b) Varias clasificaciones.
- c) Taxatividad de la enumeración de los medios de prueba. Otros sistemas.

SECCION V .- DE LA VALORACION DE LA PRUEBA.

- a) Concepto.
- b) Preferencia y eficacia de la prueba.
- c) Diversos criterios de valoración de la prueba.
- d) Criterio de la sana crítica
- e) Criterio del íntimo convencimiento.

SECCION I.

NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA.

Sumario.

a) Concepto y acepciones de la palabra prueba: 1-Noción general y abstracta. 2-Noción en el período de la antigüedad clásica. 3-Noción en el derecho moderno. 4-Noción jurídica. 5-Varias de finiciones. b) Breve historia de las pruebas judiciales: 6-Período de la antigüedad clásica. 7-Período germánico. 8-Proceso ítaló canónico. 9-Diversas fases en su evolución. c) La prueba como derecho: 10-La prueba como derecho subjetivo. 11-Fundamento legal. d) Principios que regulan la prueba.

a) CONCEPTO Y ACEPCIONES DE LA PALABRA PRUEBA.

1-NOCION GENERAL Y ABSTRACTA. Toda ciencia se estructura y sistematiza me diante conceptos, los que en determinados casos poseen diversas acepciones debido a su popularidad. En tal sentido encontramos acepciones vulgares o comunes, y por otra parte, acepciones técnicas o especiales cuando la ciencia utiliza el concepto en determinado sentido. Es más, debido a la complejidad de los conocimientos científicos, los conceptos utilizados por la ciencia pueden tener diversos sentidos de acuerdo a su objetivo.

En la ciencia jurídica y particularmente en la rama del Derecho Procesal, encontramos infinidad de conceptos con diversas acepciones. Para el tema en desarrollo, por ejemplo, podemos afirmar que la noción de prueba se encuentra en todos los aspectos de la vida humana. De ahí que exista una noción vulgar u ordinaria y una noción técnica.

Pero según Carnelutti, es en las ciencias y actividades reconstructivas donde la noción de la prueba adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tie

ne en derecho. (1)

El investigador, el jurista, reconstruye el pasado para reconocer o confirmar de parte de quien está la razón, - pero no se limita a esto para no reducir su estudio a mera historia, sino que los frutos de la investigación ha de proyectarlos hacia el futuro mediante programas o esquemas normativos para regular con mayor acierto la conducta humana; el historiador, el arqueólogo, el lingüista, etc., lo hacen no sólo para informar y valorar los hechos pasados, sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros. La diferencia está en las consecuencias del resultado: las del Juez o legislador son imperativas, - las del historiador, jurista, etc., son informativas o instructivas, de libre aceptación. Pero tanto unos como otros, verifican investigaciones similares y realizan análogas operaciones mentales para valorarlas y obtener conclusiones. Para que estas sean valederas deben partir de supuestos plenamente comprobados.

"En el sentido ordinario -escribe Dellepiane-, prueba es sinónimo de ensayo, de experimentación, de revisión, - realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia o exactitud de algo, trátase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en resultados. Así, se pone en marcha una máquina para saber si funciona bien; si llena su objetivo confrontando, en cierto modo, la teoría con la realidad práctica. Examinadas despacio las cosas, en el fondo de toda prueba descúbrese el elemento que acabamos de nombrar: la confrontación. - Toda prueba redúcese, en último análisis, a una comparación o - confrontación; a la confrontación de una cosa o de una operación

de que se duda, con otras cosas u operaciones, a fin de cerciorar se de la bondad, eficacia o exactitud de las primeras". (2)

La administración de justicia, la prevención de los litigios, la seguridad de los propios derechos y el comercio jurídico en general, serían totalmente imperfectos e ineficaces sin la prueba. No existiría orden jurídico como garantía de derechos.

2-NOCION EN EL PERIODO DE LA ANTIGUEDAD CLÁSICA.

La consideración de que para el mejor conocimiento y comprensión de las cosas actuales nada hay más útil como averiguar sus orígenes, nos ha animado a hacer algunas indagaciones acerca de la manera cómo los antiguos entendieron el concepto de prueba.

En Grecia, donde la filosofía ejerció una profunda influencia en el pensamiento y en la cultura, el concepto de prueba estaba íntimamente ligado con aquella ciencia. "Aristóteles veía en la prueba dos aspectos: el intrínseco y el extrínseco, y la concretó en propia e impropia, artificial y no artificial. Para él, las verdaderas pruebas eran el entinema, que es el correspondiente retórico del silogismo". (3)

Si en Grecia prevaleció el aspecto filosófico, en Roma fue la tradición retórica, fijada y condicionada por Cicerón, la que tuvo mayor influencia, siendo clásica la noción de la prueba como argumentum, es decir, "ratio quae rei dubiae faciat fidem". Según esta definición, la prueba aparece sobre todo en el aspecto lógico de la argumentación.

¿Puede afirmarse que el Derecho Romano fue superior

al Derecho Griego?

Es cuestión dudosa, pero las investigaciones de Pugliese sobre la prueba en el proceso romano clásico permiten afirmar el abandono de cualquier sistema de pruebas irracionales, con lo que cabe llegar a la conclusión de que el derecho romano se separó, al menos parcialmente, de los precedentes. (4) Por lo demás es un hecho evidente la superioridad del derecho romano.

3-NOCION EN EL DERECHO MODERNO. En la antigüedad clásica, la prueba era considerada como argumentum; era una parte esencial de la lógica del juicio y del raciocinio, pero siempre vinculada a la idea de la normalidad con un fundamento ético.

En la Edad Media, el concepto evolucionó y fueron los canonistas quienes configuraron el razonamiento judicial como un silogismo, lo cual permitió distinguir las cuestiones de hecho, de las cuestiones de derecho. Así se fue preparando la vía para introducir en la ciencia jurídica el concepto moderno de la prueba.

En relación a como se ha entendido modernamente este concepto, Devis Echeandía expresa: "El demandante debe solicitar y hacer practicar las pruebas de los hechos en que funda sus pretensiones, y el demandado las de las excepciones que aduce; y si no lo hacen, aquél verá desestimada su pretensión o éste sus excepciones, aun cuando realmente tuvieran la razón. Para el Juez, un hecho solo vale, en cuanto aparezca demostrado en el juicio, y la razón o el derecho lo tiene quien así lo demuestre". (5)

Complementando lo anterior dice: "Puesto que no probar un derecho y no tenerlo es lo mismo, a la afirmación que de él se haga en la demanda debe sumarse oportunamente la prueba que lo evidencie en el proceso. Este es un principio de derecho procesal de lógica elemental: el actor debe probar sus afirmaciones. Es lo que se llama la carga de la prueba. La demostración es, por lo tanto, el complemento de la demanda". (6)

Con el objeto de seguir orientándonos en esta delicadísima cuestión de la noción de la prueba en el derecho moderno, veremos las valiosas disertaciones del eminente jurista doctor Antonio Rocha, quien en sus obras "De la prueba en derecho y Derecho Probatorio", expone: "Probar es establecer la verdad, -hacerla ver", y con referencia al proceso, "es hacer conocidos -del juzgador los hechos litigiosos. Las pruebas tienden a convencer al Juez de la existencia y verdad de los hechos y de los actos jurídicos de donde nace el derecho. El fin de la prueba es lograr el convencimiento del Juez". (7)

Como el Juez ignora los hechos, y las partes interesadas en el debate arguyen su veracidad, -pues los han vivido- hay que hacerlos conocer, y el conocimiento ha de llevarse de tal manera que produzca certeza. La certeza es la persuasión de la verdad. En otras palabras, la prueba consiste en poner de presente la verdad de los hechos, mediante la técnica o método previsto, cuya finalidad es infundir el convencimiento hasta el límite que en cada caso exija la ley; por ejemplo en nuestro sistema la prueba debe ser plena o perfecta.

Dado, pues, que la certeza, como decíamos, es la -

persuasión de la verdad y ésta es la concordancia entre la idea y la realidad, las pruebas son también un medio para conocer con certeza la verdad de los hechos.

De las nociones expuestas se puede deducir las siguientes conclusiones: a) existe una noción de prueba en sentido general y abstracto; b) existe otra noción que pudieramos llamar jurídica; y c) finalmente la prueba es un fenómeno o etapa fundamental del proceso.

4-NOCIÓN JURIDICA. En este sentido, la noción de prueba determina varios aspectos, y es la motivación de las diferentes definiciones que dan los autores, según sea el que tomen en cuenta. En sentido jurídico procesal, que nos interesa, la noción de prueba presenta tres modalidades:

1ª) Su manifestación formal, y así se dice que prueba son los medios, métodos o procedimientos utilizados para llevar al Juez el conocimiento de los hechos, como testimonios, documentos;

2ª) Su contenido, o sean los motivos o hechos que de esos medios se deducen en favor de la existencia o inexistencia de los mismos hechos; y

3ª) Su resultado, o sea, el hecho objetivado que resulta del medio empleado y que conduce al convencimiento que con ella se trate de producir en el juzgador.

Estos tres aspectos no pueden considerarse totalmente distintos unos de otros e independientes entre sí, porque los tres constituyen prueba, y como anota Dellepiane "estos tres aspectos, lejos de ser antagónicos y de excluirse entre sí, son

por el contrario armónicos y conciliables, respondiendo solo a puntos diversos de vista en que uno se coloca para contemplar una cuestión idéntica". (8)

Sin embargo, de estas tres modalidades puede separarse la primera de las otras dos, para distinguir la noción de prueba de la noción de los medios de prueba. Como medios de prueba deben entenderse los elementos, métodos o instrumentos (testimonios, peritos, documentos, etc.,) utilizados por las partes o por el Juez, para obtener la prueba; y por prueba, ha de entenderse las razones o motivos que sirven para llevarle al Juez la certeza sobre los hechos.

De manera que prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevar al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, materia del litigio.

5-VARIAS DEFINICIONES. Etimología de la palabra prueba. Según su etimología, para unos, la palabra prueba significa "honradamente" del latín "probe", considerando el principio de que el que pretende probar su pretensión en juicio actúa con honradez; y para otros, del término también latín "probandum" que significa "hacer fe, patentizar, aprobar, recomendar".

Según la ley de Partidas, prueba es la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, 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 que conoce del litigio, y que son propios, según derecho, para justifica-

la verdad de los hechos alegados en el pleito. (9)

Según la Real Academia de la Lengua Española, prueba es "la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecho por los medios que autoriza y reconoce por--
eficaces la ley". (10)

Según Eduardo J. Couture, "la palabra prueba toma da en un sentido procesal, es un medio de verificación de las -
proposiciones que los litigantes formulan en el juicio". (11)

Según el Código de Procedimientos Civiles, "Prue-
ba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad
de un hecho controvertido", Artículo 235 Pr..

Según El Proyecto de Código Procesal Civil: "La
prueba tiene por objeto establecer en juicio la verdad de los he
chos controvertidos. En los casos contemplados en este Código,
la prueba también recaerá sobre la existencia de las normas jurí
dicas", Artículo 369 Proyecto.

El concepto que da el Código de Procedimientos -
Civiles se fundamenta en el aspecto formal de la prueba.

El Proyecto de Código Procesal Civil define la --
prueba desde el punto de vista de su objeto; concepto que consi
dero no tiene una redacción feliz, pues al examinarlo encontra--
mos, en oposición a lo dispuesto en él, que el resultado de la -
prueba puede, por una parte, no corresponder a la verdad, a pe--
sar de llevarle al Juez el convencimiento necesario para fallar.
Por otra parte la verdad es una noción ontológica y el conocimien
to que creemos tener de ella es subjetivo, de manera que si el -
objeto de la prueba fuese establecer la verdad, tendríamos que

muchos procesos no se habría cumplido su objeto, a pesar de que el Juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella.

Además el concepto del Proyecto únicamente se refiere a la prueba que puede vertirse en los juicios, haciendo caso omiso de las meras diligencias u otros procedimientos, lo cual es criticable.

b) BREVE HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES.

6-PERIODO DE LA ANTI-
GUAIDAD CLASICA.

En relación a los medios de prueba, es el testimonio el que aparece en primer lugar por la importancia que le confiere su antigüedad. El testimonio ha sido regulado a través de casi todas las épocas del Derecho.

"Por lo que respecta a Palestina, se encuentran algunas noticias en la Biblia, donde se condena el falso testimonio y se niega que la deposición de un solo testigo sea suficiente para condenar. El falso testimonio se castigaba con la misma pena a que hubiere sido condenado el acusado si la acusación hubiese sido verdadera.

En Grecia, aparte de las referencias de tipo general que aparecen en los textos de algunos discursos, que permiten deducir que era un medio de prueba importante, sabemos que los ilotas, según la Constitución de Licurgo, no podían ser admitidos como testigos, lo cual contrasta con la validez del testimonio de los siervos, admitido por otros ordenamientos de la Antigua Grecia.

Por lo que al derecho romano respecta, es de tener en cuenta los distintos tipos de proceso según las diferentes

épocas y puede decirse que en general prevalecía un concepto de prudente desconfianza, en cuanto que se excluían los testigos - que por sus antecedentes no merecían buen concepto. A este fin, el Juez debía indagar sobre la credibilidad del testigo, si bien es cierto que hacia el fin de la República y durante el Imperio, esta facultad investigadora del Juez fue limitada por una serie de presunciones jurídicas de carácter político social". (12)

La prueba testimonial antiguamente se caracterizó por su general admisibilidad y además porque no existían las restricciones que para dicha prueba ha establecido el Derecho Moderno, unas veces en razón de la cuantía de la obligación, otras sobre la materia que versa o sobre las personas que pueden decla--rar. Decimos esto, porque en los procesos primitivos no se ob--servan esas limitaciones, ya que, aunque algunos de ellos las establecían en determinados casos, -como ocurría en el proceso ateniense, en el cual aparecen prohibiciones referidas principalmente a los niños y a los esclavos y en el proceso romano donde no todas las personas tenían capacidad para ser testigos, ya que ni los delincuentes, ni los incapaces, ni los siervos podían deponer en juicio con aquel carácter— (13), tales prohibiciones no eran en modo alguno absolutas, y por ejemplo, los esclavos podían de-clarar en favor de sus señores, en unos casos, y en otros, su testimonio era válido con el concurso del tormento.

Conoció el proceso griego, además, la prueba documental y el juramento.

"En cuanto al juramento, en la época clásica del derecho ático, aunque se consideraba como medio de prueba usual,-

no tuvo la importancia que adquirió en períodos anteriores. Se atribuye ello a una consecuencia de la degradación progresiva de las instituciones democráticas, que al reducir la función de la magistratura a meras actuaciones formales, cerró la posibilidad para los Jueces de deferir de oficio al juramento de una de las partes en el período instructorio, quedando solamente el que propusieran estas recíprocamente. Por lo demás, se conoció el juramento decisorio y también el que se concretaba a un solo punto - de la controversia". (14)

En lo que respecta al Derecho Romano, hay que distinguir tres períodos y subrayo la importancia de este Derecho - por ser la base de los sistemas actuales. Veamos tales períodos:

1^o) La época de legis actiones;

2^o) El período formulario; y

3^o) El período de la cognitio extra ordinem.

En la época de legis actiones, los medios de prueba aparecían fundados principalmente sobre testimonios prestados ante el Juez después del juramento. En el período formulario fueron admitidos otros, especialmente documentos, reconocimiento judicial, prueba indiciaria y juramento. Pero por regla general, la prueba en este período estaba sujeta a la discrecionalidad, o sea que no existían los medios de prueba formales.

Finalmente por lo que respecta al período de la cognitio extra ordinem, adquirió gran relieve el derecho de interrogación de las partes por el magistrado, quien además señalaba a cual de ellas incumbía la carga de la prueba. En cuanto a los medios probatorios, fueron más o menos los mismos que existían en

el período formulario, pero adaptados a las nuevas exigencias de los tiempos y muy semejantes a los que se usan actualmente. (15)

7-PERÍODO GERMANICO.

Dice Chiovenda que la irrupción del germanismo determinó profundas modificaciones en el sistema romano de la prueba, debido a que el derecho germánico concibió el proceso inicialmente como un medio de pacificación social. No se trataba propiamente de dilucidar una contienda: interesaba mucho más dirimirla. La solución del proceso se hizo depender, no del convencimiento del Juez, sino por lo regular del resultado de un ritualismo y de unas solemnidades en las que la prueba descubre la voluntad de un ente superior imparcial: la divinidad. (16)

De ahí se explica que en este tipo de proceso Germánico los medios de prueba sean pocos y no conocidos anteriormente, como por ejemplo, los juicios de Dios, las ordalías, entre ellas la del fuego o hierro candente, el agua hirviente o fría, el duelo judicial y el juramento con sacramentarios o cojuradores. Esta clase de juramento, que se llamaba de credulitate, porque la misión de los cojuradores era declarar sobre la honra y religiosidad del que juraba, no existió en Roma, donde solamente se admitía el juramento probatorio de las partes. Otra modalidad propia del juramento germánico especialmente en el derecho de longobardo, fue el juramento de veritate, en el cual los cojuradores o sacramentarii juraban ser ciertos los hechos que las partes afirmaban. De todos modos entre el juramento romano y el germánico existen notables diferencias, que pueden atribuirse principalmente a dos factores: el fuerte sentimiento de-

los germanos y la regla según la cual, en la mayoría de los casos la obligación de probar incumbía al demandado, quien para suministrar la prueba debía jurar no ser cierto aquello que el actor le imputaba, con lo cual era declarado absuelto. (17)

8-PROCESO ITALO CANONICO. La influencia canónica posterior substituyó to do el formalismo del período germánico, por la prueba tasada, es decir, el sistema en el cual el Juez está sujeto a determinadas reglas establecidas por la ley, sistema que tuvo por objeto probablemente precaverse contra la arbitrariedad judicial.

Otras contribuciones que se deben al Derecho Canónico, fue la abolición de los medios irracionales de prueba y la introducción en el procedimiento de la lógica del juicio, a través de la llamada teoría de las presunciones, que permitía adherirse a la verdad más probable.

Los medios de prueba utilizados en este período eran los siguientes:

1) La confesión, considerada la más importante, pero con la aclaración de que solo la judicial podía producir prueba plena.

2) El testimonio, en el cual se establecían ciertas incapacidades, tales como el perjurio, el delincuente; se exigía el testimonio concorde de dos testigos.

3) Los peritos.

4) El reconocimiento judicial en relación con el hecho por probar.

5) Los documentos, que para producir prueba te--

nían que ser públicos, mientras que los privados se consideraban como prueba indiciaria; y

6) Las presunciones, si estaban contempladas en la ley producían la consecuencia de liberar de la carga de la prueba, y las demás se consideraban como indicios.

9-DIVERSAS FASES EN SU EVOLUCION. En la evolución de la prueba se acostumbra distinguir cinco fases.

1ª) La fase Etnica, a la cual se le da también el nombre de primitiva, corresponde a todas las sociedades en formación — cuando solo podía existir un sistema procesal rudimentario, donde las pruebas se dejaban a la apreciación del juzgador y la cual presentaba distintos aspectos según el lugar—.

2ª) La fase religiosa o mística del antiguo Derecho Germánico, primero, y de la influencia del Derecho Canónico, luego.

3ª) La fase legal, en la cual se sometió la prueba, a una rigurosa tarifa legal de medios de prueba.

4ª) La fase sentimental o de la íntima convicción, que se originó con la Revolución Francesa como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba; y

5ª) La fase científica, que impera actualmente en los códigos procesales modernos.

A consecuencia de la Revolución Francesa, se implantó primero en Francia y después casi en todos los países de Europa el sistema de la libre apreciación de la prueba, como una reacción al sistema de la prueba de la tarifa legal o prue-

ba tasada y el sistema oral en el proceso penal. Ultimamente se está generalizando el principio inquisitivo probatorio y la libre apreciación del Juez.

El proceso laboral es similar al civil moderno, en cuanto existen facultades del Juez para apreciar libremente la prueba y para practicarlas oficiosamente.

Los procesos contenciosos administrativos, tienen las características del civil moderno ya que presentan facultades inquisitivas en materia de pruebas y en lo relativo a su iniciación de oficio.

c) LA PRUEBA COMO DERECHO.

10-LA PRUEBA COMO DERECHO SUBJETIVO.

Se ha sostenido que así como existe un derecho subjetivo de acción para iniciar el proceso y obtener en él una sentencia, —lo mismo que un derecho de recurrir que prolonga los efectos de aquél—, existe también un derecho subjetivo de probar en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta.

Sujeto Pasivo de este derecho subjetivo es el Juez quien está obligado a practicar o recibir la prueba pedida u ofrecida y siempre que la ley no las considere inadmisibles o in pertinentes. En esto se diferencia del derecho de acción, ya que por medio de este derecho se pone en movimiento la función jurisdiccional del Estado, por conducto del Juez, derecho que se hace valer frente al Estado que es el obligado a proteger al actor y no frente al Juez, como el derecho de probar. Por otra parte el derecho de acción tiene como fin la sentencia, favora-

ble o desfavorable; en cambio, el derecho de probar, persigue que la respectiva pretensión se tenga como cierta, o sea, que la sentencia se pronuncie en sentido favorable.

"El derecho de probar es subjetivo y se limita en cada proceso por las nociones de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, lo mismo que por ciertas prohibiciones de investigar determinados hechos, basados en motivos de interés público, y su ejercicio se reglamenta por la ley, de acuerdo con las formalidades y demás requisitos de la actividad probatoria que para cada clase de proceso y en cada país se consagran. No se trata, pues, de un derecho a llevar toda clase de prueba para establecer hechos de cualquier naturaleza conforme al capricho de las partes, porque en la vida jurídica no puede existir un derecho de alcance y contenido ilimitado, y mucho menos cuando su ejercicio se vincula al de una actividad del Estado tan fundamental como la de administrar justicia, que requiere orden y armonía de sus diversas fases. Por eso varios de los principios fundamentales del derecho probatorio contemplan la oportunidad, la preclusión, la contradicción, la lealtad y probidad, la formalidad y el interés público de la función de la prueba". (18)

"De las normas procesales que regulan el instituto de la prueba se deducen, sin duda —escribe Rocco— derechos subjetivos y obligaciones de las partes; en la actividad probatoria la voluntad de la parte es decisiva en relación con la actuación del Juez cuya obligación consiste en tramitar la prueba". (19)

17-24

11-FUNDAMENTO LEGAL. El fundamento legal, en nuestro país, está contemplado en la Constitución Política en el Art. 164 inciso 1º, que dice: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa". Esta disposición consagra el Derecho de Defensa, el cual se hace efectivo en uno de sus aspectos por medio del Derecho de Probar en el proceso respectivo, los hechos sobre los cuales se intenta deducir la pretensión o excepción propuesta.

d) PRINCIPIOS QUE REGULAN LA PRUEBA.

Puede hablarse de principios aplicables a la prueba que se vierte en los procesos y diligencias de carácter civil, penal, laboral y administrativo, no obstante las diferencias que se encuentran en los procesos y en las regulaciones de cada uno de ellos, principios que llevan a la conclusión de que puede hablarse, sin lugar a dudas, de la Teoría de la Prueba.

Sin pretender agotar la materia, me referiré brevemente a algunos:

1) Principio de la necesidad de la prueba: se refiere este principio a la necesidad de que los hechos en los cuales se debe fundamentar la sentencia, estén demostrados con pruebas aportadas en el proceso por cualquiera de las partes o por el Juez de oficio, cuando procediere. Este principio representa una garantía para la libertad y para los derechos de los individuos, ya que de otra manera estarían en manos de Jueces parciales.

Este principio se encuentra regulado en los Arts. 421, 422 y 1299 Pr., además de aquellos que expresamente facultan al Juez para que de oficio recoja la prueba necesaria en el juicio.

2) Principio de la Eficacia Jurídica: Este principio puede considerarse como complemento del anterior. Significa que si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio o a la pretensión voluntaria o a la culpabilidad penal investigada.

Este principio aparece plasmado en los Arts. 292 y 328 Pr..

3) Principio de la Unidad de la Prueba: Significa este principio que el conjunto de pruebas aportadas al proceso formen una unidad que, como tal, debe ser apreciada por el Juez, y concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme.

El Art. 421 Pr. establece que las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que hayan sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso.

4) Principio de la comunidad de la prueba: Este es una consecuencia del anterior. Significa que la prueba no pertenece solamente a quien la aporta, sino que una vez presentada o introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, o sea, la prueba pertenece al proceso.

Este principio lo encontramos en el mismo artículo 421, ya que en él se expresa que las sentencias se basarán en las pruebas aportadas al proceso sin importar quien de las partes las haya presentado. Los Arts. 320 y 269 Fr., acogen el mismo principio.

5) Principio de la contradicción de la prueba: - Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para discutirla, incluyendo en esto su derecho a contraprobar.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles en el Art. 242 establece que las pruebas deben producirse con citación de la parte contraria, pena de no hacer fe. Asimismo el Código permite que la parte contraria repregunte a los testigos presentes por la otra, preponga la tacha de los testigos o de los peritos; impugnen de falso los documentos que se le opongan y en el caso de posiciones, pueda en el acto hacer al absolvente las repreguntas que considere necesarias, Arts. 287 al 386 Fr..

6) Principio de igualdad de oportunidad para la prueba. Significa que las partes dispongan de iguales oportunidades para presentar o pedir pruebas.

El Art. 150 d. la Constitución Política establece que todos los hombres son iguales ante la ley; principio que en materia de prueba debe entenderse como igualdad de oportunidades, en el sentido de que tanto el actor como el reo pueden presentar las pruebas que estimen necesarias para establecer su acción o excepción.

En los Arts. 242, 250, 251 y 1287 Fr. se encuentra

plasmado el principio de igualdad estudiado.

7) Principio de la publicidad de la prueba. Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, analizarlas y patentizar al Juez el valor que tienen, y significa también, que el examen y conclusiones del Juez sobre las pruebas deben ser conocidas - de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello.

Los Arts. 242, 427 y 428 Pr. consignan el principio anterior.

8) Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba. Este principio implica que la rendición de la prueba - esté revestida de requisitos extrínsecos o intrínsecos. Los primeros se refieren a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; los segundos, a la ausencia de vicios, como dolo, error, fuerza y de inmoralidad en el medio mismo.

Sobre este principio aparecen muchas disposiciones legales en las cuales está consignado.

Los Arts. 242, 306 y 310 Pr., son algunos de ellos.

9) Principio de Preclusión de la prueba. Este principio es una aplicación del principio general de la preclusión en el proceso, indispensable para darle orden y disminuir los inconvenientes del sistema escrito; con él se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, - que no alcance a contravertirlas, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda defenderse.

El Art. 250 Pr. establece como principio general

que las partes podrán alegar sus derechos dentro del término de prueba y no después.

Este principio aparece además contemplado en los Arts. 249 y 596 Pr..

Cabe advertir que la preclusión se refiere al término probatorio propiamente tal, pero esto no obsta que afirmemos que las pruebas pueden presentarse generalmente, antes y después de dicho término, según se deduce para el caso, de los Arts. 234 y 270 Pr..

10) Principio de la Inmediación. Para la eficacia de la prueba, para el cumplimiento de sus formalidades, es indispensable que el Juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad o interviniendo luego en su recepción. Significa este principio también que el Juez no debe permanecer inactivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las peticiones por las partes (repreguntas propias a testigos, a peritos, etc.,) y para ordenar oficiosamente otras.

El Art. 242 Pr. establece que las pruebas deberán producirse ante el Juez que conoce de la causa o por su requisitoria.

11) Principio de la Imparcialidad del Juez en la dirección y apreciación de la prueba. La dirección del debate probatorio por el Juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a soli-

cidad de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso.

12) Principio de la concentración de la prueba.

Este principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso.

El Art. 242 Pr. contempla el principio que estudiamos.

13) Principio de la pertinencia de la prueba.

Puede decirse que este principio es una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de las partes y de los funcionarios judiciales en esta etapa del proceso no debe perderse en la percepción de medios probatorios que por si mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes.

Este principio aparece desarrollado en forma más amplia en el Número 18 del siguiente Capítulo, cuando nos referimos a la pertinencia de la prueba en forma específica.

El Art. 240 Pr. contempla el principio, cuando expresa que las pruebas deben ser pertinentes, ciñéndose al asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes.

14) Principio de la naturalidad o espontaneidad de la prueba. Este principio incluye la prohibición y sanción de testimonios, dictámenes periciales, etc., que hayan sido falsificados o alterados, sea en virtud de dinero o de beneficios de otro orden o mediante amenazas al testigo de la parte interesa-

da o al perito. Igualmente implica este principio la prohibición de alterar materialmente las cosas y objetos que han de servir de prueba. En resumen este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que lo viole debe ser considerada ilícita y por tanto sin valor jurídico.

15) Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba. Este principio no hay que confundir lo con el anterior; en virtud de él los documentos, las cosas y, en ocasiones la persona física, cuando es objeto de prueba deben ponerse a disposición del Juez cuando se relacionan con los hechos del proceso; permite al Juez el allanamiento de inmuebles, el acceso a los archivos públicos y privados e imponer ciertas coacciones a las partes y testigos para que comparezcan a absolver interrogatorios o a reconocer su firma y para que suministren los objetos, escritos o libros cuya exhibición se ha decretado.

El fundamento de este principio se encuentra en razones de carácter lógico-jurídico. En algunos casos, la obtención coactiva se impone por falta de cumplimiento voluntario de los mandatos judiciales; y, en otros, con el objeto de producir en el juzgador un conocimiento completo sobre el objeto del litigio.

Sobre este principio encontramos numerosas disposiciones legales en las cuales aparece contemplado, son ejemplos de ellas los Arts. 159, 301 y 385 Pr..

16) Principio de la evaluación y apreciación de la

prueba. Significa este principio que cualquiera que sea el sistema que rija y la naturaleza del proceso, la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción al Juez, sobre los hechos que interesan al proceso.

17) Principio de la carga de la prueba. La igualdad de oportunidades en materia de pruebas, no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la obligación de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea porque los invoca a su favor o porque el opuesto goza de presunción, o de notoriedad o porque es una negación indefinida.

Este principio aparece contemplado en el Art. 237 Pr. el cual se refiere a que la obligación de producir pruebas corresponde al actor, y si el reo opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla.

Sobre el concepto e ideas rectoras que dominan la reversión de la carga de la prueba, en doctrina y la legislación, nos referiremos adelante.

18) Principio de la escritura o de la oralidad. Como un aspecto del sistema oral o escrito que rija en el proceso, puede enunciarse este principio en relación con la prueba.

Se encuentra regulado en los Arts. 241 y 1283 Pr. (cuando el juicio es escrito) y 472 Pr. (cuando es oral).

Estos principios aparecen en toda clase de procesos, según su naturaleza, como ya expresé, y son los que guían al Juez y a las partes que intervienen en ellos, para la producción, recepción y valoración de la prueba. A ellos se debe la solución de numerosas dudas y problemas que diariamente se les-

presentan a los estudiosos del derecho en el desempeño de su de
licada función.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS.

- (1) Francisco Carnelutti, *La Prueba Civil*, Buenos Aires, Edic., Arayú, pág. 4.
- (2) Antonio Dellepiane, *Nueva Teoría General de la Prueba*. Edit. Temis, Bogotá 1961, pág. 50.
- (3) Valentín Silva Melero. *La Prueba Procesal*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, vol. I. pág. 2 y 3.
- (4) Valentín Silva Melero, *Ob. citada*. Págs. 7 y 8.
- (5) Hernando Devis Echandía. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I., núm. 26, pág. 64.
- (6) Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit. T. III. núm. 402, p. 160.*
- (7) Antonio Rocha. *De la Prueba en Derecho*. págs. 15 y 21.
- (8) Antonio Dellepiano, *Ob. Cit.* pág. 36.
- (9) *Ley 1ª. Título 14, Part. 3ª..*
- (10) *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid 1925, pág. 998, Nª. 7.
- (11) Eduardo J. Couture. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª. Edic. 1958, pág. 217.
- (12) G. Tesoro, *La Psicología del Testimonio*, 1929, págs. 3 y ss
- (13) Valentín Silva Melero, *Ob. Cit.* pág. 6.
- (14) Valentín Silva Melero. *Ob. Cit.* pág. 5.
- (15) Valentín Silva Melero. *Ob. Cit.* pág. 5 ver también pág.6.
- (16) José Chiouenda. *Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil*, 1930, ps. 181 y ss. *Principios de Derecho Procesal*, 1925, vol. I. ps. 1 y ss.
- (17) Carlos Lessona, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, 2ª. Ed., Madrid, 1928, Vol. II. págs. 39 a 45.
- (18) Hernando Devis Echandía. *Ob. Cit.* pág. 204.
- (19) Ugo Rocco, *Tratado de Dcho. Procesal Civil*, 1967, T. II, pág. 115

SECCION II.

DEL OBJETO DE LA PRUEBA.

Sumario.

a) Concepto: 1-Distinción entre nociones de prueba y objeto de la prueba. 2-Objeto de la prueba judicial en sentido general. 3-Objeto de la prueba judicial en sentido concreto. 4-Distinción entre las nociones de objeto y tema de la prueba. b) Prueba del derecho: 5-Derecho nacional. 6-Derecho extranjero. 7-Costumbre extranjera. 8-Costumbre nacional. c) Prueba de los hechos: 9-Que se entiende por hechos como objeto de la prueba judicial. 10-Hechos que constituyen el tema de prueba en cada proceso. 11-Hechos evidentes. 12-Hechos notorios. 13-Hechos normales. 14-Hechos presumidos. 15-Hechos materia de cosa juzgada o de decisión prejudicial. 16-Hechos no pertinentes. 17-Hechos negativos. d) Pertinencia y admisibilidad de la prueba: 18-Pertinencia. 19-Admisibilidad. 20-Utilidad de la prueba.

a) CONCEPTO.

1-DISTINCION ENTRE LAS
NOCIONES DE PRUEBA Y
OBJETO DE LA PRUEBA.

Las nociones de prueba y objeto de la prueba tienen una estrecha relación que hace difícil establecer sus

límites, por lo cual se explica que se hayan confundido estas nociones en más de alguna ocasión. Desde luego, toda prueba tiene un objeto y no puede considerarse que exista prueba sin él. De manera que en este sentido, o sea, desde un punto de vista general, no puede decirse que el objeto de la prueba sean los hechos controvertidos en el proceso; no puede limitarse a ellos, sino que comprende a todo lo que por sí mismo sea susceptible de comprobación y por consiguiente, procesalmente hablando, por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello que es susceptible de demostración, para los fines del proceso en general.

Lo expuesto lleva a concluir, de que la circuns-

tancia de que un determinado hecho no necesite prueba en un proceso, no puede significar que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial; o sea, que si una de las partes, procesalmente hablando, no necesite probar un determinado hecho para el triunfo de sus pretensiones, ello no puede significar que la otra tampoco deba probarlo ni mucho menos que ese hecho no pueda formar parte del tema probatorio de ese proceso, o que en definitiva no pueda ser objeto de prueba.

2-OBJETO DE LA PRUEBA
JUDICIAL EN SENTIDO
GENERAL.

Del objeto de la prueba judicial puede hablarse en un doble aspecto: en sentido general o abstracto y en sentido concreto.

Objeto de la prueba judicial, en sentido general o abstracto, puede ser todo hecho material o psíquico en el más amplio sentido de su significado, y cuando se hace referencia a un determinado proceso en particular, entonces resulta claro que ese amplio campo de aplicación del concepto debe limitarse únicamente a aquéllos que puedan tener relación con la materia discutida en ese proceso; o sea, que en sentido concreto, el objeto de prueba en un determinado proceso, no lo constituyen aquellos hechos que son totalmente ajenos a la cuestión que se investiga, aunque en un sentido abstracto puedan ser susceptibles de demostración.

3-OBJETO DE LA PRUEBA
JUDICIAL EN SENTIDO
CONCRETO.

Como expresé antes, por objeto de prueba judicial, en sentido concreto, debe entenderse los hechos controvertidos en el proceso, o sea, aquéllos que siendo de interés para-

el proceso puedan ser susceptibles de demostración.

En sentido distinto, el tratadista Carnelutti expresa que el objeto de la prueba judicial en sentido concreto, no son los hechos controvertidos, sino que las afirmaciones hechas por las partes. Se fundamenta en la circunstancia de que las partes en el proceso, tratan de demostrar las afirmaciones contenidas en la demanda, como en su contestación y en los alegatos de excepciones. (1)

No obstante la afirmación del ilustre tratadista, la doctrina en general está de acuerdo en que son los hechos - los que constituyen el objeto de la prueba, y que no obstante que teóricamente las partes tratan de demostrar sus afirmaciones contenidas en la demanda, como en las excepciones, en el fondo sus afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos.

4-DISTINCIÓN ENTRE LAS
NOCIONES DE OBJETO Y
TEMA DE LA PRUEBA.

Como se expuso antes, por objeto de prueba --desde un punto de vista general y abstracto-- es todo lo que puede ser susceptible de demostración y --desde un punto de vista concreto-- son todos los hechos controvertidos en el proceso, incluyendo los presumidos, confesados, notorios, evidentes, etc.; o sea, aún los que se encuentran probados o que no necesitan de prueba en atención a su naturaleza; en cambio, por tema de prueba, debemos entender aquellos hechos controvertidos que realmente necesitan de prueba, ya sea por no encontrarse probados en el proceso o por no ser de aquellos que no la necesitan.

De manera que la noción de tema de la prueba, es todavía más restringida que la noción de objeto de la prueba judicial en sentido estricto.

El objeto de la prueba judicial en sentido general, es una noción objetiva y abstracta, porque no contempla los problemas de cada proceso, ni la situación de las partes frente a los distintos hechos; y la noción de tema de la prueba, es objetiva y concreta; lo primero, porque comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tener en cuenta a quien corresponde suministrarla; lo segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos (los que en cada proceso deben realmente probarse).

El objeto de prueba responde a la pregunta: ¿Qué podría probarse?; la noción de tema de la prueba plantea la pregunta: ¿Qué se debe probar en este proceso?

b) PRUEBA DEL DERECHO.

5-DERECHO NACIONAL. La aplicación de la ley nacional es una función del Juez, o mejor dicho, es una obligación legal, cuyo cumplimiento no puede eludirse por ignorancia, ni por otros motivos similares.

El Art. 7 del Código Civil expresa, que una ley se considera conocida por todos los habitantes del territorio de la República, en virtud de su solemne publicación y agregamos:— que con mayor razón debe ser conocida por quien la aplica.

De manera que el derecho nacional desde un punto de vista general, no es objeto de prueba; pero desde un punto de vista concreto, o sea, cuando la ley nacional exige por ejemplar

plo, la prueba de la ley extranjera y de la costumbre, no puede dudarse de que en esos casos, sea objeto de prueba.

Cuando para las partes no sea necesaria la prueba de la costumbre, como sucede en algunos países, porque el Juez está obligado a investigarla por cualquier medio procesal o extraprocesal, también puede hablarse de que puede ser objeto de prueba.

Cuando la ley no exige la prueba de la norma jurídica, la actividad de las partes para demostrarlo es en realidad una simple colaboración a la función procesal del Juez.

6-DERECHO EXTRANJERO. Las leyes extranjeras deben ser objeto de prueba para las partes; así lo consideran la mayoría de los tratadistas y legislaciones, no obstante que en algunos países se le otorga al Juez libertad para investigarlas oficiosamente y las partes pueden, en esos casos, si así lo desean, aportar la prueba, a fin de evitar que por falta de actividad del funcionario, deje de establecerse.

En relación a este punto de las leyes extranjeras, la doctrina moderna exige libertad investigativa para el Juez, no limitadas por los medios de prueba y las formalidades propias de cada código, sino con facultad para utilizar sus conocimientos privados. Así lo reconocen la mayoría de los autores.

En El Salvador, el Art. 239 del Código de Procedimientos Civiles, exige la prueba de la ley extranjera, en estos términos: "El que apoya su derecho en leyes extranjeras, debe comprobar su existencia en forma auténtica".

El Proyecto de Código Procesal Civil es más com-

pleto y dispone: "El que invoque las leyes extranjeras, las de orden histórico o los usos o costumbres generadores de derechos, deberá comprobar su existencia. El Juez, no obstante, podrá proceder de oficio a su comprobación, salvo que tengan perfecto conocimiento de tales leyes o normas jurídicas. La prueba de las leyes extranjeras se hará mediante la certificación de su texto, extendida por dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate y debidamente autenticada. El Juez a falta de pruebas o porque lo estime insuficiente o dudosa, podrá, solicitar de oficio y por la vía diplomática, que el Estado, de cuya legislación se trate, le proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del Derecho aplicable. Las leyes del Derecho Histórico se comprobarán por la cita del ejemplar del periódico oficial en que se hubieran publicado, y a su falta por la exhibición de los textos que la contengan o por medio de peritos en la materia. Los usos y costumbres se comprueban por la información de testigos fidedignos, pertenecientes a la localidad o profesión en que se suponga vigentes aquellos. Quien invoque la aplicación de disposiciones estatutarias citará el ejemplar del Diario Oficial en que se hubiere aplicado", Artículo 372 Proyecto.

El artículo del vigente Código de Procedimientos Civiles es diminuto, ya que sólo se limita a indicar la forma que establece el Art. 261 Pr. en cuanto a la autenticación de documentos emarados de países extranjeros para obrar en procesos salvadoreños, y no dice cómo es que deberá probarse el Derecho extranjero, deficiencia que, como se ha visto, la subsana el

Proyecto.

Cabe advertir que la disposición del vigente Código se encuentra complementada con el art. 409 del Código de Bustamante, que expresa: la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros o disienta de ella podrá justificar su texto, vigencia y sentido mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.

Finalmente, es natural y lógico que el derecho extranjero deba probarse al Juez, ya que su obligación es únicamente conocer la ley nacional.

7-COSTUMBRE EXTRANJERA. Cuando se trate de la costumbre extranjera, debe aplicarse el mismo principio antes expuesto, pues si ella rige en el país de origen, tiene vigencia similar a la de una norma legal en ese país; por otra parte, si la ley local no exige prueba de la ley extranjera, tampoco es necesaria cuando se trate de dicha costumbre; en caso contrario será indispensable su prueba. Son medios aptos para probar la costumbre, desde luego, los autorizados en el país de origen y los autorizados en el país donde se pretende aplicar.

La interpretación de la costumbre extranjera forma parte de la aplicación del derecho y corresponde libremente al Juez. Esto, desde el punto de vista doctrinario moderno.

8-COSTUMBRE NACIONAL. El Código de Procedimientos Civiles, no regula ni contempla la prueba de la costumbre. Es el artícu

lo 2 del Código Civil, el que se refiere a ella y nos dice que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella. El Proyecto de Código Procesal Civil, ha incluido como tema y objeto de prueba "los usos o costumbres generadoras de derecho". Art. 372, y establece además, que el Juez puede proceder de oficio a su comprobación. "Salvo que tenga un perfecto conocimiento de las leyes o normas jurídicas".

El doctor Berja -- citado por De Pina -- comentando el Código Civil Chileno, sostiene que la costumbre consiste en hechos y por lo mismo debe probarlos el que alega su existencia.

Por su parte De Pina lo refuta y dice: "La ley es también un hecho y se ha producido mediante un proceso de actos, de hechos. Sin embargo, no le corresponde probarla a la parte sino que el Juez debe conocerla. Hay un error de apreciación de las cosas; en el fondo, toda norma jurídica supone en su producción hechos o actos; pero los hechos o actos que deben probarse no son aquellos que constituyen la norma jurídica; sino los hechos o actos concretos que colocan el caso discutido dentro de la esfera de la norma, es decir, los hechos en que se funda una demanda o una contestación. Pero la costumbre lo mismo que la ley, es derecho y el derecho ha de ser conocido por el Juez. A lo más podría aceptarse la obligación de prueba en el caso de que una de las partes niegue la existencia de la costumbre o de alguna de sus modalidades". (2)

Carnelutti, en relación a la prueba de la costumbre, opina: que en ciertas ocasiones se necesita cierta activi

dad procesal para hacer conocer al Juez la costumbre nacional, pero considera que se trata de un mecanismo cuya semejanza con el probatorio es más aparente que real, porque se limita al aspecto lógico y no se extiende al jurídico; agrega, que la actividad de las partes, cuando prueban la costumbre, no es decisiva, sino subsidiaria a la actividad del Juez, quien debe gozar de facultades inquisitivas al respecto, porque los hechos constitutivos de la ley y de la costumbre no son hechos del litigio, sino que se hallan fuera del litigio. (3)

El criterio sostenido por Carnelutti, es el que sostiene el Proyecto de Código Procesal Civil Salvadoreño, el cual permite a los Jueces aplicar la norma consuetudinaria, sin necesidad de que se aduzca prueba de ella con las formalidades legales exigidas para los hechos.

c) PRUEBA DE LOS HECHOS.

9-QUE SE ENTIENDE POR HECHOS COMO OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL.

Quando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, esta palabra está tomada en sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y no en sentido literal; en otra forma, no podría incluirse en este término todo lo que puede probarse para fines procesales.

En sentido jurídico, la doctrina ha sido unánime en considerar, que por hechos debe entenderse:

a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar;

b) las cosas o los objetos materiales, sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos;

c) la persona física humana, su existencia y características etc.;

d) los hechos de la naturaleza en que no interviene actividad humana; y

e) los estados y hechos psíquicos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta voluntad y el consentimiento tácito siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo. (4)

Algunos consideran las normas jurídicas extranjeras y consuetudinarias como objeto de prueba distinto a los hechos; pero creemos, que en cuanto pueden ser objeto de prueba, se contemplan como conductas o hechos humanos.

Con respecto a la conducta humana que se menciona en el literal a), aclaramos, que no solo las conductas pasadas y presentes pueden ser objeto de prueba, sino también las futuras, como sucede en el caso del lucro cesante por actividades futuras; y en relación a las palabras pronunciadas, que se mencionan en el mismo literal, consideramos que el haber pronunciado una persona ciertas palabras en determinado lugar y día, es prueba de una conducta especial, como ocurre en la confesión extrajudicial, en la posesión notoria del estado civil de padre o madre y en la calificación de un contrato en el momento de celebrarse verbalmente.

10-HECHOS QUE CONSTITUYEN EL TEMA DE PRUEBA EN CADA PROCESO.

Por tema de prueba, también llamada obligatoriedad de la prueba, debe entenderse: el conjunto de hechos materiales o psíquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados. (5)

De manera que están excluidos del tema de la prueba no sólo los hechos que no interesan para aplicar el derecho en el respectivo proceso, sino también aquellos que no obstante formar parte del presupuesto de hecho en ese proceso, debe considerarlos ciertos el Juez, sin necesidad de prueba, por cualquier razón legal, o cuya prueba es imposible o esté prohibida por la ley.

* 11-HECHOS EVIDENTES. Por hechos evidentes, debemos entender, aquellos que surgen del normal conocimiento de las cosas; de la experiencia misma del juzgador.

Los hechos evidentes están fuera del tema de prueba. Desde luego, se sabe por ejemplo, que la luz favorece la visión de las cosas y que la obscuridad la dificulta. Asimismo, si de la prueba producida, surge que un automóvil corría a ciento cincuenta kilómetros por hora, no es necesario probar que no pudo ser detenido por su propia acción mecánica en un espacio de dos metros. En estos casos, el conocimiento del Juez suple la actividad probatoria de las partes.

Considerando que el Juez, es un hombre instruido, con una razón natural y buen sentido de la vida y de los seres -

que le rodean, es obvio que no exigirá prueba de hechos que no la requieran, debido a que la experiencia misma del juzgador y su mentalidad, suple la actividad probatoria de las partes; es lo que se llama "prueba de primera mano" porque nos 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.

No obstante las partes pueden perfectamente controvertir un determinado hecho evidente, ya que no está prohibido y además como dice el maestro Couture, "Del desmoronamiento de máximas de experiencias y de hechos evidentes está hecho el progreso científico y técnico. Una prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carecería de toda justificación científica". (6)

~~12~~-HECHOS NOTORIOS. Por hechos notorios, se entiende aquellos que son conocidos por los individuos con relación a un lugar o a un círculo social, en el momento en que ocurre la decisión.

En relación a los hechos notorios existen dos teorías:

1ª.) La que no le reconoce a la notoriedad por sí misma, la consecuencia de eximir de prueba al hecho, y exige que aquella se alegue y no se discuta por la parte contraria; y

2ª.) La que exime de prueba el hecho notorio, sin exigir que se alegue la notoriedad y sin que interese su discusión por una de las partes.

La doctrina predominante es la que exime de prue-

ba al hecho notorio, aun cuando no lo acepten las partes de común acuerdo y se discuta, porque lo que interesa es que la notoriedad le parezca clara al Juez y no a la parte contra quien se opone; lo contrario es hacer que la notoriedad dependa del consentimiento de la parte a quien perjudica el hecho y entonces esa prueba consistirá en la confesión o admisión del hecho afirmado por el adversario.

En relación a lo que debe entenderse por notorio, igualmente existen varias teorías que en realidad pueden reducirse a dos: 1ª.) la de la minoría, que exige el conocimiento del hecho de todos en el círculo social respectivo; y 2ª.) la de la mayoría, que acepta como suficiente una divulgación relativa, siempre que el Juez tenga conocimiento de ella desde antes del proceso o pueda conocerla por investigaciones personales o por pruebas aportadas al proceso y no le quede duda sobre la verdad del hecho...

Desde otro punto de vista, vale decir, de su permanencia, se encuentran también dos tesis: 1ª.) la que exige que el hecho sea de carácter permanente y 2ª.) la de quienes rechazan esta distinción y aceptan la notoriedad tanto para los hechos permanentes como para los ocasionales.

Erigir que todos conozcan el hecho para que haya notoriedad, es hacer inoperante esta noción. Lo importante, es que el Juez conozca o pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza del hecho y por otra parte, estimo que no es necesaria que la notoriedad sea permanente, porque puede modificarse con el tiempo; lo importante es que exista en el mo-

mento de apreciarla el Juez.

Un ejemplo de hecho notorio sería, si las partes han celebrado un convenio, por virtud del cual se establece que una de ellas pagará a la otra una suma de dinero "el día en que cambie el actual gobierno", en este caso, la exigibilidad de la obligación, depende de un hecho que es sin duda notorio, con relación al medio en que el Juez y las partes actúan.

El Código de Procedimientos Civiles vigente, no se refiere a esta clase de hechos. El Proyecto de Código Procesal Civil exime de prueba el hecho notorio en el Art. 371, numeral 2, que dice: "no necesitan de prueba: 2) los hechos notorios".

Por otra parte, el principio de que lo notorio no necesita de prueba, no se aplica en aquellos casos en los que la ley exige la prueba de esa notoriedad, como elemento fundamental de ese derecho, ejemplo la posesión notoria del estado civil.

13-HECHOS NORMALES. Podemos decir que hechos normales son: aquellos que se realizan de acuerdo con las previsiones regulares de la experiencia.

La regla general es que los hechos normales no son tema de prueba. La falta de prueba en algunos casos, se suple admitiendo que los hechos deben haber ocurrido como suceden naturalmente en la vida y no en forma excepcional o extravagante. Lo contrario de lo normal eso si debe probarse y como dice Couture: "La parte que sostenga que la visibilidad era perfecta durante la noche, o que una casa nueva y bien construida ame

nasa ruina, o que el acto del comerciante fue a título gratuito, o que el presunto padre era impotente, o que el consentimiento fue arrancado por dolo, etc., deberá producir la prueba de ese extremo". (7)

14-HECHOS PRESUMIDOS. El objeto de las presunciones, es eximir de prueba los hechos sobre los cuales - recaen, aunque admitan prueba en contrario.

Lo anterior no significa que si las partes presentan pruebas para acreditar sus derechos, el Juez deba rechazarla. En nuestro país, no existe disposición alguna que disponga que debe rechazarse, como lo hay en otras legislaciones. Talvez pudiera estimarse como innecesaria esa prueba pero en todo caso es conducente y en ese sentido, el hecho presumido será objeto concreto de prueba.

El artículo 371 del Proyecto, establece "no necesitan de prueba: 3) Los hechos amparados por una presunción establecida por la ley, salvo la prueba contraria, a menos que la misma ley lo prohiba".

15-HECHOS MATERIA DE COSA JUZGADA O DE DECISION PREJUDICIAL. Es obvio, que los hechos que han sido resueltos por una sentencia - que haya sido declarada pasada en autoridad de cosa juzgada o que hayan sido objeto de una decisión judicial, como un acto previo a la demanda, no necesitan otra prueba. Desde luego, resulta claro que admitir lo contrario, es ir en contra de los principios jurídicos de la cosa juzgada.

16-HECHOS NO PERTINENTES. Por economía procesal, el Juez debe

rechazar la prueba de tales hechos. Si un determinado hecho no puede influir en la decisión del juzgador, resulta un contrasentido el estar tratando de probarlo.

Es con el objeto de evitar que pueda cometerse una injusticia, que se recomienda al juzgador que cuando proceda a la calificación de estos hechos, actúe con la prudencia del caso y que en caso de duda deben aceptarse y dejar para la sentencia su definitiva calificación, porque de lo contrario se entiende que prejuzga y además, hay casos en los cuales, hechos que a prima-facie parecen irrelevantes, posteriormente cobran importancia para la decisión del conflicto.

17-HECHOS NEGATIVOS. Los hechos negativos pueden ser de distinta naturaleza y según sea ésta así son sus efectos jurídicos en materia de prueba. Desde este punto de vista, las negaciones pueden clasificarse en absolutas y relativas.

Absolutas: que son aquellas que no tienen por base ninguna afirmación y que como su nombre lo indica, contienen una negación absoluta; por ejemplo: nunca he tenido una propiedad inmueble en esta ciudad o nunca he visitado la ciudad de San Salvador.

Relativas: que son aquellas que contienen afirmaciones, por ejemplo: Juan no es mayor de edad, esa piedra no es un diamante, este inmueble no pertenece al Estado.

En nuestro sistema procesal, las negaciones absolutas son las únicas que no necesitan prueba, ya que a tenor de lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles, en su Art.

238, "el que niega no tiene obligación de probar". Por el contrario las negaciones relativas necesitan de prueba, como lo considera la disposición antes mencionada en su segunda parte, cuando expresa: "a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción".

El Proyecto de Código Procesal Civil, asimismo establece en su Art. 373 inc. 2º. "El que niega no tiene la carga de probar, a no ser que su negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción".

De manera que tanto el Código como el Proyecto regulan la Teoría de la prueba de las negaciones.

d) PERTINENCIA Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.

18-PERTINENCIA. Generalmente se habla de pertinencia de la prueba y de su admisibilidad como si se tratara de conceptos idénticos.

La admisibilidad se refiere a la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo; la pertinencia se refiere a la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio.

Prueba pertinente, afirma Couture, es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente es, por el contrario aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. (8)

La pertinencia es una cuestión difícil de apreciar en el momento de solicitarse la verificación del medio de prueba, por lo que el Juez debe guiarse con un criterio amplio

cuando resuelve sobre la admisibilidad del medio. Sólo cuando el Juez aprecie de manera indudable la impertinencia, puede declararla inadmisibile; pero si existe alguna posibilidad y resulte de interés para la decisión del litigio, es mejor decretar y practicar la prueba.

Tanto el Código de Procedimientos Civiles, como el Proyecto de Código Procesal Civil, establecen que deben probarse los hechos controvertidos. El Art. 240 Pr. establece que las pruebas deben ser pertinentes y ceñirse al asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes.

El Proyecto de Código Procesal Civil en su artículo 375, enumera las pruebas improcedentes y dice: "Art. 375. El Juez rechazará, aún de oficio, por resolución motivada, las pruebas improcedentes.

Son improcedentes:

- 1º.) Las impertinentes o sean las que no se ciñen 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;
- 3º.) Las que estén excluidas por la ley, expresa o tácitamente, por exigirse determinados medios probatorios para obtener la certeza sobre hechos controvertidos; y
- 4º.) Las que versen sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles".

Como ejemplo de prueba pertinente podríamos men-

cionar: que en un juicio de reconocimiento forzoso de hijo natural, la prueba del concubinato público y notorio, sería pertinente; en cambio, la prueba de cualquier hecho no articulado - en la demanda o que no tenga nada que ver con el concubinato, sería impertinente.

19-ADMISIBILIDAD. El derecho subjetivo de probar, implica utilizar los medios de pruebas admisibles y pertinentes para el juicio, cuando su empleo no esté prohibido y sea beneficiosa su práctica.

La admisibilidad del medio de prueba, debe ser examinada por el juzgador cuando va a resolver sobre la solicitada por las partes y desde luego, tiene por fin, evitar un gasto inútil de tiempo y trabajo, puesto que se trata de un determinado medio que es ineficaz para demostrar lo que se pretende y por otra parte, se trata de proteger la seriedad de la prueba, en consideración a la función de interés público que desempeña, evitando que se entorpezca y se dificulte la actividad probatoria, con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso.

Prueba admisible, se refiere a la idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. Prueba inadmisibile, por el contrario, se refiere a la inidoneidad del medio de prueba.

La idoneidad se refiere a la aptitud de los medios de prueba para producirlos. Por ejemplo, puede decirse, que la prueba de testigos es inadmisibile para acreditar la pericia de un determinado sujeto en un arte u oficio; la prueba de posi--

ciones a cargo de un menor de edad. Se trata en estos casos de la idoneidad del medio utilizado para producir la prueba y no se refiere a la pertinencia o impertinencia de la prueba.

La decisión favorable del Juez admitiéndola y la práctica de un medio de prueba no sana la improcedencia que efectivamente exista y, puede perfectamente negarsele valor por ese motivo en la sentencia.

20-UTILIDAD DE LA PRUEBA. Significa este requisito, que la prueba presentada sea conveniente para ayudar a obtener la convicción del Juez respecto de los hechos del litigio. Esto se persigue con los requisitos de la conducencia y pertinencia de la prueba.

De manera que puede decirse: la prueba inconducente e impertinente es inútil, puesto que ningún beneficio presta al proceso y algunos autores estudian la utilidad de la prueba como un aspecto de su pertinencia y desde un punto de vista más general, de su eficacia.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS.

- (1) *Francisco Carnelutti. Ob. Cit. pág. 38-40.*
- (2) *Rafael De Pina. Tratado de las Pruebas Civiles. México 1942, Edit. Porrúa, pág. 109.*
- (3) *Francisco Carnelutti. Ob. Cit. pág. 2 a la 9. Not. 26 y N^o 20, pág. 6 a 7, 102 a 103.*
- (4) *Leo Rosemberg. Tratado de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1955, Edit. Ejea. T. II. pág. 209.*
- (5) *Hernando Devis Echandía. Ob. Cit. pág. 262.*
- (6) *Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Edic. de Palma, 1964, 3^a. Edic. pág. 230.*
- (7) *Eduardo J. Couture. Ob. Cit. pág. 231.*
- (8) *Eduardo J. Couture. Ob. Cit. pág. 238.*

SECCION III.

DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Sumario.

a) Concepto: 1-Concepto de la noción de la carga procesal. 2-Diferencias entre la carga procesal y la obligación. 3-Concepto de la noción de carga de la prueba. 4-Características de la carga de la prueba. b) A quien corresponde probar: 5-Breve historia de la carga de la prueba. 6-Teoría que impone al actor la carga de probar pero le da este carácter al demandado que excepciona. Crítica. 7-Teoría que impone la prueba a quien afirme y que exime de ella a quien niega. Crítica. 8-Teoría que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones. Crítica. 9-Teoría de lo normal y lo anormal. Crítica. 10-Teoría según la cual a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella. 11-Reversión o Inversión de la prueba. c) Pruebas que se producen de oficio: 12-Fundamento lógico-jurídico. 13-Proyección en el Código de Procedimientos Civiles. 14-Estudio del Proyecto de Código Procesal Civil. d) Oportunidad de la prueba: 15-Ofrecimiento de la prueba. 16-Admisión de la prueba. 17-Diligenciamiento de la prueba.

a) CONCEPTO.

1-CONCEPTO DE LA NOCION
DE CARGA PROCESAL.

El proceso es fuente de derechos y obligaciones. Impone a las partes determinadas conductas en su desarrollo, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas. De lo anterior se desprende, que las partes deben ejecutar ciertos actos y hacer peticiones dentro de los límites de tiempo que la ley señala, si quieren obtener éxito en sus pretensiones.

Algunas veces estamos en presencia de un derecho procesal, por ejemplo, el derecho de recurrir y el derecho de probar, y en otras de un acto necesario como la afirmación de los hechos fundamentales de la pretensión y el de cumplir con los presupuestos procesales y materiales para que pueda existir

sentencia definitiva.

No obstante, la circunstancia de que existan esos derechos no excluye la posibilidad de que esos actos constituyan una verdadera carga procesal, si su no ejercicio ocasiona a la parte interesada consecuencias adversas, aun cuando no esté obligada a ejercitarlas, pero solo haciéndolos, se evitan un resultado perjudicial para sus intereses.

2-DIFERENCIAS ENTRE LA
CARGA PROCESAL Y LA
OBLIGACION.

Las diferencias fundamentales son -
las siguientes:

1ª.) En la carga, el sujeto se encuentra en libertad de escoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma contempla. De manera que la inobservancia de la carga es perfectamente lícita. En la obligación, en cambio, el sujeto pasivo se encuentra sometido a una sujeción jurídica y a una coacción, excluyen su libertad de conducta. Existe otro sujeto, el Estado, cuando se trata de obligaciones de derecho público, que puede exigirle la ejecución o no ejecución del acto. Por esta razón su incumplimiento es un ilícito.

2ª.) La carga se refiere a la ejecución de actos y no a la prohibición de ejecutarlos; la obligación puede tener por objeto conductas positivas o negativas.

3ª.) La inobservancia de la carga no acarrea ninguna sanción jurídica, al menos en la generalidad de los casos. El incumplimiento de la obligación la acarrea, como consecuencia de su ilicitud, en forma general; y

4ª.) La carga permite ejecutar el acto pero no obliga a otro sujeto a que lo realice.

Por lo expuesto, la carga puede definirse como una facultad de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.

3-CONCEPTO DE LA NOCIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA.

La noción de carga de la prueba tiene una gran importancia en el derecho ^{en} general y en especial en la administración de justicia, vale decir, en la aplicación del derecho procesal. La falta de esta institución produciría frecuentemente el fracaso del proceso y la pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y para las partes. La función jurisdiccional se frustraría en infinidad de ocasiones, existiría incertidumbre jurídica en las relaciones sociales.

La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida de sanidad jurídica y una condición de toda buena administración de justicia.

Dos aspectos deben distinguirse en la noción de carga de la prueba: 1º.) es una regla de conducta para las partes porque señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para el triunfo de sus pretensiones; y 2º.) es una regla para el Juez, que le indica como debe fallar.

El primer aspecto es un principio facultativo porque deja a las partes en libertad para aducir o no las pruebas sujetándose en este último caso a las consecuencias adversas. Por ello, al hablar de la carga de la prueba se contempla gene-

ralmente este aspecto de la noción; el segundo, es una norma imperativa para el Juez.

El resultado adverso no se deriva de una obligación porque nadie tiene el derecho correlativo a exigirle que lo haga ni puede imponerle sanción o someterlo a coacción para que aduzca tal prueba.

Estos dos aspectos aparecen también en el proceso penal y en los procesos inquisitivos laborales. En el proceso penal, el primer aspecto opera para la prueba de las circunstancias atenuantes o eximentes conocidas sólo del indiciado o que se le han olvidado en la investigación oficiosa del Juez, etc.; y el segundo aspecto se observa fácilmente, pues cuando falta la prueba de la culpabilidad del reo se procede al sobreseimiento del procesado.

De manera que debemos entender que la carga de la prueba es una institución procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual, se le indica al Juez cómo debe fallar cuando se encuentran en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e, indirectamente, establece para las partes el poder o facultad de aducir las pruebas para la formación del convencimiento del Juez sobre los hechos que sirven de base a sus pretensiones.

La carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser siempre quien presente o solicite la prueba, sino que señala a quién interesa la demostración de ese hecho. De lo expuesto, es incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho; sólo señala

quién tiene interés jurídico en que resulte probado. De manera que es más correcto decir que significa a quien corresponde evitar que falte la prueba si pretende triunfar en sus pretensiones.

De lo expuesto se desprende que la noción de carga de la prueba por una parte es subjetiva y concreta; y, por otra, objetiva y abstracta.

Es subjetiva, porque contiene una norma de conducta para las partes y porque les señala cuáles hechos les conviene que sean probados en cada proceso. Es concreta, pues si se mira en relación a las partes, determina los hechos particulares que en cada proceso les interesa demostrar a cada una de ellas. Es objetiva, por cuanto implica una regla general de juicio, según la cual cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan el litigio, el Juez debe dictar sentencia desfavorable para quien tenía la carga de suministrarla. Es abstracta, porque no se refiere a casos particulares sino que asume un carácter general, para todos los casos.

4-CARACTERISTICAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Las principales características de la carga de la prueba son:

1ª.) Es una regla general para toda clase de proceso.

2ª.) Contiene una regla de juicio para el Juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes.

3ª.) No determina quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que no se produzca.

4ª.) Debe ser una regla objetiva consagrada en --

la ley, tal como ocurre con los Arts. 1569 C. y 237 Pr..

5ª.) Su aplicación constituye una cuestión de derecho.

6ª.) Su influencia se extiende a todo el proceso, pero se aplica por el Juez en el momento de decidir; y

7ª.) Es una noción compleja.

El fundamento de la carga de la prueba se encuentra en los principios de la lógica, la justicia distributiva y la igualdad de las partes ante la ley y el proceso, o sea en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos.

b) A QUIEN CORRESPONDE PROBAR.

5-BREVE HISTORIA DE LA
CARGA DE LA PRUEBA.

En relación a este punto, haremos un poco de historia para comprender mejor como se ha entendido esta institución a travez de los años,

Para los romanos, la carga de la prueba correspondió por igual a las dos partes, con algunas variantes, según la época. Por ejemplo: en el período clásico, hubo normas que distribuían la carga en cada caso, indistintamente, teniendo como paradigma la equidad, o era el Juez el que la distribuía, actuando en este caso como arbitro. En las instituciones de Justiniano se destaca un principio fundamental, según el cual pone a cargo de quien afirma la existencia o inexistencia de un hecho —como fundamento de su acción o excepción—, la prueba de él, ya fuera actor o demandado. (1)

En el derecho germánico, la carga de la prueba correspondía al más débil social y economicamente considerado,

sea demandante o demandado; concepción que fue determinada por el régimen imperante que había elevado a reinas de las pruebas el juramento y el duelo. (2)

En la Edad Media, la escuela de Bolonia estableció el principio de que la carga de la prueba corresponde al actor y excepcionalmente al demandado, cuando opone defensas.

En Francia, en el Código de Napoleón, apareció un principio por el cual incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas.

El principio de la carga de la prueba le indica al Juez la manera como debe dictar sentencia y le evita hacer la penosa declaración, ya superada, según la cual el Juez se negaba a sentenciar jurando que no veía claro. La carga de la prueba se ha transformado modernamente en regla de juicio, conservando siempre el Juez el deber de pronunciarse en todo caso, aun en situaciones de duda; circunstancia que se da, cuando habiendo prueba en el proceso, el Juez tiene incertidumbre sobre su contenido y se ve obligado a decidir de fondo. (3)

Asimismo, se ha considerado la carga de la prueba como una regla de conducta para las partes porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el Juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

6-TEORIA QUE IMPONE AL ACTOR LA CARGA DE PROBAR PERO LE DA ESTE CARACTER AL DEMANDADO QUE EXCEPCIONA. CRITICA.

Este criterio es cierto en la mayoría de los casos, pero no alcanza a constituir una re-

gla general para todos.

Existen además hechos que no requieren prueba por gozar de presunción legal y en tal caso corresponde al demandado la carga de probar lo contrario.

Tampoco es cierto que el demandado deba probar siempre los hechos de sus excepciones. Esta es la regla general, pero puede ocurrir que la excepción resulte de los hechos afirmados por el demandante como fundamento de sus pretensiones y entonces aquel se limita a reclamar el reconocimiento de esa excepción que una norma legal otorga a esos hechos, sin que necesite aducir pruebas.

Además no es correcto denominar actor al demandado que se excepciona, ni radicar la carga de la prueba en la condición de demandante o demandado, porque los hechos que en el transcurso del proceso se van afirmando o negando, la distribuyen alternativamente de acuerdo con su naturaleza y su posición respecto de la norma legal invocada, sin que aquella condición interese.

El Código de Procedimientos Civiles en el Art. 237, se refiere a esta teoría cuando nos dice: "La obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase será absuelto el reo; más si éste opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla"; y el Art. 1569 C. también nos refiere que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del Juez y peritos".

7-TEORIA QUE IMPONE LA PRUEBA
A QUIEN AFIRME Y QUE EXIGE DE
ELLA A QUIEN NIEGA. CRITICA.

Se distribuye la carga de la prueba según sea una afirmación o una negación. La negación o afirmación es más bien cuestión de redacción, es lo mismo negar la existencia de un hecho que afirmar su inexistencia, pues en muchos casos quien niega un hecho está realmente afirmando lo contrario. Por lo tanto es ilógico distribuir la carga de probar con base en la formulación negativa o afirmativa de los hechos.

Por otra parte, no siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo, pues los presumidos, los notorios y los evidentes están exentos de prueba.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles contempla esta teoría en su Art. 238, que expresa: "El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción".

El Proyecto de Código Procesal Civil Salvadoreño, contempla esta teoría en el Art. 373, al disponer: "La carga de la prueba corresponde a la parte que afirme la existencia de los hechos en que funda su acción o excepción y en general su pretensión.

El que niega no tiene la carga de probar a no ser que su negativa contenga afirmación o esté contra ella la presunción.

Las reglas precedentes se aplican no solo a la cuestión principal planteada en la demanda sino también a las propuestas en la reconvenzional, en las previas cautelares, in

cidentales o en cualquier recurso”.

8-TEORIA QUE EXIGE AL DEMANDANTE PROBAR LOS HECHOS EN QUE SE BASAN SUS PRETENSIONES Y AL DEMANDADO LOS QUE FUNDAMENTAN SUS EXCEPCIONES. CRITICA. Esta tesis se equipara a la que exige probar al actor, pero le da este carácter al demandado cuando excepciona.

El principio así enunciado no puede servir como regla general - pues tiene numerosas excepciones tal como sucede con la primera tesis. Las criticas formuladas a aquélla son aplicables a ésta.

9-TEORIA DE LO NORMAL Y LO ANORMAL. CRITICA. De acuerdo con esta teoría, la carga se impone a quien alega el hecho anormal, porque el normal se presume.

Esta teoría se ha criticado y con razón, pues la normalidad depende del criterio subjetivo de cada cual, cuando el legislador no la consagra en normas de valor general y de excepción - lo que no es posible prever para todos los casos -, de manera que no es correcta como regla general para la distribución de la carga.

10-TEORIA SEGUN LA CUAL A CADA PARTE LE CORRESPONDE LA CARGA DE PROBAR LOS HECHOS QUE SIRVEN DE PRESUPUESTO A LA NORMA QUE CONSAGRA EL EFECTO JURIDICO PERSEGUIDO POR ELLA. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, pero no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba; para ello es necesario, además, que esos hechos alegados y probados en el proceso concuerden con los contemplados como presupuestos de la norma jurídica que se va a aplicar. De acuerdo con esta teoría, para la aplicación de la norma que declara hijo del marido al habido -

por su esposa durante el matrimonio, no es presupuesto el hecho de la paternidad de aquel, (que se presume) sino los del matrimonio y el parto; en cambio, la norma que declara a ese hijo ilegítimo, tiene como presupuesto el hecho de la paternidad de un tercero, los que en ella se contemplan como impositivos de la paternidad del marido, como el adulterio de la esposa y la imposibilidad de relaciones sexuales con éste.

Según esta teoría, se precisa cuáles son los hechos que debe probar el actor y el demandado, o quien afirma o niega, o quien reclama o excepciona, según el efecto jurídico perseguido y la norma que lo contempla como presupuesto de su aplicación sin que su posición procesal modifique la regla.

De manera que al demandante le corresponde probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión y, por lo tanto, los constitutivos de ésta, pero sólo cuando se trata de los previstos en la norma que invoca o que le es favorable como supuestos de su aplicación; también es cierto que al demandado, le corresponde probar los hechos que alega como fundamento de su excepción y, en consecuencia, como impositivos o extintivos de la pretensión del demandante, sólo en cuanto se trata de los que sirven de presupuesto a la norma cuya aplicación favorece.

Según esta teoría, lo fundamental es la posición de la parte en el proceso respecto al efecto jurídico que pueda deducirse de un determinado hecho, de acuerdo con la norma jurídica que se va a aplicar y que lo contempla como presupuesto.

Por nuestra parte, somos partidarios de este criterio que contempla: 1º.) la posición procesal de las partes (demandante y demandado). 2º.) El hecho objeto de la prueba; y 3º.) el efecto jurídico perseguido con el hecho objeto de la prueba, en relación con la norma jurídica que debe aplicarse.

Consideramos que en la forma en que está expuesta, tiene un alcance verdaderamente general.

11-REVERSION O INVERSION DE LA PRUEBA. Esta institución procesal consiste —opina Pallarés— en atribuir la carga de la prueba al litigante que según los principios legales relativos a dicha carga, no debería tenerla, lo que puede suceder por convenio de las partes en las legislaciones que lo consideran válido, o porque la parte contraria tenga a su favor una presunción legal. (4)

En nuestro Derecho Procesal Civil es principio fundamental que el que afirma debe probar, como lo vimos anteriormente; de manera que no existe esta institución.

Sin embargo, en nuestra legislación laboral si la encontramos. En un principio, antes de que existiera esta institución, el trabajador cuando era parte actora en un conflicto tenía necesariamente que probar todos los extremos de su demanda para no fallar en su reclamo. De manera que era muy difícil que prosperara en sus pretensiones ya que se le obligaba a probar demasiado. Esta situación se agravaba por las medidas adoptadas por los patronos para dificultar la prueba a sus demandantes es así como, despedían en privado a sus trabajadores, no celebraban contrato por escrito, etc., medidas que hacían imposible la prueba para el trabajador.

Como una medida necesaria para poner coto a estas prácticas arbitrarias nuestro legislador laboral por medio de la prueba presuncional dio una respuesta a tales procedimientos patronales. No entraremos a hacer un análisis jurídico comparativo de todas las disposiciones que han tratado de la reversión de la carga de la prueba en esta materia, sino que nos limitaremos a transcribir las normas que la han abordado.

La reversión de la prueba tuvo su partida de nacimiento con el Art. 14 Ch de la Ley Especial de Procedimientos para Conflictos Individuales de Trabajo, especialmente en cuanto a la prueba del despido se refiere. Tal disposición ordenaba lo siguiente: "Cuando un trabajador probare que se hallaba al servicio de un patrono y que ha dejado de trabajar para éste, se presumirá legalmente que ha sido despedido de hecho siempre que en el acto de la conciliación el patrono se negare a admitirle en el trabajo, o siempre que no concurriere a la conciliación o que concurriendo se limitare a negar el despido o manifestar que no está dispuesto a conciliar.

La anterior presunción no tendrá lugar cuando el trabajador en el acto de la conciliación, rechazare la propuesta del patrono de volver al trabajo, pues entonces quedará obligado a probar el hecho del despido. Tampoco tendrá lugar la presunción cuando no hubiere presentado su demanda dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de la cesación del trabajo.

Si el patrono se negare a admitir al trabajador alegando que éste abandonó voluntariamente su trabajo, deberá -

probar el abandono de labores para destruir la presunción a que se refiere el inciso primero.

Cuando el trabajador aceptare volver al trabajo, el Delegado Inspector señalará prudencialmente en la audiencia conciliatoria el día en que debe reanudar las labores. En tal caso, si el trabajador alegare que se presentó oportunamente al lugar de trabajo y que no pudo reanudar sus servicios por causa imputable al patrono, se llevará adelante el juicio y, probadas las alegaciones del trabajador, se resumirá legalmente el despido”.

Después la Ley Procesal de Trabajo también contemplaba la reversión de la prueba. Actualmente se encuentra regulada en el Art. 357 C.T. que dice: "Si el patrono fuere el demandado y no concurriere a la audiencia conciliatoria sin justa causa o concurriendo manifestare que no está dispuesto a conciliar, se presumirán ciertas, salvo prueba en contrario, las acciones u omisiones que se le imputen en la demanda.

En los juicios por despido de hecho también tendrá lugar la presunción anterior cuando concurriendo el patrono a la conciliación, no aceptare reinstalar al trabajador que así lo solicite o se limitare a negar el despido.

En el caso del inciso primero del Artículo 337, si el trabajador manifestare que se presentó oportunamente al lugar del trabajo y que no pudo reanudar sus servicios por causa imputable al patrono o a sus representantes, se llevará adelante el juicio, previa resolución del Juez. En este caso, el término para contestar la demanda se contará a partir del día si--

guiente al de la notificación de dicha resolución al patrono y, probada oportunamente esa manifestación del trabajador, se presumirá legalmente el despedido.

Para que tenga lugar lo dispuesto en los incisos primero y segundo de este artículo, será necesario que la demanda se presente dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que ocurrieron los hechos que la hubieren motivado y que en autos lleguen a establecerse, por lo menos, la relación de trabajo y los hechos o circunstancias fundamentales que hagan presumible lo afirmado por el actor.

Las presunciones a que se refiere este artículo, no tendrán lugar cuando el trabajador no comparezca a la audiencia conciliatoria; o no acepte el reinstalo ofrecido por el patrono en dicha audiencia, si se trata de reclamo por despido".

De conformidad con nuestra legislación laboral - puede darse el caso que un trabajador afirme haber sido despedido de su trabajo y no tener la carga de probar dicho despido, - sino que es el patrono el que aparece obligado a justificarlo o probar el abandono de labores. Esto se da en los casos en que de conformidad con el Art. 357 C.T. debe presumirse el despido.

Encontramos otra situación de la reversión de la prueba en el Código de Trabajo en el Art. 20 inc. 2º. de dicho código, en virtud del cual: "La falta del contrato escrito será imputable al patrono y, en caso de conflicto, una vez probada la existencia del contrato de trabajo, se presumirán ciertas las estipulaciones y condiciones de trabajo alegadas por el trabajador en su demanda y que deberían haber constado en dicho contra

to".

También en la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito, encontramos esta figura jurídica de la reversión de la carga de la prueba en el Art. 17 que expresa: "Para los efectos del artículo anterior se podrán apreciar por el Juez como presunciones de culpabilidad:

A) Manejar bajo la influencia de bebidas alcohólicas o estupefacientes, que produjeran en el conductor un estado de incapacidad para realizar con seguridad la conducción del vehículo.

B) Conducir el vehículo con infracción grave de las normas que regulan el tránsito en lo que respecta a licencias, velocidad, sentido de dirección, indicaciones de alto o precaución, luces y señales de cruce o de parada; o cuando el accidente ocurra por estacionamiento indebido, por sobrepasar en curva o en las zonas de seguridad para peatones.

C) Retirarse del lugar del accidente sin esperar la llegada del Juez instructor o de sus auxiliares, a menos que lo haya hecho para presentarse a cualquiera autoridad o para obtener auxilios médicos. En ambos casos deberá presentarse a las autoridades dentro del término de veinticuatro horas, salvo que estuviere imposibilitado para ello, en cuyo caso bastará con dar aviso del accidente y del lugar en que se encuentra, dentro del mismo término. Dicha imposibilidad deberá ser comprobada". Asimismo encontramos otro caso de reversión de la carga de la prueba en el Art. 48 de dicha ley que establece: "Si ninguno de los demandados compareciere a la audiencia seña-

lada, se les declarará rebeldes a petición del demandante, y se presumirán ciertos los hechos afirmados en la demanda, salvo prueba en contrario”.

c) PRUEBAS QUE SE PRODUCEN DE OFICIO.

12--FUNDAMENTO LOGICO--JURIDICO.

Se ha dicho que el proceso civil es un litigio de interés privado, y que, por lo tanto, las partes deben ser libres de manejarlo según su saber y entender, y además, se ha dicho que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio, y que por lo tanto, el juzgador debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aporten.

La moderna doctrina civilista, hace tiempo que sustituyó la concepción privatista de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado, por la concepción que ve en el proceso civil el ejercicio de la jurisdicción del Estado, tan importante y de interés público como en el proceso penal y le señala un fin de interés público y general: la correcta aplicación de la ley y de la administración de justicia para la paz social.

De manera que si hay un interés público en que el resultado del proceso civil sea justo y legal, debe dotarse al Juez de facultades para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman; la imparcialidad del Juez consiste en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio existan otras razones que sus conocimientos jurídicos y las conclusiones a que llegue después del examen de los hechos y sus prue

bas y sinque la amistad o enemistad, el interés o el afecto, de
terminen sus decisiones.

El principio de la igualdad de las partes en el
proceso, se garantiza y se hace efectivo otorgándole al Juez fa
cultades para que triunfe la verdad y la justicia.

La doctrina jurídica actual es uniforme en el sen
tido de que debe otorgársele al Juez facultades plenas, para -
que pueda investigar los hechos que le servirán de base para -
dictar la sentencia de fondo, en interés de la justicia y de la
verdad, al respecto mencionaré algunos autores:

a) En Argentina, Rodríguez y Peña, dice que la -
ley 14,237 de 1953 introdujo la reforma en la Capital, "siguien
do la tendencia moderna que acuerda al magistrado mayores facul
tades". (5)

Enrique Fornatti advierte que la reforma menciona
da estuvo de acuerdo "con el carácter y fines publicistas del -
moderno proceso civil"; y Sentis Melendo opina que "esas facul
tades deben contemplarse como deberes". (6)

b) En Uruguay, Couture considera que "el magistra
do tiene poderes suficientes como para procurar el esclareci--
miento de la verdad, cuando ella se oculta detrás de la argucia,
la deslealtad o el fraude de un litigante". (7)

Más adelante agrega: "Las leyes del debate judi-
cial no son solo las de la habilidad, sino también las de la -
lealtad la probidad, el respeto a la justicia".

c) En España, Fenech, expresa: "Recordemos aquí
que, como se ha dicho, no son las partes las que tienen interés

en convencer al Juez de la verdad de unos hechos, sino que es el propio juzgador el principal interesado en descubrir dicha verdad y formar su propio convencimiento, por lo cual el método para llevar a la averiguación de la verdad y a formar el convencimiento del juzgador sobre ella es cuestión que afecta a este en primerísimo término". (8)

ch) En Portugal, Joao de Castro Méndez expone un criterio similar a los anteriores.

Asimismo, vemos que la doctrina y en los códigos de los países más avanzados en la evolución de las ciencias procesales, se ha consagrado ya el principio inquisitivo en materia de pruebas para el proceso civil, tal como ocurre en Alemania, Italia, Argentina, Brasil, México, Austria, Rusia, Portugal y en Francia.

15-PROYECCION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

Nuestro vigente Código de Procedimientos Civiles, contiene numerosos casos en que el Juez tiene que proceder de oficio en el proceso en lo que respecta a la prueba. Mencionaremos algunos:

El Art. 364 Pr. prescribe que el Juez puede de oficio acordar la prueba pericial en cualquier estado de la causa antes de la sentencia; El Art. 366 Pr., establece que el Juez ordenará que los testigos que han de ser examinados lo sean en el lugar donde practicará la inspección personal, cuando ésta sea útil para el esclarecimiento de los hechos y especialmente en los casos que el mismo artículo menciona; el Art. 367 Pr. nos dice que si el objeto de la inspección exigiere por su natu

raleza conocimientos especiales en alguna ciencia o arte, el Juez nombrará peritos que le acompañen; el Art. 368 Pr. expresa que el Juez puede de oficio hacer la inspección en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya la inspección personal para hacerse formar una idea perfecta del asunto e instruirlo completamente; el Art. 370 Pr., en su inciso 2º., manifiesta que el Juez no deberá apreciar el dictamen de los peritos contrario a lo que el mismo percibió por sus sentidos; el Art. 316 Pr. expresa que el Juez podrá de oficio hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su deposición en cualquier estado de la causa antes de la sentencia; el Art. 347, Inc. 2º. Pr., dispone que en caso de discordia de los peritos nombrados, el Juez deberá nombrar un tercero; el Art. 362 Pr. se refiere al caso de estar oscura, a juicio del Juez, la relación de los peritos, podrá exigir explicaciones de oficio, o nombrar otros; el Art. 383 Pr. se refiere a que el Juez puede pedir las explicaciones que estime convenientes al que absuelve posiciones.

El Código de Procedimientos como hemos visto, contiene disposiciones que permiten al funcionario encargado de administrar justicia, proceder de oficio en la averiguación de los hechos que se controvierten en los procesos judiciales; pero no contiene disposición que se refiera de una manera general a la provisión de oficio de toda clase de pruebas.

ESTUDIO DEL PROYECTO DE
CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

En relación con las pruebas que se producen de oficio, el Proyecto de Código Procesal Civil en el Art. 374, dispone: "El juz-

gador podrá, desde que la causa se abre a pruebas hasta la cita ción para sentencia, decretar de oficio las pruebas que le parez gan pertinentes, ya ordenando nuevas diligencias probatorias o ampliando las practicadas cuando las pruebas vertidas sean inadecuadas o resulten insuficientes para formar la convicción del Juez y dictar una sentencia justa.

Asimismo el Juez deberá ordenar de oficio en la etapa procesal mencionada en el inciso anterior, todos los medios de prueba que estime necesarios en los procesos relativos al estado civil y capacidad de las personas y en cualesquiera otros en que la autoridad de la cosa juzgada material se extiende a terceros; y también, en cualquier proceso, cuando note -- que haya simulación de las partes para burlar la ley o colisión entre ellas para ocasionar daño a terceros, principalmente si éstos fueren menores, incapaces o ausentes.

Igualmente el Juez actuará de oficio en los demás casos señalados por la ley".

Al respecto Florian, citado por Deris Echandía, -- dice: "La averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales; la averiguación de la verdad material exige que se pueda conseguir la utilización de los órganos y medios de prueba, y que se obtenga de ellos el -- rendimiento más efectivo sin que intereses de las partes opongan obstáculos limitaciones e intervengan para disminuir ese -- rendimiento". (9)

El Proyecto como se ha visto, contiene disposición expresa en cuanto a que el Juez debe actuar de oficio para la --

averiguación de la verdad en los litigios. De esta manera, nuestra legislación procesal civil, se coloca en las legislaciones de más avanzada técnica jurídica, por cuanto da nacimiento al proceso civil inquisitivo, reconociendo de esta manera carácter público al proceso civil.

a) OPORTUNIDAD DE LA PRUEBA.

La reglamentación legal de la prueba, establece un procedimiento determinado para que sólo la prueba que se sujeta a ese procedimiento, tenga valor jurídico.

La doctrina está de acuerdo en que en el transcurso del juicio, tres son los instantes que se refieren a la actividad probatoria: el ofrecimiento, el petitorio y el diligenciamiento; en este sentido se expresa Couture. (10)

1.5-OFRECIAMIENTO DE LA PRUEBA.

En nuestro sistema procesal, la etapa del ofrecimiento de la prueba es un enunciado de carácter formal; las partes en sus escritos de demanda, de contestación o la misma o en los alegatos de excepciones ofrecen la prueba o sus alegatos o mejor dicho anuncian su propósito de probar sus manifestaciones. No es necesario una determinada forma, basta con su manifestación. Considero que aún en el caso de que se omita dicha manifestación, debe admitirse a las partes la prueba de los hechos en que fundamentan su pretensión.

2.1-OMISION DE LA PRUEBA.

En relación al segundo instante o sea el momento procesal de la solicitud de admisión de los medios de prueba, el código vigente de Procedimientos Civiles en su Art. 241, expresa lo siguiente: "los hechos -

cuya prueba pida una parte serán expresados simplemente por una petición o interrogatorio, sin discursos ni alegatos". Este artículo se fundamenta en el principio de que la prueba se obtiene por mediación del Juez; es a él a quien se formulan las peticiones y es él quien ordena se reciban y todas las medidas necesarias para su otorgamiento. Las partes escogen el medio que consideren necesario para poder llevarle al Juez certeza sobre los hechos controvertidos, dentro de los medios que la ley señala; es el Juez quien fiscaliza su producción.

El Código de Procedimientos Civiles, en relación a este punto de la oportunidad de la prueba, expresa: 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. Se exceptúan los casos expresamente determinados por la ley. Art. 242 Pr..

El Proyecto de Código Procesal Civil, por su parte nos dice: Art. 378.- "La prueba que no hubiere sido presentada o pedida con la demanda o con la contestación, deberá ser propuesta por cada parte en un plazo común dentro de los primeros días del término probatorio. Dicho plazo será de cuatro días en los juicios ordinarios y de dos en los sumarios y orales.

No obstante lo dicho en el inciso precedente, si después de concluido el plazo mencionado, sobreviniere algún hecho o llegare a noticia de cualquiera de las partes algún hecho anterior, ambos de influencia notoria en la decisión del pleito, podrá dicha parte alegarlo y solicitar su prueba,

siempre que lo haga dentro del término probatorio principal y que no constituye una modificación de la demanda. De dicha solicitud se oirá en la siguiente audiencia a la contraria, quien al evacuarla podrá proponer otras pruebas que desvirtúen la solicitada. Evacuada la audiencia, el Juez resolverá lo pertinente conforme a derecho”.

El Art. 380 del mencionado proyecto complementa anterior disposición y dice: “Propuestas las pruebas el Juez resolverá sobre su admisión o no, según fueren procedentes. En la resolución que las admita, fijará el lugar, día y hora para su ejecución, procurando siempre recibir las de las partes en audiencias alternativas principiando con las del actor”.

En cuanto al término para producir las pruebas el Art. 381 del proyecto manifiesta: “Las pruebas deben producirse en el término probatorio principal o en sus prórrogas y, en su caso, en el término probatorio adicional, extraordinario o incidental. Sin embargo, en los casos determinados por la ley podrán producirse fuera de tales términos”.

El proyecto establece principios más avanzados en técnica procesal que el vigente código, en relación a la rendición de las pruebas o mejor dicho al tiempo para producir las. Establece que las pruebas pueden pedirse en la demanda o en su contestación y en caso de que no se haya hecho, puede hacerse en los primeros cuatro días del término probatorio y aun fuera de este plazo si hay necesidad de probar hechos de influencia decisiva para la decisión del pleito, siempre que lo haga dentro del término probatorio principal y que no constituya una modifi-

cación de la demanda.

En nuestro sistema procesal vigente, existen algunos medios que pueden vertirse solamente dentro del término probatorio principal o en sus prórrogas, cuando hubiere lugar; la prueba testimonial es un ejemplo de ellas de conformidad a lo dispuesto en el Art. 251 Pr..

Por otra parte, existen ciertos medios de prueba que pueden producirse fuera del término probatorio; la prueba por instrumentos o documental, puede ser presentada en cualquier estado del juicio antes de la sentencia y lo mismo sucede con la prueba por inspección personal del Juez.

El Art. 162 Pr., señala un ejemplo en el cual la prueba se produce fuera del proceso y antes de él como acto previo. Es el caso de que deba recibirse la prueba porque se teme que pueda perderse si no se recibe en ese momento. El Art. 156 Pr. establece también, que puede pedirse la exhibición de documentos aún antes del término probatorio y aún sin haber procedimiento para preparar su acción o defenderse de la intentada contra ella.

17-DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA.

El tercer momento del sistema para la producción de la prueba, lo constituye el diligenciamiento o sea la etapa en la cual entran en acción, por decirlo así, los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación material al expediente.

El diligenciamiento de las pruebas consiste en - señalar lugar, día y hora para la recepción, notificación de - esa resolución a la contraparte y citarla para que comparezca

en ese momento, citar al testigo cuando sea necesario, proceder a la designación de los peritos, señalar los puntos sobre los cuales han de dar su dictamen etc., y así sucesivamente todas - aquellas resoluciones y actuaciones que se realizan para poder llevar adelante los trámites y formas establecidas por la ley y principalmente la incorporación de los medios de prueba en el expediente del juicio.

Los Arts. 298, 306, 308 y sigs. del Pr. son algunos ejemplos en los cuales aparece consignada esta etapa del procedimiento probatorio, con referencia especial a la prueba testimonial.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) Carlos Lessona. Ob. Cit. pág. 121.
- (2) Carlos Lessona. Ob. Cit. págs. 120 y 121.
- (3) Carlos Lessona. Ob. Cit. pág. 119.
- (4) Eduardo Fallarés. Diccionario de Derecho Procesal Civil, pág. 410.
- (5) Rodríguez Carlos A. y Peña Juan L., Dcho. Procesal Civil, Buenos Aires, Edit. Valerio Abeledo, 1956, pág. 65.
- (6) Fornatti. Estudios de Derecho Procesal, Buenos Aires, Edit. V. Abeledo, 1956, pág. 151.
- (7) Couture, Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1948-1950. T. II. pág. 138.
- (8) Fenech. Dcho. Procesal Penal, 1967, 3ª. Edic. pág. 575.
- (9) Echandía. Ob. Cit. pág. 85.
- (10) Couture. Ob. Cit. pág. 249.

SECCION IV.

DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

Sumario.

a) Conceptos: 1-Diferencia entre prueba y medio de prueba. 2-Diferencia entre fuente y medio de prueba. b) Varias clasificaciones: 3-Teoría según su función. 4-Teoría según el modo como se rinden. 5-Teoría según el momento en que se producen. 6-Teoría según el momento en que surgen. 7-Teoría según su nominación. 8-Distintos medios de prueba y su eficacia probatoria. c) Taxatividad de la enumeración de los medios de prueba. Otros sistemas.

a) CONCEPTO.

Por medio de prueba, Guasp entiende: "es todo - aquel elemento que sirve, de una u otra manera, para convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal" (1); ejemplos de ello, serían el testimonio, el documento y la confesión.

Se ha dicho también que medio de prueba es el vehículo que la ley ha señalado para demostrar el hecho.

Asimismo, se ha entendido por medio de prueba, - los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.) - utilizados por las partes y el Juez, para obtener la prueba.

1-DIFERENCIA ENTRE PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA. Como ya expresé antes, pueden separarse perfectamente ambos términos.

En sentido estricto, por pruebas judiciales se entienden las razones o motivos que sirven para llevarle al Juez la certeza sobre los hechos, y por medios de pruebas —como expuse en el punto anterior—, los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el Juez para obtener la prueba.

Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza.

2-DIFERENCIA ENTRE FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA.

Al respecto no hay que confundir ambos términos, el medio comprende los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba, por los cuales el Juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar.

Carnelutti, por su parte, afirma: el testimonio, el documento y el indicio son las tres fuentes típicas de prueba (2), lo cual se ha criticado ya que debería decir mejor que son los tres medios típicos de prueba.

En la prueba directa, el medio será la inspección ocular, la confesión, la declaración del testigo y fuente, el hecho inspeccionado, confesado o narrado, del cual se deduce la prueba de otro o de él mismo.

En la práctica estas nociones se confunden; a menudo se utiliza el término prueba para referirse a ambos; así, cuando se dice que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente, y cuando se expresa que la confesión o la escritura pública es prueba de cierto hecho, se trata de los medios.

b) VARIAS CLASIFICACIONES.

Los medios de prueba pueden ser clasificados desde distintos puntos de vista: la primera distinción está determinada por su función.

3-TEORIA SEGUN SU
FUNCION.

Desde este punto de vista, los medios de prueba se clasifican en: a) directos e indirectos.

Directos: son aquellos que por si mismos proporcionan al Juez la certeza del hecho que se pretende probar.

Indirectos: serán lo contrario de los primeros, o sea, los que por sí mismos no proporcionan al Juez la certeza del hecho que se pretende probar.

Por ejemplo: si se desea conocer el estado físico de una persona para inferir de allí determinadas consecuencias jurídicas, el medio de prueba directo para comprobar ese estado físico sería el dictamen médico; mientras que medio de prueba indirecto, serían determinados hechos de los que resulte el estado físico, o bien, los testimonios de terceras personas sobre el modo de ser de esa persona; y

Siempre desde el punto de vista de la función, los medios de prueba se dividen en: b) históricos y críticos.

Históricos: aquellos que son aptos para representar el objeto que se quiere conocer.

Críticos: lo contrario de los anteriores, o sea que no son aptos para representar el objeto que se quiere conocer.

Por ejemplo: una fotografía de la que resulten ciertas particularidades somáticas de una persona, o de una herida para el caso, sería un medio de prueba histórico; mientras que medio de prueba crítico, sería un vestido teñido de sangre del que resulte o pueda inferirse que una persona ha sido herida.

- 4-TEORIA SEGUN EL MODO COMO SE RINDEN. Desde el punto de vista del modo como se rinden en el proceso, se dividen en: medios de prueba provenientes de las partes y medios provenientes de terceros.
- 5-TEORIA SEGUN EL MODO EN QUE SE PRODUCEN. Desde este punto de vista se clasifican en: medios de prueba que se producen dentro del término probatorio y medios que se producen fuera de dicho término.
- 6-TEORIA SEGUN EL MOMENTO EN QUE SURGEN. Según esta teoría, los medios de prueba se clasifican en: constituidos o preconstituidos y casuales.

Constituidos o preconstituidos, son los que existen desde antes de la constitución y del desarrollo del proceso.

Casuales, serían los que se forman después de la constitución o durante el desarrollo del proceso.

En un juicio ejecutivo, el instrumento público en el cual consta una hipoteca, base de la acción, sería un medio de prueba preconstituido; en cambio, la confesión judicial reconociendo la firma puesta al pie de un documento privado en un juicio o diligencias de reconocimiento de firma, sería una prueba casual.

- 7-TEORIA SEGUN SU NOMINACION. En este sentido, los medios de prueba se clasifican en: nominados e innominados.

Nominados: son los que encontramos enumerados en los textos legales.

Innominados: los que no se encuentran reglamentados.

dos por la ley.

Existen además otras clasificaciones desde puntos de vista diversos, que sería muy largo enumerar, por lo que solo mencionaremos algunos como ejemplos: pertinentes, e impertinentes, idoneos e ineficaces, útiles e inútiles, concurrentes y singulares, morales e inmorales, legales e ilegales, originales y derivados, etc..

8-DISTINTOS MEDIOS DE
PRUEBA Y SU EFICACIA
PROBATORIA.

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 e indirectos; procesales y extraprocesales; principales y accesorios, etc..

PRUEBA INSTRUMENTAL.

La palabra instrumento procede del latín instruere que significa instruir; de tal manera que etimológicamente instrumentos son todos los medios de prueba.

En sentido restringido, significa: documentos, de donde surge la clasificación que contempla nuestra legislación procesal en públicos, auténticos y privados.

La prueba instrumental se le ha llamado también literal y además documental; esta última comprende, además de los instrumentos mencionados, las fotografías, las cintas fonográficas, los discos, los planos y todo aquello que pueda proporcionar gráficas para poder establecer los hechos, o sea, documento es término generico e instrumento la especie.

Alsina define la prueba instrumental como: toda

representación objetiva de un consentimiento, la que puede ser material o literal. (3)

Todo documento debe llenar ciertos requisitos necesarios para que produzca efectos jurídicos, dichos requisitos pueden referirse a la existencia legal del instrumento, para su validez y para su eficacia jurídica probatoria.

Para que un documento tenga eficacia probatoria, debe reunir los requisitos siguientes: 1º.) que la ley lo señale general o especialmente como el medio idóneo para demostrar la existencia o inexistencia de un hecho; 2º.) 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; 3º.) que se encuentre establecida su autenticidad; 4º.) que no exista prueba en contrario respecto a la veracidad de su contenido; 5º.) que no hayan pruebas de mayor eficacia en el proceso que lleguen a desvirtuarlo; y 6º.) cuando el documento procede de país extranjero, deberá comprobarse su autenticidad, llenando las formalidades que a este respecto determine la ley.

INSTRUMENTOS PUBLICOS.

Es aquel que ha sido autorizado por el funcionario competente y con las solemnidades que la ley establece.

EFICACIA PROBATORIA.

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 el hayan hecho; y 4º.) entre las par

tes aún 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 firmado por las partes.

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 y singular.

La doctrina clásica ha sostenido que el instrumento público no debe de considerarse como un medio de certeza en cuanto a las declaraciones que en él hayan hecho los interesados; esta doctrina es criticada, en el sentido de que confunde el valor probatorio del instrumento con los efectos jurídicos del contrato contenido en dicho instrumento; sin embargo, en contra de la crítica se ha dicho que en algunas ocasiones las declaraciones de un instrumento público pueden llegar a obligar a un tercero, lo que por otra parte no es justo.

INSTRUMENTOS PRIVADOS.

Son aquellos que otorgan los particulares o los funcionarios públicos en su carácter personal, los cuales pueden producir efectos jurídicos y que para su celebración no se requiere la concurrencia de mayores solemnidades.

El único requisito es su escrituración y la firma de los declarantes al menos en la generalidad de los casos, y pueden ser elevados a la categoría de públicos, mediante el reco

nocimiento judicial o extrajudicial, ya sea expreso o tícito.

EFICACIA PROBATORIA.

El documento privado por sí mismo no tiene ningún valor probatorio, "ni siquiera sirve para saber si realmente fue otorgado por quien lo firma, en su caso, ni hay razón jurídica para presumirlo". (4)

El documento privado tiene valor de escritura pública y en consecuencia hace plena prueba contra los que lo han suscrito y sus sucesores en los casos siguientes: 1º.) cuando ha sido reconocido expresamente por la parte a quien se opone; y 2º.) cuando el Juez ha mandado tenerlo por reconocido, esto -- tratándose de reconocimiento judicial.

Respecto a estos documentos los terceros se encuentran en una situación idéntica a la que se encuentran respecto a los públicos en lo que concierne al hecho de haberse otorgado y a la forma como se regula su contenido, no así con relación a la fecha del documento, la cual en el público se toma como -- cierta la que aparece consignada en el mismo.

PRUEBA TESTIMONIAL.

La palabra testimonio se usa generalmente para referirla a la declaración de los terceros; pero la doctrina procesal, dentro de dicho concepto, incluye también lo que suele llamarse confesión.

Toda confesión es una declaración, pero no siempre la parte que declara debe tenerse por confesa.

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 CONFESION.

Varias definiciones se han dado de ella; para Chiovenda, confesión es: "la declaración que hace una parte de la verdad de los hechos afirmados por el adversario y favorable a éste." (5)

François Gopphe, la define así: "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". (6)

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". (7)

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". (8)

EFICACIA DE LA CONFESION.

La confesión judicial y la extrajudicial escrita hacen plena fe en cuanto a su contenido.

Sin embargo, una confesión puede existir jurídica

mente, estar exenta de vicios y carecer de eficacia probatoria para establecer el hecho controvertido.

La doctrina señala como requisitos de eficacia - los siguientes: 1º.) 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; - 2º.) El hecho confesado debe ser pertinente al negocio o acción que se litiga; 3º.) La confesión debe referirse a derechos de los cuales pueda disponerse y a obligaciones que se puedan contraer por la sola voluntad del confesante; 4º.) Por regla general, la confesión procede del que es parte en el proceso, pero esta 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 - disponer del derecho que del hecho confesado se deduce. En este sentido hablamos de legitimación del acto" (9); 5º.) La confesión debe tener una causa y objeto lícito y no debe ser dolosa o fraudulenta; y 6º.) La confesión debe recaer sobre aquellos hechos que hayan sido articulados por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

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, se encuentra en razones de carácter lógico, psicológico, morales y jurídicas.

Se ha dicho que la justicia se basa en la credibilidad del testimonio humano; y que en la confesión esa credibilidad resulta más lógica y tiene además poderosas razones psicológicas y morales a su favor, porque se trata de aceptar hechos que son jurídicamente desfavorables.

La razón jurídica nace del derecho de libertad 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.

EL JURAMENTO.

En términos generales, el juramento era "una afirmación o una promesa solemne hecha tomando a Dios como testigo de la sinceridad del que afirmaba o prometía". (10)

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 la verdad.

"El juramento puede ser decisorio, estimatorio y complementario."

EFICACIA DEL JURAMENTO.

Este medio de prueba, al igual que la confesión, debe reunir requisitos de existencia, validez y eficacia.

Por regla general, los requisitos para su eficacia probatoria son los mismos que para la confesión, remitiéndonos por lo tanto a aquéllos.

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". (11)

Si el juramento se tratase sobre cuestiones de derecho o sobre opiniones personales, la prueba sería ineficaz -- por inútil.

TESTIMONIO DE TERCEROS.

El testimonio es la declaración que una persona -- hace ante el Juez competente respecto a ciertos hechos de que -- tiene conocimiento y tal declaración conlleva efectos procesales.

Luis Claros Solar apunta: "que la prueba testimonial es la que resulta de las declaraciones verbales de los testigos". (12)

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 lo que generalmente el testimonio de terceros se usa sólo cuando los litigantes no previeron esa circunstancia que en un momento dado se venen la necesidad de establecer en juicio o cuan-

do por la naturaleza de los hechos sea necesario probarlos por ese medio.

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". (13)

La verdad es que esa doble presunción no opera en la realidad, al menos la nuestra.

TESTIGOS.

La palabra testigo proviene de testando, dice Carvantes, que quiere decir «declarar o explicar según su mente, o lo que es más propio, dar fé a favor de otro para la confirmación de una causa, y en este sentido se llamaban antiguamente superstites, porque declaraban sobre el estado de la causa».

EFICACIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

1ª.) 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.

2ª.) 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 conducencia, ya que si bien es cierto que algunas veces el testigo tien

de a divagar en su declaración, también es cierto que sabiendo el Juez dirigirlo por medio de repreguntas, 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; y

3º.) Es necesario 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 como han sucedido.

PRUEBA POR PERITOS.

Prueba por peritos, es aquella que tiene lugar, - cuando son necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia o arte, para poder resolver sobre la existencia o no existencia de los hechos litigiosos.

De manera que desde un punto de vista general, se entiende por peritos, la persona que posee conocimientos especiales en una ciencia o arte; pero la ley y la doctrina exigen otros requisitos. El art. 344 Pr., exige que "los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su juicio, si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados".

En algunas ocasiones es la ley misma la que señala la obligación que tiene el Tribunal de recurrir al dictámen pericial, pero en otras queda a criterio del Juez el nombramiento de peritos, teniendo las partes igual derecho.

El peritaje es forzoso si el objeto de la inspección exigiere por su naturaleza conocimientos especiales en al-

guna ciencia o arte, como las liquidaciones o tasaciones, la comprobación o cotejo de letras.

El peritaje es voluntario cuando el Juez estima conveniente el dictamen 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 dictamen pericial sea eficaz son los siguientes:

1º.) *Conducencia del medio:* La conducencia del dictamen 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.

Cuando estos medios resultan ineficaces para establecer el hecho controvertido porque la naturaleza de éste exige conocimientos 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 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 mutuas; 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". (15)

2º.) *Pertinencia de los hechos relacionados en el dictamen:* la mayoría de las legislaciones obligan expresamente al Juez, que cuando haya necesidad del nombramiento de peritos, deberá señalar los puntos sobre los cuales habrá de recaer su dictamen.

3º.) *El perito debe ser competente para emitir el dictamen solicitado.*

4º.) *El perito debe fundamentar su dictamen.* Esto quiere decir que las conclusiones a que llegue el perito deben estar fundamentadas en sus estudios y operaciones realizadas; y

5º.) *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.*

PRUEBA POR INSPECCION.

La prueba por inspección, es el examen que hace el Juez de un lugar o de una cosa.

Alsina niega a la inspección calidad como medio de prueba, 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.

Per 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 PROBATORIA.

Los requisitos para la eficacia probatoria de este medio de prueba son los siguientes: 1º.) Debe ser conducente, al igual que los otros medios de prueba; o sea, que la ley o el Juez lo considere como el medio necesario para instruir completamente el asunto de que se trata; y 2º.) Debe ser pertinente, o sea, debe coñirse estrictamente al objeto de la inspección; ya que 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.

En la mayoría de las legislaciones que se inspiran en la tarifa legal, se encuentra ya determinada la eficacia probatoria del acta que el Juez levanta con relación a los hechos por él observados, que en nuestro sistema procesal es de plena prueba.

DE LAS PRESUNCIONES.

Algunos expositores modernos consideran que este instituto no es un medio de prueba, sin embargo nuestro Código de Procedimientos Civiles le da este carácter y regula su gra-

ducción y eficacia.

El proyecto de Código Procesal Civil no la reconoce de manera expresa como medio de prueba y únicamente establece como tales: "la declaración de las partes, las informaciones de testigos, el dictamen de peritos, la vista o inspección ocular del juez y los instrumentos", Art. 370 Proyecto.

c) TAXATIVIDAD DE LA ENUMERACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. OTROS SISTEMAS.

Los textos legales mencionan por lo general los medios de prueba: confesión, juramento, inspección, instrumentos, dictamen pericial, testimonial y presunciones.

El problema es determinar si se pueden utilizar otros que no estén expresamente determinados pero que en realidad constituyen posibilidades de investigación de los hechos controvertidos.

Por un lado se ha dicho que la institución de los medios de prueba es un atributo exclusivo del legislador y que fuera de él, nadie puede introducir dentro del sistema jurídico de un país otros medios que traten de producir la certeza en el Juez.

Pero, por otro lado, la doctrina Moderna refleja la admisión de pruebas no previstas especialmente en las disposiciones de la ley civil y procesal. La impresión dactiloscópica para suscribir documentos de personas que no pueden escribir, el análisis de la sangre en la investigación de la paternidad, la radiografía en materia de accidentes en general y del trabajo en particular, la autopsia en los casos de muerte violenta o

de envenenamiento, el registro de la voz en los actos de transmisión radiotelefónica, la fotografía, son algunos de los medios de prueba no previstos. Ellos han sido acogidos por la doctrina porque su valor de convicción es excepcional, principalmente en los casos en que los otros medios de prueba no ofrecen buenos resultados.

Cabe advertir que en nuestro sistema Procesal Penal, ya se consideran algunos de estos medios de prueba.

Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica dan apoyo a la afirmación de que el Juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redacta sus textos. Por el contrario, lo humano, lo lógico es que el Juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación que la ciencia pone ante él.

Cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario assimilarlos a los especialmente previstos. La impresión dactiloscópica, la fotografía, la radiografía, se rigen por los principios de la prueba documental; la prueba hematológica, la autopsia y la radiografía, caen dentro del campo de la prueba pericial.

De manera que según la doctrina, la enumeración de los medios de prueba no debe ser taxativa, sino enunciativa, y que nada prohíbe al Juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos, siempre que los sometan a las garantías generales del sistema probatorio.

Según nuestro sistema procesal, en materia de medios de prueba solo pueden admitirse como tales los mencionados en la ley. Fuera de ellos ningún otro, ni aun el conocimiento privado del Juez.

Por el contrario el Proyecto de Código Procesal Civil, más acorde con los principios modernos sobre este punto, establece en el Art. 370 Inc. 2º.: "que las partes podrán proponer además cualquier otro medio que sea moral y racionalmente apto para demostrar la verdad de los hechos y producir la convicción del Juez".

Como vemos, el Artículo transcrito del Proyecto recoge el sistema moderno sobre el particular.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS.

- (1) Guasp, citado por Eduardo Pallarés. Ob. Cit. pág. 527.
- (2) Carnelutti. *La Prueba Civil*, Buenos Aires, Edic. Arayu, 1955, núm. 46, pág. 195.
- (3) Alsina, citado por Carrasco Munizaga. Ob. Cit. pág. 214.
- (4) Echandía. Ob. Cit. pág. 547.
- (5) José Chiouenda. *Principios de Derecho Procesal Civil*. p.291.
- (6) Francis Gorphe. *La Asociación Judicial de las Pruebas*, pág. 219.
- (7) Goltschmidt, citado por Eduardo Pallarés. Ob. Cit. pág.163.
- (8) Lessona citado por Carrasco Munizaga. Ob. Cit. pág. 230.
- (9) Hernando Devis Echandía. Ob. Cit. pág. 239.
- (10) Antonio Rocha. Ob. Cit. pág. 177.
- (11) Hernando Devis Echandía. Ob. Cit. pág. 312.
- (12) Luis Cleros Soler, citado por Carrasco Munizaga. Ob. Cit. pág. 224.
- (13) Alsina, citado por Carrasco Munizaga. Ob. Cit. pág. 224.
- (14) Eduardo Pallarés. Ob. Cit. pág. 724.
- (15) Hernando Devis Echandía. Ob. Cit. pág. 453.

SECCION V.

DE LA VALORACION DE LA PRUEBA.

Sumario.

a) Concepto. b) Preferencia y eficacia de la prueba: 1-Ordenación de los medios de prueba. 2-Eficacia de la prueba. 3-Argumentos de prueba. 4-Grados de la fuerza probatoria. c) Diversos criterios de valoración de la prueba: 5-Criterio de la tarifa legal. 6-Beneficios del sistema de la tarifa legal. 7-Inconvenientes del sistema de la tarifa legal. d) Criterio de la Sana Crítica. e) Criterio del íntimo convencimiento: 8-Inconvenientes que se le señalan al sistema de la libre apreciación. 9-Conclusiones en el proceso Civil Salvadoreño.

a) CONCEPTO.

Es fácil comprender la gran importancia de esta fase de la actividad probatoria de todo proceso.

Por valoración o apreciación de la prueba, debe entenderse el estudio crítico de conjunto, tanto de los varios medios aportados por una parte para tratar de demostrar sus afirmaciones de hecho, como de los que la otra adujo para desvirtuarlas u oponer otros hechos, y los que el Juez decretó oficiosamente.

Desde luego, es una actividad exclusiva del Juez, pues las partes o sus apoderados tienen únicamente una función de colaboradores. Es el momento decisivo de la actividad probatoria; se analiza si la prueba cumple o no con el fin procesal a que estaba destinada, esto es, llevarle la convicción al Juez.

Es la fase de la actividad probatoria más delicada, pues de ella depende que exista armonía entre la sentencia y la justicia. La armonía y la paz social dependen del éxito o del fracaso de la prueba judicial, y esto, a su vez, principalmente de la apreciación correcta o incorrecta que el Juez haga-

de la prueba aportada al proceso.

b) PREFERENCIA Y EFICACIA DE LA PRUEBA.

1--ORDENACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. Nuestro Código de Procedimientos Civiles no establece una ordenación lógica de los medios de prueba.

Algunos medios suponen un contacto inmediato del Juez con los motivos de la prueba; otros, a falta de ese contacto directo, acuden a una representación de los motivos; y finalmente algunos a falta de comprobación directa o de representación, se apoyan en deducciones e inducciones.

Con base en lo antes expuesto, se tratará de hacer una ordenación, según la cual aparece en primer lugar:

1º.) La prueba por percepción, que consiste en el contacto inmediato del Juez con los objetos o hechos que deban demostrarse en el juicio. En ese sentido, el primero de todos los medios de prueba es la inspección personal del Juez.

2º.) En sustitución de la percepción, está la representación; o sea, la representación de un hecho ausente. Esta se produce de dos maneras: mediante cosas (documentos) o mediante relatos.

a) La representación mediante cosas se realiza con la prueba instrumental o documental.

b) Pero como es bien sabido, no todos los hechos pueden registrarse en documentos; los delitos, los cuasidelitos, generalmente no pueden documentarse, entonces la reconstrucción de los hechos se verifica mediante relatos. Esta representación se realiza en las circunstancias: el efectuado por --

las partes y el relato efectuado por terceros. Cuando se efectúa por las partes, se está en presencia de la confesión o el juramento y cuando se produce mediante relatos, se está en presencia de testigos; y

3^a.) La prueba por inducción o deducción: cuando la representación es imposible, los hechos se pueden reconstruir mediante deducciones lógicas, infiriendo de hechos conocidos, hechos desconocidos. Esto se obtiene por el Juez, mediante el sistema de las presunciones. Cuando la deducción se efectúa a través de la ciencia de terceros, se está en presencia de la prueba pericial.

En este sentido, podemos ordenar los medios de prueba de la siguiente manera: 1^a.) Inspección Judicial; 2^a.) Instrumental; 3^a.) Confesión; 4^a.) Juramento; 5^a.) Testimonial; 6^a.) Presuncional; y 7^a.) Pericial.

Esta clasificación que hemos expuesto, es en atención a la mayor o menor proximidad del Juez con los motivos. A mayor proximidad, mayor grado de eficacia; a mayor lejanía, menor valor de convicción.

La firmeza de la inspección judicial se debilita cuando es menester acudir a la representación o a la deducción de los hechos.

El documento es el más eficaz, en la prueba por representación. Menos eficaz es la representación mediante relatos; la representación a cargo de las partes tiene la falla del interés, de aquí que sólo es creída en cuanto le sea contraria y nunca cuando sea en su favor. En la representación a car

go de terceros, por lo general, las visiones son imperfectas, por el tiempo transcurrido entre el hecho y el relato. Las fallas de la memoria, la interferencia de otros elementos ajenos que turban el recuerdo, son otras deficiencias del relato.

En la prueba por deducción, la debilidad es absoluta: la imperfección de los puntos de apoyo, los vicios del razonamiento, las falacias de falsa experiencia, de falsa percepción, contribuye en este caso a aumentar los riesgos de la actividad probatoria.

Nuestro sistema procesal Civil establece una ordenación de los medios de prueba, en atención "a su robustez", como lo indica el Art. 415 Pr., el cual literalmente dice: "Cuando por ambas partes se produzca en juicio plena prueba, se estará a la más robusta según el orden siguiente: 1º. La presunción de derecho; 2º. El juramento decisorio; 3º. La confesión judicial; 4º. La inspección personal en los casos en que tiene lugar; 5º. Los instrumentos públicos y auténticos; 6º. Los privados fehacientes; 7º. La confesión extrajudicial escrita; 8º. La confesión extrajudicial verbal con otra semiplena; 9º. La prueba pericial en los casos en que tiene lugar; 10º. La prueba testimonial; 11º. Las semiplenas pruebas de diversos géneros que hacen prueba perfecta; 12º. Las presunciones cuando hacen plena prueba. La presunción legal no tiene entonces lugar, porque cede a la prueba contraria; salvo la presunción de derecho de que habla el número 1º."

2-EFICACIA DE LA
PRUEBA.

Fuerza o valor probatorio, es la aptitud que tiene un hecho (solo o en concurren-

cia con otros) para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo quede demostrado.

Si un medio aducido por las partes carece totalmente de tal aptitud, no tiene fuerza o valor probatorio; si apenas sirve para llevar al Juez el convencimiento del hecho investigado, su valor o fuerza probatoria será incompleto; si por sí solo demuestra el hecho investigado, tendrá un valor o una fuerza probatoria plena o completa. Generalmente no todos los medios producen el convencimiento por sí solos y para ello requieren el concurso de varios. Otra cosa es hablar de prueba plena en el sentido de que tiene valor suficiente para producir el convencimiento en el Juez, porque entonces se contempla el conjunto de pruebas allegadas al proceso. También se habla de plena prueba en relación con un medio de prueba determinado, cuando la ley le otorga fuerza probatoria completa por sí solo, como sucede con la confesión respecto de los hechos que no exigen solemnidad escrita ni están exceptuados expresamente por disposición legal.

No todo hecho o cosa o documento aducido por las partes goza de fuerza o valor probatorio. Para que exista, se necesitan ciertos requisitos de forma y de fondo, sin los cuales, la ley o el Juez, le niegan todo mérito probatorio.

Los requisitos de forma son distintos, según el sistema legal imperante, pero podemos generalizarlos así: 1º.) Es indispensable que el medio sea legalmente admisible como tal, ya sea porque se encuentre entre los taxativamente autorizados por la ley o ya porque se haya dejado a los Jueces libertad de-

tomar en cuenta los que consideren aptos conforme a su buen criterio; 2^a.) En segundo lugar, están las formalidades prescritas por la ley procesal para su producción y que se refieren al tiempo y oportunidad, a la forma y modo y al lugar que rigen para cada medio y proceso.

Los requisitos de fondo atañen al contenido del medio que se relata o indica al Juez; su autenticidad y sinceridad, su exactitud y verosimilitud, su conducencia y pertinencia, la ausencia de prohibición legal, la capacidad para el acto de prueba y la ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos y órganos.

No se deben confundir los requisitos de forma con los extrínsecos, porque entre estos existen varios de fondo; así, son requisitos extrínsecos, pero de fondo: la competencia del Juez, la capacidad del funcionario y de los órganos de prueba (testigos, peritos, intérpretes). Los requisitos intrínsecos son siempre de fondo (conducencia, pertinencia o relevancia, utilidad).

3-ARGUMENTOS DE PRUEBA. Argumentos de prueba son los motivos que hacen reconocer el valor o la fuerza probatoria a un medio de prueba o a varios en conjunto.

En otras palabras, los argumentos de prueba responden a la pregunta: ¿por qué el Juez le da valor probatorio a tal medio o a cierto conjunto de medios?

No todo medio de prueba encierra argumentos de prueba. Por ejemplo: toda declaración de testigos, cualquier documento, privado o público son medios de prueba; pero si de -

ellos no deduce el Juez razón o motivo alguno en favor de la existencia o inexistencia del hecho investigado, no contendrán argumentos de prueba.

Puede decirse, por ello, que el valor o la fuerza probatoria de un medio de prueba o de un conjunto de medios, depende de los argumentos de prueba que de él o de ellos aparecen.

4-GRADOS DE LA FUERZA PROBATORIA. De lo antes dicho, se deduce que la fuerza probatoria que contienen los diversos argumentos de prueba —que el Juez encuentra en los medios aportados al proceso—no tienen siempre una misma intensidad y, por lo tanto, sus límites varían en cada caso. En este sentido, suele hablarse de grados de la eficacia probatoria o de la fuerza probatoria.

Framarino de Malatesta resume esas distintas situaciones en que puede quedar el Juez, cuando dice: "En estado de ignorancia, es decir, de ausencia de todo conocimiento; en estado de duda, en sentido estricto, que es conocimiento alternativo, que encierra en sí, por igual, el sí y el no; en estado de probabilidad, o sea de predominio del conocimiento afirmativo; y en estado de certeza, que es el conocimiento afirmativo triunfante". (1)

Por su parte Pietro Ellero, dice que los únicos y verdaderos grados persuasivos del hombre son la certeza, la probabilidad y la duda y que puede aceptarse que los términos precisos/son la primera y la última, porque si hay algo de duda (probabilidad) no hay certeza, y si existe ésta, no quedará nada de-

aquella. (2)

En los sistemas regidos por una tarifa legal estricta, los grados del valor de cada medio, lo mismo que los del conjunto de medios aportados al proceso, se encuentran fijados previamente por el legislador. Pero cuando la tarifa legal se encuentra atenuada o cuando existe libre apreciación de la prueba, la fuerza o el valor de convicción de los distintos medios de prueba, se aprecian mediante distintas y complejas operaciones de naturaleza jurídica, lógica, psicológica, científica, técnica, etc..

c) DIVERSOS CRITERIOS DE VALORACION DE LA PRUEBA.

Las legislaciones han regulado esta materia desde hace mucho tiempo y lo han hecho sujetando al Juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar o, por el contrario, otorgándole facultades para que haga una valoración personal y concreta del material probatorio.

De esta manera los sistemas para la valoración de la prueba son: el de la tarifa legal y el de la libre valoración de las pruebas por el Juez.

Couture (3) habla de tres sistemas: ^① pruebas legales (o tarifa legal), ^② sana crítica y ^③ libre convicción; el segundo consistiría en la "remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del Juez"; el último, en la "remisión al convencimiento que el Juez se forme de los hechos, en casos excepcionales, en los cuales la prueba escapa normalmen

te al control de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos" y como antes expone "sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones" y "pudiendo utilizar su saber -- privado". El último sistema, corresponde a los jurados del proceso penal, el cual no es de aplicación en lo civil en la mayoría de los países.

Según Couture, existe una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última.

El Juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecional o arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia.

5-CRITERIO DE LA TARIFA LEGAL. Este sistema también es conocido como sistema de la prueba tasada, y, como se dijo antes, consistió en un conjunto de reglas abstractas preestablecidas, que le señalan al Juez la conclusión que forzosamente debe aceptar.

Los autores suelen hablar del sistema de las pruebas legales en oposición al de la libre apreciación, denominado también del íntimo convencimiento. Pero por pruebas legales se entiende lógicamente, las que de acuerdo con la ley son admisibles en juicio penal, civil o de otra naturaleza; esto es, que existe prueba legal, siempre que la ley señale los medios proba

torios admisibles, sea en forma taxativa o permitiendo la inclu
sión de otros, a juicio del Juez, en oposición a la prueba li-
bre, que implicaría el dejar a las partes en libertad absoluta
para escoger los medios con que pretenden obtener la convicción
del Juez respecto de los hechos del proceso. Por esta razón -
creemos, que resulta inapropiado o inconveniente denominar prue
bas legales al sistema de la regulación legal del valor de con-
vicción de los medios de prueba o sistema de la tarifa legal;
se trata de dos aspectos diferentes de la cuestión probatoria
y si bien la regulación legal del valor de convicción o del mé
rito de los medios implica la fijación taxativa de estos, puede
existir libre apreciación a pesar de que se señalen los medios
admisibles en juicio, como sucede en la mayoría de los procedi-
mientos penales y en muchos civiles de la actualidad.

6-BENEFICIOS DEL SISTEMA
DE LA TARIFA LEGAL.

A este sistema suele asignársele -
los siguientes: facilita mayor con-
fianza en la justicia, al darle al pueblo el convencimiento de
que las sentencias se someten a la ley; libra a las sentencias
de toda sospecha de arbitrariedad, suple la ignorancia o la fal-
ta de experiencia de los Jueces con reglas adoptadas como resul-
tado de las enseñanzas de la experiencia, del estudio de la ló-
gica y de la psicología por personas doctas; generalmente permi
te que las sentencias sean uniformes en cuanto a la apreciación
de las pruebas; el derecho prefiere la seguridad de la gran ma-
yoría a la justicia de un caso particular; con tal sistema se -
ha procurado, más que una solución de justicia, una solución de
paz, puesto que las pruebas legales en si mismas, están más cer-

ca de la paz que de la justicia.

Por otra parte, se ha dicho que el sistema de la tarifa legal trajo esas ventajas durante mucho tiempo, debido a la escasez de jueces preparados en el derecho, la lógica y la psicología; y asimismo se ha dicho, que la confianza del pueblo en las sentencias de sus Jueces, lo mismo que en su imparcialidad y rectitud, depende más de la calidad humana de estos funcionarios que en la bondad del sistema legal que aplican, porque bien se ha dicho, la justicia es un problema de hombres más que de leyes. La arbitrariedad de los Jueces no se impide con una regulación legal minuciosa de la prueba, sino con una sólida formación moral en ellos, pues de lo contrario luego encontrarán supuestas razones jurídicas para darle apariencia de legalidad a sus desviaciones en la aplicación de la ley.

Asimismo, la mayor uniformidad de las decisiones judiciales en cuanto a la prueba se refiere, la seguridad de la mayoría y la paz social a que puede llegarse, se puede obtener mediante la enseñanza universitaria, complementada luego con la profesional a través de la jurisprudencia, de la lógica y de la experiencia que la tradición jurídica haya recopilado, para que el Juez se sirva como guía sin perder su criterio personal ni convertirse en una máquina registradora de la ley.

A medida transcurre el tiempo, los estudios jurídicos en las universidades, la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales crecen y se perfeccionan, de suerte que las razones para otorgarle al Juez libertad de apreciación del elemento probatorio se hacen más poderosas, y se -

acentúa la desproporción entre el sistema de la tarifa legal y los fines de interés público, tanto del proceso como de la jurisdicción.

7-INCONVENIENTES DEL SISTEMA
DE LA TARIFA LEGAL.

Pueden resumirse los inconvenientes de este sistema, de la

siguiente manera:

1ª.) Mecaniza la función del Juez en tan importante fase del proceso, quitándole personalidad, impidiéndole aplicar un criterio personal y obligándole a aceptar soluciones en contra de su convencimiento.

2ª.) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad, de una simple apariencia formal, o sea, que el proceso civil está condenado, cuando rige la tarifa legal, a tener como fin la declaración de la verdad formal y no de la verdad real; y

3ª.) Como consecuencia de ello se produce una separación entre la justicia y la sentencia, se convierte el proceso en una competencia de alegaciones y propicia a las habilidades contrarias a la ética.

d) CRITERIO DE LA SANA CRITICA.

Este criterio significa: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del Juez, sean aplicables al caso.

Couture expresa que el concepto "reglas de la sana crítica" tiene un origen histórico. La expresión fue incorporada en el Art. 137 de la ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855, sobre apreciación de la prueba testimonial, pero

sus redactores no la crearon, porque existía ya en el Reglamento de lo contencioso, ante el Consejo de Estado español, en donde por primera vez apareció en un estatuto procesal. (4)

La expresión "reglas de la sana crítica" pasó luego a tener un significado como norma de valoración probatoria y no limitada a la prueba testimonial. Este es el origen de la denominación "sana crítica" que Couture utiliza para distinguir el sistema de la libre apreciación razonada, en oposición al de la tarifa legal y al del jurado de conciencia, que él llama libre convicción. En el sistema de libre apreciación, el Juez debe orientar su criterio por las reglas de la lógica, la psicología judicial, la experiencia y la equidad.

e) CRITERIO DEL INTIMO CONVENCIMIENTO.

Como ya se expuso anteriormente, el criterio del íntimo convencimiento consiste, según Couture, en la remisión al convencimiento que el Juez se forme de los hechos, en ~~casos~~ excepcionales, en los cuales la prueba escapa normalmente al control de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos.

Asimismo expresa el tratadista Couture, que es el sistema en el cual no existe necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones.

Contra la opinión del citado jurista Couture, se ha considerado que las características del juicio por jurado, que consisten en eximir al Juez de hecho de la obligación de motivar sus conclusiones y en permitir que administren justicia gentes ignorantes en derecho, psicología y lógica, e inclusive-

carentes de cultura general, no configuran un tercer sistema para la apreciación de las pruebas, sino una modalidad de la libre apreciación. Evidentemente el juicio por jurado se presta a la arbitrariedad o a ligerezas reñidas con la justicia, pero no es cierto que como principio se otorgue al jurado libertad para separarse de las reglas de la experiencia y de la lógica ni para acoger una conclusión que no le parezca razonablemente convincente, pues por el contrario, estas exigencias son implícitas en todo jurado, sea o no capaz de cumplirlos según el grado de su cultura; tampoco es cierto que los jurados puedan resolver con base en su personal conocimiento de los hechos, separándose del material probatorio que existe en el proceso y que les ha sido puesto en conocimiento, pues, por el contrario, la prohibición de tener en cuenta el conocimiento personal del juzgador, ajeno al proceso, rige para jueces y jurados y es garantía esencial del derecho de defensa y del que exige la plena prueba para condenar en materias penales.

El no tener obligación de explicar los motivos de la decisión, no significa que esta carezca de lógica, de apreciación razonada, de crítica imparcial y serena, desprovista de pasiones y parcialidades, ni que la ley autorice la arbitrariedad. El legislador presume el debido cumplimiento de sus deberes por el jurado, aun cuando la falta de motivaciones hace imposible su sanción y control; el jurado que no obre en la forma indicada está violando la ley y la moral, a pesar de que no pueda ser sancionado.

El libre convencimiento del jurado, no significa

el derecho para desconocer las reglas de la lógica y la experiencia; y cuando Couture afirma que las pruebas de libre convicción permiten al magistrado determinar la verdad, sin ajustarse ni siquiera a preceptos de lógica jurídica, se refiere a dos sistemas diferentes, confundiendo el posible efecto anormal, con la naturaleza del sistema.

La única diferencia entre el fallo del Juez de derecho y el del jurado consiste en la falta de manifestación escrita de las motivaciones del segundo; pero de lo que se trata es de explicar o no el proceso interno necesario para llegar a la convicción, lo que en nada altera el sistema que efectivamente se siguió para ello.

Rechazamos la distinción entre sana crítica y libre convicción, convicción íntima o íntimo convencimiento. La libertad del Juez no le exige de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y de la técnica, con un criterio objetivo y social.

Menos razón tiene la diferencia entre libre apreciación y convicción íntima o libre convicción, por tratarse de distinta formulación de un mismo concepto: "formación libre del convencimiento, mediante la crítica personal, razonada y lógica del Juez". Tanto desde el punto de vista jurídico como del lógico, libre apreciación o libre convicción son ideas análogas, que expresan la libertad del Juez para adoptar la conclusión que le parezca deducible del elemento probatorio; la convicción es el efecto de la apreciación de las pruebas y, por lo tanto, la libertad para la una, presupone la libertad para la otra. Convic

ción íntima es lo mismo que convicción personal y, por consiguiente, que libre convicción.

Iguualmente, sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significa lo mismo: "libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del Juez, sean aplicables al caso".

De lo anterior se deduce: 1º.) que no existen en realidad sino dos sistemas para la apreciación de las pruebas en el proceso: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación por el Juez; 2º.) que la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología, requisitos que no son necesarios exigirlos expresamente; 3º.) que ese proceso de convicción debe explicarse en la motivación del fallo, para cumplir los requisitos de publicidad y contradicción, que forman parte del principio constitucional del debido proceso y del derecho de defensa; y 4º.) que el sistema de la libre apreciación presenta algunas modalidades cuando los encargados de juzgar son los llamados jurados de conciencia, en cuanto están exentos de motivar la decisión y suelen ser personas de escasa cultura.

Esa institución del jurado, debe considerarse como un anacronismo en vía de desaparecer, pues el viejo y sofisticado argumento de que es la aplicación de la democracia a la justicia, no tiene actualmente validez; la democracia se cumple rodeando al proceso de garantías para la recta e imparcial administración de justicia y haciendo posible el derecho de defensa y -

la igualdad de las partes en el debate. Desde este punto de vista, el jurado es una amenaza contra la democracia en la justicia, puesto que expone la libertad a la arbitrariedad de personas ignorantes, limitando gravemente el derecho de defensa al no poderse conocer las razones de la decisión para poder combatirlos.

8-INCONVENIENTES QUE SE LE
SEÑALAN AL SISTEMA DE LA
LIBRE APRECIACION.

En su mayoría, las críticas se dirigen al sistema del jurado de conciencia que algunos denominan de íntima convicción y que, como se ha visto, es una modalidad de la libre apreciación por el Juez.

Pero los defectos de la institución del jurado, no pueden extenderse a la apreciación razonada por el Juez, a base de sana crítica, orientada por los principios de la lógica, la psicología y la experiencia. La libre apreciación no es la valoración arbitraria e incontrolada de la prueba.

En realidad no existen más posibilidades de arbitrariedad con el sistema de la libre apreciación, correctamente entendido y aplicado, que con el de la tarifa legal. Si el Juez es ignorante, tampoco aplicará correctamente la valoración indicada en la tarifa legal, y si quiere obrar de mala fe, encontrará fácilmente la manera de hacerlo, con ambos sistemas.

La libre apreciación no es la libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales - que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de tribunales superiores.

9-CONCLUSIONES EN EL PROCESO CIVIL SALVADOREÑO.

a) Nuestro proceso civil es dispositivo con importantes atenuaciones.

En el principio dispositivo es indispensable distinguir dos aspectos: 1º.) el que exige la demanda de parte interesada para la iniciación del juicio, la congruencia entre aquella y el fallo y le reconoce a las partes el derecho de terminarlo por desistimiento o transacción; y 2º.) el que se refiere a los poderes exclusivos de las partes sobre el elemento probatorio y a la completa inactividad del Juez en esta materia.

En nuestro país rigen los tres principios contenidos en el primer aspecto del proceso dispositivo, pero, para una mejor precisión en los conceptos, debemos considerar como dispositivo al proceso que deje en manos de las partes la actividad probatoria. Desde este punto de vista, podemos decir que el proceso civil salvadoreño es dispositivo, en cuanto prevalece el principio que deja a las partes la actividad probatoria; pero existen, sin embargo, las siguientes atenuaciones:

1º.) En la recepción de los testimonios el Juez puede hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su deposición, antes de la sentencia. Art. 316 Pr.; el testigo será preguntado, si sabe lo que depone por haber visto el hecho o cosa en disputa o si lo ha oído a otros. Art. 317 Pr.; 2º.) Puede nombrar los peritos cuando no los nombran las partes que solicitan esta prueba, lo mismo que en el caso de discordia, Art. 347 Pr.; cuando no acepta el nombramiento o no se presenta ya para el juramento, ya para la operación, -

Art. 357 Pr.; 3º.) Puede ordenar oficiosamente a los peritos que aclaren los pasajes oscuros de la relación que hagan los peritos o nombrar otros. Art. 362 Pr.; 4º.) Puede designar intérpretes para examinar testigos cuando ignoren el idioma castellano. Art. 325 Pr.; 5º.) Puede acordar la prueba pericial en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad. Art. 364 Pr.; 6º.) Puede hacer inspección en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya para hacerse formar una idea perfecta del asunto e instruirlo completamente. Art. 368 Pr.; y 7º.) Puede pedir las explicaciones que crea conveniente al que haya de absolver posiciones. Art. 383 y 388 Pr..

b) En nuestro proceso civil rige el sistema de la tarifa legal, pero atenuado. Y cuando decimos que rige este sistema, nos estamos refiriendo a la tasación, por el legislador, de la fuerza o el valor de convicción de las pruebas admisibles que se llevan legalmente al proceso, como principio general.

Este principio (tarifa legal) está consagrado en los siguientes artículos del Código de Procedimientos Civiles:

1º.) Sobre el valor de plena prueba de las escrituras públicas y los testimonios. Art. 258 Pr.; de los instrumentos auténticos. Art. 269 Pr.; 2º.) Sobre el valor de los instrumentos privados reconocidos judicialmente. Art. 264 Pr.; 3º.) Hará fe para probar el gravamen, obligación o exoneración, cualquier traslado que se compulse de cualquier registro público

en los casos del Art. 276 Pr.; 4º.) Sobre que no hará fe el testigo vario o contradictorio en lo principal de su deposición. Art. 319 Pr.; 5º.) El Art. 321 Pr. se refiere a que dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha conformes y contestes en personas, hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, hacen plena prueba. 6º.) El dictamen uniforme de dos peritos o el de uno solo en los casos previstos por la ley, forman plena prueba en la parte facultativa o profesional. Art. 363 Pr.; 7º.) Art. 370 Pr. se refiere al valor de plena prueba de la inspección personal del Juez, ya se haya practicado por el solo o acompañado de peritos. 8º.) La confesión judicial y la extrajudicial escrita hacen plena prueba contra el que la ha hecho, siendo sobre cosa cierta, mayor de edad, el que la hace, y no interviniendo fuerza ni error. Art. 374 inc. 2º. Pr.; 9º.) Art. 416 Pr. que establece que se absolverá al demandado cuando ambas partes presenten prueba del mismo género; y 10º.) Art. 422 Pr. que se refiere a que es necesario la prueba plena y perfecta en todo género de causas para resolver por ella la cuestión.

Asimismo podemos decir que existen también las siguientes atenuaciones al sistema de la tarifa legal: 1º.) Art. 414 Pr. que establece que el Juez tiene libertad para fallar si de la unión de la presunción judicial con otra semiple-na prueba de diverso género resulta la certeza de que no pudo - menos de ser la cosa como la prueba anuncia; 2º.) El Art. 375 Pr. que deja en libertad al Juez para apreciar la confesión y - poder separar todo lo que no sea concerniente al asunto o no - tenga conexión con el punto o hecho confesado; 3º.) El Art. 370

Pr. le da al Juez libertad para no apreciar el dictamen de los peritos contrario a lo que el mismo percibió por sus sentidos; 3ª.) El Art. 403 Pr. que le da al Juez libertad para apreciar el valor que equitativamente deba darsele al juramento estimatorio; y 5ª.) El Art. 324 Pr. establece que el Juez, en la apreciación de la prueba testimonial, atenderá principalmente al dicho de los testigos que sean más fidedignos, aunque sean menos en número que los otros.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) Framarino. *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1964, T. I. pág. 69-74.
- (2) Ellero. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales*, Madrid, Edit. Reus, pág. 18.
- (3) Couture. *Ob. Cit. T. II. pág. 221.*
- (4) Couture. *Ob. Cit. pág. 183 y 184.*

B I B L I O G R A F I A.

- 1 -La Prueba Civil..... Francisco Carnelutti.
- 2 -Nueva Teoría General de la Prueba..... Antonio Dellepiane.
- 3 -La Prueba Procesal..... Valentín Silva Melero.
- 4 -Tratado de Derecho Procesal Civil..... Hernando Devis Echandía.
- 5 -De la Prueba en Derecho..... Antonio Rocha.
- 6 -Fundamentos de Derecho Procesal Civil..... Eduardo J. Couture.
- 7 -Estudios de Derecho Procesal Civil..... Eduardo J. Couture.
- 8 -La Psicología del Testimonio..... G. Tesoro.
- 9 -Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil..... José Chiovenda.
- 10--Principios de Derecho Procesal..... José Chiovenda.
- 11 -Tratado de Derecho Procesal Civil..... Ugo Rocco.
- 12 -Tratado de las Pruebas Civiles..... Rafael De Pina.
- 13 -Tratado de Derecho Procesal Civil..... Leo Rosenberg.
- 14 -La Carga de la Prueba..... Leo Rosenberg.
- 15 -Teoría General de la Prueba en Derecho Civil..... Carlos Lessona.
- 16 -Derecho Procesal Civil..... Carlos Rodríguez y Juan Peña.
- 17 -Estudio de Derecho Procesal. Enrique Fornatti.
- 18 -Derecho Procesal Penal..... Fenech.
- 19 -Apreciación Judicial de la Prueba..... Francois Gorphe.

- 20 -*La Eficacia de la Prueba*..... José Carrasco Munizaga.
- 21 -*De la Certidumbre en los Juicios Criminales*..... Pietro Ellero
- 22 -*Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*..... Framarino de Malatesta.
- 23 -*Tratado Teorico Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*..... Eduardo Bonnier.
- 24 -*Derecho Procesal Civil*..... Jaime Guasp.
- 25 -*Derecho Procesal Civil*..... Pietro Calamandrei.
- 26 -*Diccionario Jurídico de Derecho Procesal Civil*..... Eduardo Pallarés.
- 27 -*Estudio sobre el Código de Procedimientos Civiles*..... Rafael Gallinal.
- 28 -*Las Partidas*.
- 29 -*Proyecto de Código Procesal Civil*.