

T
347.06
2396
1965
F. J. y CS



**BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA
Y LA NOTORIEDAD COMO PRUEBA
EN EL PROCESO**

TESIS

PRESENTADA POR

ROBERTO ANTONIO ZAVALETA

PREVIO AL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C. A.

1965



BREVES CONSIDERACIONES
SOBRE LA PRUEBA Y LA NOTORIEDAD COMO PRUEBA
EN EL PROCESO

Roberto Antonio Zavaleta

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Doctor Fabio Castillo Figueroa

SECRETARIO GENERAL

Doctor Mario Flores Macall

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Doctor Roberto Lara Velado

SECRETARIO

Doctor Manuel Atilio Hasbun

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES PRIVADOS.

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

Presidente. Dr. Feliciano Avelar
Primer Vocal. Dr. Ulises Flores
Segundo Vocal. Dr. Carlos Octavio Tenorio

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente. Dr. José María Méndez
Primer Vocal. Dr. Francisco Arrieta Gallegos
Segundo Vocal. Dr. Francisco Alfonso Leiva

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente. Dr. Rafael Ignacio Funes
Primer Vocal. Dr. Emilio Reyna Guerra
Segundo Vocal. Dr. Manuel Antonio Ramírez

ASESOR DE TESIS: Dr. Guillermo Manuel Ungo

APROBACION DE TESIS:

Presidente. Dr. Rafael Ignacio Funes
Primer Vocal. Dr. Francisco Bertrand Galindo
Segundo Vocal. Dr. José Ernesto Criollo

I _ N _ D _ I _ C _ E

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA Y LA NOTORIEDAD
COMO PRUEBA EN EL PROCESO

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

A) OBJETO DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA.....	Pag. 1
B) LA PRUEBA EN EL DERECHO SUSTANTIVO Y EN EL DERECHO PROCESAL.....	Pag. 2
C) LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y PROCESAL CIVIL.....	Pag. 6
D) CLASES DE PRUEBA.....	Pag. 8
E) MEDIOS DE PRUEBA.....	Pag. 10
F) VALORIZACION DE LA PRUEBA.....	Pag. 13

CAPITULO II

EL ONUS PROBANDI O CARGA DE LA PRUEBA

A) EL OBJETO DE LA PRUEBA.....	Pag. 18
B) EXCEPCIONES AL OBJETO DE LA PRUEBA.....	Pag. 19
C) EL ONUS PROBANDI.....	Pag. 27

CAPITULO III

LOS HECHOS NOTORIOS Y LA POSESION NOTORIA.

SU FORMA DE PRUEBA.....	Pag. 34
-------------------------	---------

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA SOBRE LA NOTORIEDAD.CRITICA.....	Pag. 42
---	---------

OBRAS CONSULTADAS

Fundamentos del Derecho Procesal Civil

EDUARDO J. COUTURE.

Doctrina General del Derecho Civil

NICOLAS COVIELLO

Derecho Civil

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ Y MANUEL SOMARRIVA U.

Tratado de las Pruebas Civiles

· RAFAEL DE PINA

Comentarios al Derecho Civil Vigente

ANGEL GOCHEZ CASTRO

Indice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña

ANGEL GOCHEZ CASTRO

Indice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña

REVISTA MINISTERIO DE JUSTICIA

A MI ESPOSA:

Margarita Avelar de Zavaleta.

Y A MIS HIJOS:

Jorge Alfredo ,
Elisa Margarita ,
Concepción María y
Sara Guadalupe

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA
PRUEBA Y LA NOTORIEDAD COMO PRUE
BA EN EL PROCESO.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

A) OBJETO DEL PROCESO Y DE LA SENTENCIA

Prueba es "acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa", dice el Diccionario de la Academia " y probar " - dice el mismo Diccionario", es justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa con razones, instrumentos o testigos". Las Partidas dicen que prueba es la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa. Prueba, dice el Art. 235 Pr., es el medio determinado por la Ley para establecer la verdad de un hecho controvertido.

Probar significa desarrollar una actividad en el juicio para convencer al Juez sobre la verdad del hecho que se controvierte ante él, es decir, la prueba se dirige al Juez, en el ánimo de él es que hay que influir para lograr que el fallo sea favorable a las pretensiones de las partes.

De modo, que es de capital importancia contar previamente con los medios de prueba a usar antes de decidirse a entablar una demanda, pues si se cree tener un derecho y no se tienen los medios para convencer al Juez sobre su existencia, no habrá más que una sombra de derecho.

El proceso civil tienen un carácter finalista cual es

averiguar la verdad del hecho controvertido. CARNELUTTI en su "Tratado de la prueba civil", dice que ésta puede no ser una verdad real sino una verdad formal que puede o no coincidir con la realidad fijada en la sentencia por el Juez; pero hay que aceptar por política o por ser más práctico y seguro para la seriedad de la actividad judicial. El proceso sirve para que el Juez con base en la prueba aportada por las partes, de manera imparcial pueda dar su fallo.

En el proceso la parte más importante la constituye la prueba, pues con ella demuestran las partes la verdad o falsedad de sus proposiciones, es decir, dan vida o existencia a un hecho; al juzgador le tocará confrontar este hecho con las hipótesis contenida en la norma. Eso es el fallo judicial: una confrontación de la verdad real probada con la verdad hipotética contenida en la Ley.

B) LA PRUEBA EN EL DERECHO SUSTANTIVO Y EN EL DERECHO PROCESAL.

Por el Art. 416 Pr. nos damos cuenta que es el Código Civil, en nuestra legislación, el que regula la admisibilidad de la prueba en el proceso civil; y con ello nos encontramos con el problema tan largamente discutido por los tratadistas y aún no dilucidado todavía, de que a quién, por su naturaleza, le corresponde tratar la materia de la prueba, es decir, si es de naturaleza material o derecho sustantivo o si pertenece al llamado derecho adjetivo.

En nuestra Legislación, como en la mayoría de los paí

ses, la prueba corresponde al Derecho Civil y al Procesal.

Sobre a cual de los campos la prueba debe pertenecer - exclusivamente, la Doctrina no es uniforme. Se afirma que los temas de la prueba, como son la carga de la prueba, - su efectividad, su admisibilidad, la determinación de los medios probatorios, pertenecen al derecho material porque, para la seguridad de las convenciones que celebran las partes, es bueno pre-establecer la prueba. Además, háy situaciones en que las formalidades van tan estrechamente unidas al acto que sin ellas éste no tiene valor alguno, y - esas formalidades, como el hacerlo constar por escrito, - sirven de prueba.

Por otra parte, se dice que el derecho procesal, sin - valorizar los medios de prueba, presenta minuciosamente la forma en que debe de presentarse la prueba en el juicio. Pero la prueba no sirve únicamente para hacerse valer en juicio, como ejemplo tenemos el caso de alguien que quiere contraer matrimonio ha de acreditar su edad; vemos pues que la prueba no ha de presentarse sólo en un juicio; hay casos en que se presenta sin él.

Nuestro Código Civil en el Título XXI del Libro IV - trata de la prueba de las obligaciones. Así lo trata el - Código de Chile que es la fuente de nuestro Código Civil, que a su vez lo tomó del Código de Napoleón, el cual fué influenciado por el pensamiento de POTHIER, quien en su "Tratado de las Obligaciones" concluyó, lógicamente, que, tratándose de las obligaciones, al final había necesidad de dar los medios como se probaban éstas.

La dualidad de considerar a las normas relativas a las pruebas como derecho sustantivo y como derecho adjetivo al mismo tiempo, parte de que la Legislación Latina hizo distinción de dos grupos de normas relativas a la prueba: que eran sustantivas las referentes al "ONUS PROBANDI", su admisibilidad, los medios de prueba y sus efectos; mientras que pertenecían al derecho adjetivo las normas que tratan de la forma y el procedimiento al presentarlas en juicio. Esta tendencia fué la de POTHIER en su obra citada y la de los redactores del Código Civil Francés, y la de los tratadistas franceses que siguen esta doctrina hoy día, que se sostienen en que debe haber una distinción acerca de las disposiciones que establecen las condiciones indispensables para que un acto jurídico exista.

Chiovenda y Liebman, en su estudio "Resumen de las comunicaciones presentadas al Congreso de la Haya", citado por De Pina, página 19, en su tratado "De las pruebas civiles" dicen: "Una de las primeras características de las legislaciones latinas consiste en la discriminación de dos grupos de normas sobre las pruebas, a saber: las que regulan el Onus Probandi, los medios de prueba, su admisibilidad y sus efectos, y que se encuentran encerradas en los Códigos de Derecho Privado (Código de Comercio, Código Civil), mientras que en los Códigos de Procedimiento Civil no se encuentran sino las normas que rigen la forma y el procedimiento. En verdad, ésta separación no tiene ninguna razón de ser, pues también las normas del primer grupo per

tenecen, sin ninguna duda posible, al derecho procesal, - teniendo únicamente por finalidad, regular los modos de investigación de la verdad en el curso de proceso. La opinión contraria, profesada todavía por la Doctrina del Derecho Civil Francés, es absolutamente injustificada, desde que su única preocupación consiste en mantener una distinción acerca de las disposiciones que establecen las condiciones requeridas ad-substantian para la existencia de un acto jurídico, (por ejemplo, el acto público para las donaciones) condiciones que regulan la forma necesaria y no la prueba de los actos jurídicos. La opinión que ha llegado a dominar en Italia es la que considera también como atinentes al Derecho Procesal las normas sobre la prueba contenidas en los Códigos Civil y de Comercio con todas las consecuencias que se desprenden de esto por vía de interpretación y de eficacia en el tiempo".

Por el simple hecho de que normas relativas a la prueba estén reguladas en el Código Civil no le quita a éstas su carácter procesal. Si se trataron en él fué porque el proceso de diversificación de la materia no estaba desarrollado.

Las normas sobre la prueba son procesales y deben de tratarse en el derecho procesal, y por ende, estar contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, porque no debemos de olvidar que tienen un carácter eminentemente público y no pueden ser jamás de Derecho Privado. Es tiempo ya de que las normas probatorias contenidas en el

Derecho Privado pasen al Derecho Procesal. La eficacia de las pruebas no sufriría desmedro alguno, pues a lo que se aferran los franceses, las formalidades a que están sujetos ciertos actos jurídicos, serán requisitos de validez pero no de prueba.

Todo lo referente a la prueba debe ser tratado en el Derecho Procesal, por ser de su naturaleza. El que los civilistas lo tomen como una cosa de fondo o de substancia se explica porque hay actos en los cuales las formalidades forman tal nudo con el acto que éste sin aquéllas no vale. Pero estas formalidades serán parte del acto y no prueba. Que éstas sirvan como prueba del acto es una cosa y su validez como Prueba en el proceso es otra.

Saquemos del Derecho Civil todas las normas jurídicas referentes a la Prueba e incluyámoslas en el Derecho Procesal al que por su naturaleza pertenecen. Diversifiquemos ya esta parte del Derecho y hagamos a un lado la antigua concepción la tina que fué aceptada por POTHIER y sigamos el ejemplo del Código Civil de México para el Distrito y Territorios Federales, en el que lo referente a la prueba se ha remitido al Código de Procedimientos. Pero para mientras eso llega, al menos consideremos, como dice Chiovenda (obra citada), que son normas procesales las que se refieren a la prueba, no importa en que cuerpo de leyes sean incorporadas.

C) LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y PROCESAL CI -

VIL .

Se ha pretendido encontrar diferencias entre la prueba

penal y la prueba civil. En verdad, si alguna diferencia existe entre una y otra prueba, es muy sutil, y difícil de determinar, pues la finalidad es la misma, o sea, encontrar la verdad sobre un hecho; y la verdad, sólo puede ser una. Sin embargo, la diferencia que se nota entre una y otra radica en la mayor o menor actividad permitida al Juez, quien lleva, en el proceso penal, la responsabilidad de esclarecer los hechos, es decir, es un investigador. Podemos afirmar, como dice Couture+, que la prueba penal se asemeja a la prueba científica, mientras que la prueba civil es parecida a la prueba matemática: "una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación". En lo penal la prueba es averiguación, búsqueda; y en lo civil, es comprobación, corroboración de la verdad o falsedad de lo demostrado. En lo penal es el Juez el que tiene que averiguar; en lo Civil, son las partes o más concretamente, la parte interesada, las encargadas de demostrar al Juez la verdad del hecho, y éste no conoce otra verdad que la verdad que le demuestran las partes en el proceso. En lo Civil, el Juez, por regla general nuestra pasividad, la cual, en ciertos casos, es interrumpida, pues, en las llamadas diligencias para mejor proveer y otras que la Ley le obliga a tomar de oficio, tal como la inspección personal, encontramos que no hay tal pasividad: el Art. 316 Pr. faculta al Juez hacer de oficio al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su deposición, en cualquier estado del juicio antes

+ Fundamentos de Derecho Procesal Civil.

de la sentencia: el Art. 368 Pr. establece que el Juez puede de oficio hacer la inspección en cualquier estado de la causa: pero siempre esta actividad judicial no es una iniciativa propia que nazca de la libre voluntad del Juez; es la Ley la que le ordena tomar esa actitud.

Aún teniendo como única diferencia la actividad del Juez, encontramos por los artículos transcritos, que no todo el tiempo el Juez ha de esperar que las partes le demuestren los hechos; él oficiosamente, puede investigar para hacerse formar una idea perfecta del asunto e instruirse completamente, Art. 368 Pr. Hemos de agregar que esta actividad es excepcional; lo natural y corriente en el proceso civil es que las partes aporten la prueba para convencer al Juez. No toda clase de prueba, sino la que sea admisible de conformidad al Código Civil, según lo señala el Art. 416 Pr.

D) CLASES DE PRUEBA.

La clasificación de la prueba más aceptada por los tratadistas es la que la divide en: prueba directa y prueba indirecta.

Sobre lo que deba considerarse prueba directa ha habido confusión, pues siendo ésta una percepción directa del Juez del hecho a probar, algunos han tomado esta percepción cuando el Juez debe de atestiguar el hecho. No es este el caso, ya que sabemos que debe de excusarse de conocer a fin de servir como testigo. Aunque, conviene aclarar, como expone Carnélutti en su obra "Tratado de la Prueba Civil" citado, que el conocimiento de un hecho por parte del Juez no se -

puede tener sin que él mismo perciba algo con sus propios sentidos y ese algo puede ser el hecho mismo que se debe de probar o un hecho distinto. Trae como ejemplo de prueba directa el hecho jurídico contenido en el Art. 942 Inc. 4º - de nuestro Código Civil, cuando el actor pide se derriben los árboles plantados a menos de la distancia reglamentaria. El hecho a probar será la existencia de los árboles plantados y su situación respecto al lindero; aquí, el Juez, con sus propios ojos al practicar la inspección se dará perfecta cuenta de la razón o sin razón de la querrela.

En el caso de que X persona reclamará de Y persona el - pago del precio convenido en el contrato de compra venta, tendría que probar la existencia de este contrato y de que Y no ha cumplido y tendría que hacerlo actualizando un hecho pasado por medio del contrato, si lo hay, o por medio de testigos si éstos son admitidos; pero estas pruebas le darán base al Juez para deducir la existencia del hecho jurídico que no puede nunca ser conocido del Juez por percepción directa; lo que percibe el Juez directamente es la visión de un documento o la audición del testimonio y de estos hechos deduce la existencia del hecho controvertido, es decir, que el Juez infiere que si el contrato no se hubiera celebrado no existiera el documento o los testigos no lo narraran. Hay en este caso prueba indirecta.

Por la certeza que cada una de estas clases de prueba lleva consigo, es indiscutible que es superior la directa; pero encontramos que su efectividad es limitada por la na-

turalidad misma de los hechos a probar: será efectiva para los hechos permanentes o presentes; para los hechos pasados o transeúntes tenemos que recurrir irremediabilmente a la prueba indirecta.

Notamos que esa división de la prueba se base en la función que lleva a cabo el Juez. No debemos de olvidar que los medios de prueba se han instituido para el convencimiento del Juez, y para llegar éste a esta convicción tiene que verificar los hechos por funciones mentales: si existe percepción del hecho hay prueba directa y si existe representación del hecho hay prueba indirecta. CARNELUTTI, - en su obra citada, dice que la diferencia entre prueba directa o indirecta no es de función sino de estructura, que la indirecta es más compleja y la directa es más simple; - pero la base es siempre la percepción de un hecho por parte del Juez. Resulta más complicado comprender esta diferencia, pues lo que se percibe en una prueba es el hecho mismo y en la otra, el hecho intermedio del cual se deduce el hecho a probar. Mejor digamos con Couture + que hay percepción en la prueba directa y representación en la indirecta, aunque en el fondo sea la misma cosa pero más al alcance de nuestro entendimiento.

E) MEDIOS DE PRUEBA.

El Art. 253 Pr. enumera los medios de prueba admitidos por nuestra legislación. Dice: "Las pruebas se hacen con -

+ Fundamentos de Derecho Procesal Civil.

instrumentos, con informaciones de testigos, con relaciones de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o la confesión contraria, y con presunciones". Repite lo estatuido en el Art. 1569 C. al cual se remite, cuyo Inc. 2º expresa: "Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento diferido o inspección personal del Juez y peritos".

Lo que sea cada una de estas pruebas no está dentro de los alcances de este trabajo. Me queda por agregar que en esta enumeración de los medios de prueba, la cual no obedece a un desarrollo lógico, existe el problema de si es taxativa o únicamente enumerativa o enunciativa; la solución que se le dé a tal problema significa el rechazo o aceptación, en nuestro Derecho Procesal, de la prueba científica, tales como: discos, micro-film, cintas y alambres gravados, fotografías, radiografías, etc.

De las divisiones de la prueba la que considero sin razón de ser es la llamada prueba plena y semi-plena.

Un hecho se prueba o no se prueba. Existe o no existe para el Juez. Pero no podemos hablar de que semi-exista; ésto es un contrasentido innegable. En el Art. 412 Pr. se establece cuando es semi-plena la prueba: " Son pruebas semi-plenas: la comprobación de letras, la deposición de un solo testigo idóneo, la confesión extrajudicial verbal probada por dos testigos, la presunción judicial y los tes-

timonios o copias de que habla el Art. 265 ".

Resulta difícil aceptar esta división y cuesta trabajo imaginarse que el hecho no exista completamente sólo porque un testigo idóneo lo afirme, pongamos por caso. Es muy duro para un Juez consciente el tener que sentenciar en estos casos: el hecho existe pero a medias. En nuestra Legislación moderna hubo un intento de cambiar de criterio y encontramos una disposición, a nuestro juicio muy atinada de la extinta Junta de Gobierno, al dar la Ley Procesal de Trabajo, que en el Art. 24 inc. 2º, decía: " Un solo testigo podrá hacer plena prueba, si su deposición crea en el ánimo del Juez el convencimiento de que ha dicho la verdad." Esta regla tuvo corta vida y fue derogada por Decreto Nº 42 del Directorio Cívico Militar que dispuso: " Para apreciar la prueba testimonial, el Juez atenderá más que al número de los testigos, a la convicción que le forman sus deposiciones, al interés que pudieran tener en el asunto y a cualesquiera otras circunstancias que aporten elementos de juicio sobre la veracidad de sus hechos "; que pasó sin variantes a formar el inciso 2º del Art. 353 del Código de Trabajo. Con ella vuelve al mismo principio del Art. 321 Pr. y la disposición de la Junta quedó como muestra de un generoso esfuerzo de innovar al Derecho Procesal patrio.

Aunque la redacción del artículo vigente permite una interpretación que conduzca a un resultado igual al del tenor literal de la disposición promulgada por la Junta

de Gobierno, es innegable que tiene el valladar del Art. 321 Pr.

F) VALORIZACION DE LA PRUEBA

La actividad judicial llega a su punto culminante cuando el Juez sentencia, que es cuando decide el pro y el contra de la cuestión incoada. Pero para llegar a este punto tiene que formarse una idea clara del hecho controvertido y para esto es imprescindible que valore la prueba existente en el proceso.

Entre nosotros el Código de Procedimientos Civiles regula el valor de las pruebas presentadas en juicio, y el Código Civil determina los casos en que se admitirá una prueba.

El Art. 415 Pr. dice que cuando por ambas partes se produzca en juicio plena prueba, se estará a la más robusta según el orden siguiente: "...". Y, el Art. 416 Pr. dice: " Cuando ambas partes presenten pruebas del mismo género se absolverá al demandado. La calificación anterior de las pruebas tendrá lugar en los casos en que respectivamente sean admisibles, según el Código Civil.". Estos dos artículos desarrollan la tesis legalista de la prueba en nuestra legislación, que le dá valor a cada uno de los medios de prueba y le indica al Juez el camino a seguir en caso de que por ambas partes se hubiese presentado prueba. No es libre el Juez para apreciar la prueba; de antemano el Legislador ha determinado cómo ha de considerarse convencido sobre la verdad del hecho controvertido. Si ha probado

o no un hecho, éste existe o no existe legalmente para el Juez, que debe quedar plenamente convencido, y el Art. 415 transcrito le dice cuales medios forman plena prueba. Pero ¿ habrá siempre una coincidencia entre el convencimiento requerido por la ley y el verdadero convencimiento o conciencia del juzgador ? Creo que lo que pase en la conciencia del Juez le interesa poco o nada al Legislador, lo que le interesa es la seguridad de poder probar la verdad de un hecho con los medios legalmente requeridos; si con esos medios algún caso se le escapa, no por éste diremos que el sistema establecido no opera en la mayoría de los casos sometidos al juzgador, ha dado efecto, es decir, la experiencia indica que es efectivo.

Sobre este punto de la menor o mayor libertad del Juez para buscar su convencimiento radica la aceptación o rechazo de la Teoría Legalista de la prueba, sobre la cual no hay unanimidad de criterios. Pongamos el caso corrientemente expuesto: por haber presenciado los hechos el Juez tiene un convencimiento particular sobre el asunto y las partes por los medios legales le demuestran otra cosa de la por él sabida. No puede el Juez basarse en su convencimiento particular para decidir la cuestión: si sabe la verdad tendrá que excusarse y presentarse como simple testigo ante otro Juez; si no lo hace así habrá invadido una de las atribuciones de las partes cual es la obligación de probar su derecho alegado y entramos en el Tema de la Carga de la prueba, pus son las partes las que tienen la

obligación de convencer al Juez con su actividad procesal, es decir, presentar la prueba. Pero en este caso el Juez ya está previamente convencido y tendría que valorar la prueba que se le ha presentado, que constituye su atribución primordial al rendir su fallo, que es cuando declarará si la parte actora probó su acción o la reo probó su excepción.

Sobre la valoración de la prueba existen dos sistemas y hasta tres, pretenden algunos tratadistas: Sistema de la prueba libre; Sistema de la prueba legal y el llamado Sistema Mixto que es una combinación de los dos sistemas expresados y en el que los tratadistas piensan ver la justa solución al problema, es decir, que no ata completamente al criterio del Juez; pero que tampoco lo deja en completa libertad.

El Sistema de la prueba libre deja en entera libertad al Juez para poder apreciar la prueba y para escoger qué medios son los más efectivos para la producción de la verdad, no le pone ninguna traba legal en la apreciación y su convicción se forma en la apreciación razonable que hace de los hechos según su libre criterio, sin estar ligado a las apreciaciones legales, por tal motivo se le llama también " Sistema de persuasión racional del Juez ".

La tendencia moderna es darle más libertad al Juez, hacer a un lado el formalismo que ha dominado al Derecho Probatorio.

Los tratadistas discuten sobre la bondad de este Siste-

ma anteponiéndolo al llamado Sistema de la prueba legal, el cual basándose en la experiencia de reglas abstractas para aplicarse a casos concretos, por lo que su eficacia puede no corresponder a la verdad; mientras que si las pruebas son libremente apreciadas por el Juez, no obligándolo a apreciar cual es la más eficaz, según un patrón previamente elaborado, sino admitiendo toda clase de pruebas, es más probable que el Juez sepa dirimir la cuestión, pues hemos visto que el fundamento de todo juicio, es el de establecer la verdad de un hecho controvertido.

Pero, se arguye en su contra, ¿habrá estabilidad en el Derecho cuando no se sabe previamente qué necesitará el Juez para quedar convencido, prestándose, incluso, a cometer deshonestidades por lo fácil que será cometerlas?

Es cierto, replican los defensores; pero mal anda la Justicia si el Legislador no confía en sus jueces.

La verdad de este Sistema es que exige de los magistrados una mayor preparación en la disciplina jurídica y doble empaque moral. Este Sistema con jueces preparados e íntegros es ideal.

Entre nosotros, herederos del formulismo del viejo Derecho español, no hay libre apreciación de la prueba. Califica el Legislador previamente la eficacia de las pruebas y dogmatiza qué pruebas son las admisibles en los casos que se controvierten ante el Juez. El Art. 415 Pr. trata sobre la preferencia de las pruebas y el Art. 416 Pr. dice que la calificación tendrá lugar en los casos en

que respectivamente sean admisibles; es decir, que le da al Juez patrones a seguir según el caso que se controvier- te y si en ese caso se presenta la clase de prueba exigi- da habrá plena prueba, aunque la conciencia del juzgador no le parezca así.

En lo penal al Tribunal de Conciencia se le deja liber- tad para apreciar si el acusado es o no culpable. El Art. 227 I dice que los Jurados están obligados a "Decidir se- gun los cargos y medios de defensa siguiendo vuestra con- ciencia e íntima convicción..." Y el Art. 255 I agrega que el Presidente del Tribunal les hará a los Jurados las siguientes advertencias: "La Ley no les dice tendréis por verdad tal hecho verificado por cierto número de testi- gos: ella no les hace sino esta sola pregunta que encierra la extensión de sus deberes: ¿Tenéis una íntima convicción?"

Es sumamente desalentador que el Legislador tratándose de causas civiles ate al Juez con la prueba legal, y que siendo el Juez hombre letrado, de cultura superior a la generalidad de individuos por la formación profesional que debe tener para desempeñar el cargo de Juez, la cual no se exige para desempeñar ningún otro puesto de la adminis- tración pública, no pueda apreciar libremente la prueba; mientras que en causas penales a los Jurados, que son en su mayor parte incultos, en las lindes del analfabetismo, "no les prescribe las reglas de las que deban deducir la plenitud y suficiencia de una prueba."

Ojalá futuras legislaciones le den más libertad al Juez, siguiendo así las modernas corrientes del Derecho Probato- rio.-

CAPITULO II

EL ONUS PROBANDI O CARGA DE LA PRUEBA

A) EL OBJETO DE LA PRUEBA.-

Lo que primero se ha de preguntar es ¿qué es lo que se prueba en un proceso civil ?

Al plantear su demanda el actor relata hechos y fundamenta su pretensión en el Derecho.

Como principio podremos decir, que sólo los hechos necesitan prueba y podemos agregar, que el Derecho no necesita prueba.

Pero estos principios generales, como adelante lo veremos, tienen sus excepciones.

Ahora bien, los hechos que son objeto de prueba son los controvertidos.

Dice el Art. 240 Pr. 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 ", regla que tiene estrecha relación con la establecida en el Art. 421 Pr. que dice que " Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso ". Y las pruebas que no llenen estos requisitos serán desechadas en la sentencia. Estas reglas sientan las bases de lo que constituye el objeto de la prueba.-

Los hechos controvertidos son aquellos sobre los que no existe acuerdo entre las partes.-

El Derecho extranjero tambien necesita probarse, los tratadistas no están conformes en esta solución y, siguiendo la Doctrina alemana, sostienen que el Juez si tiene conocimiento del Derecho extranjero debe de aplicarlo como el nacional; si no lo conoce, debe informarse de su existencia.

Nuestra Legislación resuelve claramente el problema y el Art. 239 Pr. expresa que el que apoye su derecho en Leyes Extranjeras, debe de probar su existencia en forma auténtica ".

El Código de Bustamante, que tiene aplicación en nuestro medio en aquello en que sus doctrinas jurídicas no contraríen o restrinjan en alguna forma las Leyes de El Salvador, en su Art. 409 dice: " 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.".-

Estas dos disposiciones se complementan: el Art. 239 Pr. ordena que el derecho extranjero debe de comprobarse y el Art. 409 del Código Bustamante dice la forma en que debe hacerse dicha comprobación.-

B) EXCEPCIONES AL OBJETO DE LA PRUEBA.

No necesitan prueba:

- A) La Legislación Nacional.
- B) La Costumbre.

- C) Los hechos notorios.
- D) Los hechos que tienen a su favor una presunción legal.
- E) Los hechos admitidos.
- F) Los hechos evidentes.
- G) Los hechos normales.

DERECHO NACIONAL. Es obvio que el Juez está en la obligación ineludible de saber el Derecho de su País, si su misión es quedar bien informado sobre el hecho discutido, su obligación es saber la norma a aplicar. Las partes pueden citar las leyes en que se apoyan; pero el Juez no está obligado a estarse a ellas y resolver la cuestión con base en tales disposiciones. Las partes pueden citar los artículos que crean convenientes y que estinen fundamentales de su acción pueden haberla citado mal y no por eso perder el pleito, incluso haberlas citado mal adrede y siempre se tomará como un error de derecho subsanable; el Juez, sabido el hecho debe de resolver. El Art. 421 Pr. dice: "La sentencia recaerá sobre las cosas litigadas y en la manera que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho, y en falta de unas y otras en consideraciones de buen sentido y razón natural." Este artículo es fundamental en nuestra legislación, pues da la medida de lo que el Juez debe de saber, exigiéndole una información completa de la ley, de la Doctrina del Derecho y le permite ade-

más, fundamentar las sentencias en su buen sentido.

Exigiendo tanto el Legislador a los jueces debería existir una mayor preocupación para seleccionar a las personas que optan a una Magistratura.

Para hacer esta selección, los tratadistas han discutiendo métodos y formas, llegando a la conclusión de que son los colegios de abogados los más indicados para proponer los candidatos. La verdad es que, además de solvencia moral y preparación ha influido enormemente la política en los nombramientos de los jueces; quizá esta ha sido la determinante de su nombramiento. Mi opinión es que el nombramiento de los jueces no debe de ser atribución de Poder alguno del Estado; sino que debido a una elección popular y por un período más o menos largo de cinco a seis años o más si se quiere, pudiendo ser reelectos.

Tendremos entonces a funcionarios judiciales libres de temor, apolíticos, así la inoperante Ley de la Carrera Judicial, con la novedad del nombramiento de por vida, no tendría razón de ser.

LA COSTUMBRE.

Entre las excepciones que traigo en este trabajo del Onus probandi, está la costumbre.

Los tratadistas y la Doctrina no son uniformes; la mayoría opina que la costumbre debe de entrar como un hecho más, por lo que el que trate de apoyar su derecho en normas consuetudinarias está en la obligación de probar su existencia, es decir, que pesa sobre sí la carga de la

prueba.

Son de este parecer Vicente y Caravantes (Tratado histórico-crítico-filosófico de los Procedimientos Judiciales en materia civil. Vol II pag. 125) Manresa (Comentarios al Código Español. Vol. I pag. 80) y Chiovenda (Principios de Derecho Procesal Civil Vol. II pag. 284). Entre nosotros el Doctor Angel Góchez Castro comentando a lo sostenido sobre este mismo tema por Mucius Scaevola, dice que "La existencia de la Ley no necesita probarse porque todo precepto legal debe ser conocido; pero la costumbre que no es promulgada, debe de probarse por quien quiera aprovecharse de ella, en los casos en que la Ley lo permita; y para tales casos sí podría dispensarse tal probanza cuando ya existieran fallos judiciales que hubieran consagrado la costumbre, porque entonces sería muy justo establecer una presunción a su favor que pusiera al contrario una obligación de probar que la costumbre había dejado de serla." (Comentarios al Código Civil vigente). Couture (Fundamentos. pag. 221) dice que hay casos en los que la costumbre es fuente de Derecho como en materia de medianería, de usos comerciales, de abordaje, salarios, etc. y si ésta es discutida habrá de ser objeto de prueba; y que a falta de ésta, el Juez está en la obligación de hacer la investigación por sus propios medios. Coviello (Doctrina General del Derecho Civil pag. 55) sostiene que entre la Ley y la Costumbre existen diferencias, aunque la costumbre se basa en un hecho que produce consecuencias jurídicas; y no es un hecho jurídico cualquiera puesto

que produce una norma de Derecho; pero que no puede por esto sólo equipararse totalmente a la Ley. Dice: "La Ley se concreta a un solo acto, que se hace notorio por la publicación; la costumbre, en cambio, es un uso formado lentamente, y la norma que de ella resulta no es tan clara y precisa que no se preste a equivocaciones." Concluyendo de allí que es imposible exigirle al Juez un conocimiento exacto de la costumbre como lo tiene de la Ley; pudiendo aplicarla de oficio, aún cuando las partes no la invoquen, si su existencia le es conocida, exigiendo su prueba cuando haya duda sobre su existencia o contenido.

Con tales ilustres criterios no estoy de acuerdo.

Es cierto que dado el supuesto de que la costumbre no puede ser conocida del Registrado, toda vez que no ha sido promulgada, resulta de difícil aplicación; pero legalmente tenemos resuelto el problema y debemos de atenernos a la Ley.

La costumbre no constituye derecho, salvo los casos en que la Ley se remita a ella, dice el Art. 2º C., es decir, la costumbre se encuentra incorporada a la Legislación y no la tenemos como una fuente del Derecho; un uso inveterado jamás constituirá Derecho. No vale para ninguna persona negar el desconocimiento de la Ley, menos puede para un Juez el desconocimiento de la costumbre que constituye Derecho. Porque existe una norma jurídica que ordena cual costumbre constituye Derecho. Así la cosa, resulta imposible alegar su desconocimiento porque constituye Dere-

cho y éste debe ser conocido por todos. Además, la costumbre que se tiene por Ley y que debe de ser conocida por el Juez, es la costumbre del lugar, de su lugar; tampoco importa que el Magistrado para conocer la costumbre siga una investigación de oficio, equivaldría esta investigación a la información o consulta que sobre Derecho hace el Juez para aclarar las dudas que corrientemente lo asaltan y así sentenciar con mejor acierto.

Rafael De Pina (Tratado de las Pruebas Civiles, pag.112) dice que someter la costumbre a la necesidad de la prueba, supone hechar sobre las partes una carga improcedente y, concluye con estas claras y muy lógicas razones: "Aceptada esta Tesis, se corre el riesgo de llegar a esta conclusión absurda: alegada la costumbre, si la parte, por cualquier causa (inactividad, ignorancia de su letrado, etc.) no logra probarla, existiendo realmente, el Juez no la aplica, por lo que el precepto, que forma parte integrante del Derecho vigente del Estado de que es organo el Juez, es considerado inexistente, cuando, en realidad, es un precepto tan vivo y tan real como cualquier otra forma impresa con los caracteres más firmes y más claros en el Diario Oficial"

OTRAS EXCEPCIONES

Es principio admitido que sólo los hechos necesitan probarse. Pero hay que hacer constar que no todos los hechos han de probarse, que existe una serie de ellos en que aportar prueba sobre su existencia es innecesario.

Los hechos que deben de probarse son los controvertidos.

La parte propone los hechos y si estos no son aceptados por la contraparte, es decir, que disputa o impugna su existencia, deben de comprobarse.

Pero sucede a menudo que los hechos son aceptados por la contraria, entonces se vuelven hechos admitidos, los que, por economía procesal resulta innecesario establecer en el juicio por medio de pruebas. Basta su aceptación para que el Juez sentencie, y el juicio se vuelve de mero derecho, porque no hay disputa de la cosa cuestionada, solo de la correcta aplicación de la Ley; así lo establece el Art. 514 Pr.

El consentimiento según este artículo, debe ser expreso, es decir, no se admite consentimiento tácito. Por el hecho de que el demandado se le declare rebelde no se le puede coartar su derecho a presentarse y probar sus proposiciones, sólo que en castigo de su dilación en contestar la demanda, tomaré la causa en el estado en que se encuentre, sin poderla hacer retroceder. Art. 533 Pr.

Existen hechos controvertidos que no necesitan prueba: estos son los hechos presumidos por la ley, los evidentes, los normales y los notorios.

Los presumidos por la ley son los que existen porque ésta los da por existentes. Cuando no admite prueba en contrario es una presunción absoluta o de derecho; cuando admite prueba en contrario, es una presunción relativa o legal. En la presunción de derecho debe de decirlo el Legislador que lo es o dar a entender que no admite prueba en contrario.

Pero la relevancia de la prueba es para el hecho presumido, no de donde lo deduce la ley. Si pruebo la posesión de una cosa se presume que soy el propietario de ella.

Tampoco se prueban los hechos evidentes, los que no pueden ser de otra manera más que como se enuncian. Y el saber del Juez los da por ciertos pues se basan generalmente en el conocimiento que se tiene sobre las leyes de la Naturaleza y la relación de causa a efecto en los fenómenos naturales. No se necesita probar, por ejemplo, que la luz de un disparo se verá antes de oírse su detonación.

Los hechos normales también no necesitan probarse. Son aquellos en que la actividad probatoria de las partes es suplida por la mentalidad del Juez (Couture, Ob.cit.pag. 228), pues entran en su conocimiento de la vida, en su experiencia; por estar basadas en la experiencia admiten prueba en contrario. No se admitirá prueba del hecho de la obscuridad de la noche pero sí de que tal o cual noche había bastante visibilidad, la suficiente para distinguir la cosa. Decía que los hechos normales tampoco necesitan prueba. Estos son los hechos conforme a lo normal y regular de la ocurrencia de las cosas, que suceden y se desarrollan en la forma natural. Lo que sí debe probarse es lo que ocurre contrario a lo normal, es decir, lo excepcional o extraordinario, porque rompen el curso en que naturalmente se ha desarrollado la Vida.

Los hechos evidentes y los normales, forman parte del saber privado del Juez.

Estos hechos son un conjunto de presunciones que aparecen en todas las legislaciones y cuya aplicación se deja a las luces y prudencia del Juez. Es esa línea de conducta que naturalmente se conducen los fenómenos y los hombres y que por experiencia se sabe que las cosas suceden de cierta manera y no de otra. Lo normal es lo natural, porque concuerda con la realidad.

Sobre los hechos notorios hago Capitulo aparte.

C) EL ONUS PROBANDI

Es importante determinar a quién le corresponde probar; pero, primeramente, debemos precisar que no se trata de una obligación jurídica, sino de una carga procesal. Ambos conceptos son distintos; la obligación supone siempre uno o varios sujetos de pretensión con relación con uno o varios sujetos a quienes se puede exigir determinada conducta. Es claro que en el caso del "Onus Probandi" ninguna de las partes está en la capacidad jurídica de exigirle pruebas a la otra parte.

También hay que hacer notar que aunque el Art. 237 Pr. expresa que la obligación de producir pruebas corresponde al actor y el Art. 238 Pr. agrega que quien niega no tiene obligación de probar, ni el actor, en el primer caso, ni al reo, en el segundo, se le puede exigir la producción de prueba y no habrá medio alguno coactivo para constreñirlos a que lo hagan; pero se verán uno y otro precisados a hacerlo porque de lo contrario pierden el pleito. Luego, es su interés probar los hechos y tener así, la de-

cisión judicial a su favor, que es la mira de cada una de las partes contendientes.

Ese interés o necesidad de probar su pretensión que tiene el actor y el reo es una carga procesal porque, "supone la subordinación de uno o más intereses del titular de ellos a otro interés del mismo" dicen Alessandri y Rodríguez y Somarriva U. (Tratado de Derecho Civil Tomo I Vol.II, pag.9)

Los artos. 237, 238 Pr. citados, y el Art. 1569 inc. 1º C. determinan a quién corresponde probar, es decir, quién tiene sobre sí la carga de producir prueba. "La obligación de producir pruebas incumbe al actor" dice el Art. 237, y el 238 Pr. afirma: "El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción." Y el Art. 1569 C. dice: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta."

De modo pues, que en estos artículos está desarrollada la Teoría de la Carga de la Prueba en nuestra legislación civil.

Dicen los señores Alessandri y Rodríguez y Somarriva U. que es difícil determinar a quién le corresponde el peso de probar; pero que, en términos generales se puede asegurar que le correspondería hacerlo a aquel que trate de romper un estado natural u ordinariamente aceptado. Así, si se le discute a alguien la propiedad de que esté en posesión -este es un estado ordinario aceptado porque "el poseedor es dueño mientras otra persona no justifique serlo"- y el que

prenda alterar este estado ha de probar suficientemente que tiene derecho a hacerlo; salvo, eso sí, si el demandado pretende sostenerse alegando una excepción; pero si sólo se concreta a negar no tiene obligación. Tal es lo aceptado por nuestra legislación, pero ¿es esto justo? ¿No significa que el que niega en el fondo está afirmando algo? En el caso propuesto, si el demandado niega que el actor es dueño, ¿no está afirmando que él es el propietario de la cosa que se discute? En verdad resulta demasiado cómodo para el demandado esperar que el actor pruebe su acción, si lo hace, entonces interpone la excepción perentoria, porque estas pueden alegarse en cualquier estado del juicio, y en cualquiera de las instancias, antes de la sentencia, Art. 131 Pr. Ricci (Tratado de las Pruebas Vol I pag.87) ante la regla formulada de quien alega el hecho y no quien lo niega recae la necesidad de probar, se tiene que el Onus Probandi no debe de plantearse así: "La carga de la prueba no puede depender de la circunstancia de negar o afirmar un hecho, sino de la obligación que se tiene de demostrar el hecho fundamental de cuanto se pretende en juicio. El principio debe formularse de este modo: quien quiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, esté obligado a suministrar la prueba de la existencia o de la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada, y el Juez no puede admitir demandas infundadas."

Nuestra legislación acoge la Teoría General sobre la carga de la prueba: el Onus Probandi corresponde al actor; las ventajas de esta situación son para el demandado hasta que se pruebe lo contrario a su posición. El fundamento de atribuir la carga de la prueba al actor, lo da Garsonnet, citado por De Fina, dice: "Si bastara ejercitar una acción contra el demandado para imponerle la carga de la prueba, todas las probabilidades estarían en contra suya suya, y aún el proceso más injusto sería fácil de ganar."

La Doctrina Moderna, para los fines de la prueba, clasifica los hechos jurídicos en constitutivos, extintivos, impeditivos, o invalidativos y modificativos.

Constitutivos son aquellos hechos que dan nacimiento a una situación jurídica, como la celebración de un contrato del cual nace un préstamo. Extintivos son aquellos hechos que producen el fin de una situación jurídica existente, como el pago y todos los medios o modos de extinguir las obligaciones. Impeditivos o Invalidativos son aquellos hechos que no permiten que los hechos constitutivos produzcan sus efectos legales, como la incapacidad de las partes, vicios del consentimiento, etc. Los hechos modificativos son los que solo alteran los efectos de un derecho, como el pago parcial.

Se dice que al actor toca probar los hechos constitutivos y al demandado los hechos extintivos, impeditivos y modificativos.

En la realidad no se presentan los casos tan sencillos

como se ha expuesto.

Veamos lo que pasa en el siguiente ejemplo de fácil ocurrencia:

Pedro reclama de Juan cantidad de dinero que le dió en préstamo.

Juan se excepciona alegando que ya pagó.

Pedro dice que pagó mal porque pagó a persona que no estaba autorizada pra recibir el pago y que debe pagar otra vez.

Juan alega que el pago fue ratificado por Pedro.

Pedro alega a su vez que cuando se hizo la ratificación no tenía capacidad para ratificar; y así puede prolongarse el ejemplo.

Cada quien tendrá interés en probar los hechos en que se apoyan pra no perder el pleito, porque si se ha enunciado un hecho y no lo prueba, éste se tiene por no existente.

Dice Couture (Fundamentos.Ob.cit.pag.243) que el principio general de la carga de la prueba puede caer en dos preceptos: en materia de obligaciones, en que el actor debe probar la existencia de la obligación y el demandado su extinción; y en materia de hechos y actos jurídicos, en que tanto el actor como el reo deben probar sus respectivas proposiciones. Pero no debemos de olvidar, que eso es Doctrina, pues tratándose de nuestro Derecho Positivo, el actor ha de probar su demanda para tener posibilidades de ganar el pleito; allá el reo si prueba o no su excepción, e-

so será de su incumbencia, pero no tendrá ninguna relevancia sobre la acción intentada por el actor si este no la prueba.

Los ejemplos expuestos se han referido al primer precepto mencionado por Couture, y se puede sentar el principio de que la carga de la prueba incumbe al actor, siempre que los hechos sean constitutivos y, como en el ejemplo propuesto, si reclama el pago de una deuda, tiene que probar la existencia de ésta y la falta de pago, si no lo hace sucumbe, aunque el demandado no haga nada; pero si éste se excepciona, tiene que probar la excepción para no perder la litis, como hemos dejado expuesto.

La Doctrina actual no está conforme en que la negación del hecho no constituye carga de probarlo, porque tanto el que afirma como el que niega está en la obligación de aportar la prueba al Juez y con ella aportarle los elementos de su convicción, ya que el Juez lleva a cabo una verdadera reconstrucción de los hechos, así que, hecho no probado es hecho inexistente. Aparece entonces que la carga estaría repartida entre ambas partes. Las proposiciones negativas son una inversión de una proposición afirmativa; pero mientras la ley no cambie tenemos que seguir aceptando la posición general de que la carga de la prueba incumbe al actor y la excepción al demandado.

La fórmula romana "Ei incumbit probatis qui dicit, non ei qui negat" significaba que una negación no puede probarse, por lo tanto, la afirmación de un hecho negativo debe

probarse y el que la hace, tiene sobre sí la carga de probarla.

Esta interpretación, según afirman Alessandri y Rodríguez y Somarriva U. (Ob.cit. Tomo I, Vol. II pag. 13) es errónea, y lo que tal fórmula quería decir era que el demandado que se limitaba a negar los hechos afirmados por el demandante no tiene que presentar prueba alguna en apoyo a esa negación; "pero no que los hechos negativos no pueden ni deben de probarse" y, agregan, que todo hecho negativo, si es constitutivo del hecho jurídico que se alega debe de probarse como los hechos positivos.

En nuestros tribunales corrientemente nos encontramos en los juicios ordinarios de divorcio con base en la causal de separación absoluta, la afirmación hecha por el demandante que "desde tal fecha no me he relacionado con mi cónyuge de ninguna manera, ni por ningún medio, es decir, por carta, telegrama o por interpósita persona"; estos son hechos negativos constitutivos del hecho jurídico de la separación y afirmados por el actor para establecer un hecho positivo cual es la existencia de la causal invocada. Lo anteriormente expuesto, explica por qué una demanda de esta naturaleza cuando hay contraparte, se entiende, se torna tan difícil de probar. La negación de los hechos de parte del demandado no releva al actor de la obligación de probar los hechos, ni constituye para el demandado una carga, puede perfectamente ganar el pleito si el actor no le prueba su acción y también si como demandado presenta prueba de su negativa.-

CAPITULO IIILOS HECHOS NOTORIOS Y LA POSESION NOTORIA. SU FORMA DE PRUEBA.

Los hechos notorios no son objeto de prueba. Esta es una petición de principio que necesita explicación.

En nuestra legislación no hay disposición que expresamente releve de prueba a los hechos notorios y creo que nunca la ha habido; pero es de universal aceptación el principio "NOTORIA NON EGIT PROBATIONE" que nosotros deberos de aceptar y aplicar en los casos que se den en la práctica como lo exponemos más adelante.

He de hacer notar también que las legislaciones extranjeras no lo han aceptado plenamente. Sé que únicamente México en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales y los Estados Unidos del Brasil en su Código de Procedimientos Civiles, contienen normas que expresamente excluyen a los hechos notorios de la prueba, disposiciones que han sido alabadas por los procesalistas modernos, los cuales aceptan plenamente este principio. El Código de Procedimientos Civiles de Chile alude a los hechos notorios al hablar de los incidentes o cuestiones accesorias del juicio.

Pero es necesario aclarar previamente qué es o qué debe de entenderse por hecho notorio.

Notorio, dice el Diccionario de la Academia Española, es público y sabido de todos. Da a entender esta definición que para que algo, en el caso que nos ocupa, los he-

chos, sean notorios, deben de llenar los requisitos de ser públicos y, además, ser sabidos por todos. La primera condición es lógica y es natural que así sea, pues hechos que suceden o se dan en privado, sin trascendencia posible, no pueden ser notorios. Pero el otro requisito de que sea sabido por todos, es de imposible realización, no hay hecho tan absoluto que llegue a ser sabido por todos en determinado tiempo; es más, la definición no dice que el conocimiento debe ser en determinado lugar y tiempo. Como es fácil notar, este concepto peca por extensión de quienes han de tener conocimiento del hecho; de la idea de que lo notorio ha de ser sabido por un gran número de personas; pero no generalmente por todos.

Couture (Fundamentos...pag.233) dice que el concepto de notoriété d no puede tomarse como concepto de generalidad y que un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos.

Bentham, citado por De Pina (Tratado.pag.114) sostiene que es peligroso admitir que los hechos notorios no necesiten prueba, porque estos pueden ser desconocidos del Juez y la simple aseveración de una de las partes de su notoriété será suficiente. Propone como solución, que el que apoye su derecho en un hecho notorio lo exponga en su demanda o en su excepción, y que se pida a la otra parte "una declaración por la cual reconociere estos hechos como verdaderos", la cual no se atrevería a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe." El rubor, agrega, impediría negarse a ello"; y que esta demanda de la declaración debería ser

la regla. Que así aceptados estos hechos "¿de qué sirve la obligación de probar los hechos? ¿Por qué no sustituir las admisiones a la prueba?" Si así fuera como él propone, entiendo, los hechos notorios estarían relevados de prueba, no por su notoriedad, sino por la admisión de la parte, que es cosa distinta. Pero el hecho notorio tiene validez por sí mismo; por su condición de sabido, porque nada agrega la prueba a la certeza del hecho y el hacerlo significa un dispendio de tiempo y actividad judicial, y porque si la prueba en el proceso civil únicamente es un medio de convencer al Juez sobre la existencia de un hecho que genera consecuencias jurídicas, es decir, que da nacimiento a un derecho, ¿por qué probarlo algo que sabe porque pertenece a su cultura y es él el que debe de dar por ciertos estos hechos no las partes? y no cabe hablar de sonrojos en un proceso civil en donde por regla general están en juego intereses contrarios y las partes contendientes para lograr su fin, cual es el de vencer al contrario, se valen de todos los medios para atraer a su campo al Juez. Concluimos de lo anterior, que si de las partes depende el que se tome como notorio un hecho, nunca se daría el caso y aunque el Juez lo sepa de cierto, no podría sentenciar. No debemos de confundir: notorio no es el hecho del cual tenga el Juez y sólo él conocimiento o que lo haya presenciado, no; el hecho notorio si no es conocido por todos, como pide la Academia, al menos debe de serlo de una gran mayoría al grado de tenerse como de común conocimiento, de modo que el conocimien-

to que de él tenga este Juez lo deba de tener ese otro y aquel otro, ya sea porque el hecho esté muy difundido y que sea de tal naturaleza que vuelva imposible su desconocimiento por pertenecer a la cultura que ordinariamente debe de poseer todo Juez; siendo así, ¿cómo ha de desmentir un hecho que se le presenta como notorio? y, si hemos de hablar de sonrojos, aquí sería cuando, ya que no creo que actualmente exista Juez alguno que en la sentencia ignore la existencia de la Ciudad de Hamburgo, u otra Ciudad tan conocida como ésta, como lo hace el Tribunal Inglés, citado por Couture. Es modelo clásico de ignorancia de los hechos que no admiten prueba y que el rigorismo legal extremo lo exige. Lo cito tal como lo cita el Maestro uruguayo, dice: "Porque, dice el Tribunal, si bien es exacto que sabemos que Hamburgo está más allá del mar, como jueces no nos hemos notificado que así sea." (Ob.cit.pag.235)

Como ya vimos, lo notorio no es que sea conocido por todos como dice el referido Diccionario; tampoco debe de ser un conocimiento absoluto, es decir, que en todo momento esté presente en la memoria, sino relativo, como son los hechos históricos y los accidentes geográficos, que basta la consulta de un diccionario o una Enciclopedia o de un texto de historia o geografía, para tenerlos presentes. Tampoco será el conocimiento real, directo del hecho, que uno se haya dado cuenta de él por haberlo visto, como sería la Huelga de Mayo del año 1944 que determinó la caída del Gobierno presidido por el General Maximiliano Her-

nández Martínez, la cual todos los que la vivimos en la Plaza Pública y los que pacíficamente la pasaron o que hoy después la han sabido, la dan por cierta e innegable y ninguno se atrevería a negar su existencia, su realidad; igual cosa pasaría con el alzamiento de los izalcos en Enero de 1932, los atropellos de la soldadesca en tiempos del Ex-Presidente Lemus, el allanamiento del Recinto Universitario por estas fuerzas, los sucesivos cambios de gobierno que han sucedido, etc.

El hecho notorio tampoco es conocimiento de todos los individuos de un País o lugar determinado, basta que ciertos individuos de una clase determinada se den cuenta de ellos para que los hechos se tengan por notorios, así como las ferias ganaderas de Cojutepeque interesan a gentes dedicadas a la ganadería o que comercian con ganado, fuera de ese círculo son escasas las gentes que saben de su existencia; las fiestas patronales de Quezaltepeque, los certámenes líricos, literarios y musicales, los congresos científicos, las reuniones de clubes, etc.

En su Obra citada, Couture, comentando a Calamandrei, en su Obra "Per la definizione del fatto notorio", dice que "pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión." (Ob.cit.pag.235)

Aplicación práctica de este concepto la tendría en el

caso de que las partes han celebrado un contrato en el cual una de ellas se compromete a cumplir una obligación el día en que cambie el actual Gobierno. Si cambio volviera exigible la obligación, el actor no tendría que probar que la condición se ha cumplido, pues ésta es un hecho notorio del cual el Juez tendrá conocimiento; las partes también tendrán conocimiento.

El concepto de Couture que se ha transcrito es el generalmente aceptado por la Doctrina.

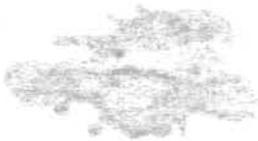
Pero, ¿cual es la importancia práctica de relevar de prueba el hecho notorio? Tiene dos fines de política procesal:

- 1.- Evita que las partes presenten pruebas innecesarias, es decir, economizarles trabajo a las partes y molestias al Tribunal.
- 2.- Evitar, también, que la "Justicia ignore la existencia del saber popular y que su política consista en ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe.

Cuando se trata de probar un hecho notorio, como es el que tal fecha fue un día determinado y no otro, los litigantes han recurrido a los más peregrinos medios. Así, en la Revista Judicial de 1951, pag. 691, encontramos que con el objeto de establecer que el 19 de Octubre de 1949 no fue sábado, como afirmó la testigo, sino miércoles, "presentó un ejemplar del Almanaque "Bristol" correspondiente al año de 1949, el cual está agregado a folio 19 de la

Pieza respectiva." ¿Qué valor puede tener como prueba un almanaque? creo que ninguno. Pero es de imaginarse los tropiezos, angustias y quebraderos de cabeza que tuvo el litigante para idear esta prueba; no se le ocurrió otra cosa que presentar un almanaque "Bristol" quizá porque desde el tiempo de los abuelos se tiene a este almanaque como el más exacto de los oráculos. Siempre resultará chocante exigir o probar un punto de esta naturaleza; pero los litigantes no tienen otro camino que andar pues no tienen asidero legal para no hacerlo y ante el temor de la ignorancia del Magistrado, se agranda el temor de perder un litigio. Lo recomendable es establecerlo en la Legislación como lo hace el Código de México y el de Brasil.

Dice De Pina (Ob.cit.pag.119) que "La definición del hecho notorio no debe confiarse, a nuestro juicio, a la ley. Ha de ser la Doctrina la que lo defina. La definición por la ley encierra el peligro de limitar la apreciación del Juez, en términos excesivamente rigurosos. La notoriedad es difícilmente definible por la ley. Es un concepto que escapa al ámbito ordinario de los preceptos legales. El hecho notorio lo es frente a un caso concreto determinado y solo delante de esta realidad cabe apreciar la notoriedad capaz de producir la relevación de prueba del mismo." Y, glosando a Calamandrei, agrega: "Afirma Calamandrei que para que la regla notoria non egent probatione sea compatible con la regla secundum probate iudex iudicare debet, precisa que el hecho notorio sea definido a través de ca-



ractores tales de los cuales resulte que pueden ser utilizados por el Juez sin dar lugar a la incompatibilidad psicológica que existe entre el oficio del Juez y el del testigo."

De modo pues, que serán hechos notorios aquellos que entren en la cultura normal de un círculo determinado al tiempo de dar la resolución, es decir, son aquellos hechos que no pueden escapar del conocimiento de ese círculo en razón de pertenecer a la cultura que debe de tener ese círculo.

La notoriedad es, según Calamandrei, una cualidad de ciertos hechos tan generalmente conocidos e indiscutidos, que el exigir para ellos la práctica de las pruebas no aumentaría en lo más mínimo el grado de convicción que el Juez y las partes deben de tener de su verdad; incluso se puede decir que el grado de certeza moral que nace de la notoriedad de un hecho debe ser en la conciencia del Juez racionalmente superior al que nace de la prueba." Este concepto da la idea de un conocimiento general del hecho, lo que hace innecesario su prueba porque en nada aumentará ésta su grado de certeza y convicción que el Juez y las partes de él deben de tener. Pero para Bentham la palabra NOTORIEDAD en materia de justicia, es con razón, sospechosa: "es un pretexto de que se han servido en muchas ocasiones cuando no se tenían pruebas o eran harto difíciles."(Ob.cit.pag.114

Pero esta notoriedad que aquí se trata no debemos confundirla en los casos en que la ley exige la notoriedad"

como base o elemento determinante del derecho, v.gr.: en la posesión notoria del estado civil, concubinato notorio, notoria mala conducta, etc. La notoriedad es la base del derecho, se discute su existencia o inexistencia y se vuelve entonces el objeto de la prueba. Por eso Couture (Ob. cit. pag.236) dice que "si se fueran a aplicar irreflexivamente las ideas que se acaban de exponer, se debería de llegar a la conclusión de que el hijo que disfruta de posesión notoria no necesita producir prueba de ese extremo."

En nuestra legislación civil la notoriedad está tratada especialmente en el Libro I, De las Personas, sobre todo en lo relativo al estado civil de las personas: estado civil de casado, estado civil de hijo legítimo o ilegítimo; posesión notoria de hijo natural, concubinato notorio como causal de reconocimiento de hijo natural, notoria mala conducta como causal de incapacidad de toda tutela o curatela.-

CAPITULO IV

JURISPAUDENCIA SOBRE LA NOTORIEDAD. CRITICA.

Como dije en Capítulo anterior, en lo Civil la notoriedad está comprendida en el Libro De Las Personas. Así el Art. 283 Nº 1 C. trata sobre la posesión notoria de hijo natural; el Art. 283 Nº 5 C., sobre concubinato notorio como causal de reconocimiento de hijo natural; el Art.326 C., de la posesión notoria como prueba de estado civil; el el Art. 327 C., la posesión notoria del estado de matrimonio; el Art. 328 C., de la posesión notoria del estado de hijo legítimo e ilegítimo; el Art.329 C. determina el tiempo de

duración del estado civil, de diez años, para que pueda servir como prueba; el Art. 330 C. da las reglas de cómo se probará la posesión notoria del estado civil; y, finalmente, el Art. 496 N° 7 C. trata de la notoria mala conducta como causal de incapacidad de toda tutela o curatela.

A excepción del último artículo citado, de los anteriores se encuentra jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. De este artículo no existe aplicación en los altos tribunales de justicia, según dato obtenido del Índice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña del Dr. Angel Gochez Castro y del Índice de Jurisprudencia Civil Salvadoreña publicado en la Revista del Ministerio de Justicia y compilado pacientemente por el Dr. Julio Alberto Domínguez Sosa. Además, las revistas judiciales de 1950 hacia acá no lo tratan.

Puedo asegurar que la Jurisprudencia sobre la notoriedad es escasa; abunda en lo referente a la posesión notoria del estado civil de hijo natural y, en este caso, es uniforme la Doctrina de los tribunales superiores, al considerar que si la prueba testimonial se ha rendido repitiendo lo que dice el Art. 283 N° 1 C. se tendrá como existente el estado civil.

Sostengo que los hechos consignados en el Art. 283 N° 1 C. que constituyen la posesión notoria del estado civil de hijo natural, deben de establecerse los hechos que la constituyen. Me explico: que no basta con ir a repetir lo que dice el citado artículo; deben referirse los hechos concre-

tos, porque los hechos son los que están obligados los testigos a relatar. Entiendo que cuando la ley establece los puntos a probar, como toda ley, estos puntos se vuelven normas jurídicas, es decir, abstractas y generales, luego es a las partes litigantes a quienes les toca probar la existencia de los hechos que constituyen la hipótesis, y, al Juez, apreciar si esos hechos encajan en esa hipótesis.

Es común encontrar en las sentencias de nuestro Tribunal Supremo en que dan por establecido el estado civil de hijo natural, con base en el citado artículo y número, cuando los testigos de conformidad al cuestionario respectivo, han repetido el texto de la ley letra por letra.

Esta Doctrina no puede ser correcta, pues el Art. 321 inc. 1º Pr. dice que dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, hacen plena prueba. Esta exigencia no se cumple al dar por establecido el estado civil de hijo natural en la forma que comentamos, porque cuando el Legislador dice "Debiendo probarse los hechos siguientes: que el padre lo ha tratado como hijo suyo, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento" quiere que se prueben estos hechos, no que se llegue a repetir lo que es objeto de prueba; es más, los testigos cometen el error de decir que les consta que el supuesto padre ha tratado como hijo suyo a fulano de tal, sin darse cuenta que el proveer a la crianza, el proveer a la educación y el proveer al establecimiento, es lo que constituye el trato de

padre a hijo, y es que el trato del padre para el hijo comienza cuando éste aún está en el claustro materno, pues rodear a la futura madre de toda clase de consideraciones para que tenga un embarazo libre de tropiezos y un parto sin dificultades, se hace más que todo en consideración al hijo, pero, repito, hay que probar con hechos estas distintas provisiones, pues no es lo mismo repetir lo que dice la ley que narrar en el juicio cómo proveyó a la crianza del hijo el padre, cómo proveyó a la educación y al establecimiento; y para dar por plenamente probados, por lo menos dos testigos deben ser contestes. Aplicando así la ley, difícilmente puede tenerse por probada la posesión notoria del estado civil, causal tan socorrida en nuestro medio judicial y los casos que sí se dieran y probaran lo harían presentando testigos veraces, que informarían plenamente al Juez. En el mismo plano estaríamos al querer probar las causales de divorcio. Entre estas está la 5ª del Art. 145 C. que dice: "o frecuentes malos tratamientos de obra", la cual traigo a cuentas por que si pretendemos probarla como se prueba corrientemente el N° 1 del Art. 283 C. bastaría con repetir que les consta que fulano frecuentemente trató mal de obra a su cónyuge. En la sentencia de la pag. 665 de la Revista Judicial de 1951 encontramos un criterio que abona nuestra tesis, la cual, en lo referente dice: "De lo declarado por los testigos X y Y, que son los que depone de modo unánime de acuerdo con el interrogatorio de folio 9, se deduce evidentemente, que la causal de divorcio invo-

cada como fundamento de la demanda, (frecuentes malos tratamientos de obra) no se ha establecido de modo perfecto, de acuerdo con lo que prescribe el Art. 321 Pr. por no ser suficiente que aquellos testigos digan: "que les consta que hace más o menos un año, el señor A maltrataba con frecuencia a la señora B, pegándole", sin puntualizar fechas de dichos maltratos, a nera de efectuarlos, motivos que los ocasionaban, etc. para poder deducir de la relación de tales hechos la frecuencia con que sucedían, y la naturaleza de esos malos tratamientos, apreciación ésta, que sólo corresponde a los Tribunales sentenciadores y no a los testigos, que deben limitarse a constatar hechos, sin poder hacer juicios o consideraciones de carácter jurídico. La parte actora sostiene que la causal alegada en apoyo de su demanda, la ha establecido de manera completa, pero este Tribunal, por las razones expuestas, disiente de tal pretensión, tomando en cuenta, además, que conforme al citado Art. 321 Pr., para que haya plena prueba es necesario que dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, estén conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, y los testigos, cuyas declaraciones se han examinado, no llenan cumplidamente las exigencias de la disposición legal mencionada." He transcrito este largo considerando porque contiene la Doctrina que propugno para el Art. 283 N° 1 C. porque se ve claro, que cuando los testigos llegan a repetir la letra de la ley no están aportando ninguna base para sentenciar por ellos a favor de las

pretensiones del actor, porque ningún hecho prueban, para deducir de ellos la existencia de la causal, y como antes dije, aunque repitan lo que dice el cuestionario letra a letra, no son contestes de conformidad al citado Art.321Pr.

¿Por qué el Tribunal Supremo no es estricto cuando se trata del Art.283 Nº 1 C.? ¿Por qué tanta complacencia en estos casos? Si nos atenemos al espíritu de la ley encontramos que el Legislador ha querido ser estricto, y para corroborar lo dicho cito la sentencia de la Revista Judicial del año 1959, pag. 435, que dice:"Los elementos antes indicados demuestran con toda claridad que cuando el Legislador introdujo como causal de reconocimiento forzoso la posesión notoria del estado civil de hijo natural, quizo que los hechos en que éste consiste, fueran de tal naturaleza que demostrasen de modo evidente, no sólo el deseo del padre de reconocer a un hijo como suyo, sino la incorporación del hijo a su propio grupo familiar, exigencia ésta que se cumple cuando se requiere como elemento integrante de la posesión, la presentación del hijo a los herederos presuntos, a los deudos y a los amigos, y el hecho de que aquellos y estos, además del vecindario del domicilio del padre, hubiesen reconocido dicho estado. Como se ve de todo lo anterior, el Legislador ha sido sumamente estricto y ha exigido tales requisitos como un medio de obtener una absoluta certeza en cuanto a la filiación que se pretende, la cual no puede deducirse sino cuando los actos ejecutados de modo manifiesto conducen a ella."

Antes era más fácil probar el estado civil y no ahora que ha pedido el Legislador más requisitos, más hechos a probar, más circunstancias, que, aunadas todas den al Juez un mejor convencimiento de la existencia de la posesión notoria del estado civil. El Art. 283 N° 1 C. dice que también hay que probar que el padre ha presentado al hijo natural como suyo a sus herederos presuntos, a sus deudos y amigos, y, exige que estos y el vecindario de su domicilio hayan reconocido dicho estado, es decir, no basta que el padre se crea tal y por ello haga las presentaciones referidas, sino que es necesario que las personas a quienes se haya hecho la presentación confirmen la paternidad, y aún más, que el vecindario también la acepte. La razón de esta presentación la vimos clara en el considerando que acabo de transcribir. Además, la aceptación de que habla es la confirmación de la "vox populi", de la opinión del pueblo, que rara vez se equivoca en asuntos de paternidad y sabe apreciar cuando el pretendido padre está en error. Estos extremos han de probarse en concreto: ¿a qué herederos presuntos les hizo saber la filiación? ¿Qué parientes y cuáles amigos supieron la existencia del estado civil por boca del padre? Corrientemente los testigos repiten el cuestionario, que es copia del artículo y los tribunales los aceptan, es más, hay Doctrina al respecto, así la sentencia de fs. 730 de la Revista Judicial de 1951, hallamos lo siguiente: "La ley no exige para la declaratoria referida (de hijo natural) que el padre presente a los hijos a de-

terminados parientes, y basta que se establezca que se hizo la presentación de manera general a los herederos presuntos, deudos y amigos, para que se tengan por cumplidas las exigencias legales." Nada dice esta sentencia del reconocimiento del estado civil de los parientes, herederos y vecinos del domicilio, como prueba determinante de la validez o efectividad de la presentación. Pero bien, no criticaré este fallo por semejante omisión, sino que por la latitud que le da al precepto un hecho que ya es concreto, no es la hipótesis la que se trata de probar sino la confrontación del hecho con esa hipótesis que debe fijarse en la sentencia; hay poca exigencia de la prueba de los hechos, lo cual explica por qué los litigantes prefieren este causal y quizá, mejor dicho, por qué la usan con preferencia.

Para el Tribunal Supremo basta con que se asegure que les consta que el padre presentó al hijo a sus herederos presuntos, deudos y amigos para que se tengan por cumplidas las exigencias legales. No. Esta tesis no puede considerarse como verdadera. Casi siempre un hijo natural es causa de alteración en la familia del padre, por regla general hay desaveniencias conyugales a causa de él; es por ello que la sabiduría del Legislador al establecer esta causal, ha tenido por mira conservar ese respeto mutuo de los casados y también el respeto de un padre que ha de tener a la Sociedad a que pertenece; por tanto, si parientes y amigos saben del parentesco por la presentación del pa-

dre y reconocen ellos y el vecindario que estado civil, se debe determinar cuales parientes o herederos y amigos estaban en el conocimiento. No estoy de acuerdo entonces con la manera de probar la notoriedad en nuestros tribunales, pues la misma técnica se sigue para probar la del Art. 280 C. o de los artículos 327 y 328 C.

En Tesis está abonada por el Art. 330 que dice: "La posesión notoria se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable". Convengamos en que la prueba de la notoriedad ha de ser por medio de prueba testimonial, así lo exige la Ley; pero, subraya el Legislador, ha de ser fidedigna para establecer la posesión notoria de modo irrefragable.

Irrefragable, dice el Diccionario de la Academia Española, que no se puede contrarrestar. Sabemos que el testigo es la persona fidedigna, de uno u otro sexo, que puede manifestar la verdad, es decir, que por definición legal el testigo ha de ser fidedigno, ¿por qué, entonces, la exigencia del Legislador de pedir que el testigo para probar la notoriedad ha de ser fidedigno, con grave riesgo de cometer un pleonismo? Es que para recalcar una idea el Legislador nunca ha vacilado en cometer un pleonismo con tal de hacer notar su exigencia. Quizo decir que estos testigos son especiales, pues han de dar fe de hechos personales que se saben en el calor de una amistad íntima o que han nacido de la confianza mutua. Siendo así este testigo contará los hechos que sabe y el Juez no le tocará más que valorar si e-

esos hechos están comprendidos en la hipótesis contenida en la norma legal lo que hará en la sentencia. Pero, ¿qué valoración le tocaría hacer si el testigo ha llegado a repetir la letra de la ley? de aceptarlo, como lo acepta la Doctrina de la Jurisprudencia Nacional, estamos negando la calidad suprema exigida a esta clase de testigos por el Legis-

lador, entonces cualquiera puede reunir la calidad de este testigo y llenar su cometido; pero ¿quedaría establecida de un modo irrefragable la posesión notoria? Digo que no; y propugno porque haya una mayor exigencia para probar la posesión notoria y no sólo es una exigencia académica sino que en vista de que su aceptación se ha prestado para que constantemente se estén cometiendo injusticias que representan verdaderas vejaciones al derecho de propiedad, puesto que el establecimiento del estado civil casi siempre trae como corolario la exigencia de alimentos, los que, tratándose del Art. 1141 C. alcanzan hasta la tercera parte del haber herencial. Porque a ninguno se le escapa que a nadie le interesa ser hijo de un pelado, digámoslo gráficamente, sino ser "hijo de algo", como decía la antigua legislación española. La cosa es alarmante que, tratándose del reconocimiento forzoso del Art. 283 C. siempre esté la perspectiva de recibir "de una vez", como dicen las demandas, una buena parte de herencia que, cosa de nuestro medio, representa mayor parte que la que toca a los herederos legítimos. Aunque últimamente ha variado la jurisprudencia en la aplicación del Art. 1141 C., y se

trata de repartir la herencia por partes iguales, queriendo hallar la forma equitativa que le falta a la ley; así, v.gr.: si son más de tres los herederos, por ejemplo, al alimentario se le calcula hasta una cuarta parte. Pero me imagino que esta salida solomónica no tiene base legal y hace poner más de bulto la notoriedad de la injusticia.

Entonces, como una mayor garantía, hay que exigir la correcta aplicación de la ley, para la tranquilidad de herederos, sobre todo de herencias cuantiosas, contra ese ataque despiadado a sus fortunas de parte de personas inescrupulosas, garantía que debe ser completa con la prohibición de una investigación de la paternidad ilegítima siendo ya muerto el pretendido padre. Pero esto último va más allá del objeto de este trabajo y, he de concluir, que la posesión notoria del estado civil se prueba tal en nuestros tribunales de justicia, pues ni aplicando el letra de la ley o guiándonos por su espíritu encontramos fácil fijar los hechos de la posesión notoria; pero difícil no significa imposible.

Decir que la Jurisprudencia ha sido casi unánime en su error y se podría pensar que si ha sostenido el error en tantas sentencias es porque no hay tal error. Eso es precisamente lo que llama la atención y que no se encuentra explicación lógica a tal sinrazón. Pero no se crea que esta doctrina ha sido generalmente aceptada. En la sentencia de la pag. 432 de la Revista Judicial de 1946, la Cámara de Segunda Instancia de la Sección de Occidente "se pronun-

ció en el sentido de que la posesión notoria del estado civil de hija natural que se pide en la demanda a favor de la menor Andrea Victoria Lobos no se ha comprobado debidamente estableciendo con claridad todos los hechos constitutivos que la ley exige, atendiendo a las contestaciones que los testigos hicieron al ser repreguntados." En esa misma sentencia, la parte demandada alegó en Tercera Instancia que ninguno de los testigos de la contraparte logró establecer el estado "porque no declararon sobre hechos concretos de crianza y establecimiento de dicha menor por parte del señor Avila Guzmán, ni que éste la haya presentado como su hija a sus herederos presuntos, a quienes ni siquiera pudieron determinar, a sus deudos y amigos". También en la sentencia de fs. 502 de la Revista Judicial de 1953, los tribunales inferiores sostuvieron con gran criterio, que les hace honor, la verdad de nuestra Tesis, así lo dice el Considerando V : "Los tribunales inferiores desestiman la prueba relacionada, aduciendo al respecto la sentencia de vista que con los hechos establecidos, "no se ha justificado en su plenitud la causal invocada, porque si bien es verdad que los testigos declararon de conformidad al cuestionario presentado por la parte actora, lo hicieron de modo general, sin ninguna explicación o razón de la forma como presenciaron tales hechos, pues no basta que digan en abstracto que les consta de vista y oídas tal o cual hecho, sino que, deben explicar el por qué de tal hecho, lo que sólo hizo la testigo señora Villagrán, en lo referente

a la presentación del joven Zelaya a sus parientes y a un amigo..." Pero el Tribunal Supremo se mantuvo en su tradicional criterio y dijo: "Este Tribunal no participa de ese criterio en cuanto se refiere al valor de la prueba relativa a los hechos de la posesión notoria de hijo natural discutida, porque involucra una exigencia que se aparta de la doctrina del Art. 317 Pr., según la cual es razón concluyente del dicho de los testigos la afirmación de los mismos de haber visto el hecho que se investiga, y sólo para en el caso de que declaren de oídas, estarán obligados a expresar la hora, día, mes y año, si lo supieren, para que sus declaraciones puedan hacer fé. Y en el presente caso, los testigos declaran categóricamente sobre los hechos de la posesión, afirmando que les consta de manera directa, y no por creencia de la cual no den razón concluyente, para que no se pueda aceptar la validez de su testimonio, aún cuando no pormenoricen los hechos en que consistió la crianza, educación, etc. sobre que declaran, supuesto que ni se les interrogó al respecto, ni son esos términos abstractos, como pretende la Cámara de Segunda Instancia en la sentencia que se estudia."

No; no puede aplicarse el mentado Art. 317 Pr. a deposiciones que repiten lo que dice la Ley o que a la cola agregan que "todo lo declarado les consta de vista y oídas". No basta esta afirmación si no han pormenorizado los hechos, me pregunte: ¿qué cosa han visto y oído si no pueden decir lo que han visto u oído? Salta de bulto la contradicción y

la afirmación del Tribunal Supremo, con las razones que da de su acerto, no sirven más que hacer confirmar nuestro criterio; de que la posesión notoria se prueba mal y que la Doctrina imperante es equivocada y peligrosa, por lo que urge un cambio radical de ella, la cual será de saludables efectos.

Se creará por lo que vengo sosteniendo, que me pronuncio en contra de los reconocimientos de la filiación natural con base en la posesión notoria de ella. Nada tan ajeno a la verdad. Lo que deseo fervientemente y de la manera más honda y cordial es que el Derecho se debe de aplicar correctamente y que somos nosotros más que nadie los llamados a lograrlo y no nos prestemos para convertirlo en eficaz instrumento de injusticias. Vivamos el Derecho; pero vivámoslo bien.--