

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

**“EL OBJETO Y LA CARGA DE LA
PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL”**

•
TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

ROBERTO RIVAS ORELLANA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN

Jurisprudencia y Ciencias Sociales



•

NOVIEMBRE DE 1969

SAN SALVADOR ★ EL SALVADOR ★ CENTRO AMERICA



+
347.06
R618
1969
F. J. g. es.
Lj. g

541

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10122756

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

DR. JOSE MARIA MENDEZ
RECTOR

DR. JOSE RICARDO MARTINEZ
SECRETARIO GENERAL

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

DR. RENE FORTIN MAGAÑA
DECANO

DR. FABIO HERCULES PINEDA
SECRETARIO

EXAMEN PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES,
CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Guillermo Manuel Ungo

Primer Vocal: Dr. Marcos Gabriel Villacorta

Segundo Vocal: Dr. Luis Enrique Gutiérrez

EXAMEN PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES,
PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. Manuel Arrieta Gallegos

Primer Vocal: Dr. Miguel Antonio Granillo

Segundo Vocal: Dr. José Ernesto Criollo

EXAMEN PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES
Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Guillermo Manuel Ungo

Primer Vocal: Dr. Fernando Castillo hijo

Segundo Vocal: Dr. Orlando Baños Pacheco

Asesor de Tesis: Dr. Guillermo Manuel Ungo

DEDICATORIA

A la memoria de mi abuela Aurelia v. de Rivas (Q.D.D.G.)

A mi madre: Hortensia Rivas

A mi padre: José Matilde Orellana

A mi esposa: Francisca Amaya de Rivas, con profundo amor

A mis hijos: José Roberto, Nelson Francisco y Evelyn Guadalupe, con mi corazón

A mis parientes y amigos

Preámbulo

Ha pasado el tiempo en que la "Universidad de El Salvador", se concretaba a impartir enseñanza meramente teórica y revisando sus planes de estudio, se vio en la necesidad de introducir en ellos un aspecto práctico, que consiste, despertar en el alumno su interés investigativo y lo obliga a realizar trabajos escritos que convenientemente orientados producirán frutos hermosos con el correr del tiempo. Nosotros asistimos a la inauguración de estas corrientes renovadoras y por ello quizás, sentimos alguna inquietud por revisar los distintos trabajos de tesis doctorales y no encontramos uno sólo en el cual se tratara con alguna seriedad el tema escogido: "El Objeto y la Carga de la Prueba en el Proceso Civil", no obstante existir en el haber cultural una serie de monografías y tratados, que la lectura de los mismos constituye una fuente inapreciable de enseñanzas, que pueden servir de guía a los espíritus estudiantiles que hoy se levantan sedientos de pan intelectual procesal.

El tema que hoy abordamos sirve al estudiante, al profesional, y también a los que investidos de la potestad de juzgar, quieren llevar con responsabilidad, decoro y capacidad ese trabajo tan difícil como hermoso que consiste en resolver conflictos de intereses, con apego no sólo a las leyes, sino también a una serie de principios éticos y jurídicos que constituyen la más grande garantía en el diario desenvolvimiento del hacer judicial.

Los que tengan la paciencia de leer los diferentes capítulos que hoy presentamos, notarán que ellos están revestidos de una saludable dosis de actualidad y por eso quizás escogimos un guía que se adapta al pensamiento procesal de la época, el Doctor Hernando Devis Echandía, cuya mención en el recinto de nuestra facultad nos mueve a pensar en alguien que ha vivido, vive y vivirá al servicio de las disciplinas procesales y que hoy está en su más fecunda cosecha.

No faltará quien al revisar los temas desarrollados encuentre deficiencias, ello es excusable por la falta de madurez intelectual,

experiencia y quien sabe si falta de vocación jurídica procesal, a quienes adviertan esto no resta más que indicarles:

Dice un proverbio de sentir profundo:

“No hay rosa sin espina en este mundo”; más te decimos: Si al leer la tesis, tu mente hiere traicionera espina, arráncaselas todas ¡primorosa luzca la síntesis que sobre el tallo inclina!; así, quien venga luego más hermosa, sin una espina encontrará la rosa.

San Salvador, Noviembre de 1969.

Roberto Rivas Orellana.



S U M A R I O

Introducción

	<i>Pág.</i>
CAPITULO I	
a) Generalidades sobre la Prueba	13
b) El Derecho Subjetivo de Probar	18
c) Ubicación de las normas que Regulan la Prueba	20
d) Principios básicos de la Prueba	21
CAPITULO II	
a) El Objeto de la Prueba	29
b) Prueba de hechos controvertidos	33
c) Prueba del Derecho Nacional	37
d) Prueba del Derecho Extranjero	38
e) Prueba de la Costumbre	40
f) Prueba de hechos evidentes.....	43
g) Prueba de hechos normales	44
h) Prueba de hechos notorios	46
i) Prueba de hechos presumidos por Ley	49
j) Prueba de hechos admitidos y hechos confesados	53
CAPITULO III	
a) La Carga de la Prueba	57
b) A quien corresponde probar	60
c) La Carga de la Prueba en algunos procesos	65
d) Es imposible la prueba de los hechos negativos	69
e) Actitud del Juez cuando aplica su buen sentido o razón natural; Pruebas de Oficio	72
f) Procedencia e improcedencia de las pruebas; Pruebas pertinentes e impertinentes	76
g) Oportunidad de las Pruebas o tiempo para producirlas	86
h) Responsabilidad del Juez en relación con la Prueba	89
CAPITULO IV	
Conclusiones	95

★★★

INTRODUCCION

GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA

Comenzamos este trabajo intentando dar un concepto del término “prueba” que según su etimología significa tanto como “honradez”, del adverbio “probe”: que tiene una pretensión fundada en convicciones honradas. Afirman algunos que su raíz etimológica hay que buscarla en el término “probandum” que equivale a: experimentar, hacer fe, patentizar, justificar.

La Ley de Partida conceptúa la prueba, como la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa”. (1)

El diccionario de la Real Academia, expresa: “Justificación de la verdad de los hechos contravertidos en un juicio, hecho por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”. (2)

El Código de Procedimientos Civiles define la prueba en su artículo 235 así: “Prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido”.

El proyecto del Código Procesal Civil en su Art. 369 dice: “La prueba tiene por objeto establecer en juicio la verdad de los hechos controvertidos”.

“En los casos contemplados en este Código la prueba también recaerá sobre la existencia de las normas jurídicas”.

Hay en la definición del Código de Procedimientos Civiles una manifiesta anfibología ya que en ella no se menciona la palabra juicio, tan importante para ubicar el lugar donde tiene que vertirse, por otra parte, confunde los procedimientos probatorios con el elemento teleológico de la prueba.

Más evolucionado el concepto que establece el proyecto, en donde, despojándose de la crítica endilgada al concepto tradicional, nos señala meridianamente el fin que se propone alcanzar en el juicio la institución de la prueba; sin embargo, no escapa a la crítica la falta de amplitud cuando se concreta a emplear únicamente la palabra juicio, nada se pierde, es más, se gana en claridad si empleamos la frase “en juicio o en otro procedimiento”; abona nuestra posición, la afirmación de que los procedimientos civiles constituyen el derecho común al cual se remiten las leyes secundarias cuando en ellas no hay señalados procedimientos para recoger ese material valioso que se llama prueba.

(1) Ley 1a, Título 14, Part. 3ª

(2) Diccionario de la Lengua Española, Madrid 1925 Pág. 998, Nº 7.

La segunda parte del concepto establecido por el proyecto hace referencia a aquellos casos en que es necesario probar el derecho extranjero, ya que bien sabido es que el derecho nacional, no necesita probarse.

Para el doctor Hernando Devis Echandía es necesario examinar tres aspectos de la noción de prueba: “vehículo, medio o instrumento; contenido esencial o esencia de la prueba y el resultado o efecto obtenido en la mente del Juez”. (3) Por otra parte deben distinguirse la prueba en sí misma y los medios de prueba o instrumentos que la suministran; aquella la forman las razones o los motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; los medios de prueba son elementos o instrumentos utilizados por las partes y por el juez que suministran esas razones o motivos, de allí que pueden aducirse medios de prueba que no sean pruebas de nada, cuando no contengan motivos o razones para la convicción del juez. En sentido general, por prueba judicial se entiende, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos; luego una definición que pretenda dar un concepto amplio de la prueba, debe incluir ambos puntos de vista.

Utilizando esas ideas, formula dos definiciones eminentemente procesales: “Probar es aportar al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos.” (4)

“Prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”. (5)

El mismo autor nos ofrece un concepto de prueba tomada como sinónimo de suficiencia probatoria en el proceso: “Es el conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del Juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza”. (6)

Continúa diciendo que el resultado de esa actividad de probar o de esas pruebas podrá variar, según que el Juez deba conformarse con las razones de orden legal que esté obligado a deducir de una apreciación tasada de los medios aducidos, o que, por el contrario, pueda valorarlos con su propio criterio.

Los motivos de la convicción los tomará el Juez de la ley o de su personal apreciación, pero en ambas hipótesis existirá prueba.

Igualmente, el resultado podrá ser distinto si el juez deberá limitarse a apreciar los medios suministrados por las partes y a recurrir a la carga de la prueba para suplir su falta, o en cambio, si puede producir de oficio otros que los aclaren y que den seguridad sobre la verdad dis-

(3) Tratado de Derecho Procesal Civil — Devis Echandía — Tomo V — Editorial TEMIS — Bogotá, D. E. 1967 Pág. 195.

(4) Tratado de Derecho Procesal Civil — Devis Echandía — Tomo V — Editorial TEMIS — Bogotá, D. E. 1967 Pág. 196.

(5) Devis Echandía — Obra citada, Pág. 196.

(6) Devis Echandía — Obra citada, Pág. 196.

cutida, pero en ambos casos la noción de prueba es una misma. Por eso hablamos de los medios que la ley permite aducir y del sistema de apreciación que la ley autorice, para comprender así unos y otros. (7)

Para nosotros la prueba es un método o camino que se sigue en la averiguación de la verdad de la respectiva pretensión y cuando nos proponemos investigar una verdad jurídica, el camino más recto es el de adoptar un método lógico jurídico que nos ayude a examinar los hechos o derechos deducidos por las partes en el juicio, todo para dar a cada uno lo que es suyo, sólo así cobran vida las palabras de Justiniano, cuando nos habla de justicia.

Siendo la prueba un camino para la averiguación de la verdad o más correctamente dicho, de comprobación de la verdad, dado que en el proceso civil el término "averiguación" no tiene carta de ciudadanía, como la tiene el proceso penal, podemos afirmar que probar es tanto como demostrar que lo afirmado es la verdad y como en ello juega papel preponderante la lógica, las enseñanzas del Estagirita nos impulsan a buscar la manera de evidenciar que una cosa "es o no es"; que existe la prueba de un hecho o un derecho o que ella no existe y como "ninguna cosa puede ser y no ser al mismo tiempo", los hechos o derechos son como las partes los han deducido en el proceso y por este orden lógico "son" en los autos o no están en el mundo del proceso civil, como comprobantes de sus respectivas pretensiones.

Es necesario dejar sentado desde ya que siendo el proceso civil un ordenamiento lógico, que desemboca en una sentencia, esta decisión viene a ser la comprobación de una serie de operaciones que como en las matemáticas, cada una de ellas es verificación de la anterior, de tal manera que si se destruyen todas y cada una, la sentencia deviene absoluta para uno u otro litigante, absolucón que a su vez comprueba que una de las partes o ambas estaban equivocadas, podremos afirmar que la prueba es una "verificación matemática". (8)

Con estos antecedentes intentamos formular un concepto de prueba que concebimos en los siguientes términos. La prueba tiene por objeto demostrar y verificar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos y normas jurídicas cuya prueba la ley requiere expresamente, formulados por los litigantes en un juicio u otro procedimiento, ante un juez u otra autoridad competente para conocer en él.

La prueba se dirige al Juez, no al adversario, dice De Pina, (9) ello resulta de la necesidad de colocarlo en situación de poder formular un fallo sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados. Sin pruebas no hay más que la sombra de un derecho y como los hechos, en el proceso, como en la vida, tienen fuerza incontrastable, el litigante, que no repara en

(7) Tratado de Derecho Procesal Civil — Devis Echandía — Tomo V — Editorial TEMIS — Bogotá, D. E. 1967, Pág. 197.

(8) Fundamentos del Derecho Procesal Civil — Eduardo J. Couture, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires 1962 — Pág. 219.

(9) Tratado de las pruebas Civiles — Rafael De Pina, Ediciones PORRUA, México, 1942 — Pág. 36.

la prueba de ellos, difícilmente llegará al reconocimiento del derecho que pretende hacer valer en juicio. ⁽¹⁰⁾

Nuestro Masferrer decía: "El conocimiento se halla en los libros y en la vida y el que sabe leer y observar posee los secretos de la sabiduría". Nosotros afirmamos: El hombre es contemplativo del medio que le rodea y a través de los sentidos capta una serie de fenómenos que organizados en su intelecto forman un contenido de hechos que gobiernan su vida, ya lo dijeron los empiristas: "Nada hay en el intelecto que primero no haya pasado por los sentidos".

Conviene hacer notar que ese ser biológico que se llama Juez, no puede escapar a la observación del ambiente pero llegaría a la categoría de Dios, si pudiera esta en todas partes y como ello no puede ser posible, llama en su auxilio a las partes que le proporcionan a terceras personas que relatan en juicio, lo que percibieron por sus sentidos o el mismo juez se asocia de terceros para apreciar mejor los hechos alegados por las partes. A este respecto el tratadista Bonnier ⁽¹¹⁾ manifiesta: "Hay siempre ciertos datos que, aunque sometidos inmediatamente a la acción de nuestros sentidos, no podrían apreciarse por quien no poseyese luces especiales sobre la materia. Entonces así como nos servimos de los instrumentos de óptica para suplir la imperfección del órgano de la vista, el Juez, que no puede tener conocimientos enciclopédicos, toma de la ciencia preciosos auxiliares, a fin de obtener un análisis exacto de los elementos materiales que tiene a la vista". ⁽¹²⁾

No desconocemos tampoco, el valor que para una victoria en el proceso tienen los instrumentos ya sean públicos, privados o auténticos, ellos constituyen un material que por sí sólo evidencian el hecho que se trata de probar, confirmando así la máxima "las palabras vuelan, los escritos quedan"; son los testigos fidedignos a los que el Juez concede todo su crédito cuando no han sido redargüidos de falsos y forman lo que se ha dado en llamar "la prueba preconstituida".

El fin de la prueba es el de formar la convicción del Juez respecto a la existencia y circunstancias del hecho que constituye su objeto, de allí que se considere probado un hecho cuando ha llegado a formar en el Juez el convencimiento capaz de constituir un elemento de juicio decisivo a los efectos de la sentencia.

Es innegable así mismo, que la prudencia y capacidad de discernimiento del Juez sean necesarios para decidir con un margen considerable de justicia, pues bien es sabido que hay ciertas pruebas que no aparecen a los ojos del Juez con claridad, sino que éste, aplicando su lógica llega a deducir de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, un hecho desconocido.

(10) Tratado de las Pruebas Civiles — Rafael De Pina, Ediciones PORRUA, México 1942 — Pág. 36.

(11) Tratado teórico y práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal — Eduardo Bonnier, Editorial Reus, S. A. Madrid, 1928, Pág. 27 nota N° 21.

(12) Bonnier Obra citada.

Más que pensar de los hechos que “como hombre ha conocido el funcionario llamado Juez”, (13) conocimiento que difiere diametralmente de las pruebas que resultan del mismo proceso; este punto ha sido resuelto por los tratadistas en forma dispar y nunca se pondrán de acuerdo. Opinan unos que el Juez, en ese drama que se llama juicio es meramente un espectador y que por lo tanto se limita a recoger los datos que las partes aportan para hacer triunfar sus respectivas pretensiones, esta posición del Juez no le permite convertirse, ni excepcionalmente en testigo. Bonnier (14) sobre este punto dice: “Los casos en que toma el Juez conocimiento por sí mismo de los hechos que hay que probar deben ser muy limitados. Casi siempre los hechos sobre que versa el litigio han ocurrido fuera del recinto en que aquél administra justicia, en cuyo caso no podrá sentenciar sino sobre la fe de otro, o guiándose por presunciones. Es verdad que puede muy bien haber sido testigo, como hombre de los acontecimientos que está llamado a apreciar como Juez; pero ¿entonces, le es permitido decidirse según sus conocimientos personales, fuera de lo que le revelan los autos? A primera vista se siente impulsado a adoptar la afirmativa. La verdad es una, se dirá, y con tal de que tengamos la íntima convicción de haberla descubierto, poco importan los medios por que hemos adquirido esta convicción. Pero, ¿puede hacer abstracción de sí mismo, para sondear los móviles de interés, de afecto, de preocupación que habrán influido, aún sin saberlo, en su opinión sobre tal o cual hecho? Los más graves autores reconocen que, aún en el fuero interno, está obligado el Juez a dar su decisión, no según lo que sabe como hombre, sino conforme a lo que ha sabido como Juez.

Pero hacer así abstracción de sus propios recuerdos, es una tarea muy dura para la debilidad humana. Los hechos, que creemos examinar con la imparcialidad más escrupulosa, no se nos aparecerán sino a través del prisma de la primera impresión favorable o desfavorable. El mejor partido que pueda tomarse, en semejante caso, por un Juez o por un Jurado, es recusarse”. (15) Esta última afirmación encuentra asidero legal en nuestro Código de Procedimientos Civiles cuando en su Art. 294 declara: “Art. 294.—Son incapaces para ser testigos en todo género de causas. 9) El Juez en la causa de que conoce, pero si su declaración fuere necesaria se abstendrá de conocer en la causa y dará su declaración”.

El proyecto de Código Procesal Civil considera al Juez como testigo tachable para declarar y expresa: “Art. 462.—Podrán ser tachados: 8º) El Juez en la causa de que conoce; pero si su testimonio fuere necesario, lo rendirá por declaración jurada y se abstendrá de conocer en el proceso”.

En nuestro sentir creemos que debe salvaguardarse en todo momento el principio de igualdad procesal, principio que puede violarse si el Juez en un momento dado toma en cuenta el conocimiento que como hombre tiene de un hecho, lo que convierte al funcionario en un testigo pri-

(13) Bonnier — Obra citada.

(14) Bonnier — Obra citada, Pág. 151.

(15) Bonnier — Obra citada, Pág. 152 párrafo 102.

vilegiado corriendo el riesgo de prevaricar cuando haciendo abstracción de las pruebas que hay en el proceso, decide cosas distintas de lo que los autos indican.

Conviene sin embargo, tener cuidado de hablar de “hechos conocidos por el juez, como hombre”, ya que sería absurdo querer obligar al Juez a guardar en su interior las informaciones privadas, ello contraría las realidades de la vida. Sabido es que el Juez pertenece a una clase superior diferente a las clases sociales pero con las que se liga íntimamente, lo cual no permite que se rompan sus lazos morales e intelectuales, y por ello es que el material valioso de los hechos grabados en su retina importa utilizarlos como material del fallo. Parecería que con lo dicho últimamente nos contradecimos, más para aclarar conceptos manifestamos que al referirnos a hechos que constituyen material para decidir como Juez son aquellos notorios, los reales o verídicos y verosímiles y los que sin destruir la prueba de autos, corresponden a las leyes de la naturaleza, tan sabia que el legislador se inspira en ella. Y todavía más, al hablar de conocimiento privado nos referimos a los casos en que el Juez debe saber más como hombre que como magistrado, son los procesos de jurisdicción voluntaria y más especialmente en aquellos en que procede “con conocimientos de causa”.

EL DERECHO SUBJETIVO DE PROBAR

En todas las Constituciones Políticas existe un principio grande y hermoso que por sí es una garantía para el individuo y que nuestra Carta Magna consigna en los siguientes términos: “Art. 164.—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”.

Es este principio el que genera el derecho de defensa y es asidero inconmovible de los derechos materiales consagrados por la ley. Tal principio se hace efectivo a través del derecho que se tiene de probar en el proceso los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta.

“¿Este derecho de probar es de la misma categoría que el derecho de acción lo mismo que el derecho de recurrir en justicia, esto es, un derecho subjetivo que tiene el individuo, de cuya declaración de voluntad depende la actividad del órgano jurisdiccional, que recoge ese material valioso que recibe el nombre de prueba? Contestamos que efectivamente se trata de un derecho subjetivo y aunque pudiera argumentarse que en el proceso inquisitivo, la actividad de las partes nada tiene de relevante, porque el juez está obligado por la ley a recoger la prueba, de oficio, contestamos a esta objeción que aún en este proceso queda a salvo el derecho de las partes a solicitar que se practiquen las pruebas que le interesan”. (16)

Todavía se piensa que el derecho de probar es un aspecto del derecho

(16) Tratado de Derecho Procesal Civil — Devis Echandía — Tomo V — Editorial TEMIS — Bogotá, D. E. 1967 — Pág. 198.

material que se pretende hacer valer en el proceso; contestamos a esta objeción manifestando que hay casos en que se recurre a los órganos jurisdiccionales sin tener derecho material y paralelamente hay sujetos del proceso que se defienden y oponen excepciones sin tener asidero en que apoyar su pretensión y sin embargo tienen derecho a probar los hechos relacionados con el litigio y de los cuales consideran que se deduce su pretensión o su excepción, como el demandante que efectivamente es titular del derecho material reclamado.

Hay sin embargo, diferencias entre el derecho subjetivo de probar y el derecho de acción, puesto que el primero impone al Juez directamente la obligación de decretar y practicar las pruebas pedidas y su incumplimiento representa una auténtica denegación de justicia que le puede acarrear responsabilidades. En cambio con el derecho de acción se pone en movimiento la función jurisdiccional del Estado, por conducto del Juez y dicho derecho se hace valer no frente al juez sino frente al Estado que es el obligado a proteger el fundamento constitucional al principio enunciado, por otra parte, una vez puesta en movimiento la actividad estatal, por medio del derecho de acción, el derecho a probar deviene como una facultad que el individuo puede ejercitar o no. El derecho de acción tiene un fin: la sentencia; el derecho de probar persigue específicamente que la respectiva pretensión se tenga como cierta, apreciada por el Juez, lleva en sí, la idea de que la sentencia se pronuncie en determinado sentido, el derecho de acción no se pregunta si la sentencia será favorable o desfavorable". (17)

Las voces de eminentes tratadistas se alzan en los sentidos siguientes: Rocco así: "de las normas procesales que regulan el instituto de la prueba se deducen, sin duda, 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". (18)

Devis Echandía se expresa así: "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 motines 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 pruebas, 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 ilimitados, 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

(17) Tratado de Derecho Procesal Civil — Devis Echandía — Editorial TEMIS, Tomo V — Bogotá, D. E. — 1967 — Pág. 199.

(18) Tratado de Derecho Procesal Civil — Rocco — Torino, Utet, 1967, Tomo II, Pág. 115.

probatorio contemplan la oportunidad, la preclusión, la contradicción, la lealtad y probidad, la formalidad y el interés público de la función de la prueba". (19)

UBICACION DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA PRUEBA

No son pocos los autores que creen ver en las disposiciones que regulan la prueba, normas de carácter sustancial y apoyan su criterio en el Art. 1569 C., según el cual: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del Juez y peritos".

Es razonable la posición de los que así piensan pero el artículo relacionado tiene un sabor eminentemente procesal y creemos que su lugar está en el Derecho Adjetivo.

"Contra la escuela de los Civilistas está la de los procesalistas, para quienes al examinar la esencia de la prueba judicial, ven que está orientada a darle al Juez los elementos de convicción necesarios para resolver sobre el fondo de los litigios de carácter civil, laboral, penal, concluyendo por esta circunstancia que todo lo relativo a la prueba es fundamentalmente procesal.

Agregan que todo el Derecho Procesal es de orden público y por consiguiente, completamente nulos los pactos que tratan bien sea de darle valor probatorio a un medio que la ley no le reconoce o bien de quitarle a un medio probatorio el valor que la misma ley le reconoce. Es un error hablar de prueba civil, penal, etc., la prueba judicial es la misma, cualquiera que sea la naturaleza del proceso al cual se va a aplicar. (20) No es distinto en el proceso civil que en el penal, hay sí, diferencias en cuanto a la validez de algunos medios de prueba tales como la confesión que tiene un valor más estricto en lo civil que en lo penal.

Sobre este punto el Dr. Devis Echandía opina lo siguiente: La tesis que le asigna al derecho probatorio un carácter exclusivamente material, desconoce completamente la función que desempeñan las pruebas en el proceso. La que pretende ver en él una rama del discutido derecho justicial, carece de fundamento real. La dificultad radica en decidir si se trata de una materia estrictamente procesal, o si es mixta, o si hay dos ramas separadas del derecho probatorio (la procesal y la material).

Toda norma que consagra formalidades simplemente de comprobación tiene un exclusivo carácter procesal, aún cuando esté en un Código Civil o Comercial. Indudablemente las pruebas reciben una notable influencia del derecho sustancial, en cuanto están vinculadas a los actos sustanciales que con ellas se pretende establecer; pero tampoco esto afec-

(19) Devis Echandía — Obra citada — Pág. 204.

(20) Conferencias dictadas por el Dr. Hernando Devis Echandía en la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador en el Primer Trimestre de 1969.

ta su naturaleza procesal. Las normas sustanciales influyen también en el proceso en general, en actos como la demanda, las excepciones y la sentencia, sin que a nadie se le haya ocurrido negarles su naturaleza procesal. (21)

Descarta la posibilidad de que las normas procesales sean de naturaleza mixta y se aferra al criterio de los que como Guasp creen que hay dos clases de prueba (procesales y materiales) y, por lo tanto, de dos ramas del derecho probatorio. (22) Pero se limita la segunda a las normas que establecen solemnidades que ven a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real, tales como la prueba de la existencia de una compraventa, de una obligación que deba constar por escrito, esto es, las formalidades necesarias para la existencia del acto, o su validez, no para llevar al Juez la convicción psicológica acerca de él.

Devis Echandía critica al ilustre Guasp en los términos que siguen: "Hay que reconocer a las pruebas materiales la función procesal que pueden cumplir, si se presenta el litigio y es llevado a la decisión del Juez. Hay aquí dos funciones en la misma prueba, pese a que la norma sólo contempla la categoría sustancial. Pero hay una diferencia entre las funciones procesal y extraprocesal, que pueden desempeñar las otras pruebas si no hay proceso, las pruebas no cumplen función sustancial porque no se requieren para que el acto exista y sea válido, no obstante que pueden dar seguridad al derecho que otorgan; en cambio aquellas cumplen directamente la función sustancial a que están destinadas, antes del proceso y aún cuando éste nunca se produzca, ya que sólo por ellas nace válidamente a la vida jurídica el acto o contrato.

Agrega que no se trata de que las normas sobre pruebas sean mixtas, pues cada una de ellas tienen exclusivamente naturaleza procesal o sustancial. Hay un evidente error al darles un carácter mixto en sentido general; pero si el sentido de la tesis, sobre su naturaleza mixta consiste en que dentro del derecho probatorio hay normas materiales y normas procesales, entonces en el fondo se admite el punto de vista que considera a las normas sobre la prueba dos ramas separadas del derecho probatorio pero que excepcionalmente llegan a juntarse cuando asumen categorías que participan tanto de lo procesal como de lo material". (23)

PRINCIPIOS BASICOS DE LA PRUEBA

El mismo doctor Devis Echandía hace descansar en una serie de principios básicos las maneras de ilustrar el criterio del Juez, principios

(21) Tratado de Derecho Procesal Civil — Devis Echandía — Tomo V, Editorial TEMIS — Bogotá, D. E. 1967 — Pág. 23 y 24.

(22) Derecho Procesal Civil — Guasp, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962 — Pág. 333.

(23) Tratado de Derecho Procesal Civil — Devis Echandía — Tomo V, Editorial TEMIS, Bogotá, D. E. 1967 — Pág. 26.

por considerarlos de una importancia trascendental pasamos a exponer en forma resumida:

- 1º) Necesidad de la prueba y prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez; principio de gran importancia por cuanto exige que se pruebe el hecho en el proceso, independiente del conocimiento que el Juez como hombre puede tener de él, situación tan esencial para juzgar con imparcialidad.
- 2º) Publicidad de la prueba. Este principio debe tenerlo en cuenta el Juez en todo momento, él proscribe la prueba secreta, a espaldas de las partes, éstas deben conocer los medios que cada una escoge para llevar al conocimiento de Juez los hechos que fundamentan sus respectivas pretensiones. El principio mencionado se relaciona estrechamente con el siguiente.
- 3º) Principio de la contradicción, esto es, dar oportunidad a la parte que queda resultar perjudicada con una prueba, de discutir y pedir la práctica de otra prueba que se oponga a aquella. La razón de tal principio la determina el hecho de que en la función de realización de los intereses protegidos por el derecho se debe tener en cuenta no sólo cuanto el actor, iniciador de proceso, afirma, sostiene y prueba, sino también hay que atender a la posición del demandado que tiene un interés perfectamente contrario al del actor. Solamente del contraste de la posición del actor y del demandado podrá sacar el Juez el criterio exacto de su decisión con base en lo que una y otra parte habrán desplegado en el desarrollo del proceso. Esto nos lleva a la conclusión de que en todo proceso se exige igualdad de las partes en la prueba.
- 4º) Igualdad de las partes en la prueba, esto no es más que la aplicación del principio de la igualdad de las partes en el proceso. Los tres principios últimamente relacionados tienen asidero legal a través de los Arts. 242, 243 y 244 y Art. 162 Pr. que dicen. Art. 242—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. 243—El auto que admita la prueba fijará el día y hora en que deba recibirse. Art. 244—Citada la parte contraria, no se diferirá la prueba aún cuando aquella no concurra a la hora señalada, poniéndose razón de esta circunstancia. Art. 162—Cuando pudiera perder su derecho el demandante o demandado si no se recibiesen desde luego las pruebas, como si el testigo fuese alguna persona anciana, o se hallase enfermo de gravedad, o tuviere que ausentarse a mucha distancia y por tiempo indeterminado, o en otros casos semejantes, puede pedir que se reciba desde luego su declaración, con citación contraria, y será firme y valedera; pero si la otra parte estuviere ausente del lugar del juicio se recibirá la declaración con citación del

Síndico Municipal, debiendo en este caso ratificarse el testigo en el término de prueba si estuviere presente, con la citación contraria, para que surta la declaración su efecto legal.

Con la misma citación del Síndico Municipal se procederá cuando hubiere que sacar testimonio o copia de algún instrumento, si no hubiere parte interesada conocida.

En los mismos casos determinados en el inciso 1º de este artículo, pueden las partes pedirse posiciones antes de entrar en el juicio; y en este caso, se procederá conforme a lo dispuesto respecto de la prueba por confesión en la Sección 6ª Capítulo IV de este Código, haciéndose precisamente citación personal al que deba absolverlas, y limitando las posiciones al interrogatorio que se presente, sin poder hacer preguntas.

- 5º) Eficacia jurídica legal de la prueba. Si la ley exige que se pruebe los hechos y prohíbe al Juez declararlos ciertos sin prueba, es porque le da eficacia probatoria al medio de prueba.
- 6º) Unidad de la prueba: La prueba en el proceso forma un material uniforme que se debe estudiar en conjunto, que la convicción del Juez debe ser el resultado de la unidad de los medios probatorios y no una consideración aislada de los medios probatorios, lo que nos pone de manifiesto que el Art. 252 es un resabio de nuestro Código de Procedimientos Civiles.
- 7º) Comunidad de la Prueba: Es un complemento del anterior. La prueba pertenece al proceso, no a la parte, es impropio hablar de pruebas del demandante y del demandado. El material probatorio aportado por una parte puede ser prueba contra la otra. Se puede ganar un proceso con las pruebas aducidas por el adversario en lo Civil, en lo laboral, en lo contencioso administrativo, y en lo penal se puede absolver al indiciado por las pruebas llevadas por la parte civil o el acusador, o condenarlo por las pruebas suministradas por el mismo indiciado. La no división de las pruebas en el proceso es de una importancia extraordinaria, sería completamente absurdo desde el punto de vista jurídico y desde un punto de vista simplemente lógico que el Juez estuviera limitado como con una especie de división de su psicología y de su mente atendería en la prueba solamente lo favorable a la parte que la aportó. Tan importante es este principio que al no tenerlo en cuenta se cometerían injusticias como las que se ofrecen de ejemplo en la justicia hecha por propia mano o por métodos inverosímiles.
- 8º) Principio de que la prueba es de interés público. Hay que desterrar la idea de que la prueba y el proceso, especialmente el civil sólo interesan a las partes y no a la sociedad, pues el proceso cumple un interés público que es el de hacer justicia.

- 9º) Formalidad y legitimidad de la prueba, esto es el saber a que atenerse el Juez en la igualdad de oportunidad que debe dar a las partes, debe someterse la prueba y el proceso en general a formalidades, las formas procesales son una preciosa garantía, aleja la arbitrariedad del Juez y sujeta a las partes a términos de los que no puede el Juez salirse para no exponer a los interesados a sorpresas desagradables. Respetando este principio el Juez no puede afirmar: "este es el propietario del fundo porque me consta", ya que ello implica un conocimiento privado del Juez; pero las pruebas que la ley le encarga recoger de oficio no está prohibido. Un Juez que no tenga en cuenta este principio está negando a las partes su derecho a la contradicción ya que al fallar lo haría a espaldas de las partes, desechando la prueba suministrada y aplicando únicamente su criterio privado.
- 10º) Principio de la prescripción de la prueba. Si bien es cierto que el Juez debe dar amplias oportunidades a las partes para discutir los hechos que alegan, también es cierto que llega un momento en que el debate probatorio tiene que quedar cerrado y algunos Códigos como el Laboral nuestro consideran específicamente esta preclusión de la prueba en su Art. 358 que dice: "Vencido el Término probatorio, producidas las pruebas ofrecidas en él y recogidas de oficio las que el Juez estime pertinentes para fallar con mayor acierto, se señalará día y hora con tres días de anticipación por lo menos, para declarar cerrado el proceso, sin que pueda admitirse después, prueba de ninguna clase. Cerrado el proceso, se pronunciará sentencia dentro de los tres días siguientes". Vemos como poner ese límite preclusivo se relaciona con los principios de igualdad de las partes en el proceso y la contradicción de la prueba.
- 11º) Principio de la inmediación y dirección del Juez en la producción de la prueba. Las partes están inmediatamente en contacto con el Juez, por cuanto se dirigen a él directamente, y mediante ese contacto directo se viene a constituir una especie de colaboración entre el Juez para el mejor éxito del proceso. De tal contacto surgen otras relaciones, en cuanto las partes no sólo se ponen en contacto entre ellas mismas, sino que, también llegan a encontrarse en una relación recíproca a través del órgano jurisdiccional. También por medio de la inmediación el Juez se pone en contacto directo con el instrumento que le ha de servir de prueba y con el hecho que se ha de probar, si fuere posible, así de conformidad con el Art. 366 Pr. cuando el Juez se transporta al lugar en que ha de verificarse la inspección, se está poniendo en contacto con la prueba misma, no así cuando delega en un inferior la práctica de la diligencia. También es importante que él reciba las deposiciones de los testigos obligación que además le imponen los Arts. 305 y 306 Pr., otros ejemplos de estas obli-

gaciones de recibir por sí mismo la prueba las encontramos en la peritación a que se refiere el Are, 356 Pr. y absolución de posiciones que de conformidad con el Art. 386 Pr. debe recibirse declaración jurada al confesante, por lo que se refiere al juramento decisorio y estimatorio, es deber del Juez tomarlos personalmente a presencia del Secretario, si no hace así incurrirá en el delito de falsificación de documentos públicos.

- 12º) Principio de la imparcialidad del Juez en la dirección y apreciación de la prueba, no es más que la aplicación del principio de imparcialidad en el proceso. En esa presunción de imparcialidad del Juez se basa la facultad que le da la Ley para recoger de oficio algunas pruebas. Alguien ha dicho que la justicia es más un problema de hombres que de leyes porque para prevaricar no es preciso que la ley le ponga una camisa de fuerza al Juez.
- 13º) Principio de la originalidad de la prueba. Significa que el Juez debe llevar al proceso la prueba original; así tratándose de testimonios debe examinar testigos presenciales de los hechos constitutivos de la respectiva pretensión y no testigos de oídas, ni mucho menos que le vengan a relatar lo que oyeron a un tercero, porque con este sistema se viene demeritando el valor de la prueba a medida que se va haciendo menos original. El Juez debe exigir pruebas de primera mano, inmediata, para juzgar mejor.
- 14º) Principio de la Libertad de la prueba. A las partes se les debe permitir llevar al proceso todas las pruebas que consideren convenientes, siempre que no violen otros dos principios complementarios que son: Principio de la pertinencia de la prueba y Principio de la conducencia o idoneidad de la prueba.
- 15º) Principio de la pertinencia o idoneidad de la prueba: exige que el hecho a probar se relacione con la materia del proceso; íntimamente ligado con el principio de conducencia o idoneidad de la prueba, no derogan el principio de Libertad de la prueba, se diferencian si en cuanto a que la pertinencia de la prueba no es cuestión jurídica, mientras que la conducencia o idoneidad de la prueba si es jurídica y se refiere al medio mismo para allegar al Juez los elementos de su convencimiento y puesto que contempla la aptitud jurídica de la prueba para demostrar el hecho objeto de la misma, este elemento hace que sea jurídico el principio de la conducencia o idoneidad. Pudiera creerse que estos principios aquí enunciados, se oponen al de libertad de la prueba, pero la contradicción es aparente ya que simplemente lo que existe es una limitación no al derecho de recurrir en justicia o derecho de defensa que tienen su base constitucional, sino al acomodamiento de los hechos y sus medios de prueba al proceso de que se trata. Si la libertad de prueba significa no poner cortapizas ni en la iniciativa de practicar pruebas ni a la valoración de la misma por

el Juez, también reparemos en que esa libertad no significa que las partes tienen derecho a probar cualquier clase de hecho, aún los impertinentes al asunto de que se trata, deben acomodarse a los hechos justificativos de su respectiva pretensión.

- 16º) Naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba. Tal principio significa que ni las partes ni el Juez deben utilizar procedimientos ilícitos, ello sería la negación del principio constitucional de proporcionar defensa a las partes y vencerlos en juicio de conformidad con la Ley. No debe coaccionarse a nadie para obtener una prueba, porque ello ayudaría a inclinar la balanza de la justicia en determinado sentido. Cabe hacer aquí una distinción entre esta clase de coacción y la coacción lícita que la misma ley autoriza y cuyos ejemplos los encontramos a través de los Arts. 156 al 159 Pr., que se relacionan con la exhibición de documentos, la cual puede ser exigida por el Juez coaccionando a la parte que los tiene con la amenaza de una condena de indemnización de daños y perjuicios que cause la falta de exhibición. Lo mismo puede afirmarse en materia testimonial, en que el Juez tiene facultad para sancionar a las personas que citadas como testigos no comparecieron después de haberseles prevenido apremio.
- 17º) Principio de la inmaculación de la prueba. Significa que el proceso debe estar sin vicios. El Juez que no repare en este imperativo corre el riesgo de tener una actuación nula, pues al no ser inmaculado un proceso, al estar sembrado de escollos que lo hagan retroceder se hace perder tiempo, trabajo y dinero empleados.
- 18º) Principio de la libre valoración de la prueba. No es buen sistema el que sujeta al Juez a pruebas tasadas o prefabricadas. Tarifas legales nos las ofrecen las disposiciones siguientes: Art. 321 Pr. exige dos testigos mayores, de toda excepción o sin tacha conformes y contestes en personas y hechos, tiempo y lugares y circunstancias esenciales, para que hagan plena prueba. La misma disposición exige para probar la falsedad de un instrumento público, cuatro testigos y dos para los privados. También el Art. 323 Pr. hace relación a esta tarifa legal cuando sienta la regla de que si el número de testigos fuere igual por ambas partes, el Juez atenderá lo dicho de aquellas que, a su parecer digan la verdad o se acerquen más a ella, siempre que sean de mejor fama. Si fueren iguales en razón de las circunstancias de sus personas y dichos, absolverá el demandado. Más evolucionado al Código de Trabajo en su Art. 353 inc. 2º, dice lo siguiente: "Para apreciar la prueba testimonial el Juez atenderá, más que el número de los testigos, a la convicción que le formen sus deposiciones, el interés que pudieren tener en el asunto y a cualquiera otras circunstancias que aporten elementos de juicio sobre la verdad de sus dichos". Para la peritación se exige dos peritos a excepción de la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito que en su Art. 59

acepta un sólo perito para exámenes o dictámenes cuando se trata de daños materiales. Con estos antecedentes podemos concluir que en El Salvador hay una atadura atenuada para el Juez en lo que se refiere a la valoración de la prueba.

Para terminar diremos que los principios escuetamente enunciados evidencian nuestro punto de vista de que existe una teoría general de la prueba y que ellos orientan la labor del Juez y del Abogado señalándoles como el cauce al agua, el lugar por donde han de orientar su labor jurídica en lo que a producción, recepción y valoración de la prueba se refiere, en el diario desempeño de sus funciones. (24).

(24) Conferencias dictadas por el Dr. Hernando Devis Echandia en la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador en el primer trimestre de 1969.

CAPITULO II

EL OBJETO DE LA PRUEBA

Vamos a comenzar por distinguir entre objeto y necesidad o tema de la prueba. La primera noción que tenemos de objeto de la prueba es muy difusa, abarca todo aquello que es capaz de llevarse al proceso como elemento indispensable y capaz de formar en la psicología del Juez un estado de ánimo tal que aplicando las normas y su buen sentido llegue a hacer de cada parte del siligismo que se llama sentencia, una base inmovible en que se apoye la diosa que los alegoristas retratan vendada, con balanza y espada. Pero como hemos dicho, tal concepto es abstracto, no es dable decir que este objeto interesa al proceso en particular o que tal objeto incumbe o es beneficioso para que una u otra parte haga triunfar su pretensión; no, hablamos de un concepto que es aplicable a todos los campos de la actividad científica e intelectual, esto es, extra-procesal.

¿No es cierto que el jurista reconstruye el pasado para conocer quien tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes? ¿No es cierto que el historiador lo hace para formar y valorar los hechos pasados y comprender así los actuales y calcular los futuros? Dellepiane (25) se expresa, sobre este punto, en estos términos: "Todo el esfuerzo de los contendores se aplica, entonces, a demostrar la exactitud de la afirmación que favorezca a cada uno, y a probar, si es posible, la inexactitud de la contraria. En presencia de estas dos versiones distintas está el Juez obligado, o a optar por una de ellas o a construir una tercera versión que ponga de lado o combine las de ambos contrincantes, para lo cual toma el Juez, como base de su operación reconstructiva, los elementos de juicio o de prueba suministrados por ambos contendores, los verifica o controla, aquilata su valor y peso y los confronta entre sí y con aquellos que él mismo ha acumulado, sometiéndolos, en suma, a diversas operaciones críticas, que lo llevan a través de una serie de inferencias, a una reconstrucción de hechos del pasado, a la determinación de lo que se llama el caso sub-judice. Esta operación constituye la primera de las tareas que incumben al magistrado, terminada la cual deberá, al fin, preocuparse de la segunda, consistente en la averiguación de la ley que rige el caso".

(25) Nueva teoría general de la Prueba — Antonio Dellepiane, Valerio Ebeledo, editor Librería Jurídica, Calle Lavalle 1368, Buenos Aires, 1939, Págs. 22 y 29.

El Derecho es una disciplina que se construye sobre los datos que la observación de la vida proporciona, de allí que el legislador se convierta en historiador, cuando reconstruyendo un cuerpo legal aplica sobre él su ojo clínico a fin de eliminar aquello que se volvió odioso o caduco. Por la consideración de que el concepto del objeto de la prueba es aplicable a cualquier actividad y porque de él pueda hablarse no sólo en las ciencias exactas sino aún en los juegos de niños, ya que todos necesitamos justificar aún las más pueriles excusas, cabe afirmar que tal concepto se pierde en la lejanía pues tenemos la certeza de que aún más allá de donde nuestra vista alcanza, ese concepto está presente. Si se tiene en cuenta esta verdad elemental, resulta obvia la conclusión de que jurídicamente no puede limitarse el objeto de la prueba, en un sentido general o abstracto, a los hechos controvertidos, sino que, por el contrario, es indispensable extenderla a todo lo que por sí mismo es objeto de comprobación ante el órgano jurisdiccional del Estado, para llevar los fines del proceso, en general.

La circunstancia de que un hecho no necesite prueba en un proceso, no significa que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial y lo mismo puede afirmarse cuando se advierte que a una parte no le interesa probar un hecho, puede suceder que a la otra si le porte cuenta su prueba. (26)

Concluyendo decimos que objeto de prueba judicial en general puede ser todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible a demostración descriptiva, esto es, como algo que existió, que existe o que pueda llegar a existir y como en definitiva la costumbre y la ley extranjera son asimilables a los hechos en general, también necesitan que se prueben, entrando como objetos de la prueba. (27)

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

De suerte que en el tema de la prueba se seleccionan los hechos que interesan en cada proceso, es algo así como una escogitación en la gama basta e ilimitada de lo que pueden ser objeto de prueba. Pero esa labor de selección no termina aquí, también deben precisarse los hechos de influencia en el proceso y que sin embargo no requieren prueba, por

(26) Devis Echandía, Obra citada, pág. 208.

(27) Devis Echandía, Obra citada, pág. 222.

gozar de presunciones de derecho o por ser admitidos, confesados o notorios, o por imposibles de probar". (28)

Como se ve, es fácil confundir los conceptos que hemos examinado y no son pocos los autores que los confunden y opinan algunos que sólo son objeto de prueba los hechos no admitidos y no notorios, porque los hechos que las partes aceptan sin discusión no exigen prueba, y agregan: no está controvertido lo que está probado, bien mediante confesión o por otro medio, ni lo que está ya excluido por la práctica de otra prueba, lo mismo que los hechos no necesitados de prueba, porque no es correcto aportar dos pruebas completas sobre el mismo hecho.

No ha faltado quien diga que el objeto de la prueba son las afirmaciones de los hechos y otros han dicho que son objeto de la prueba las negaciones, cuando encierran afirmación, es decir cuando la negación convierte en necesitada de prueba a la afirmación que la misma lleva. Entre los defensores de la teoría de las afirmaciones está nada menos que Carnelutti (29) y su acalorada argumentación ha inspirado a los redactores de Código de Procedimientos Civiles, inclusive el nuestro, que nos habla implícitamente que la afirmación debe ser probada, así en su Art. 238 "El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción". También son partidarios de esta teoría Santis Melendo y Joao de Castro Mendes. (30)

Con estos antecedentes hemos de buscar una posición conciliadora entre las nociones de objeto y tema o necesidad de prueba, dado que en el fondo son la misma cosa, pero algo así como la droga que cura al enfermo, compuesta de varios elementos, que en faltando uno, la medicina es ineficaz. No obstante, debemos de escoger un término que comprenda a ambas nociones y así diremos que objeto, tema o necesidad de prueba, son las alegaciones de los hechos. Los hechos alegados deben ser todos afirmativos o negativos que encierran afirmación sin estar destruidos por una presunción. Con lo dicho queremos indicar que el actor en su demanda debe alegar hechos, a fin de aportar prueba útil en el proceso, lo propio debe hacer el demandado sobre la excepción que opone, alega y prueba a fin de que en la sentencia se valoricen eficazmente. Sucede que en el proceso civil, a menudo se prueban hechos que no han sido alegados en la demanda ni en su contestación o escrito posterior del demandado en que oponga excepción y aquí surge el problema sobre la congruencia que debe existir entre demanda, excepción y sentencia, porque muchos casos hay en que las partes aportan prueba sobre hechos básicos esenciales, que no han sido alegados, creando al Juez un problema sobre la valoración de estos hechos que o son decisivos para la sentencia o se excluyen para no exponerse a que el tribunal superior revoque el fallo, acusando con ello ignorancia del inferior que debe tener en cuenta siempre el principio de que las sentencias recaerán sobre los hechos alegados y en la

(28) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 206.

(29) La Prueba Civil, Carnelutti, Ediciones Arayú, Buenos Aires 1955, Págs. 30 y 40.

(30) Citado por Devis Echandía, Obra mencionada, Pág. 225.

medida en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad sobre las pruebas del mismo proceso.

Pero sucede a veces que se alegan hechos que no necesitan prueba y por el contrario se aporta prueba sobre hechos no alegados; la importancia de esta alegación y prueba cobra relevancia cuando estos hechos son esencialmente decisivos o fundamentales para hacer triunfar la respectiva pretensión, de allí que la alegación y necesidad de prueba es la regla general y sólo excepcionalmente puede considerarse un dato de hecho como exento de prueba y apoya esta afirmación la circunstancia de que todos los datos fácticos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que se han de aplicar forman el tema normal de la prueba en el proceso correspondiente, aunque excluidos, algunos hechos, porque no requieren prueba por razones diversas, no obstante, formen parte del supuesto, bien sea por ser presumidos, por notorios, etc. ⁽³¹⁾

Para aclarar esta argumentación fuerza es citar a Leo Rosenberg, ⁽³²⁾ para quien objeto de la prueba son los hechos, a veces las máximas de experiencia y rara vez los preceptos jurídicos. Aclara que esos hechos, son los acontecimientos y circunstancias concretos, determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico; pero no necesitan prueba las afirmaciones admitidas, las no discutidas, etc.

Queda aún por dilucidar que debe entenderse por hecho como objeto de la prueba y comenzamos por decir que en la vida observamos una serie de fenómenos físicos, tales como la caída de una hoja, que da nacimiento a un hecho físico, la acomodación de una conducta a la realización del valor bien, da nacimiento a hechos morales; la perturbación psicológica, determinada por un estado anímico, da nacimiento a un hecho psicológico, la influencia del hombre en los seres que transforma, dejando su huella como objeto de la cultura, da nacimiento a un hecho humano.

En un proceso encontraremos todos estos hechos o las diferentes categorías pueden distribuirse en diversos procesos así, la caída de un edificio o el inminente peligro de que se caiga puede ser objeto de un proceso civil; el hecho de que el acto fue realizado en estado lúcido, puede ser objeto de comprobación de un proceso civil; la acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley, es un hecho que se dilucida en un proceso punitivo. Así, los ejemplos pueden multiplicarse pero lo que debe tenerse en cuenta en un proceso, como apunta Rosenberg ⁽³³⁾ es todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial, es decir, todo lo que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.

(31) Conferencias dictadas por el Dr. Hernando Devis Echandía en la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador en el Primer Trimestre de 1969.

(32) Citado por Devis Echandía, Obra citada, Pág. 215.

(33) Citado por Devis Echandía, Obra mencionada, Pág. 215.

Es lógica la argumentación del maestro alemán puesto que como dijo Kelsen el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma, ya que bien sabido es que en el proceso se aplica la ley a casos particulares, para obtener su realización o efectividad y secundariamente para componer el litigio, si lo hay, convirtiéndolo en mandato concreto, el mandato abstracto que ella contiene, fin que no puede lograrse sin el conocimiento de los hechos que configuran esos casos concretos. Por esto afirmamos que objeto de la prueba son las alegaciones de los hechos que constituyen el presupuesto previsto por las normas jurídicas para que surtan sus efectos, cualquiera que sea su naturaleza, física, psíquica o mixta y más concretamente, tema o necesidad de prueba son las alegaciones de los hechos previstos en las normas jurídicas que deben aplicarse para que se reconozcan o excluyan sus defectos, esto es, demostrar al Juez que el supuesto concreto de hecho que se le ha planteado, corresponde precisamente al que en forma abstracta se contempla en la norma legal o que está en desacuerdo con éste, para reconocer que se ha producido determinados efectos jurídicos que reclama el demandante, o por el contrario, para negarlos o para declarar probada la excepción del demandado que extinguió, o modificó, o simplemente suspendió tales efectos. (34)

Concluyendo diremos que cuando los hechos alegados son de tal naturaleza evidentes, notorios o reales, por sí solos se acomodan al supuesto abstracto contenido en la norma jurídica y lo mismo puede decirse de los admitidos y confesados, de los presumidos por la ley y de todos aquellos que vienen a abonar la prueba y lo propio puede decirse del derecho nacional cuya característica más sobresaliente es que no necesita prueba.

Entonces resulta que hay otros hechos en que actividad de la parte debe acomodarlos al supuesto contenido en la norma y son aquellos en que las partes no están conformes por considerar que ellos no ocurrieron como la otra afirma o que están extinguidos, caducos o son imposibles de probar, son los llamados hechos controvertidos, punto sobre el que volveremos y en temas subsiguientes expondremos nuestra posición sobre aquellos que en sentir de muchos autores no necesitan prueba. Dedicaremos además algunos párrafos al criterio sobre la prueba del derecho extranjero y de la costumbre.

PRUEBA DE HECHOS CONTROVERTIDOS

Son varias las actitudes que puede tomar el demandado frente a la demanda presentada por el actor: una sería la de contestar afirmativamente la demanda y con ello admite que los hechos formulados en el libelo, son ciertos, abonando así el camino para una sentencia en su contra. Otra sería la de presentar una resistencia relativa a las pretencio-

(34) Devis Echandía, Obra citada, Págs. 226 a 227.

nes del actor como es la de pedir que rinda fianza para responder de las resultas del juicio o la de oponer excepciones dilatorias de las que tanto en el juicio ordinario como en el sumario necesitan que se resuelvan además como artículo previo en el proceso. Puede asimismo observar una conducta combativa y contestar la demanda en sentido negativo, oponiendo excepciones perentorias a fin de destruir el fondo de la acción intentada; este derecho de contradicción lo lleva a lo que hemos dado en llamar "Alegaciones de hechos" y así propone al Juez la prueba de aquellas alegaciones que fundamentan su excepción.

Tanto el Código de Procedimientos Civiles como el Proyecto de Código Procesal Civil son unánimes al afirmar que deben probarse los hechos controvertidos y ello tiene su base en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga y las que no le pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Los asuntos sobre los que se litiga constituyen el tema o necesidad de prueba y no pueden ser otros que aquellos propuestos contradictoriamente por las partes, en sus escritos.

Es en esa sencilla norma donde queda comprendida la teoría del objeto de la prueba. Mediante ella se procura fijar, con la máxima exactitud el conjunto de proposiciones que quedan sometidas a verificación judicial. Para que la ley fuera más clara sobre este punto debería complementarse este principio con la siguiente declaración: "Los hechos no impugnados no son objeto de prueba".

En líneas que siguen nos referiremos a esta clase de hechos que no admiten justificación, según la mayoría de expositores jurídicos y de paso examinaremos algunas situaciones en que se ve clara la necesidad de la prueba de tales hechos y paralelamente podemos afirmar que algunos hechos controvertidos no son objeto de prueba como aquellos que aún no admitidos por la contraria, fundamentan el derecho del actor y por ellos se decide el fondo del litigio y son los que tienen contra sí una presunción legal que no admite prueba en contrario.

Cuando hablamos de los hechos que son tema de prueba explicamos que hay hechos incluidos en ese concepto y que sin embargo están eliminados de su campo por exclusión, ello no es sino la consecuencia natural y directa de su eliminación del campo de debate.

Tomando ideas de los expositores diremos que el actor prepara su acción y la manda al campo de batalla armada de lanza y todo lo indispensable para la guerra; en este estado puede suceder que el demandado no le oponga resistencia y en tal caso llega sumiso a entregar sus armas con las que podría defenderse, sea porque considere perdido el pleito, por lealtad procesal u otras causas. En ocasiones el demandado llega dispuesto a medir sus armas con el adversario y entonces prepara su defensa y envía al campo de batalla su excepción armada de escudo y todo lo indispensable para lograr o que el enemigo se rinda en los primeros encuentros o aniquilarlo después de haber luchado cuerpo a cuerpo. Esto traducido al lenguaje que es fuerza emplear en este tema quiere decir que el actor al introducir su libelo de demanda, detalla en ella los

hechos que son fundamentos de su acción y ofrece probarlos, a su tiempo; como dijimos al tratar del objeto de la prueba, pueden considerarse todos los hechos pasados, presentes y futuros, más cuando nos referimos al tema o necesidad de prueba dijimos también que en esa gama variadísima de hechos hay unos cuya prueba es pertinente y útil, son los que el demandante debe alegar y probar. Cuando los hechos alegados en la demanda son conocidos por el demandado, éste busca en su auxilio las defensas para diferir en todo o en parte la acción intentada, son las excepciones dilatorias o perentorias. Hay casos, sin embargo en que el demandado permanece inmóvil y no contradice bien sea porque considere que los hechos tema de la prueba están amparados por una presunción o porque aunque se prueben, dicha prueba será inútil o sean hechos inmorales o cuya prueba la ley vitupera.

Cuando el demandado impugna los hechos alegados por el actor, éstos se convierten en proposiciones contradictorias y es en este punto donde tienen cabida las clasificaciones que los procesalistas han dado en hacer, dividiendo los hechos en Constitutivos, Extintivos, Invalidativos y Convalidativos.

Un ejemplo nos ayudará a exponer la forma como la contradicción aparece en el proceso: En un proceso se discute sobre el cumplimiento de una obligación y en ella el actor X se propone probar hechos que suponen la existencia de la obligación; el reo Y, los hechos que suponen la extinción de ella. X dirá: vengo a demandar a Y porque me debe ₡ 100.00; Y contesta: es cierto, recibí de X ₡ 100.00 pero ya se los pagué, es decir opone la excepción de pago; cuando X es notificado manifiesta que efectivamente Y pagó pero en manos de otro que no estaba diputado para recibir el pago, y como el que paga mal paga dos veces, X persiste en el cumplimiento de la obligación. Cuando Y se entera de lo dicho encuentra que X ratificó por un acto posterior el pago y se dio por satisfecho y X por su parte se compromete a probar que cuando hizo la ratificación estaba en interdicción y por lo tanto esa ratificación es nula; Y al enterarse de ello dice que la ratificación la hizo en un intervalo lúcido. Todas y cada una de las proposiciones contradictorias forman parte del tema de prueba y como los hechos que se controvierten deben ser definidos por cada una de las partes decimos que su prueba es indefectible; cuestión distinta será si los elementos probatorios son impertinentes o inútiles para el fin que se propone cada parte.

Otro ejemplo en materia laboral sería éste: Luis, trabajador, demanda a Pedro, patrono, en juicio de trabajo reclamándole indemnización por despido injusto; Pedro no contesta la demanda ni concurre a la conciliación; Luis aporta prueba sobre el hecho del despido; Pedro, después del término probatorio opone la excepción de prescripción; Luis presenta en su abono una certificación expedida por un Juez de lo penal en que se dice que Luis estuvo preso durante cierto tiempo, que está comprendido entre la fecha del despido y la de interposición de la demandada y en virtud del principio de que al impedido con justa causa no le corre término, alega en su abono fuerza mayor. En este estado Pedro encuen-

tra entre sus papeles una renuncia que ha sido redactada en hoja proporcionada por el Ministerio de Trabajo y dentro de los diez días que estipula la ley, renuncia que aparece firmada por Luis. El actor alega que esa no es su firma y que por lo tanto tal documento lo redarguye de falso.

Con estos ejemplos vemos claro como en el proceso van asumiendo las partes un estado de lucha constante y ello nos da la tónica para calificar de controvertido un hecho que de otro modo pudo haber sido admitido o confesado, evitando así una controversia con intereses opuestos.

En cuanto a la manera como actúan los hechos que se han clasificado como constitutivos, extintivos, invalidativos y convalidativos, podemos sacar las siguientes categorías:

HECHO CONSTITUTIVO:	El préstamo de ₡ 100.00
HECHO EXTINTIVO:	La excepción del pago
HECHO INVALIDATIVO:	La falta de facultades del diputado para recibir el pago
HECHO CONVALIDATIVO:	La ratificación
NUEVO HECHO INVALIDATIVO:	La interdicción
NUEVO HECHO CONVALIDATIVO:	La circunstancia de haber ratificado en un intervalo lúcido.

Este aspecto que examinamos de los hechos controvertidos se relaciona íntimamente con el principio de la contradicción de la prueba y que el doctor Hernando Devís Echandía expone así: "PRINCIPIO DE LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA. Es consecuencia del anterior y se aplica tanto al proceso penal como al civil. Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a favor suyo los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues esta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla. (Es un aspecto general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso, que estudiamos en otro lugar (dfr, t I, núm. 42, punto Q; t. II, núm. 324, y t, III, núms. 408 y 409). Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del Juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general e implica el deber de colaboración de las partes con el Juez en la etapa investigativa del proceso. Es tan importante, que debe negársele valor a la prueba practicada con su desconocimiento, como sería la que no fue previamente decretada en el procedimiento escrito, e inclusive, el dictamen de peritos oportunamente ordenado, pero que no fue puesto en conocimiento de las partes para que éstas ejercitaran su derecho de solicitar aclaraciones o implicaciones, como lo ha sostenido correctamente nuestra Corte Suprema. Los autores

exigen generalmente la contradicción de la prueba como un requisito esencial para su validez y autoridad.

Cuando la prueba se practica antes del proceso o extrajudicialmente, lo cual puede ocurrir en materia de testimonios e inspecciones oculares, debe ratificarse luego durante su curso. Para que éste principio quede satisfecho sería conveniente exigir, como en los Estados Unidos de Norte América, que para practicar esas pruebas antes del proceso se cite a quien deba ser luego su oponente, con el fin de que pueda intervenir en su práctica". (35)

PRUEBA DEL DERECHO NACIONAL

Alguien ha dicho, con sobrada razón, que el que administra justicia debe conocer la ley o de lo contrario, que no siga desempeñando función tan delicada. Si no las conoce debe averiguarlas y estudiarlas como también debe aplicarlas oficiosamente de acuerdo con la interpretación que libremente les de; pero dejemos que CARNELUTTI (36) nos diga que opina al respecto: "La aplicación de la norma de derecho es un problema de conocimiento del orden jurídico por el Juez, quien no puede poner una norma que no exista, aunque la afirmen las partes, ni puede omitir una norma que exista, aunque ellas callen". De aquí se colige que el Derecho Nacional no puede ser tema de prueba judicial, aunque con una excepción que se presenta en el recurso de Casación, porque aquí la ley exige que se exprese: el motivo en que se funde, el precepto que se considere infringido y el concepto en que lo haya sido (Art. 10 Ley de Casación), y aun aquí sigue vigente el principio por cuanto se cita el precepto, no porque los magistrados de la sala no lo conozcan, sino porque éste es un presupuesto de la demanda, toda vez que se va a justificar la violación de la ley. Por otra parte hay una presunción de derecho que una vez sancionada, promulgada y publicada la ley se considera conocida por todos y esa sola presunción la releva de prueba pues es una entidad abstracta y no un hecho susceptible de justificación; puede eso sí, aducirse prueba sobre las normas jurídicas extranjeras o las que pertenecen al orden consuetudinario: Couture (37) sobre esto, opina: "Cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, se produce una interferencia entre el campo del hecho y del derecho" y concluye: "Una primera excepción, pues, al principio de que el derecho no es objeto de prueba, sería la existencia o inexistencia de la ley. Conviene aclarar, sin embargo, que si las partes hubiesen discutido la existencia del derecho, sin producir prueba al respecto, ello no obstaría a que el Juez decidiera igualmente el conflicto investigado por sus propios medios, aún fuera del juicio, la ley aplicable".

(35) Devis Echandía — Obra citada — Págs. 73 y 74.

(36) La Prueba Civil, Francisco Carnelutti, Buenos Aires, Ediciones ARAYU 1955 número 2, Pág. 5 a 7.

(37) Couture — Obra citada — Pág. 221.

Pero una cosa es que las reglas de derecho no son por lo general objeto de prueba ni forman parte del tema de la prueba, y otra muy diferente de que estén excluidas de la actividad procesal; en efecto la parte interesada es libre de aducir prueba sobre el derecho, cuando tiene un excesivo afán de seguridad para el triunfo de su pretensión o cuando, sin embargo de ser presumible su conocimiento, como las normas contenidas en un contrato colectivo de trabajo, ya que se encuentran incorporados a la legislación laboral, se necesite presentar en juicio el texto de dicho contrato, para pedir su cumplimiento.

La mayoría de los autores están conformes en que las normas del derecho nacional no requieren prueba y algunos llegan a opinar que para aquellos países divididos en Estados Federados, en que tienen autonomía para darse sus leyes, tampoco es necesario la prueba de normas jurídicas, porque aquí no se trata de leyes extranjeras, sino de leyes nacionales aunque aplicables localmente y todos y cada uno de los magistrados tienen obligación de conocer todas y cada una de las leyes de los demás Estados Federados.

El doctor Hernando Devis Echandía ⁽³⁸⁾ sobre el problema de la prueba del derecho nacional opina: “Nosotros adaptamos la primera tesis, que exime de prueba toda norma o regla de derecho nacional, rija o no en todo el territorio o provenga del órgano central o de órganos seccionales, no porque la inmensa mayoría de los autores así lo acepten, sino porque la naturaleza y la función de las reglas de derecho no varían por la mayor o menor extensión del territorio donde rijan o el órgano que las adopte; si son reglas de derecho deben ser aplicadas por el Juez y su conocimiento no debe depender de la actividad de las partes, que, como se acepta para las leyes extranjeras y la costumbre en las doctrinas italianas y alemanas, sólo puede tener naturaleza de simple colaboración; las partes tienen el derecho de probar no sólo los hechos, sino las normas de derecho, si así lo desean, pero sólo la carga de suministrar la prueba de aquellos cuando son el presupuesto para la aplicación a su favor de una norma jurídica”.

Cuando se dice que las normas de derecho o normas jurídicas nacionales están exentas de prueba, se contempla no el hecho de que tengan vigencia en todo el territorio nacional, sino de que no sean extranjeras. Por eso se habla de prueba de la norma extranjera, en oposición a la nacional. Y no puede ser desconocido el carácter de reglas de derecho a esas leyes locales.

PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

Según el Art. 239 Pr. el que apoye un derecho en leyes extranjeras, debe comprobar su existencia en forma auténtica.

El Proyecto de Código Procesal Civil es más didáctica y así se expresa en el Art. 372: “El que invoque las leyes extranjeras, las de orden histórico o los usos o costumbres generadores de derecho, debe-

(38) Devis Echandía — Obra citada — Págs. 273 a 274.

rá comprobar su existencia. El Juez, no obstante, podrá proceder de oficio a su comprobación, salvo que tenga un 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 prueba o porque la 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 hubieren 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 aquéllos. Quien invoque la aplicación de disposiciones estatutarias citará el ejemplar del Diario Oficial en que se hubiere publicado”.

El artículo del Código de Procedimientos Civiles vigente, es diminuto, pues no dice qué documento debe allegarse para la prueba del derecho extranjero y sólo se limita a indicar la “forma” que señala el Art. 261 Pr., en cuanto a la autenticación de documentos emanados de países extranjeros para obrar en procesos salvadoreños. Este vacío ha de suplirse cuando se promulgue el Proyecto, ya citado, pues él indica como se prueba el derecho extranjero, y señala los siguientes medios: Mediante la certificación de su texto, extendida por dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trata y debidamente autenticada. A continuación establece la forma de verificar las pruebas aducidas por las partes, como es 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, cuando estime insuficiente o dudosa la documentación aportada.

Si bien se ve, tanto la legislación vigente como el Proyecto, exigen prueba del derecho extranjero; pero el Proyecto viene a llenar una laguna de la ley actual y con ello llena una aspiración de la doctrina que aspiro siempre que al Juez se le diese libertad investigativa de la norma de derecho extranjero, cuando necesite aplicarla, porque ésta forma parte de la solución de derecho que es su deber declarar. Esta reforma consagraría la opinión de muchos autores entre ellos Lessona, ⁽³⁹⁾ para quien: “la aplicación de la ley extranjera es una obligación para el Juez, pero una obligación necesariamente subordinada a la prestación por las partes de los medios para cumplirla” y agrega: “Parécenos, pues, haber demostrado que cuando faltan al magistrado los medios para poder conocer de oficio la ley exterior, no está tampoco obligado a aplicarla oficiosamente” y concluye: “El Juez no debe ni puede, por su sólo iniciativa, investigar el derecho extranjero, o aplicarlo por la sola ciencia privada que tenga de él”. Esto significa, en buenas palabras, que las partes deben suministrar pruebas.

(39) Citado por Devis Echandía — Obra citada — Pág. 281.

Couture ⁽⁴⁰⁾ al referirse a este punto dice: "Se presume conocida, con arreglo al principio ya enunciado, tan sólo la ley nacional, y con relación a todos los habitantes del país. Pero ninguna regla presume conocido el derecho extranjero. La existencia de ese derecho no tiene para el Juez la accesibilidad y la comprobación presuntoria del propio. La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que la ley extranjera puede ser objeto de prueba cuando resulta controvertida".

Jaime Guasp ⁽⁴¹⁾ es de opinión que hay necesidad de probar el derecho extranjero, pero como comentario al sistema legislativo vigente y en sus respectivos países, y como tesis general.

Si bien la norma jurídica nacional, escrita y emanada del órgano del Estado con facultad para legislar, no es tema de prueba, la norma jurídica seccional o extranjera, puede ser tema de prueba, cuando ésta, como entre nosotros, es requerida por disposición de la ley nacional. Como en el fondo se trata de aplicar el derecho, hay necesidad de justificar la ley extranjera en que las partes fundan su pretensión.

Otros autores como Devis Echandía ⁽⁴²⁾ abogan por que no exista norma legal que exija prueba del derecho extranjero, porque bajo este sistema debe aceptarse su aplicación por el Juez, siempre que tenga conocimiento de ella, por cualquier medio y en cualquier oportunidad del proceso. Por consiguiente, serán medios aptos los Códigos, los estudios de autores, los antecedentes jurisprudenciales, las copias oficiales, etc. obtenidos en el proceso oficiosa o extraprocesalmente.

Mientras la ley establezca la carga de la prueba para el que alega el derecho extranjero, decimos nosotros, no hay manera de sustraernos a su exigencia y dicha prueba debe hacerse de la manera determinada por la norma a fin de no exponerse a situaciones desagradables cuando la Cámara, conociendo en Segunda Instancia revoque la sentencia de primera, por falta de prueba de la norma extraña invocada como presupuesto de la norma que ampara nuestra pretensión.

PRUEBA DE LA COSTUMBRE

El Código de Procedimientos Civiles lanza la carga de probar el Derecho Extranjero a la parte que lo alega, más no se detuvo a considerar la prueba de la costumbre, sin duda porque consideró que el texto del Art. 2C. y según la cual era suficiente disposición: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella", siendo un ejemplo típico de esta clase de normas, las que consagran que las prestaciones laborales reconocidas por costumbre a los trabajadores de una empresa constituyen ley para la misma, así como también aplicable a los usos comerciales.

(40) Couture — Obra citada — Pág. 222.

(41) Derecho Procesal Civil, Jaime Guasp, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962 — Pág. 342.

(42) Devis Echandía — Obra citada — Pág. 283.

Creemos que la disposición del Código Civil es diminuta y ha merecido la atención de los redactores del Proyecto de Código Procesal Civil, quienes han incluido como tema u objeto de prueba “los usos o costumbres generadoras de derecho”, en el Art. 372. pero la misma disposición releva de la obligación de probar, cuando faculta al Juez para proceder de oficio a su comprobación, “Salvo que tenga un perfecto conocimiento de las leyes o normas jurídicas”.

La opinión de los autores, sobre este tema está dividida, así opinan unos que el Derecho consuetudinario es al fin derecho, y que por ello debe el Juez, de oficio, aplicarlo exactamente, como el Derecho escrito, y si no lo conoce, que lo investigue. Sería ilógico, argumentan, que cuando una ley prescribe al Juez juzgar según costumbre, a falta de regulación escrita, como lo hace el Art. 2 del Código de Comercio, se cruce aquel de brazos esperando que se invoque y pruebe ésta, pues su obligación es inquirir si en el punto en cuestión hay o no una verdadera y legítima costumbre.

De Pina (43) se expresa así: La selección de la judicatura debe inspirarse en métodos que pongan la administración de justicia en manos de hombres honestos y capaces, que entreguen en el ejercicio de su función lo mejor de su espíritu. El Juez que sienta la dignidad de la tarea que el Estado le encomienda, no habrá de mostrarse sumiso a la investigación personal del derecho, aunque sienta la necesidad de que las partes le den hecha esta labor. Sólo hombres que tengan el amor a la justicia que permite lleva a cabo, con entusiasmo una labor muchas veces penosa e ingrata, merecen ostentar el nombre de Jueces. El mismo autor cita la jurisprudencia española según la cual hay necesidad de probar la costumbre, como una cuestión de hecho en cuantos casos sea preciso aplicarla; doctrina que en su concepto es errónea por ir contra la economía procesal.

Está aferrado a la corriente que exige prueba de la costumbre el doctor Borja, (44) quien comentando el Código Civil Chileno, sostiene que la costumbre consiste en hechos y por lo mismo debe probarlos el que alega su existencia. De Pina refuta esta manera de pensar diciéndole: “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

(43) Tratado de las Pruebas Civiles, Rafael De Pina, México 1942, Editorial Porrúa — Págs. 107 y 108.

(44) Citado por De Pina — Obra mencionada — Pág. 109.

de las partes niegue la existencia de la costumbre o de alguna de sus modalidades.

Actualmente nuestra ley, nos da una solución sobre la prueba de la costumbre en el sentido de que la disposición legal aplicable al caso concreto en particular debe remitirse a los usos o costumbre tal como lo establecen algunas disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil, esto es, buscar en las normas jurídicas su aplicación a la situación planteada y si esa manera de resolver un conflicto de intereses encierra los elementos "opinio juris" y "seu necessitatis" lo que implica una natural vocación de magistrado y legislador para que en un momento dado se diga, que la repetición constante de un acto consagrado por el uso, encierra una necesidad jurídica y que ha sido plasmada a través de la ley que se remite a tal costumbre.

Carnelutti ⁽⁴⁵⁾ al hablar de la prueba de la costumbre opina que en ocasiones se necesita cierta actividad 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, o sea, a las reglas jurídicas que señalan los resultados de ese proceso lógico dentro de determinados esquemas; agrega, que la actividad de las partes, cuando prueban la costumbre, no es decisiva, sino subsidiaria, de simple auxilio a la función de búsqueda 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.

Esta manera de argumentar de Carnelutti se acomoda perfectamente al criterio que sobre la prueba de la costumbre sustentan los redactores del Proyecto de Código Procesal Civil, pues obtener los medios para conocer los hechos en que descansa la costumbre, es para el Juez una simple facultad procesal y aun más, ninguna actividad debe desarrollar cuando tenga perfecto conocimiento de tales leyes o normas jurídicas o los usos y costumbres generadoras de derecho.

El sistema defendido por Carnelutti es incuestionable y pesarosos estamos de que no se haya promulgado el Proyecto de Código Procesal Civil nuestro que recoge tan avanzado criterio que permitiría a los jueces aplicar la norma consuetudinaria sin necesidad de que se aduzca prueba de ella con las formalidades exigidas para los hechos, es decir, con libertad para adquirir su conocimiento por cualquier medio y en todo momento, sino cuando la ley guarda silencio al respecto, porque entonces no hay razón para exigir la prueba con la ritualidad que sólo para hechos se requiere, ya que a la postre se trata de aplicar normas de derecho. Si bien la norma jurídica nacional escrita y emanada del órgano legislativo del Estado no es tema de prueba, la norma jurídica extranjera o consuetudinaria, pueden ser tema de prueba o necesitar de prueba, cuando ésta es requerida por la ley nacional. Si no existe norma legal que exija su prueba específica, con las formalidades de rigor y más aun, cuan-

(45) La prueba Civil, Carnelutti, Buenos Aires, ya citada Pág. 2 a 9 nota 66, y número 20, Págs. 6 a 7, 102 a 103.

do como la disposición del Proyecto faculta su aplicación, debe aceptarse por el Juez y entonces serán medios aptos los Códigos, los estudios de juristas, los antecedentes jurisprudenciales y los atestados oficiales, obtenidos en el proceso oficiosamente, con las formalidades que al respecto establece el Art. 261 Pr.

PRUEBAS DE HECHOS EVIDENTES

Hemos dilucidado cuales son los hechos controvertidos en un proceso y por exclusión examinaremos otros, comenzando por los hechos evidentes, el problema estriba aquí en demostrar si necesitan o no prueba.

La naturaleza inspira al legislador y al Juez, que en el proceso legisla para las partes a tal grado que su decisión es ley que resuelve el caso concreto en particular. Sabemos por la ley de la gravedad que todos los cuerpos caen hacia el centro de la tierra; por experiencia también sabemos que un cuerpo sumergido en el agua desaloja cierta cantidad de líquido cuyo peso es igual al empuje vertical de abajo hacia arriba, experimentado por el cuerpo.

No ignoramos que antes del trueno percibimos el relámpago, así como también sabemos que la luz favorece la visión.

Siendo 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 requieren debido a que la experiencia misma del magistrado y su mentalidad suple la actividad probatoria de las partes, es lo que se llama en todos los idiomas: "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. (46)

Supongamos que de los autos consta que una persona fue muerta por disparos de arma y los testigos aseguran que oyeron dos disparos, pero que a pesar de estar cerca del que disparó no vieron el fogonazo y del reconocimiento resulta que el cadáver presentaba lesiones producidas con arma cortante, es evidente que el Juez apreciará no la declaración de testigos sino el dictamen de peritos. En otro caso, el indiciado confiesa que venía guiando su carro a 50 kilómetros por hora y de la inspección resulta que hay en el lugar del accidente unas huellas que indican que el carro patinó 6 metros, es evidente que su conductor le había imprimido una velocidad que pasaba de los 120 kilómetros por hora, pero sucede a menudo que un hecho evidente sea controvertido por las partes y ello no les está prohibido, ya que una prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes, carecería de toda justificación científica, efectivamente, qué nos garantiza la certeza de que puedan haber armas de fuego en las que se haya eliminado el fogonazo así como se ha eliminado el sonido, o qué nos garantiza que en un futuro no muy lejano o quizá ya, sea posible detener un auto con velocidad de 120 Kms. por

(46) Fundamentos del Derecho Procesal Civil — Eduardo J. Couture, Ediciones DE PALMA, Buenos Aaires, 1962 — Pág. 229.

hora en un espacio de un metro o menos; qué nos garantiza que en el espacio sideral desaparezca la ley de gravedad y que los cuerpos floten; quién nos hubiera garantizado que la otra faz de la luna está llena de cráteres y en fin quién nos garantiza que lo tenido por verdad hoy pueda ser la más abominable de las mentiras mañana. “Del desmoronamiento de máximas de experiencia y de hechos evidentes está hecho el progreso científico y técnico”. (47)

No tenemos temor al afirmar que las partes pueden orientar la labor del Juez cuando ponen en tela de duda un hecho que la experiencia ha consagrado como evidente, porque provocan la sapiencia del Juez y agudizan sus máximas de experiencia. Esas reglas o máximas le sirven al Juez para rechazar las afirmaciones del testigo o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretende obtener de los indicios e, inclusive, el dictamen de peritos no especializados sobre el tema.

PRUEBA DE HECHOS NORMALES

Lo que puede decirse de los hechos normales está dicho cuando hablamos de los evidentes, sin embargo ampliaremos tal exposición y comenzaremos por decir que hay normalidad en la ocurrencia de las cosas cuando es cierto que ellas se producen en la vida con las mismas constantes, algo así como sujeto a la leyes invariables, tan ciertas como ésta: “Los seres vivos nacen, crecen, se reproducen y mueren”. Cuando los hechos observados se apartan de lo normal, es decir, hay en ellos algo extravagante o excepcional, entonces hay que poner cuidado en la averiguación de las causas que cambiaron el curso de la naturaleza.

Lo dicho tiene importancia con respecto a lo que puede ser tema de prueba y objeto de la misma, porque “generalmente se dice que los hechos evidentes, regulares y normales no necesitan prueba, aquel a quien la noción normal beneficia, es relevado de prueba; quien alega lo extraordinario debe probar que en el caso sub judice, las cosas no ocurrieron como suelen acontecer”. (48)

El conocimiento de los hechos normales forma parte de ese saber privado del Juez que puede invocar en la fundamentación de la sentencia, teniendo especial cuidado de reparar lo extraordinario, porque lo contrario a lo normal es objeto de prueba. Quizás algunos ejemplos ilustren este punto de vista, ejemplos que concebimos en los siguientes términos: Es normal observar que todo propietario de terreno trata de cercar su heredad y coloca mojones que sirven de puntos de referencia al encargado de describirlos y dichos mojones son tanto más precisos, cuanto más antiguos. Nuestro Código Civil, cuando emplea el método didáctico descriptivo en el Libro Segundo, nos habla de la posibilidad de que las avenidas de agua transporten pedazos de terreno de una heredad a otra,

(47) Couture, Obra citada, Pág. 230.

(48) Couture, Obra citada, Pág. 231.

sufriendo una la disminución y experimentando la otra un acrecentamiento de extensión territorial.

Si en un juicio se discutiese sobre estos hechos, lógico es que aquel a quien favorece la presunción de normalidad permanece inactivo, porque lo evidente y lógico es que los mojones, acotadores de la heredad sean por ejemplo, las ceibas centenarias que lo rodean; corriendo por consiguiente a cargo de la parte contraria la prueba de que unas columnas de cemento, recientes, son los verdaderos mojones. Por este mismo orden, en el otro ejemplo, si una de las partes alega que la porción de terreno segregada de su terreno y agregada al otro fue transportada por la mano del hombre y que por consiguiente la naturaleza no tuvo participación en ese hecho, le corresponde justificar.

En ambos casos, aquel a quien favorece la evidencia o normalidad, no debe probar, si la otra parte no logra llevar a la mente del Juez la convicción de que en este caso se trata de un hecho extraordinario, la sentencia le será adversa. “La misma suerte corre a quel de los litigantes que alegue que una casa bien construida y recientemente edificada amenaza ruina, que el acto ejecutado por un comerciante no es acto de comercio; que el presunto padre era impotente para el concúbito o que en un contrato el consentimiento está viciado por el error, pues en tales casos debe comprobar que aquellos que normalmente suelen acontecer de ese modo, en este caso ocurrieron en forma anormal”. (49)

El maestro Couture en su “Fundamentos del derecho procesal Civil” nos hable de un término nuevo que él llama “Standard” jurídico, que la doctrina concibe como una medida media de conducta social, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada. En su concepto el standard es una gran línea de conducta, una directiva general para guiar al Juez; un verdadero instrumento de técnica jurídica diariamente aplicado.

Agrega Couture que una noción semejante domina el derecho en materia probatoria con respecto al standard, pues éste es la suposición absolutamente natural de que los hombres mantienen su línea habitual, de que los hechos se desenvuelven de acuerdo con las previsiones regulares de la experiencia; que los actos se inspiran en los móviles que se reflejan en el mundo exterior.

Y concluye: El relevo de prueba de esas circunstancias, como consecuencia natural de lo evidente y normal, se apoya tanto en un principio lógico (el principio de causalidad), como en una regla empírica (el normal conocimiento de las vidas y de las cosas). (50)

(49) Couture, Obra citada, Pág. 232.

(50) Couture, Obra citada, Pág. 232.

PRUEBA DE HECHOS NOTORIOS

Reza el principio del antiguo derecho romano: "Si los hechos son notorios, no es necesario testigos para declararlos". (51)

Autores hay que siguen al pie de la letra este principio y defienden la teoría de la exclusión de prueba del hecho notorio. Otra corriente de autores creen que es necesaria la prueba de los hechos tenidos como notorios.

Argumentan los partidarios de la prueba que no basta alegar la notoriedad del hecho, es necesaria también: o que la otra parte acepte la notoriedad o que se apliquen al hecho notorio las normas comunes sobre la prueba. Dicen además, que la notoriedad podría eximir la prueba cuando una vez planteada, como objeto de controversia en el proceso, la cuestión de su existencia, no surjan discusiones al respecto. La supuesta notoriedad de un hecho no reemplaza la prueba, si no ha sido anunciada y no entra en la discusión. Solamente cuando ha surgido el apoyo que una parte le brinda a la notoriedad y la presenta en apoyo de su pretensión, la otra parte está en condición de controvertir el argumento de la notoriedad y si acepta, si no discute esta circunstancia, podemos afirmar que el hecho notorio está exento de prueba. Creen en la posibilidad de que ciertos hechos notorios no requieren prueba, porque son ciertos, no porque sean notorios. Algunos exigen que el hecho notorio lo sea, por la circunstancia de que sea público o conocido por todos, y permanente; sobre este punto Rosenberg conceptúa el hecho así: "Los conocidos en un círculo mayor o menor por una multitud discrecionalmente grande o que fueron perceptibles en las mismas condiciones, en tanto que también los conozca el tribunal, tales como los sucesos históricos y políticos y sus consecuencias en particular para la vida económica, que defienden los períodos; los acontecimientos locales, como perturbaciones, la distancia entre dos lugares; la situación y estado de común en una época pasada; el que un hombre sea considerado por el comercio como parte integrante de la firma; el que una denominación rige únicamente para una mercancía de determinada procedencia, clase o fabricación. En cambio, no es notoria una circunstancia conocida únicamente por propia experiencia, por uno de los miembros del tribunal". (52)

Carnelutti considera la notoriedad así: "La certeza de Juez compartida por una generalidad de personas o adquirida de determinados modos, es decir mediante una certeza calificada". (53)

Ugo Rocco argumenta: "No es suficiente que la noción del hecho entre en la experiencia común para que pueda llamarse notorio, no debe ser ignorado por el Juez ni por los sujetos que viven en el consorcio civil

(51) Couture, *Obra citada*, Pág. 233.

(52) *Tratado de Derecho Procesal Civil* — Leo Rosenberg, Editorial Ejea 1955, Buenos Aires, Tomo II, Págs. 218 a 219.

(53) *La Prueba Civil* — Francisco Carnelutti, Ediciones Arayú, B. Aires, 1955, Nº 4 Nota 19, Pág. 16.

o medio social respectivo: un hecho que por su general y pública divulgación, no puede ser ignorado por ninguno, o que también debe ser conocido por todos". (54)

Jaime Guasp dice "Hechos notorios son las verdades científicas, históricas, geográficas, generalmente reconocidas, así como los llamados evidentes o axiomáticos". (55) hace observar que la notoriedad estriba sólo en el grado especial y más intenso del conocimiento que provoca en el que está destinado a recibirlo, y concluye: "hechos notorios son los que disfrutan de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla".

Otra corriente de opiniones aceptan que el hecho notorio no necesita probarse, alegan que el tribunal debe tener en cuenta los hechos que son de tal naturaleza conocidos, que no ofrezcan duda, pero si la notoriedad general es desconocida por el tribunal, se debe demostrar, por lo regular con testigos y, solo cuando se basa en una convicción científica, mediante peritos; esa prueba debe practicarse con conocimiento y participación de las partes, comprobar la notoriedad es establecer el hecho.

Aunque aceptan la no exigibilidad de prueba del hecho notorio exigen también que reúna dos requisitos: que sea conocido por una multitud discrecional que forme parte del círculo social donde actúan o viven los litigantes o donde ocurrió el hecho, y su conocimiento por el Juez o Tribunal, concluyen que siempre es admisible la prueba en contra de que es falso el hecho notorio.

El vigente Código de Procedimientos Civiles no se pronuncia sobre esta clase de hechos. El Proyecto de Código Procesal Civil pertenece a la corriente que exime de prueba al hecho notorio y lo dice meridianamente en los siguientes términos: "Art. 371. No necesitan de prueba: 2º Los hechos notorios".

El Maestro Couture (56) conceptúa los hechos notorios así: "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.

La aplicación del concepto desarrollado con relación al juicio civil conduce a resultados como los que se pasan a proponer.

Si el actor y el demandado han celebrado un convenio por virtud del cual se establece que uno pagará al otro una suma de dinero "el día en que cambie el actual gobierno", la exigibilidad de la obligación depende de un hecho que es, sin duda, notorio con relación al medio o círculo social en que el Juez y las partes actúan. No será necesaria, en consecuencia, la prueba de que un nuevo gobierno asumió el poder, una vez que ese hecho haya ocurrido.

(54) Tratado de Derecho Procesal Civil — Ugo Rocco, Torino Utet 1967, Tomo II, Pág. 179.

(55) Derecho Procesal Civil, Jaime Guasp, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962, Págs. 341 a 342.

(56) Couture, Obra citada, Pág. 235.



Parece necesario, todavía, aclarar con relación al concepto de notoriedad, que el principio de que lo notorio no necesita pruebas no es aplicable en aquellos casos en los cuales la ley exige la notoriedad como elemento determinante del derecho. Así ocurre con la posesión notoria del estado civil; la suficiencia notoria; la incapacidad notoria; la notoria mala conducta, a que las leyes aluden reiteradamente. Si se fueran a aplicar irreflexivamente las ideas que se acaban de exponer, se deberá llegar a la conclusión de que el hijo que disfruta de posesión notoria no necesita producir la prueba de ese extremo. Esta petición de principio sería absurda, porque lo notorio es, en tal caso, el propio hecho controvertido, y la condición necesaria para la existencia del derecho. Es, entonces, objeto de prueba, por cuanto lo que se discute es, justamente, su existencia o inexistencia”.

Nosotros por nuestra parte somos partidarios de la doctrina de los que exigen prueba del hecho notorio y argumentamos en la siguiente forma: La parte perjudicada con el hecho notorio debe aceptar éste, de otra manera es necesario probar, lo que garantiza pureza en la decisión y no pone al Juez en el entredicho de juzgar por su propia experiencia. Es necesario además, que se haya alegado el hecho y su notoriedad y que sea uno de los hechos fundamento de la demanda o de una excepción.

Sabemos que el derecho es ante todo, seguridad, saber a que atenerse y los hechos sobre los que hacemos descansar el derecho no escapan a la exigencia de estar fundamentados en bases que resistan la discusión y controversia, por eso también nos inclinamos al criterio de los que exigen prueba para el hecho notorio, como cuando se trata de probar el estado civil de hijo legítimo o ilegítimo, en que se van aprobar hechos que constituyen dicho estado, especialmente, que los padres del primero o la madre del segundo le hayan tratado como tal, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento, y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos y que éstos y el vecindario de su domicilio hayan reconocido dicho estado, según la letra del Art. 328 C.

Conviene reparar en esta exigencia de prueba por la ley, ello no obstante que los hechos de los cuales se reclama prueba son más que notorios por cuanto el público mira que los padres o la madre alimenta al niño, que lo mandan a la escuela y lo ayudan a que abrace una profesión u oficio, y también llama a reflexión el hecho que el legislador no exija que esos hechos sean conocidos por todo el país ni por todo un departamento o provincia, sino que basta sean conocidos por familiares, amigos y el vecindario del lugar donde tales hechos tienen lugar. En estos casos, el legislador exige un elemento más, como es el transcurso de un tiempo más o menos largo, para el caso, diez años según el Art. 329 C. En la misma forma deberá probarse el estado civil de casado y otros, siendo eficaz en estos procesos el medio de prueba llamado testimonial, sólo que se exige que los testigos sean dignos de fe, para que la posesión notoria se establezca de un modo irrefragable, según el Art. 330 C.

Y para terminar este punto queremos fundamentar nuestro acerto con la siguiente observación: Es necesario que las excepciones se ale-

guen, opongan y prueben, por lo menos así lo exige nuestro Código de Procedimientos Civiles; ¿será suficiente que un hecho sea notorio para que el Juez pueda tomarlo en cuenta como elemento de absolución del reo?; contestamos a esta interrogante con un no, categórico, porque siendo la excepción un medio de defensa, mal haría el Juez, sin prevaricar, considerar como excepción un hecho sólo porque es notorio. Por todo lo expuesto somos de opinión que el hecho notorio debe ser justificado en el juicio, cuando la ley lo exige.

PRUEBA DE HECHOS PRESUMIDOS POR LEY

El Proyecto de Código Procesal Civil en su Art. 371 exime de prueba al hecho presumido, en los siguientes términos: "Art. 371. No necesitan de prueba: 3º) Los hechos amparados por una presunción establecida por ley, salvo la prueba contraria, a menos que la misma ley lo prohíba".

Aunque no es nuestra intención hacer estudio de las presunciones, fuerza es que aludamos a ellas y hagamos algunas consideraciones para que con mejores elementos demos si la disposición transcrita es cierta. Hay en nuestro sistema dos clases de presunciones: las "legales que no admiten prueba en contrario" y las "legales que sí admiten prueba en contrario". Las primeras se llaman "presunciones jure et de jure" o presunciones de derecho y las segundas "presunciones jure tantum". Las presunciones legales que no admiten prueba en contrario son fáciles de reconocer en la ley, porque el legislador ha dejado marcado carácter de no admisibilidad de prueba y así emplea las frases: "se presume de derecho", "lo que siempre se presumirá" y otras en que del contexto de la disposición se infiere que la prueba en contrario es inútil; ejemplos sobre ellas los ofrecen los Arts. 74 y 234 del Código Civil.

En cuanto a las presunciones legales el legislador las redactó de tal manera de que la sólo lectura de las mismas se colige que la prueba en contrario es posible, o bien en la misma disposición indica el medio de probarse lo contrario como cuando se trata de destruir la presunción de legitimidad. Ejemplo de esta clase de presunciones la sofrecen: la simultaneidad de la muerte de dos o más personas llamadas a sucederse, cuando se ignora quien de ellas murió primero; la filiación de los hijos legítimos, la muerte del ausente, la buena fe, el justo título de quien posee en concepto de dueño; la posesión en el tiempo intermedio de quien la tiene en el actual y demuestra que la tuvo en la época anterior.

Dellepiane (57) sobre este punto se expresa: "V.—Es difícil explicarse cómo no ha percibido Belime que las presunciones legales atañen a la prueba. Si se examinan los preceptos que las crean se observa que, en todos ellos, se manda tener por cierto un hecho, siempre que otro hecho, con él vinculado por alguna ley natural, haya sido comprendido judicialmente. Así, se ordena perentoriamente tener por producida la con-

(57) Nueva Teoría General de la Prueba, Antonio Dellepiane, Valerio Abeledo, Editor, Librería Jurídica, Calle Lavalle 1368, B. Aires 1939, Pág. 118.

cepción en el intervalo comprendido entre los 300 y 180 días anteriores al nacimiento. Ahora bien, qué importa el dar por probado un hecho siempre que otro hecho con él relacionado haya sido evidenciado en juicio? Importa simplemente imponer la prueba indiciaria y obligar al Juez a tener la ceteza de un hecho con ayuda de un solo indicio. Razón sobrada existe, pues, en afirmar que las presunciones legales constituyen, desde luego, preceptos que atañen a la prueba, —y aún más, a la prueba indiciaria, agregaremos por nuestra parte— no obstante que ellos suelen estar contenidos en leyes de fondo.

Pero, y en esto tiene razón Belime, las presunciones legales, no son meras disposiciones de carácter adjetivo, como diría Bentham, en cuanto, al dictarlas, el legislador persigue, además, otra finalidad distinta de la que consiste en establecer los medios de comprobar los hechos en los juicios y esa finalidad no es otra que la de reconocer o declarar derechos e imponer obligaciones. En las llamadas presunciones legales la ley no se limita a preceptuar la forma o a indicar el medio de comprobar judicialmente un hecho, sino que, al propio tiempo, hace derivar del mismo determinados efectos jurídicos. Así, del hecho de que la concepción del hijo se tiene siempre por producida en los primeros 120 días de los 300 que preceden al nacimiento, fluirán conclusiones jurídicas importantes, resultando, según el caso, que tal hijo será o no legítimo, y, por lo tanto, que gozará o no de tales derechos, que participará o no de tales bienes hereditarios. Supóngase, por ejemplo, que a una mujer que enviuda le naciera un hijo después de los 300 días de fallecido el esposo, ¿cuál sería la condición de ese hijo? Sería natural, si la viuda no contrajo nuevas nupcias; y si las contrajo y el hijo hubiera nacido no después sino antes de los 300 días del deceso de su anterior marido, sería legítimo, ya del disuelto, ya del nuevo matrimonio, según las circunstancias.

Resulta de esto que las presunciones legales son, a la vez que preceptos adjetivos, disposiciones sustantivas; que reconocen derechos y obligaciones o estados personales de que fluyen derechos y obligaciones. Al propio tiempo, establecen la forma de hacer valer derechos judicialmente, indican el medio de comprobarlos ante los tribunales. De consiguiente, y en virtud de esta doble finalidad, de esta dualidad de contenido de las presunciones legales, resulta que estas son disposiciones híbridas, leyes de fondo y de forma a la vez, explicándose por esta peculiaridad, no señalada hasta ahora por los autores, las confusiones y divergencias en que éstos incurren al caracterizarlas, y comprendiéndose también fácilmente por qué esas disposiciones se hayan casi siempre incorporadas a las leyes de fondo. (58)

La forma adoptada por el legislador para establecer presunciones legales es diversa. A veces establece expresamente la presunción, empleando fórmulas en que está usada tal expresión. Dirá así: se presume que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido; se presume que si padre e hijo o marido y mujer murieron juntos en una

(58) Dellepiane, Obra citada, Pág. 119.

catástrofe o naufragio, el padre o la esposa murieron primero. Otras veces la ley no emplea el vocablo presunción, no obstante tomarla como fundamento de una norma declaratoria de derechos y obligaciones; pero, aunque la presunción no aparezca de una manera manifiesta en los términos de la ley, no por eso dejan de ser los mismos electos en cuanto a la exención o la interdicción de prueba. Así, el legislador dirá: la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (Código Civil, Art. 8); o bien: la ignorancia o el error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos ilícitos ni excusará la responsabilidad de los actos ilícitos (código civil, Art. 750). Estas dos fórmulas son, en el fondo, equivalentes a la que dijera: el conocimiento de la ley se presume, sin que en caso alguno sea admisible la prueba de que se la ignora. Del mismo modo, cuando el código concede, como excepción perentoria, la de cosa juzgada, o cuando manda absolver al demandado o acusado, en ausencia de prueba suficiente, emplea fórmulas sustituibles por estas otras: la cosa juzgada se presume verdadera y justa sin que sea dable ni discutirla ni demostrar lo contrario; toda persona se presume inocente y libre de cualquier obligación mientras no se pruebe suficientemente lo contrario. (59)

Como se ve, la presunción legal, cualquiera sea su forma, expresamente calificada como tal o tácitamente comprendida en los términos de un precepto que no la menciona, contiene siempre un mandato en que, al par que se atribuye virtualmente a alguien una pretensión y a otro una obligación correlativa, —ambas cosas en razón de una ley natural o de un principio de orden público— se determina el medio, taxativamente impuesto, para hacer valer el derecho declarado y para determinar la certeza en el Juez. Queda, así, justificada nuestra opinión acerca de la naturaleza de las presunciones legales, preceptos híbridos, de fondo y forma a la vez”.

En tratándose de hechos favorecidos con una presunción legal que no admite prueba en contrario, el Juez no tiene otro camino que considerar que el hecho existe porque la ley ordena tenerlo como cierto sin admitir la prueba y su fundamento lo encontramos en ese estado de seguridad que proporciona a la parte beneficiada en el hecho presumido, a tal grado que considera inútil llevar al proceso otras pruebas.

En cuanto a la otra parte, aún cuando lleve prueba plena, absoluta, total, para demostrar que el hecho no pudo suceder como se alega, esa prueba es inútil, por cuanto la ley tiene al Juez atado y éste no puede hacer abstracción de la ley ni hacer consideraciones de tipo metafísico. El mejor partido que puede tomar la parte contraria o sea la perjudicada con el hecho presumido es quedarse inactiva, porque de lo contrario estará violando los principios de pertinencia y conducencia de la prueba y especialmente el de la utilidad de la prueba.

El hecho favorecido por la presunción legal que admite prueba en contrario se considera probado mientras la parte a quien le perjudica permanece inmóvil, pero una vez alegado en sentido contrario y llevada prueba

(59) Dellepiane, Obra citada, Pág. 121.

al proceso que destruye los presupuestos de la presunción, este hecho entra en la escala de los que es necesario verificar, se hace controvertido.

Couture ⁽⁶⁰⁾ argumenta en estos términos: “La presunción legal absoluta significa consagrar una exención de prueba de los hechos presumidos. No sólo se declara inútil la prueba contraria, sino que también se declara inútil la prueba favorable. Cuando la ley presume que la cosa juzgada refleja la verdad, no sólo priva de eficacia a la prueba dirigida a demostrar la mentira de la sentencia, sino que también consagra la inutilidad de la prueba dirigida a demostrar la verdad de la sentencia.

La disposición legal que establece que “toda presunción legal exige a la persona en cuyo favor existe, de probar el hecho presumido por la ley”, consagra, ante todo, un precepto del objeto de la prueba. El hecho presumido no necesita prueba; no es objeto de ella. Tampoco lo es el hecho objeto de una ficción legal.

La presunción y la ficción, en este sentido, más que medios de prueba son subrogados de prueba. Son razones de política jurídica, algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho, que instan al legislador a consagrar determinadas soluciones de la índole de las expresadas. La eliminación del campo de la prueba no es sino la consecuencia natural de su eliminación del campo del debate.

“Pero una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad”. ⁽⁶¹⁾

Lo que en realidad queda fuera del campo del objeto de la prueba son los dos últimos de esos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidad.

Pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse. Para que funcione la presunción de verdad que emana de la cosa juzgada, debe probarse plenamente la existencia del fallo ejecutoriado: para que se presuma la filiación del hijo de familia es menester la prueba del matrimonio”. ⁽⁶²⁾

La disposición que exige de prueba al hecho presumido termina diciendo: “salvo la prueba en contrario, a menos que la misma ley lo prohíba”. ¿Cuáles son esos hechos en que la ley prohíbe la prueba en contrario? No pueden ser otros hechos que aquellos que hieren la moral o las buenas costumbres por eso se prohíbe la investigación incestuosa o adulterina, para no abrir la puerta a procesos escandalosos, sacrificando la verdadera filiación del hijo procreado de semejantes uniones. Otros ejemplos nos los ofrecen los contratos en que la condición sea un hecho vituperado por la moral como la que consiste en la averiguación del embarazo de una mujer no casada, la que versa sobre el homicidio de un tercero, etc.

En resumen si la ley prohíbe probar un hecho, por razones de moral o de otro orden, resulta exclusivo del objeto de prueba, aún cuando se relacione con la materia debatida y constituya un presupuesto de la

(60) Couture, Obra citada, Pág. 227.

(61) y (62) Couture, Obra citada, Pág. 228.

pretensión o excepción. La presunción, en puridad de concepto no es una prueba, sino excepción o dispensa de prueba. Pero esto no significa que si la parte interesada aduce pruebas sobre el hecho presumido, deba el Juez rechazarlas a menos que la ley se lo prohíba.

PRUEBA DE HECHOS ADMITIDOS Y HECHOS CONFESADOS

El Código de Procedimientos Civiles no tiene disposición que se refiera a la dispensa de prueba de los hechos admitidos o confesados. Esta deficiencia viene superada en el Proyecto de Código Procesal Civil que en el Art. 371 expresa: "No necesitan de prueba: 1º—Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la contraria en forma expresa o tácita".

Antes de comenzar a examinar los alcances de esta disposición conviene reparar en los términos "hechos confesados" y "hechos admitidos", es decir que responderemos a las preguntas: ¿Son distintos? ¿Significan lo mismo?

Confesar es reconocer o declarar contra uno mismo que lo afirmado por otro es verdad; esto es, afirmar categóricamente que se es el autor del hecho que se le atribuye.

Admitir es también reconocer contra nosotros mismos que hemos realizado un hecho, no importando si esta manifestación nos perjudica o favorece.

Examinados así los términos, no encontramos diferencia y lo único que se nos ocurre es buscar la razón por la que unos dicen admisión y otros confesión y según dice Bonnier, el término admisión ha sido tomado del lenguaje jurídico inglés para quienes confesión es "admisión".

Confesamos que no estamos satisfechos con esta primera exploración y vamos a tratar de profundizar en el verdadero sentido que para nosotros encierran los términos que discutimos. Un primer criterio se nos ocurre y es el siguiente: ay en el proceso de conocimiento una etapa que pudiéramos llamar "ante probatoria" y otra que se nos antoja llamar "probatoria"; durante la primera etapa existe la posibilidad de que la parte a quien va dirigida la demanda, consienta en los hechos, expresamente y por esa sola manifestación se decida la cuestión litigiosa, convirtiéndose el juicio, que de otra suerte hubiera sido de hecho, en un juicio de mero derecho.

La posición que una de las partes, el demandado, adopta en esta hipótesis, no suele observarse en todos los procesos de conocimiento, debido a que no todos somos sinceros y más que todo porque haciendo honor a la afirmación de Platón, nos gusta convertirnos en lobos de los demás hombres y como en el poema del Monarca del Verso Castellano, nos empeñamos a dar cuenta que existe la envidia, la ira, la zaña y nos sentimos lobos malos, de repente e imitamos al león y al jabalí, que para comer tiene que matar. (63) Luego entonces, queremos que el adversario haga triunfar su pretensión, después de haber sido tamizado su derecho a tra-

(63) Rubén Darío en "Los Motivos del Lobo".

vés de las pruebas y es aquí donde surge la segunda hipótesis; la parte interesada tiene que pedir se le reciban sus justificaciones para demostrar que lo afirmado en el libelo es cierto. En este estado el demandado puede ser compelido a declarar en su contra, provocado por un interrogatorio inteligentemente levado por el demandante y entonces tenemos una confesión que puede ser expresa o tácita, según que el citado comparezca a contestar las cuestiones o se niegue a ello, habiendo sido requerido con las formalidades de ley.

En nuestra opinión, la admisión sólo puede darse en la primera etapa y apoyamos nuestra tesis en estos argumentos: 1º) la admisión es una especie de confesión pero espontánea; 2º) la admisión se hace siempre en el escrito de contestación de la demanda; 3º) como consecuencia del segundo argumento, la admisión siempre es expresa; 4º) siendo la admisión una especie de confesión espontánea, elimina la etapa probatoria y por lo tanto debe ser siempre simple y no calificada.

Por el contrario, la confesión se da siempre en la segunda etapa y nuestra afirmación tiene soporte en estos argumentos: 1º) La confesión siempre es provocada; 2º) La confesión se hace siempre contestando a un interrogatorio que se llama posiciones, las cuales tienen lugar solamente después de la apertura a pruebas; 3º) Como consecuencia de los dos argumentos anteriores, la confesión puede ser expresa o tácita, dándose esta última cuando el obligado a absolver posiciones no comparece a la segunda cita; 4º) La confesión es un medio de prueba y por lo tanto tiene cabida sólo después que la causa se abre a pruebas.

En cuanto a que los hechos admitidos o confesados están exentos de prueba hay que tomarlo con beneficio de inventario. Debemos examinar la distinción entre “admisión” y “confesión”, para luego afirmar o negar si la admisión da lugar a controversia o dicho en otras palabras, si el hecho admitido puede ser tema concreto de prueba, dado que la confesión es un medio de prueba. Carnelutti quiere apoyar la distinción en esta tesis: “El elemento común a las dos figuras es la afirmación de “un hecho puesto como fundamento de la demanda contraria”; el elemento diferenciativo consiste en la “posición del hecho mismo como presupuesto de la demanda propia, el cual se encuentra en la admisión y no en la confesión”, (64) pero tal argumento se cae cuando se le dice que ocasiones hay en que el reo admite el hecho como cierto porque le conviene como fundamento de su excepción y que también hay casos en que sin ese interés, confiesa el hecho porque teme al juramento que hace de decir verdad o por buena fe, o por lealtad procesal, siendo estos argumentos los que apoyan nuestra tesis de que la admisión siempre es espontánea y la confesión, siempre es provocada. Del mismo argumento concluimos que la admisión puede ser favorable al admitente; la confesión siempre le es adversa; la admisión puede dar lugar a la controversia cuando de ella se deduce que se ha querido calificar con hechos que necesitan prueba; si la confesión se acepta el Juez debe tomar en cuenta la calificada, si no,

(64) La Prueba Civil — Francisco Carnelutti, Edición citada, número 3, Nota 8.

solamente la simple y como aquí no hay controversia ya que la actuación de la otra parte se reduce a aceptar o no la confesión no hay manera de discutir contradictoriamente los hechos que la califican y menos, si la confesión se hace ya pasado el término de prueba, antes de la sentencia.

Tócanos ahora dilucidar si el hecho admitido o confesado es objeto de prueba y comenzamos por afirmar que en principio no requiere prueba; pero en cuanto existe admisión en el comienzo del proceso, es decir en la etapa que hemos calificado como "Anteprobatoria", dado que la confesión en la fase "probatoria" o después de ella elimina la necesidad de prueba, si no se practicó, pero el hecho queda como tema de prueba, en cuanto aparece la necesidad de probarlo, al precluir la etapa inicial de la "litis contestatio", a menos que la misma ley prohíba su prueba como sucede con los hechos inmorales o la prueba sea inútil o no idónea como es la confesión en los casos de divorcio absoluto, en que no hace fe o requiera la presentación de un título como la escritura de compra venta para probar la tradición.

CAPITULO III

LA CARGA DE LA PRUEBA

Carga de la Prueba

Hay en el proceso una fuente directa de obligaciones y derechos subjetivos; esto no le quita su carácter de derecho público, porque al lado del régimen de derechos individuales privados, existen los derechos individuales públicos como el de optar a cargos públicos, el de elegir a los gobernantes, el derecho de acción y contradicción y el de legalidad.

Cuando ha nacido la relación jurídica procesal, han nacido con ella imperativos de conductas que las partes están precisadas a adoptar ya que la no observación de las mismas les acarrea graves consecuencias que culminan con una sentencia adversa. De aquí colegimos que las partes deben ejecutar ciertos actos como son afirmar hechos y hacer peticiones dentro de los términos en que los encuadra la ley si quieren hacer triunfar su acción o excepción.

Eminentemente procesales son los derechos de recurrir en justicia y de probar, de los cuales se derivan otros actos como son los de obtener el desembargo de bienes, proponer peritos o depositarios y recibir indemnizaciones de perjuicios.

Con tales antecedentes sentamos el principio de que existe la carga procesal de recurrir y de probar, sin que desconozcamos que las partes tienen indudablemente un derecho subjetivo para ejecutar actos procesales.

La noción de carga forma parte de la teoría general del derecho, teniendo su campo de aplicación en el derecho procesal; todavía se debate la doctrina ante la incertidumbre de conceptuar la carga de la prueba como un concepto independiente o como sinónimo de deber u obligación; el doctor Hernando Devis Echandía ⁽⁶⁵⁾ hace descansar en los fundamentos que copiamos en seguida, sus diferencias, son las siguientes: "9) Las diferencias entre la carga y la obligación o el deber, pueden resumirse así:

a) La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas, y la carga es una relación jurídica activa;

b) En la obligación o el deber hay un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, el cual no existe en la carga;

(65) Tratado de Derecho Procesal Civil, Devis Echandía, Editorial Temis, Tomo V, Bogotá D. E. 1967, Págs. 597 a 598.

c) En la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga conserva completa libertad de ordenar su conducta;

d) En la obligación o el deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga;

e) La obligación o el deber implican, por consiguiente, una sujeción, y la carga, por el contrario, contiene una facultad o poder;

f) El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es lícita, y, por lo tanto, no es sancionable;

g) El cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observancia de la carga solo beneficia al sujeto de ella; por esto puede decirse que aquellos satisfacen un interés ajeno y ésta sólo un interés propio (sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en liberarse de la obligación o el deber, esto es, en adquirir la libertad).

Y concluye dándonos una definición de carga procesal en los siguientes términos: "10) En consecuencia, podemos definir la carga como un deber o una facultad (en sentido amplio), 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".

El quid de la cuestión gravita en el problema de esclarecer a quién corresponde demostrar la existencia de los hechos investigados o discutidos. Para formarnos una idea clara sobre este tema hagamos un poco de historia. Fueron los romanos, gigantes en Derecho Civil, los que sentaron el principio de que la carga de la prueba corresponde por igual a ambas partes, con ciertas variantes, según las épocas, así en el período clásico hubo normas que como un termómetro distribuían la carga, en cada caso, indistintamente, teniendo como paradigma la equidad, o le dejaban al Juez esa tarea, el que actuaba como un árbitro. En las Instituciones de Justiniano se dan principios generales, pero 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. ⁽⁶⁶⁾ Este criterio dió nacimiento al aforismo "negativa non sunt probanda", que se completaba con este otro: "incumbit probatio qui dicit, non qui negat". ⁽⁶⁷⁾ Sin embargo queda válido el principio de que la carga de la prueba corresponde por igual a ambas partes, si examinados los dísticos romanos llegamos a la conclusión de que cuando el demandado alega y opone excepciones está

(66) Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, Lessona, Madrid Editorial Reno 1428 N^o 91 Pág. 121.

(67) La Prueba Procesal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1963 Tomo I Pág. 83.

obligado a probar aunque niegue los fundamentos del actor y que solo observara una actitud pasiva aquél que se limita a negar y todavía más, si su negación encierra afirmación también debe probar.

En el derecho germánico la distribución de la carga está revestida de una descarada injusticia pues correspondía al más débil social y económicamente, sea demandante o demandado; concepción que fue determinada por el régimen imperante que había elevado a reinas de las pruebas al juramento y el duelo.⁽⁶⁸⁾

En la Edad Media, la escuela de Bolonia revivió el viejo concepto romano de que la carga corresponde al actor y excepcionalmente al demandado, cuando opone defensas. Cada parte probaba los hechos que afirmaba y que constituían el fundamento de su intención, asimismo observaron el principio de que las negaciones no requieren prueba cuando son indefinidas.

En España, “Las partidas” recogen el principio que sigue: “pertenece la prueba al demandado cuando la otra parte le negare la demanda o la cosa o el hecho sobre que le hace la pregunta”. Sin embargo, sentaron un principio que han heredado al derecho moderno, según el cual hay “cosas señaladas en que la parte que las niega es tenida de dar prueba sobre ellas” ⁽⁶⁹⁾ que no pueden ser otras, que las afirmaciones disfrazadas de negación.

La Revolución Francesa marca un período de subyugante interés como que en ella nace a la vida pública una figura legisladora, el genio de Napoleón que creó el Código que lleva su nombre, estampando para la posteridad el principio: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas”. La doctrina moderna extendió este principio al campo procesal en este sentido: “corresponde probar los hechos constitutivos a quien los afirma, y que quien opone otro hecho con el cual pretenda extinguir sus efectos jurídicos o modificarlos, debe asumir la obligación de probarlos.

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 es una regla que se ha transformado en regla de juicio, conservando siempre el Juez el deber de pronunciar en todo caso, aún 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. ⁽⁷⁰⁾

También la carga de la prueba es una regla de conducta para las partes porque indirectamente les señala cuales 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.

Intentemos formular un concepto de carga de la prueba, tomando como base sus tres aspectos: Carga de la prueba en la actividad procesal

(68) Lessona, Obra citada, Pág. 120 y 121.

(69) Las Partidas, Ley 1ª Título 14 Partida 3ª.

(70) Lessona, Obra citada, Pág. 119.

que las partes desarrollan en juicio para llevar al conocimiento del Juez los fundamentos de los hechos que alegan, con un doble fin: dar al funcionario una regla de juicio para fallar cuando la certeza de los hechos esté ausente del proceso y convencerlo mediante la petición de las pruebas idóneas para fundamentar el presupuesto contenido en la norma que envuelve la extensión de sus respectivas pretensiones o excepciones, de cuya iniciativa depende una consecuencia favorable o desfavorable, señalando implícitamente quién debe cuidar de que no falte la prueba de tales hechos. (71)

El concepto formulado contiene tres aspectos: uno objetivo, otro subjetivo y un tercero eclético, objetivo subjetivo. El elemento objetivo se pone de manifiesto cuando hablamos de la carga de la prueba como regla para que el Juez no se cruce de brazos **ante la ausencia de pruebas y resuelva contra la parte que, a su criterio** debió resistir la carga. El elemento subjetivo se hace presente cuando afirmamos que las partes pedirán la práctica de pruebas que fundamentan el presupuesto contenido en la norma que dan la tónica para apoyar sus respectivas pretensiones o excepciones, de cuya iniciativa dependen resultados favorables o desfavorables.

El aspecto eclético del concepto formulado se advierte en las palabras “señalando implícitamente quien debe cuidar de que no falte la prueba de tales hechos”, tal afirmación la hacemos al examinar el espíritu que encierran las palabras transcritas por cuanto en ellas se advierte, por una parte la necesidad de desarrollar la actividad probatoria y por otro lado la regla para juzgar cuando ninguna de las partes se da por aludida para llevar sobre sus hombros el peso de la verdad.

A QUIEN CORRESPONDE PROBAR

Para contestar a esta pregunta es necesario examinar las diferentes opiniones que para mayor comodidad resumiremos así: 1º El actor debe probar; 2º El que afirma debe probar; 3º Quien alegue una circunstancia anormal debe soportar la carga de la prueba; 4º El que reclama la aplicación de la norma a un caso concreto está obligado a suministrar la prueba de aquellos hechos que forman los presupuestos de la norma; 5º La carga de la prueba se distribuye según la posición de la parte respecto del bien jurídico deseado o el efecto jurídico perseguido.

1º El Actor Debe Probar

“Onus probandi incumbit actori” es la máxima latina que gobierna este principio, completada por esta otra: “reus in excipiendo fit actor, o reus in excipiendo actor est”. Pero resulta que los partidarios de lanzar sobre el actor todo el material probatorio olvidan generalmente que el reo que excepciona, en buenas palabras tiene también el cargo de probar. Entendidas en conjunto ambas reglas la conclusión es que ha de probar

(71) Concepto formulado tomando las ideas fundamentales que el Dr. Devis Echandía expone en su obra ya citada, Pág. 605.

los fundamentos de su propia intención. Si el actor es la persona que alega hechos especiales, el demandado también alega hechos especiales cuando excepciona, convirtiéndose en un actor de su excepción.

No es cierto que el actor debe probar todos los hechos positivos o negativos, que sirven de base a sus pretensiones, porque llegaríamos al resultado ilógico que él también está obligado a la prueba de ausencia de hechos extintivos o impeditivos que se opongan a aquel que constituye su derecho, para que el Juez pueda sopesarlos y decidir. (72) Si se refutara lo dicho agregando que si el demandado alega hechos extintivos o impeditivos es su obligación probarlos, el problema se resuelve a medias, porque si calla llegamos al mismo resultado de que al actor le corresponde probar todos los hechos, cualesquiera que estos sean, siendo dicha afirmación falsa. Fundamentamos nuestra opinión en estos términos: Hay hechos que no requieren prueba como son los que gozan de presunción legal, a los cuales nos referimos línea atrás, o de notoriedad o por afirmar o negar indefinidamente, punto que trataremos líneas adelante; pero que sin embargo sirven de fundamento a las pretensiones del demandante; en tales situaciones es el demandado quien por lo menos ha de proponer su prueba en contrario. Hay asimismo otros hechos que aún relacionados con la demanda no necesitan prueba por su inconducencia, impertinencia, irrelevancia o imposibilidad de probar.

La máxima transcrita según la cual el demandado se convierte en actor cuando excepciona, está superada por el concepto que de excepción da el derecho moderno para quien significa defensa u oposición a la acción intentada, de allí que el demandado que excepciona no ejercita una acción sino que ejercita un derecho de contradicción.

Viendo la carga de la prueba desde el punto de vista del demandado afirmamos que no siempre debe probar los hechos en que fundamenta su excepción, ello porque sucede a veces que en los hechos afirmados por el actor está la prueba de la excepción y cuando el demandado interviene lo hace para pedir se reconozca el efecto destructivo o impeditivo que la norma otorga a esos hechos; para aclarar estos argumentos citamos ejemplos: El demandante reclama el ejercicio de un derecho personal, pero alega que lo tenía como exigible desde un tiempo mayor que el requerido por la ley para perderlo por prescripción; en otro juicio el actor dice que presenta el contrato que aún suscrito por un incapaz, no es menos cierto que lo firmó el demandado; en ambos casos procede excepcionarse con la prescripción o la nulidad en sus respectivos casos. (73)

2º El Que Afirma Debe Probar

Los partidarios de este criterio encuentran asidero en la máxima latina según la cual "ei incumbit probatio qui dicit, not qui negat", como bien se advierte, el sentido contrario a este principio es: el que niega no está obligado a probar. Consideramos que tal principio latino no ha

(72) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 642.

(73) Devis Echandía, Obra citada, Págs. 643 a 644.

sido interpretado en su verdadero alcance porque como veremos más adelante, al tratar de los hechos negativos, la proposición formulada por el actor o el demandado puede ser afirmativa, disfrazada de negación; para intentar hallarle explicación lógica a este modo de pensar recurrimos a la teoría de "la naturaleza del hecho" y no su negación o afirmación; si bien se examina llegaríamos a la conclusión que en un juicio puede suceder que cualquiera de las partes puede estar en posibilidad de probar los hechos afirmados o negados por ambos, además no siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo, pues los presumidos, los notorios y los indefinidos están exentos de prueba, y ésta corresponde al contrario que los niegue.

Uno de los que más ha defendido la teoría de las afirmaciones es Carnelutti, (74) quien dice que es el interés en el hecho afirmado lo que determina la carga de la prueba porque "quien tiene interés en afirmar un hecho, también tiene interés en preconstituir su prueba" y agrega "una formulación aproximativa del principio está en el conocido aforismo: *onus probandi incumbit qui dicit "non qui negat"*, pero a través de su acalorada defensa de la afirmación se da cuenta de que si se considera unilateralmente la máxima, es decir desde el punto de vista del interés del que afirma, se deja insoluble el problema de saber si la carga corresponde a quien afirma un hecho o a quien le opone otro hecho que lo contrarresta o le impide producir sus efectos jurídicos, por lo cual en definitiva, recurre a la eficacia jurídica del hecho y su carácter constitutivo o extintivo, o sea el contenido de la afirmación en relación con la hipótesis contenida en la norma por aplicar.

3º Quien Alega una Circunstancia Anormal Debe Soportar la Carga de la Prueba

La mayoría de los expositores están de acuerdo que lo normal se presume y por consiguiente, quien alega un hecho anormal tiene que probarlo. En efecto, no hay necesidad de probar lo que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas (75) porque esta situación es continua, respaldada por experiencia de siglos que han demostrado la constante ocurrencia de los hechos, sin variación alguna. Sin embargo la tarea de determinar a priori y en forma general, cuando una relación es normal o anormal no deja de ser vaga; (76) no habría problema si la ley lo previera todo, pero como no es posible esto, podemos decir que cada uno ve las cosas del color caprichoso tal como es el cristal a través del cual se mira, es un tanto caprichosa, subjetiva la posición del que pretende innovar o introducir en la natural ocurrencia de las cosas una situación nueva.

(74) Teoría General del Derecho — Francisco Carnelutti, 3ª Edición Traducción Española N° 214 Págs. 510 , 512.

(75) De la Apreciación de la Prueba — Corpho — Editorial EJEBA Buenos Aires, 1955 1ª Parte, Capit. V, Pág. 158.

(76) Lessona, Obra citada, Pág. 133.

Este criterio puede servir para explicar la distribución de la carga de la prueba en muchos casos como cuando se impone a quien reivindica contra el poseedor, a quien imputa una obligación a otro o reclama un gravamen sobre la propiedad ajena, disputa la maternidad, impugna la paternidad, desconoce el estado del matrimonio, etc.

El valor que reconocemos a esta opinión es el de que representa un avance porque no impone al demandante la prueba de todos los hechos de su demanda y al demandado la de todos los hechos de sus excepciones, sino que tiene en cuenta que algunos de esos hechos pueden estar exentos de prueba, tampoco la exige para las afirmaciones pues el hecho anormal puede resultar alegado implícitamente, al negarse el hecho normal contrario. (77)

4º El Que Reclama la Aplicación de la Norma Debe Probar sus Presupuestos

Leo Rosenberg en "La carga de la prueba" hace una basta exposición de esta teoría, podría decirse que su libro está inspirado en la idea de la prueba del presupuesto que configura la respectiva pretensión, otro tanto nos presente Jaime Guasp en su Tratado "Derecho Procesal Civil". (78) Sin embargo, para exponer esta doctrina tomamos como base a Rosenberg, (79) quien argumenta: Los efectos de los preceptos jurídicos favorecen unas veces al agresor y otras al agredido, lo que da por resultado una distribución de la carga de la certeza. Esas normas pueden ser constitutivas o creativas de derecho, si sirven de base a las peticiones de la demanda; otras son impeditivas de derecho, si desde el principio impiden que nazca el efecto de la norma constitutiva de derecho; otras se opone sólo más tarde a la norma constitutiva de derecho, de suerte que el derecho respectivo, si bien ha nacido, se destruye gracias a una de esas normas, por lo cual se denominan destructivas de derecho; finalmente hay normas que otorgan al demandado un derecho formativo, cuyo ejercicio impide que se haga valer contra él el derecho fundado en sí y que pueden llamarse inhibitorias o excluyentes de derecho. Las tres últimas clases de normas son contrarias a las primeras, cuya aplicación reclama el demandante. Pero a aquellas se les puede oponer a su vez, otras que impiden que su efecto contrario se surta en ese caso concreto o que vuelvan a eliminarlo posteriormente, por lo cual la norma constitutiva tiene completa eficacia; por ejemplo, las que convalidan una nulidad relativa, como la incapacidad del menor por ratificación de su representante legal; tales normas se pueden denominar impeditivas o destructivas del impedimento y a ellas pueden oponerse otras normas con efecto contrario, y de este modo se produce un juego extenso y reiterativo de normas contrarias ya que el efecto de cada una de ellas puede ser impedido o destruida por otra.

(77) Devis Echandía, Obra citada Pág. 654.

(78) Citado por Devis Echandía, Obra mencionada, Pág. 666.

(79) La Carga de la Prueba, Leo Rosenberg, Editorial EJEA, 1956, Págs. 91 a 119.

La distribución de la carga de la afirmación y de la prueba se basa en una diferencia de preceptos jurídicos. El demandante debe probar como realizador de los hechos, los presupuestos del precepto en el cual funda su petición, esto es, los presupuestos de la norma fundadora; el demandado debe probar los presupuestos de la norma mediante la cual trata de conseguir el rechazo de la demanda, o sea, los presupuestos de una norma impeditiva, extintiva o destructiva o excluyente.

El ilustre profesor de Munich da así su apoyo a la teoría de los hechos constitutivos, extintivos, convalidativos, invalidativos; sólo que él contempla no los hechos, sino las normas que contiene esos hechos como presupuesto para su aplicación.

5º La Carga de la Prueba se Distribuye Según Efecto Jurídico Perseguido

Esta teoría no es más que la aplicación de los principios sentados por Rosenberg en el criterio expuesto anteriormente, ya que como el mismo explica, lo que es norma constitutiva para uno de los litigantes, puede ser destructiva para el otro o viceversa, de allí que depende cual es el efecto jurídico perseguido para ver la posición que la parte va a ocupar en el proceso. (80) Desde que alguien pide se le reciba prueba de los hechos que constituye el presupuesto de la norma que invoca, está perseguiendo un efecto jurídico. El contenido de la demanda se refiere necesariamente a una norma jurídica por aplicar en el caso concreto mientras se invoca cierto efecto jurídico y paralelamente el contenido de la contestación a esa demanda debe tener como sustratum una norma jurídica, para obtener cierto efecto jurídico; este razonamiento nos lleva a la conclusión de que la carga de la prueba incumbe al que alega hechos, que según su intención generan efectos jurídicos deseados.

Para nosotros el criterio sobre la distribución de la carga de la prueba no debe buscarse ni en las reglas latinas, ni en los hechos normales; como expusimos al conceptualizar la carga de la prueba dijimos que servía para señalar implícitamente quien debe cuidar de que la prueba no falte y de quien asume el riesgo de su ausencia y como todos somos temerosos al fracaso, alguna de las partes llevará su prueba, si es que no llevan ambas y en virtud de la comunidad de la prueba, las partes utilizan no sólo la aducida por la contraria sino también la que el Juez manda a recoger oficiosamente. (81)

Nos inclinamos al criterio sustentado por Rosenberg sólo que agregamos un elemento: los hechos que constituyen el presupuesto de la norma jurídica que la parte desea hacer valer a su favor, deben ser "alegados", porque de otra manera, el Juez no podrá tomarlos en cuenta para su decisión, menos si son irrelevantes. Conviene tener en cuenta que debe haber concordancia entre el hecho alegado y la norma o efecto ju-

(80) Devis Echandia, Obra citada, Pág. 677 a 678.

(81) y (82) Ideas tomadas de la argumentación que el Dr. Devis Echandia hace en su obra ya citada, Pág. 682 a 683.

rídico prseguido; esta relación se enuncia así: a) se alega el hecho pertinente al litigio, pero se pide un efecto jurídico que no corresponde; b) el efecto jurídico es correcto, y no obstante se deja de alegar el hecho que sirve de presupuesto. En ambos casos el Juez debe resolver en contra de esa parte. (82)

La alegación como dijimos es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia, si aparece probado.

La controversia es requisito indispensable para aducir medios de prueba a fin de que el Juez tenga el hecho por cierto, ya que puede suceder que el hecho sea admitido, lo cual abona la prueba. Pero si el hecho no es susceptible de pobrarse por confesión, aún admitido deberá probarse por medios idóneos y es en este punto donde la carga, opera. (83)

También conviene reparar en que el Juez aplica el derecho sin sujeción a las normas invocadas por las partes. Se tiene en cuenta la norma que regula los efectos jurídicos pedidos y que el Juez oficiosamente debe conocer y aplicar; esto es, que le corresponde a esa parte la carga de probar los hechos que aquella contempla como sus presupuestos, siempre que los haya alegado y no estén admitidos válidamente.

Los hechos presumidos, notorios o de carácter indefinido constituyen excepciones a la regla sobre la carga de la prueba puesto que aún alegados por una parte no necesitan probarse, en ciertos casos, por lo que corresponde probar el hecho contrario al que los desconoce, no al que los alega. (84)

Por todo lo expuesto decimos que es incierto dar una regla de distribución de la carga de la prueba porque carece de sentido decir, como lo hace nuestro Código de Procedimientos Civiles, en el Art. 237 donde reza: "La obligación de producir pruebas corresponde al actor..." y por ello pensamos con los redactores del Proyecto de Código Procesal Civil que: "La carga de la prueba corresponde a la parte que afirma la existencia de los hechos en que funda su acción o excepción y en general su pretensión", que no es otra cosa que la alegación de los hechos que fundamentan el presupuesto de la norma que invoca a su favor.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN ALGUNOS PROCESOS

Alimentos

El que demanda una cuota alimenticia, de una persona que por ley está obligada a darla debe probar los siguientes extremos: 1º) el parentesco o la donación cuantiosa no rescindida o revocada; 2º) la necesidad de los alimentos ya sean cóngruos o necesarios; 3º) la capacidad del alimentante y sus circunstancias domésticas; y paralelamente el que quiera cesar en la prestación de los mismos deberá probar: 1º) que se ha puesto en estado de no poder darlos; 2º) que el alimentario puede adquirir los suficientes según su clase, por su trabajo o industria o de

(83) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 690.

(84) Ideas tomadas de la obra del Dr. Devis Echandía, ya citada, Pág. 691.

otra manera; 3º) que por su indolencia, disipación y vicios no se dedica a trabajar; 4º) que, en su caso, se ha hecho el alimentario reo de injuria grave contra el deudor; 5º) algotra circunstancia que por ley lo exima de prestarlos. Relaciones Arts. 338, 340, 341, 344, 348, 350 357 C.

Petición de Herencia:

Cualquiera que reclamase la herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero tiene la obligación de probar: 1º su vocación de heredero; 2º su derecho a la herencia; 3º la circunstancia de que el otro fue declarado heredero; 4º que el demandado está en posesión de la herencia. Como en esta clase de juicio se siguen las reglas de la adquisición del dominio por el transcurso del tiempo, el demandado puede oponer la excepción de prescripción extraordinaria de treinta años o la ordinaria de diez años cuando es heredero putativo, esto es, con justo título y buena fe. Relaciones: Arts. 1186, 1190 y 1191 C.

NULIDAD POR VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO:

Cuando alguien invoque cualquier vicio del consentimiento como motivo de nulidad, tales como error, fuerza, dolo, ignorancia, buena o mala fe, para obtener el reconocimiento de efectos jurídicos favorables consagrados en la norma legal, debe probar su existencia, como presupuesto para la aplicación de dicha norma, a menos que la ley expresamente los presuma en el caso concreto e impongan a la otra parte la carga de probar el hecho contrario. Establecido el error, quien lo alega tiene la carga de probar los hechos de su acerto. La buena fe, en cambio, se presume, a menos que la ley consagre una presunción de mala fe que admita prueba en contrario y quiera desvirtuarse, caso éste último resuelto en nuestra ley, según la cual, la mala fe se presume sin que se pruebe lo contrario. Relaciones: Arts. 750, 1322 y siguientes hasta 1330 C.

VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA O ARRENDADA

El cumplimiento de las obligaciones debe probarlo quien lo alega, en consecuencia el demandado debe dar o entregar la cosa, libre de vicios que imposibiliten o disminuyan su goce o la hagan inepta para el fin a que está destinada, pues si se le recibe sin protestar por el comprador o arrendatario, hace presumir que no tenía vicios y que la obligación está cumplida. Pero si se alegase en juicio que la cosa era viciosa debe probarse sus vicios por ser presupuestos para la aplicación de la norma que consagra los efectos jurídicos perseguidos que según los casos será indemnización de perjuicios o resolución del contrato.

Si el demandado alega que el comprador o arrendatario conocieron o debieron conocer el vicio antes o al tiempo del contrato, como cuando se vende harina a un viejo panadero, estará proponiendo una excepción cuya prueba tiene la carga de suministrar, ya que tal hecho es presupuesto del

efecto jurídico que pretende obtener con la aplicación de la norma que lo constituye.

También puede excepcionarse el demandado probando que la cosa fue adquirida en asta pública, es decir en venta forzada hecha por autoridad de la justicia y que al tiempo de rematarse en el mejor postor, el demandante no le pidió opinión sobre el estado de la cosa. Relaciones: Arts. 1659 a 1668 C.

CASO FORTUITO

El deudor demandado que alega caso fortuito, a fin de destruir la presunción que obra en su contra, según la cual siempre que la cosa perece en su poder se presume que ha sido por hecho o culpa suya, debe probar ese caso fortuito. Mas si sólo quiere responder por los perjuicios de la mora, debe también probar que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor. Relaciones: Arts. 1540 a 1544 C.

INCIDENTE DE FALSEDAD

Cuando un documento presentado en juicio se agregase con citación de la parte contraria, ésta deberá redargüirlo de falso, si así lo cree y probar los fundamentos de su impugnación dentro del término de prueba que corresponde a la instancia en que se alega o en el término adicional que se conceda. Relaciones Arts. 287 a 291 Pr.

PRESCRIPCION

El que en un juicio quiera hacer triunfar la prescripción a su favor, ya sea como excepción o pretensión, debe probar los hechos que la configuran, esto es: 1º) el momento en que comenzó a correr el término de tal prescripción adquisitiva o extintiva; 2º) el momento en que según sus pretensiones, se completa el término necesario para que se configure; es decir que estuvo en posesión de la cosa al comenzar a contarse el término y que está en posesión de ella en la actualidad. Paralelamente, quien pretenda destruir la posesión deberá probar cualquier clase de interrupción que según su saber resta méritos a la prescripción adquisitiva y por este hecho destruye los fundamentos y hacen imposible la configuración del presupuesto de la norma que el demandante trata de hacer valer. Relaciones: Arts. 2253 al 2259 C.

POSESION Y DOMINIO EN LA ACCION REIVINDICATORIA

Según los Arts. 891, 892 y 894 C. son cuatro los supuestos de la pretensión reivindicatoria: 1º) el dominio del demandante o su titularidad del derecho real; 2º) la cosa singular o la cuota indivisa sobre ésta, en la cual está radicado ese derecho real; 3º) la posesión material actual del demandado de esa cosa o cuota; 4º) la identificación de la cosa poseída por el demandado con la que es objeto del derecho real del demandante.

Al demandante le corresponde probar estos supuestos de la norma que consagra su derecho a reivindicar. El demandado puede alegar que tiene en posesión la cosa porque es dueño en virtud de título anterior al del que la reclama; que aún cuando no tuviera título opera la prescripción adquisitiva de dominio a su favor, y en tales hipótesis le corresponde probar al demandado. Relaciones: Art. 891 a 894 C.

LA MORA COMO CAUSAL DE DESOCUPACION

El arrendador que en juicio sumario de desocupación alegue que el demandado o arrendatario se encuentra en mora y que en virtud de lo que prescribe el Art. 24 N^o 1 de la Ley de Inquilinato es motivo de terminación del contrato respectivo no debe probar nada, a menos que no haya contrato escrito, que en tal situación debe probarlo por testigos, si admite prueba testimonial o con ésta y un principio de prueba por escrito si no admite la testimonial sola; como la mora se presume, es el demandado el que debe de probar que no está en mora, con los recibos respectivos o purgando la mora con el pago efectivo, salvo en este último caso, que haya sido con anterioridad demandado con base en la misma causal y el mismo contrato, pues no se le admite esta forma de terminar el juicio.

EN LOS JUICIOS ORDINARIOS DE TRABAJO LA CARGA DE PROBAR LO CONTRARIO PERTENECE AL PATRONO DEMANDADO CUANDO NO ASISTE A LA CONCILIACION SIN JUSTA CAUSA.

En efecto, a tenor del Art. 357 incisos 1^o y 2^o C. T. que dicen:

“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”.

Aquí vemos un caso en que al demandante le basta probar la relación laboral; porque respecto de los hechos que motivaron el despido, la prueba contraria corre a cargo del patrono demandado, con la única salvedad de que la presunción surte sus efectos si la demanda fue entablada dentro de los diez días subsiguientes al despido, y que el trabajador comparezca a la audiencia conciliatoria y si se trata de reclamo por despido la presunción tampoco se da si el patrono ofreció reinstalar al trabajador y éste no aceptó; de conformidad con el mismo Art. 357 incisos 4 y 5 C. T.

El Art. 48 de la LEY DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES SOBRE ACCIDENTES DE TRANSITO establece un caso en que al demandado corresponde la carga de probar lo contrario.

Efectivamente el Art. 48 de la citada ley establece:

“Art. 48.—Si ninguno de los demandados compareciere a la audiencia señalada, se les declarará rebeldes a petición del demandante, y se presumirá ciertos los hechos afirmados en la demanda, salvo prueba en contrario”.

Como se ve, aquí la ley lanza sobre el demandado la carga de probar hechos que vengan a desvirtuar la presunción, lo que nos está declarando que se trata de una presunción legal que admita prueba en contrario, idéntica a la presunción que establece el Código de Trabajo.

¿ES IMPOSIBLE LA PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS?

La antigua doctrina romana sentó los principios que hasta hoy en día han llegado en forma de ley a nosotros; los que rezan: “Incumbe probar al que afirma, no al que niega” y “la prueba de los hechos negativos es nula”. Tales principios se repiten en nuestro Código de Procedimientos Civiles en los términos que siguen: “Art. 238.—El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción”.

Y en el Proyecto de Código Procesal Civil así: “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”.

Los tratadistas se han encargado de explicar a cuanto error puede conducir la interpretación literal de estos dos principios de la doctrina romana. Podría asimismo creerse que tales máximas sólo se refieren al demandado que se limita a negar los hechos afirmados por el actor en la demanda, sin embargo Bonnier ⁽⁸⁵⁾ reflexiona y afirma: “No se necesitan muy profundas reflexiones para convencerse de la posibilidad de probar una negativa. No se adquiere diariamente la demostración clara e indiscutible de una proposición negativa, de esta, por ejemplo: ¿una servidumbre de paso no es susceptible de prestación parcial? La opinión contraria llevaría a la consecuencia, que basta enunciar para que quede refutada, de que quien quisiera negar una máxima recibida debería ser rechazado a priori como si intentara una prueba imposible. Pero ¿quién no ve que lo más frecuente de una discusión, en que una parte sostiene la afirmativa y otra la negativa, y hay por parte de ambas una alegación positiva y muy susceptible de ser muy claramente demostrada, que toda la diferencia consiste en la forma, en el modo de fijar la cuestión? Yo afirmo que Pablo es rico, y me lo niega otro. En este caso, es fácil comprobar cuál de nosotros tiene razón, y el que negó se halla tan embarazado para hacer la prueba como si hubiera afirmado que era pobre y yo hubiera negado su aserción. Así es como se convierte en afirmativa esta pro-

(85) De las pruebas en Derecho Civil y Penal, Bonnier, ya citada, Pág. 46 a 48.

posición, al parecer, enteramente negativa. Una servidumbre de senda no es susceptible de prestación parcial. Con sólo probar la naturaleza positiva y precisa de la senda se llega a reconocer que es esencial que se efectúe, en su totalidad, lo cual conduce a rechazar la proposición que la considera como divisible. Así, bajo el velo de una negativa se oculta una afirmación decisiva o terminante; y esto es lo que llamaron los antiguos doctores, en su enérgico lenguaje, una negativa generadora, “negativam praegnartem”. Esta negativa consiste en alegar un hecho a todas luces incompatible con otro hecho a todas luces incompatible con otro hecho alegado anteriormente, hecho que no es menos positivo porque se articule en forma negativa.

En esta clase se comprenden las negativas que se llaman “negativas de cualidad y negativas de derecho”. Hay negativa de cualidad cuando, por ejemplo, se niega a alguno la cualidad de francés, lo que equivale a decir que es extranjero; proposición susceptible de prueba directa. La negativa de derecho, que se refiere a la misma idea, consistirá, por ejemplo, en negar de hecho la existencia de una de las condiciones requeridas para la validez de un testamento, lo que equivale a decir que el testamento contiene un vicio material, vicio que es fácil reconocer si existe. Por eso ha decidido el Tribunal de Casación, por sentencia denegatoria de 21 de noviembre de 1826, que el que pretende que su adversario ha incurrido en caducidad por no haber producido sus títulos en cierto plazo, puede y debe probarlo, puesto que se puede consignar la falta de haberlos producido tan claramente como el haberlos presentado, comprobando el acta verbal del Juez encargado de dirigir la diligencia”.

Este razonamiento de Bonnier está en perfecta armonía con el espíritu de la disposición transcrita del Código de Procedimientos Civiles y del Proyecto, porque depende de la redacción que el demandado de a su respuesta para examinar si ella envuelve una negativa de cualidad de derecho para concluir que en el fondo está afirmado. En efecto, las proposiciones negativas son, normalmente, la inversión de una proposición afirmativa, de tal manera, que no puede quedar librada a la incertidumbre de la redacción que la parte dé a su afirmación, la suerte de la carga probatoria, ya que admitir tal solución, significaría entregar a la voluntad de la parte y no a la ley, la distribución de este aspecto tan importante de la actividad procesal.

Es indudable que la sapiencia y buen sentido del Juez puede corregir en gran parte la malicia del litigante, para que purgue su pecado con una sentencia adversa cuando teniendo necesidad de aportar prueba permaneció inactivo, a sabiendas que su negativa era una afirmativa invertida.

No son pocos los casos en que el actor también emplea la afirmativa, cuando su intención es probar el hecho negativo, esto se ve claro cuando en un proceso reclama la restitución de lo que pagó, no debiéndolo; lo mismo cuando afirma que una servidumbre ha prescrito porque siendo de las que necesitan un hecho actual del hombre, ha dejado de verificarse por todo el tiempo que la ley requiere para que se pierda el derecho por no uso; lo propio puede decirse del derecho que está sujeto a

condición suspensiva negativa, cuando se quiere probar que se tiene el derecho desde el día en que el hecho negativo se verificó.

En "La carga de la prueba" el maestro Leo Rosenberg ⁽⁸⁶⁾ reniega de pensarse en las negaciones que envuelven afirmación, pues considera que el concepto de afirmación en el proceso civil sólo se obtiene a base de las normas sobre la carga de la prueba; pero cuando parece que se contradice es al observar que cada disputa entraña afirmación de la posibilidad contradictoria o de alguna otra, tal como cada afirmación implica al mismo tiempo la discusión de un relato distinto; sin embargo, partiendo de su teoría de que la carga de la prueba compete al litigante que desea probar los hechos que fundamentan el presupuesto contenido en la norma que invoca; dice líneas adelante: Afirmaciones son los alegatos que muestran la existencia de las características definidoras de los preceptos jurídicos aplicables, aún cuando se presenten en forma de negación; negaciones son los alegatos que tachan de no existencia una característica definidora de la ley, aún cuando se les de la forma de una afirmación. Rosenberg vuelve así sus ojos a la teoría que consagra la afirmación invertida y la negativa disfrazada de afirmación que no son otra cosa que las acciones y excepciones formuladas afirmativa o negativamente, según sean los hechos que quieren justificarse. ⁽⁸⁷⁾

No ha mucho estuvo entre nosotros el maestro colombiano Hernando Devis Echandía y en una de sus conferencias al hablar de este tema dijo lo siguiente: "El Art. 238 Pr. es una gran texto contemplado en la Ley de El Salvador por cuanto simplifica magistralmente la teoría de la prueba de las negaciones; dicho problema fue mal entendido durante mucho tiempo, debido a que se copiaron sin entender bien unas máximas romanas, en el sentido de que se prueban las afirmaciones y no las negaciones y que quien afirma debe probar, pero no quien niega. Resulta que esas máximas romanas no tenían otro alcance que el de contemplar la situación del demandado que ante el hecho alegado por el actor se limitaba a decir, no es cierto, lo niego, entonces es obvio que si el demandante afirma un hecho y el demandado se limita a decir no es cierto, lo niego, no tiene nada que probar porque el hecho es el presupuesto de la demanda y por consiguiente quien quiera deducir de ese hecho efectos jurídicos a su favor, es el llamado a demostrarlo. Lo mismo, si el demandado es el que alega el hecho, como excepción, como cuando dice "yo pagué", y el demandante contesta, no es cierto, no me pagó, no tiene nada que probar y es en estos casos donde el demandado tiene que probar, para el caso, que ya pagó. Pero se comprende que de lo dicho, a decir que las alegaciones no requieren prueba hay un abismo insondable e imasable, porque ya en el debate, no importa como se presenten las alegaciones; el hecho se puede alegar afirmativa o negativamente, pero si ese hecho no es una verdadera negación absoluta e indefinida, sino que en el fondo contiene una afirmación presentada negativamente, la prueba le corres-

(86) Leo Rosenberg, Obra citada, Pág. 68 y 69.

(87) Leo Rosenberg, Obra citada, Pág. 295 y 299.

ponde a quien formuló la negación exactamente lo mismo que si la hubiera presentado afirmativamente, con una excepción: hay afirmaciones y negaciones que pueden ser indefinidas, esto es, que no están circunscritas a un límite de tiempo y lugar, por ser demasiado extensos, por ejemplo, si yo digo: usé un vestido negro el 1º de enero de 1969 o no usé un vestido negro, es que usé un vestido de otro color, entonces como digo que fue el 1º de enero, me quedaría fácil demostrar qué vestido usé ese día; pero si digo nunca he usado vestido negro, estoy haciendo una afirmación o una negación indefinida; pueda ser que sea limitada en el espacio, como cuando digo: no he usado vestido negro durante toda mi vida en la ciudad de San Salvador, o cuando digo: nunca he venido a la Universidad de El Salvador, estoy haciendo afirmación o negación definidas en lugar, pero indefinidas en tiempo.

Pues bien, ese Art. 238 Pr., debe entenderse de acuerdo con estos principios, a saber: no necesitan prueba las negaciones absolutas y se entienden por tales aquellas que no tienen por base ninguna afirmación, como cuando digo: nunca he tenido dinero o cuando afirmo que no se me ha pagado lo que se me debe; no estoy afirmando nada, ni siquiera que el que debe la cosa la tiene en su poder, entonces aparece lógico que las negaciones absolutas y las indefinidas son las únicas que no necesitan prueba". (88)

Estamos en un todo de acuerdo con el planteamiento formulado por el profesor bogotano y creemos que el interesado en hacer la prueba es aquel que alega los hechos que configuran el presupuesto de la norma que invoca a su favor y como ya lo dijimos, que siendo la carga de la prueba una noción procesal, que señala implícitamente al responsable de la obligación probatoria, aquel de los litigantes que se sienta señalado por ese índice "onus probandi" debe soportar la carga de una afirmación aunque la formule como negación o viceversa.

ACTITUD DEL JUEZ CUANDO APLICA SU BUEN SENTIDO O RAZON NATURAL: PRUEBAS DE OFICIO

Es principio generalmente aceptado que el Juez debe ser imparcial en la dirección del proceso; ello encierra una valiosa garantía para las partes y es además un imperativo ético que el magistrado debe tener en cuenta en el desarrollo del debate. Pero esto no significa que su imparcialidad se lleve a un estado de inacción y hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, pues debe estar revestido de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes, tales como preguntas apropiadas a testigos, a las mismas partes, cuando absuelvan posiciones y a peritos cuando se trata de dictaminar sobre asuntos que reclaman conocimientos técnicos en alguna ciencia o arte e inspecciones oculares para poner al servicio de la justicia, todos sus sentidos o para ordenar oficiosamente otras. Sólo así puede decirse que el Juez es el director del debate probatorio.

(88) Conferencias que el Dr. Devis Echandía dictó en la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador en el Primer Trimestre de 1969.

Por ello no podemos que regocijarnos al contemplar en el Proyecto de Código Procesal Civil el texto del Art. 374, que a la letra dice:

“Art. 374.—El juzgador podrá, desde que la causa se abre a prueba hasta la citación para sentencia, decretar de oficio las pruebas que le parezcan 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 extienda 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”.

Dicha disposición refleja la preocupación de orientar al Juez por el criterio de averiguar la verdad, trasladando así el término “averiguación” al lenguaje procesal civil que hasta hace poco sólo tenía carta de ciudadanía en el proceso penal. También este texto nos habla claro de la confianza que se tiene en los personeros de la administración de justicia, diciendo en otras palabras que ya no existe razón para temerle a la imparcialidad del Juez porque con este artículo o sin él siempre habrían buenos y malos Jueces, y para los malos, existen los recursos, la segunda instancia y la casación, para corregir la parcialidad que no esté comprendida en ningún motivo de impedimento y también la recusación cuando tenga este carácter.

Siendo la meta del debate probatorio, la obtención de una sentencia justa, el Juez que no resulte convencido por la prueba vertida está en capacidad de ordenar las que le parezcan pertinentes o ampliar las practicadas cuando le parezcan que las vertidas son inadecuadas para formar su convicción, pues como diremos en líneas adelante, no puede identificarse la idoneidad del medio empleado con el valor de convicción de éste, para el caso concreto, ya que mientras la primera indica que la ley permite probar con este medio el hecho a que se pretende aplicar, por ejemplo, con testimonios, el segundo, si bien depende en parte de esa idoneidad, porque si falta ésta, ningún mérito probatorio puede tener la prueba, exige algo más, que mira el contenido intrínseco y particular del medio de cada caso. De esta suerte es posible que, no obstante existir idoneidad, el Juez no resulte convencido por la prueba, para dictar una sentencia justa.

Florian, citado por Devis Echandía dice: ⁽⁸⁹⁾ “La averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales;

(89) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 85.

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 o limitaciones o intervengan para disminuir ese rendimiento”.

Nada más adecuado que el párrafo anterior para comprender el alcance del segundo inciso del artículo del Proyecto, por cuanto el Juez, desde que la causa se abre a pruebas hasta la sentencia, debe hacer uso de todos los medios y órganos de prueba que estime necesarios en los procesos relativos al estado civil y capacidad de las personas o cuando se trate de juicios en que la autoridad de la cosa juzgada se extienda a terceros o note malicia en las partes para burlar la ley u ocasione daño a otros, principalmente si éstos fueren menores, incapaces, o ausentes, porque en estos supuesto se verá claro cuales intereses de las partes se oponen a que la justicia cumpla su misión.

Con el texto legal a que nos referimos se incorpora nuestra legislación a los sistemas de avanzada técnica jurídica por cuanto da nacimiento al proceso civil inquisitivo, reconociendo así que el proceso civil es de orden público, guardando en el museo la vieja concepción privatista y dando nacimiento a la doctrina que ve el ejercicio de la función jurisdiccional, aplicada al juicio civil, con un carácter eminentemente público que por sí sólo en una valiosa garantía para la recta aplicación de la ley material y la recta administración de justicia para la paz y tranquilidad sociales.

Devis Echandía, (90) alude al sistema inquisitorio en estos términos: “Refutando el viejo concepto privatista del proceso civil, caen por su base los argumentos de quienes desean mantener maniatado al Juez ante el debate probatorio. Porque si hay un interés público en que el resultado del proceso civil sea justo y legal, el Estado debe dotar al Juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al Juez con pruebas aparantes u omisiones de otras; la imparcialidad del funcionario consiste en aplicar la ley al dictar sentencia, sin que en su criterio pesen otras razones que sus conocimientos jurídicos y las conclusiones a que llegue después del examen de los hechos y sus pruebas, y sin que la amistad o enemistad, el interés o el afecto, tuerzan o determinen sus decisiones. Por otra parte, si se concibe la jurisdicción como un deber del Estado frente al derecho de acción del particular y no sólo como un derecho frente al deber de los particulares de someterse a ella, es apenas obvio que se otorguen al Juez los poderes suficientes para cumplir adecuadamente tal deber”.

Por nuestra parte concebimos al Juez como un hombre investido de autoridad, con una preparación jurídica adecuada y un poder de discernimiento que le permite valorar las conductas de las personas que se acercan en demanda de justicia; él mide el grado de franqueza con que se desenvuelven en el debate; más como puede suceder, por malicia o ig-

(90) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 103.

norancia de éstas o del apoderado, que no piden la práctica de una prueba siendo idónea, el director del drama, que es el Juez puede suplir esa deficiencia con su buen sentido o razón natural y aunque es cierto, como lo preconizamos líneas atrás, que el Juez no puede servirse, para ningún fin procesal, de su conocimiento privado de los hechos que interesan al proceso, también es cierto que su conocimiento de la vida y de las cosas le ayuda en su labor ya sea para formular en debida forma preguntas a los testigos, o exigir aclaraciones a sus respuestas, para solicitar a los peritos que amplíen o expliquen sus dictámenes, para decretar inspecciones oculares o pruebas de otra índole e inclusive para orientar su criterio en la crítica de la prueba practicada. Claro es, que el Juez deberá saber imponer su buen sentido y honestidad para poner coto a la malicia de los litigantes.

El artículo del proyecto a que aludimos termina diciendo: “Igualmente el Juez actuará de oficio en los demás casos señalados por la ley”. En forma no taxativa señalaremos algunos casos en que la ley faculta el procedimiento de oficio:

a) Siendo el inventario una garantía para salvaguardar los intereses de los incapaces, el Art. 408 C. faculta al Juez para que los pasajes oscuros o dudosos se interpreten a favor del pupilo, salvo prueba contraria.

b) Para la protección de los incapaces el Juez debe nombrar tutor de oficio, cuando los parientes del menor o el mismo incapaz no lo soliciten. Art. 452 inc. 4º C.

El Art. 472 C. faculta al Juez para informarse si el sordo mudo ha adquirido la suficiente inteligencia para la administración de sus bienes. Aquí el mejor informe es el de peritos.

d) La facultad concedida al Juez para repreguntar al testigo o llamarlo posteriormente para que ilustre su declaración en cualquier estado del juicio antes de la sentencia está contenida en el Art. 316 Pr.

e) En cuanto a la prueba pericial, el Juez tiene facultad para nombrar un tercer perito, cuando hubiere discordia entre los que conocieron y también se le faculta para que adopte la opinión que más justa le pareciere, si no estuvieren de acuerdo, tal facultad la consigna el Art. 347 inc. 2º Pr.

f) En la misma prueba pericial el Art. 362 Pr. faculta al Juez para exigir explicaciones de oficio a los peritos, cuando la relación esté oscura.

g) Cuando a juicio del magistrado la prueba pericial contribuya al esclarecimiento de la verdad, puede acordarla de oficio, en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, según el Art. 364 Pr.

h) En todos los casos en que la inspección personal sea útil para el esclarecimiento de los hechos, la ley faculta al Juez, en el Art. 366 Pr. para practicarla.

i) Cuando la inspección exigiere por su naturaleza conocimientos especiales, se practica con acompañamiento de peritos. Art. 367 Pr.

j) Para ilustrar su criterio, el Juez puede acordar la inspección personal, de oficio Art. 368 Pr.

k) Se faculta al Juez para separarse del dictamen de los peritos cuando sea contrario a lo que el mismo percibió por sus sentidos. Art. 370 inc. 2º Pr.

l) En las contestaciones que se den a las posiciones el Juez tiene facultad para pedir explicaciones, Art. 383 Pr.

m) En los juicios de desiinde, cuando no es posible establecer los mojones, la ley faculta al Juez para compensar los terrenos entrantes de una propiedad con los de la otra procurando que haya igualdad e indemnización pecuniaria, tasada por peritos. Art. 567 Pr.

n) En los juicios de divorcio por mutuo consentimiento el Juez nombra, de oficio un defensor del matrimonio. Art. 584 Pr.

PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA DE LAS PRUEBAS: PRUEBAS PERTINENTES E IMPERTINENTES

No hay en el Código de Procedimientos Civiles, en el Capítulo IV que se refiere a las pruebas un texto que nos diga que es procedencia o improcedencia de las pruebas y sólo en el Art. 240 habla de la pertinencia de las mismas, dando la pauta para considerarlas pertinentes así:

“Art. 240.—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”.

Los redactores del Proyecto de Código Procesal Civil advirtieron este vacío y en el “TITULO TERCERO DEL DESARROLLO DEL PROCESO”, CAPITULO PRIMERO, DE LA PRUEBA EN GENERAL, incluyen un artículo; es el Art. 375, que aún cuando no da concepto de lo que debe entenderse por procedencia de la prueba, nos enumera las pruebas improcedentes en stos términos:

“PRUEBAS IMPROCEDENTES”:

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 contravertido;
- 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”.

Conviene hacer un análisis para deslindar el verdadero sentido de los términos PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA, ADMISIBILIDAD Y EFICACIA; PERTINENCIA E IMPERTINENCIA DE LAS PRUEBAS Y UTILIDAD DE LAS MISMAS.

La procedencia de la prueba es un requisito intrínseco que el Juez debe examinar cuando tenga que resolver sobre la admisibilidad de las peticiones por las partes y las que oficiosamente pueda decretar para dar vigencia a dos principios: el de la economía procesal y el de administración de pronta y cumplida justicia.

La procedencia exige: que el medio escogido por las partes esté autorizado, es decir, no prohibido por la ley en forma expresa o tácita, sea porque se encuentre en los enumerados taxativamente o porque el Juez lo considere lícito cuando goce de libertad para juzgar después de examinar si no es inmoral o no viola derechos tutelados por la ley; cuando un medio probatorio no llene este requisito, debe calificarse de improcedente y como consecuencia lógica, la prueba será improcedente.

La procedencia o improcedencia de las pruebas es una cuestión que pertenece al derecho porque la ley regula esta cualidad y determina si legalmente pueden recibirse o practicarse y tal es así que el Proyecto de Código Procesal Civil hace una enumeración de las improcedentes, de allí que si el Juez, contra el derecho que le dice cuales pruebas son procedentes y cuales no, las recibe y practica, es su deber negarles valor en la sentencia o de lo contrario va contra la economía procesal por cuanto el Tribunal de Segunda Instancia puede anularla y si todavía éste la acepta, tal sentencia es casable por error de derecho.

Una prueba improcedente es ineficaz y aunque la procedencia es un elemento indispensable de la eficacia, podemos decir que van de la mano o dicho de otro modo: Prueba eficaz es la procedente y por lo tanto admisible legalmente, cuyo resultado sirve para darle al Juez la convicción que necesita.

Paralelamente apuntamos que la prueba procedente y eficaz es útil al proceso si además de los dos requisitos mencionados reúne la cualidad de pertinente.

Cuestión debatida y no resuelta uniformemente es situar el momento en que el Juez debe examinar la procedencia o improcedencia de la prueba y si debe rechazar la admisión de las improcedentes o dejar para sentencia la apreciación de su eficacia y utilidad. La doctrina le reconoce al Juez, por razones de economía procesal el poder de rechazar la prueba presentada o solicitada; pero en cambio se pronuncia en favor de la admisibilidad cuando el punto sea dudoso, ya que en el momento de valorarla, conocido su contenido y su resultado, se puede y debe volver a examinar aquel requisito, para negarle todo el valor en el supuesto de que faltare.

Sobre esta cuestión el doctor Hernando Devis Echandía opina: ⁽⁹¹⁾ “Si se separan adecuadamente, como nosotros lo hacemos, las nociones de

(91) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 481.

conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, y se limita aquella a los dos requisitos que dejamos expuestos, resulta más claro que el Juez debe rechazar lo inconducente, porque la solicitud o presentación será ilegal, por existir prohibición legal general para esa clase de medio, o especial para utilizarlo respecto al hecho que debe probarse. Las dudas se presentan generalmente sobre la pertinencia o relevancia de la prueba, que se refiere a la relación que pueda tener el hecho por probar con el litigio o la causa, y a la utilidad del medio propuesto, como veremos en el número siguiente. Si se acepta que existe inconducencia, y no inutilidad como creemos nosotros, cuando la ley exige un medio distinto para demostrar el hecho, sea como simple requisito "Ad-probationem" o como formalidad "ad substantiam actus", el Juez estará generalmente en incapacidad de apreciar si puede haber algún interés y, por lo tanto, conducencia para su práctica o agregación al proceso, en el momento en que se le pide su admisión, porque puede servir para aclarar o complementar algunos aspectos que en la prueba requerida por la ley (la escritura pública por ejemplo) no aparezcan, o se presten a dudas y discusiones o sean antecedentes que de alguna manera influyan en el caso".

Llegamos ahora al problema de la pertinencia o relevancia de la prueba. Advertimos que el Proyecto, envuelve bajo el rubro de "pruebas improcedentes", a las "pruebas impertinentes", como si se tratara de la misma noción y conviene aclarar que en nuestro concepto son dos términos procesales diferentes; la procedencia se refiere a la aptitud legal de la prueba en relación con el hecho por probar, mientras que la pertinencia hace relación entre el hecho por probar y el litigio en que tal hecho se alega. El doctor Hernando Devis Echandía ⁽⁹²⁾ atribuye a la pertinencia de la prueba una serie de cualidades que trataremos de resumir así: a) Es requisito para que el hecho pueda ser objeto concreto de prueba, en un proceso determinado, es decir que el hecho a probar tenga alguna relación con la cuestión litigiosa; b) Es requisito para que el hecho esté incluido en el tema de la prueba en cada proceso; esto es una aplicación a su brillante diferenciación que hace entre el objeto y el tema de prueba y como dice que todos los hechos son objeto de prueba, pero no todos, tema de la misma, la noción de pertinencia es una cualidad para que en un momento dado podamos decir: aquí los hechos tema de prueba en este asunto y allá, los demás hechos; c) La pertinencia no se confunde con la utilidad de la prueba, porque la utilidad hace relación a la economía procesal ya que puede suceder que aún cuando el hecho se relacione con el objeto de la litis, no sea necesaria la prueba por gozar de presunción o estar probado con otras pruebas aportadas en el proceso; d) Corresponde al Juez apreciarlas y es cuestión de hecho, ya que no puede casarse una sentencia que declaró admisible una prueba por ser pertinente; por otra parte como para poder apreciar el mérito de las pruebas se debe examinar en la sentencia la pertinencia del hecho probado, el Juez puede perfectamente negarle mérito probatorio al hecho si no la encuentra de algún interés para las cuestiones sobre las cuales debe resol-

(92) Devis Echandía, Obra citada, Págs. 486 a 487.

ver; e) La pertinencia puede ser mediata o directa e inmediata o indirecta y debe apreciarse con un criterio amplio: La inmediatez de la sentencia se pone de manifiesto cuando se trata de hechos que necesitan requisitos para la existencia del acto a probar como la entrega del dinero en el mutuo, de la cosa en la compra venta de muebles o el acuerdo de voluntades en un contrato. En cambio hay otros con importancia mediata como serían los antecedentes de la escritura de un inmueble, la confesión extrajudicial de paternidad; hechos que hacen difícil apreciar la pertinencia del hecho a probar en el momento de solicitarse su prueba, razón por la cual el Juez debe guiarse por un criterio muy amplio y es hasta que valoriza la prueba que puede rechazar o declarar inadmisibles la prueba, pero si hay una remota posibilidad de que el hecho tenga relación y por consiguiente resulta interesante para la decisión es mejor que practique la prueba; f) No se requiere que el hecho haya sido alegado en la demanda o en los escritos de excepciones: fundamenta su posición en estos términos: hay hechos no alegados, que aún cuando no son fundamentales o esenciales, tienen alguna relación con el litigio y sirven para aclarar o precisar otros hechos que hayan sido alegados por el actor o el reo.

Nosotros, sobre este tema opinamos: Nuestra legislación es una de las más rígidas en materia de prueba o sea, que tiene una tabla taxativa de pruebas, de la cual el litigante ni el Juez se pueden alejar, porque esa colección es el alfa y omega de la actividad probatoria y son las únicas admisibles. Dentro de esa gama de pruebas admisibles hay unas que en un proceso determinado reciben el calificativo de impertinentes o pertinentes. Serán pertinentes aquellas que además de estar en la lista de la ley, son adecuadas e idóneas para probar lo que se está ventilando en el juicio; como antítesis de estas están las que aún incluidas en el cuadro de pruebas que nos da la ley son ineficaces, inidóneas o inútiles para llevar a la mente del Juez la certeza de nuestras pretensiones, por no tener relación con los hechos que son tema de la prueba; así serán impertinentes las siguientes: la prueba testimonial en los casos que la ley la excluye, como cuando se trata de probar una deuda mayor de doscientos colones; la confesión en los juicios de divorcio absoluto, la documental grabada en cintas magnetofónicas en lo civil, etc.

En cuanto al sujeto que califica la pertinencia o impertinencia de las pruebas es necesario aclarar lo siguiente: se opina por los autores que el Juez es un mero espectador en ese drama que se llama proceso y que por la misma circunstancia solamente se limita a recibir las pruebas que las partes ofrezca, siempre que se viertan dentro de las etapas procesales marcadas por la ley, cualquiera que esas pruebas sean ya que en la sentencia han de admitir o rechazar aquellas que le parezcan impertinentes; nada más alejado de la verdad; ello está contra los principios de economía procesal, de equidad, de justicia y de lealtad para con su función de magistrado. El Juez no puede ser un simple espectador y dejar que se viertan pruebas que desde el principio sabe que son inútiles, como las posiciones en el juicio de divorcio absoluto, ello sería dar a las

partes la categoría de jueces para ver que pruebas a su juicio fundamentan su acción o excepción; esto sería asimilable al Capitán de un barco que no queriendo disgustarse con sus subalternos dejase que estos cambiaran el rumbo de la nave con la única idea de no llegar a puerto seguro. Creemos que el Juez debe dirigir el proceso y seguir aplicando la ley en todos aquellos casos en que se vea que ésta quiere ser tergiversada o violada; debe olvidarse del qué dirá el actor o el reo, de que se le tildará de prejuizador, pues siendo el organizador del proceso, desde su comienzo debe enderezarlo calificando la pertinencia o impertinencia de las pruebas, cortando de tajo la malicia de las partes que en algunos casos pedirán la práctica de pruebas con el propósito de desviar la atención de la parte contraria o de hacer aparecer al Juez como un ignorante.

Abona nuestra posición la serie de facultades que la ley otorga al magistrado como son las de repreguntar al testigo o hacerlo comparecer aún ya pasado el término probatoria para que aclare algún concepto oscuro y la de rechazar una compulsu cuando la parte que la pide está en capacidad de allegar una certificación de lo que quiere por otros medios.

Dedicaremos dos palabras al requisito de la utilidad de la prueba y comenzamos por decir que esta cualidad viene a completar el cuadro dentro del cual se enmarca la actividad procesal que tiene por objeto la demostración de la verdad y en efecto no basta que la prueba sea procedente, pertinente y eficaz, si es inútil, así por ejemplo: hay una prueba que se hace a través de confesión provocada por posiciones, prueba que es procedente en cualquier juicio y en cualquier juicio es pertinente, si se ciñe al asunto principal y es eficaz, por cuanto coadyuva para configurar en el Juez el convencimiento necesario para resolver un conflicto de intereses; sin embargo, dicha prueba no siempre es útil o por lo menos excepcional es inútil, como en los juicios de divorcio absoluto, por cuanto aún cuando el Juez mande a practicar el interrogatorio y la otra parte se someta y colabore para fundamentar la causal de divorcio que se trata de hacer valer; por disposición de ley, dicha prueba se hace inútil; en efecto, el Art. 577 Pr. viene a quitarle utilidad cuando dice: "En los juicios de divorcio absoluto, no se dará fe a la confesión de las partes sobre la verdad de las causas alegadas". También la inutilidad de la prueba se pone de manifiesto cuando se trata de probar hechos imposibles o inverosímiles, o cuando para su prueba requieren procedimientos técnica o científicamente inadecuados, o el hecho está amparado por una presunción de derecho, o encierran una negación absoluta e indefinida y otros.

El Dr. Devis Echandía, ⁽⁹³⁾ en relación con este tema se expresa así: "Significa este requisitos que la prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir, que debe prestar algún servicio, ser necesaria o por lo menos conveniente para ayudar a obtener la convicción del Juez respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se basa la pretensión contenciosa o se funda la petición del proceso voluntario o del incidente, esto es, que no sea completamente inútil. Se persigue el mismo

(93) Devis Echandía, Obra citada, Págs. 494 a 495.

doble fin que con los requisitos de la conducencia y pertinencia de la prueba.

En un sentido general puede decirse que la prueba inconducente o no pertinente es inútil, puesto que ningún servicio puede prestarle al proceso, e inclusive algunos autores y legisladores se abstienen de estudiar o reglamentar la utilidad de la prueba como un requisito separado, como que la consideran un aspecto de su consonancia o pertinencia y, desde un punto de vista más general, de su eficacia.

Concluye diciendo: La ausencia de norma legal expresa no es obstáculo para que el Juez tenga en cuenta el principio elemental de que es inadmisibile la prueba manifiestamente inútil; pero la posible utilidad debe aceptarse cuando exista alguna posibilidad de que la prueba, por sí sola o en concurrencia con otras, pueda servir para apreciar o aclarar cualquier detalle de los hechos principales o accesorios que tengan alguna relación con las pretensiones formuladas, o con las excepciones opuestas o que puedan surgir del debate.

Tócanos ahora echar una mirada sobre ese artículo importantísimo que trae el Proyecto y que hemos copiado al principio de este tema, artículo que trata sobre las pruebas improcedentes; creemos haber esbozado, aunque en forma superficial lo que entendemos por pertinencia; nos llama la atención la forma como los redactores inician el artículo: “El Juez rechazará, aún de oficio por resolución motivada, las pruebas improcedentes”. Nos llama la atención y nos place en gran manera que se intente plasmar en un texto legal la línea de conducta que ha de observar el Juez cuando se encuentre frente a pruebas que ni son procedentes, ni pertinentes, ni eficaces, ni útiles, porque con este artículo se pone en las manos de magistrado un amplio poder de discreción, siempre que fundamentalmente el rechazo de esas pruebas en razones jurídicas, circunstancia esta última que aleja la posibilidad de la mala fe y da oportunidad a los hombres encargados de la administración de justicia para que demuestren que conocen el Derecho y que la alta misión a ellos encomendada requiere ser llevada con honestidad y capacidad. El texto que enunciamos respalda el pensar de aquellos cultores del Derecho que no creen en el Juez como figura decorativa, antes bien, lo conciben como ser dotado de razón, alma, corazón y conciencia, y aunque no somos más que copiadore de ese pensamiento, nuestra aspiración porque la ley rodee de garantías al magistrado, está colmada.

A continuación los redactores del Proyecto pasan a enumerar las diferentes maneras de improcedencia comenzando por las pruebas impertinentes; no se detienen a conceptuar el término, pero dan la pauta para juzgar impertinente una prueba y así dicen que serán de esta clase las que no se ciñan al asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes. Esta manera de señalar implícitamente la impertinencia tiene relación con lo que el Dr. Devis Echandía llama distinción entre el objeto y el tema de la prueba pues como él muy bien delimita, todos los hechos anteriores, concomitantes y posteriores al litigio pueden ser objeto de prueba, pero en esa gama va-

riadísima habrán unas que no tienen relación con la materia principal del proceso o con sus articulaciones o con los hechos que él mismo llama fundamentales; agrega que la pertinencia debe buscarse en la relación íntima de los elementos importantes que llevan a la psicología del Juez el convencimiento de su certeza para decidir, algo así, decimos nosotros, como las piezas de un rompecabezas que perfectamente colocadas hacen evidente la figura que representan; esos hechos que el tratadista citado considera como las bases para sostener el presupuesto de la norma que se quiere hacer valer, son los llamados tema o necesidad de prueba. Creemos adivinar la intención de los redactores del Proyecto de Código Procesal Civil, cuando decimos que ellos han querido elevar a la categoría legal ciertos principios que inspiran el hacer procesal como son los de conducencia o idoneidad de la prueba, su utilidad, su imparcialidad, su economía, su utilidad, su eficacia y en general todos aquellos puntos de vista cuya magistral explicación nos la entregara el Dr. Devis Echandía en sus admirables conferencias dictadas en la Facultad de Derecho y desarrollados con detalle en su Tratado de Derecho Procesal Civil Tomo quinto, páginas de la 62 a la 95.

La segunda categoría de pruebas improcedentes que el Proyecto enumera, se concibe así: “Las que sean técnicas o científicamente inadecuadas para obtener la certeza de un hecho controvertido”.

Parece que por lo que a improcedencia aquí se refiere, no es tanto de la prueba, sino del medio empleado para obtenerla y en efecto, el hecho controvertido puede ser posible o verosímil, pero el medio propuesto puede ser manifiestamente ineficaz para establecerlo; la vida forense proporciona ejemplos sobre este punto y se nos ocurren algunos: a) La prueba de peritos para establecer si una persona obró de buena o mala fe, es inadecuada porque su calificación corresponde exclusivamente al Juez; b) La inspección ocular sobre el cuerpo de una mujer, para establecer el hecho de la concepción de un hijo, es inadecuada, porque es un fenómeno biológico que escapa a la observación; c) La prueba documental consistente en fonografías o alegorías para justificar un hecho importante en lo civil, cuando la ley exige un medio de prueba diferente como la presentación de escritura pública inscrita para probar el dominio, es inadecuada, porque la ley niega fuerza probatoria a otra prueba documental, que bien eficaz es en lo penal; d) La comprobación o cotejo de letras por peritos, cuando para confrontar las firmas se presenta un papel fotocopiado en que aparece la firma que se trata de verificar, es inadecuada, porque ese papel cualquiera no es legítimo, ni está en la lista de los que el Art 350 Pr. enumera como documento de comparación; e) La misma prueba pericial si se encomienda a personas que no tengan título sobre la ciencia o arte en que ha de oírse su dictamen, si la ciencia o arte estuvieren legalmente reglamentados, y hay personas con título para ello, es inadecuada, porque hay prohibición legal para oír a tales sujetos; y f) La prueba de testigos para justificar los daños ocasionados a la cosa, porque aquí la prueba adecuada es la inspección personal del Juez, asociado de peritos.

Hay una tercera categoría de pruebas improcedentes y son: “Las que están excluidas por la ley, expresa o tácitamente, por exigirse determinados medios probatorios para obtener la certeza de un hecho controvertido”.

La razón fundamental para rechazar esta clase de pruebas es la economía procesal y porque su admisión sería un acto ilegal o ilícito. Bonnier ⁽⁹⁴⁾ al referirse a esta clase de pruebas se expresa así:

“Finalmente, los hechos pueden ser concluyentes y muy verosímiles en sí mismos, pero de tal naturaleza que la ley no permita su prueba. No nos fererimos aquí a los hechos contrarios a una presunción legal, como si se quisiera hacer cesar la interdicción estableciendo que la persona que la sufría se hallaba en su sano juicio cuando se verificó tal o cual acto. Estos pormenores, que nos obligarían a anticiparnos sobre la materia de presunciones, no son, por otra parte, de nuestro actual objeto. Ahora no se trata de los impedimentos extrínsecos que pueden oponerse a la admisión de la prueba, sino de la naturaleza misma de los hechos que hay que probar. Y sabido es que existen ciertos hechos cuya prueba oficial no puede permitir la ley, por verdaderos que, por otra parte, sean.

En materia civil, rechaza nuestro Código frecuentemente la prueba de hecho que lastiman la moral. Por eso prohíbe la investigación de la filiación incestuosa o adulterina, y también la paternidad natural en casi todos los casos. No puede menos de confesarse que el legislador ha hecho en esto un gran sacrificio, teniendo abrir la puerta a procesos escandalosos. Por una parte, priva de todo recurso a los hijos procreados de semejantes uniones, los cuales no pueden probar quiénes son sus padres; por otra, abre la vía a las más exageradas liberalidades voluntarias en su favor, puesto que, no reconociéndolos, se elude toda clase de prohibiciones. Parece que se preocupa más de las apariencias que de las reglas de fondo que ha establecido en interés de la sociedad. —No estoy lejos de pensar, dice nuestro digno colega M. Demolombe (Paternidad y filiación, 2ª edición núm. 561), que lo mejor en legislación, y cuando se trata de gobernar a los hombres, es, si me atrevo a decirlo, considerarlos tales como son. Me parece muy dudoso que haya muchas ventajas en no ver lo que todo el mundo ve, y en negar lo que es cierto; así nos exponemos a resultados chocantes, que ponen esta ignorancia afectada de la ley en contradicción con la evidencia de los hechos, y que producen un escándalo con frecuencia mayor que la verdad misma, que no se ha querido reconocer y que no se ha podido disimular—. Este sistema tan impugnable es enteramente moderno, y no se encuentran vestigios de él ni en el Derecho Romano ni en la antigua jurisprudencia”.

El Dr. Devis Echandía ⁽⁹⁵⁾, al hablar de ausencia de prohibición legal para investigar el hecho, hace una distinción que por su calidad e importancia transcribimos: “Quienes confunden la conducencia con la no pertinencia o irrelevancia de la prueba, necesitan agrupar en el requisito

(94) Bonnier, Obra citada, Pág. 32 a 33.

(95) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 505.

intrínseco de la ausencia de prohibición legal, además de la prohibición de investigar el hecho, los casos que nosotros consideramos como propiamente de inconducencia (cfr. núm. 723), a saber: a) que el medio esté prohibido en general por la ley; b) que dicho medio, válido en general como instrumento de prueba, esté prohibido en particular por la ley, respecto al hecho que quiere probarse, o sea, que exista expresa ineptitud legal de tal medio para el caso concreto; es decir, los casos de prohibición legal para utilizar el medio propuesto con cualquier fin probatorio o solo respecto al hecho concreto que se pretende demostrar. Pero si se le da al concepto de inconducencia el sentido estricto que le corresponde y que comprende los dos casos enunciados, en este nuevo requisito se contempla únicamente la posibilidad legal de investigar o probar el hecho, independiente de los medios utilizados para ello, cuestión que estudiamos al tratar del tema de la prueba (cfr. 672, c).

a la inversa, quienes no contemplan como un requisito especial de la actividad probatoria la ausencia de prohibición legal para investigar el hecho, deben incluir estos casos en los de inconducencia de la prueba, como lo dijimos al tratar de este concepto (cfr. número 723). No importa que la ley procesal no diga expresamente que es inadmisibles la prueba cuando exista esta prohibición porque ella implica tal requisito”.

Entramos ahora a examinar la última categoría de pruebas improcedentes que enumera el Proyecto de Código Procesal Civil y que se enuncia en estos términos: “Las que versen sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles”.

Conviene reparar sobre los términos “imposibles” e “inverosímiles” y declaramos desde ya que no son sinónimos. La imposibilidad hace relación a la falta de cualidad para que exista algo, es una cualidad superior a la dificultad, ya que un hecho que resiste a la contradicción puede ser difícil de probar, más no imposible de justificar y por lo que toca a la imposibilidad juega gran papel en ello la metafísica y las leyes naturales o físicas. En efecto, como apunta Bonnier ⁽⁹⁶⁾, “no hay duda que la constancia de las leyes de la naturaleza física, de aquellas mismas que atestiguan la experiencia universal, no es en manera alguna una verdad lógica, y no implica contradicción suponer, por ejemplo, que puedan suspenderse las leyes de la gravitación. Pero el jurisconsulto que se preocupa mucho más de la certidumbre práctica que de la verdad abstracta considera como evidente la permanencia o constancia de estas leyes”.

Y agrega: “A quien ofreciera, pues, probar que ha caminado por encima del agua, no se le permitiría abrir una información para justificar la alegación de semejante hecho. En el día no se permitiría ya, como hizo un tribunal escocés en 1754, afirmar a dos testigos, bajo juramento, que les había revelado un espíritu celestial el nombre del autor de un homicidio. No porque un Juez ilustrado deba negar la posibilidad metafísica de un milagro, sino porque generalmente los hechos milagrosos que pueden merecer alguna fe histórica son tan escasos, comparados con los que no se apartan del orden normal, que hay una gran probabilidad de

(96) Bonnier, Obra citada, Pág. 29.

que falta a la verdad o incurre en error quien formula semejante pretensión. Para que un Juez ordene, pues, la prueba de un hecho, no basta que este hecho sea rigurosamente posible, sino que es preciso que sea verosímil.

Si no es permitido negar seriamente, en justicia, una ley constante de la naturaleza, y si lo que no es para el metafísico más que una remota probabilidad equivale para el Juez a una certidumbre completa, nuestros conocimientos no son desgraciadamente siempre bastante perfectos para que podamos afirmar con entera confianza que tal o cual fenómeno ha sido producido por tal o cual causa. Son muy pocas las leyes de la naturaleza que conocemos completamente, en comparación de las que ignoramos o de que sólo tenemos una noción imperfecta. Frecuentemente, en la práctica judicial, y con especialidad en todo lo que se refiere al mecanismo tan delicado de los cuerpos organizados, no podrá responder la ciencia, sino por conjeturas más o menos fundadas, a las preguntas que se le dirijan sobre las causas de ciertos resultados materiales, cuyo origen conviene investigar”.

La inverosimilitud de los hechos debemos buscarla en esa oposición radical entre el hecho afirmado y lo que consideramos una regla segura de experiencia o norma aceptada como constante y regular en el medio cultural en que vivimos, como indica Carnelutti. (97)

Conviene sin embargo, que el Juez examine los hechos alegados para ver si son inverosímiles porque como dice Fenech (98), muchas veces la inverosimilitud, concebida como improbabilidad, condiciona la intensidad de la prueba, pero no excluye su necesidad. Y autores hay que se oponen a la exclusión de los hechos imposibles o inverosímiles como objeto de prueba, pues como argumenta Carnelutti, puede suceder que el Juez tenga siempre el poder de excluir el hecho imposible, es decir, contrario a una regla segura de experiencia, sea cual fuere la fuente de prueba ofrecida para demostrarlo; pero ello no significa en manera alguna que tal hecho no sea objeto de prueba; por el contrario, precisamente mediante el proceso de prueba, es decir, mediante la apreciación de las fuentes de prueba adquiridas, el Juez actúa para excluir su existencia.

El Dr. Devis Echandía (99) se pronuncia en este sentido: “Creemos que sólo en el caso de una evidente imposibilidad metafísica del hecho, que no deje la menor duda al respecto, es aceptable el rechazo de la prueba pedida, porque en ese caso los medios propuestos serán necesariamente inconducentes para demostrarlo. Puede incluirse esta hipótesis entre los casos de inconducencia de la prueba. Lo que creemos físicamente imposible, puede parecer posible a otra persona de mejores conocimientos o en otra época. La imposibilidad matemática no existe sino en relación a los conocimientos subjetivos de cada persona o a la manera como se plantee la cuestión”.

(97) La Prueba Civil, Fco. Carnelutti, Edic. Arayú, Buenos Aires, 1955, Pág. 17.

(98) Derecho Procesal Penal, Fenech, Edit. Labor 1960 Barcelona, Págs. 594 a 595.

(99) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 496.

OPORTUNIDAD DE LAS PRUEBAS O TIEMPO PARA PRODUCIRLAS

Llegamos aquí a uno de los temas más importantes, como que de la oportunidad de las pruebas depende en gran parte la victoria en el proceso; bien sabido es que toda la actividad que desarrollan las partes, y el Juez, debe realizarse en forma abierta en cuanto a su forma y procedimiento; pero esta cualidad conlleva un imperativo categórico, este es que la prueba se reglamente, es decir que ellas lleguen al juicio mediante procedimientos ajustados al régimen legal.

Este régimen legal señala tres instantes en el hacer procesal: el ofrecimiento de la prueba, el petitorio de prueba y el diligenciamiento de la misma. ⁽¹⁰⁰⁾ Están conformes los autores en que debe ofrecerse la prueba en los escritos de demanda y de contestación, por lo menos en el proceso civil propiamente dicho, o sea el reglamentado por el Código de Procedimientos Civiles; así el actor dirá: PIDO: me admita esta demanda, me tenga por parte en el carácter con que comparezco; cite y emplace en legal forma al demandado XX para que conteste la que hoy le interpongo y en sentencia definitiva, mediante la prueba que aportaré, se declare...

El demandado, por su parte dirá: contesto la demanda en sentido negativo y opongo y alego la excepción X, la que ofrezco probar...

Sin embargo, la ley no requiere palabras sacramentales y basta con que se aleguen hechos cuya prueba se anuncia de manera indubitable, es decir, basta que en el contexto de los escritos respectivos, se vea claro el ánimo de deparar al Juez la convicción de la verdad de cuanto se afirma, para que el ofrecimiento de prueba se tenga por formulado.

Más ¿qué decir de las pruebas que el Juez puede recoger de oficio y cuya enumeración, no taxativa, hicimos cuando hablamos de ellas en su oportunidad? ¿Será esto una negación del principio que señala que la prueba hay que ofrecerla? Consideramos que más bien, con esta argumentación se fundamenta el régimen legal del ofrecimiento de la prueba, porque habiendo señalado la ley cuales pruebas puede recoger de oficio el Juez, está tácitamente diciendo a las partes cuales pruebas hay que ofrecer aportar.

En cuanto al segundo instante o sea los petitorios de prueba o solicitud de admisión de unos o varios medios de prueba, nuestra ley señala la forma y dice así en su Art. 241 Pr. lo siguiente: "Art. 241.— Los hechos cuya prueba pida una parte serán expresados simplemente por una petición o interrogatorio, sin discursos ni alegatos". Este artículo responde al principio de que la prueba se obtiene por mediación del Juez, esto es que es el magistrado quien participa para que la prueba llene su cometido, es a él a quien se formulan las peticiones y es él quien ordena se reciban; las partes sólo escogen el medio, dentro del procedimiento que la ley delimita y es el Juez quien fiscaliza su producción, fiscalización que se refleja a través de la oportunidad para la realización de la prueba,

(100) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Eduardo J. Couture, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1962 — Pág. 249.

la admisibilidad del medio elegido y la regularidad del procedimiento; sobre estos puntos nuestro Código de Procedimientos Civiles se pronuncia así: “Art. 242.—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”.

El Proyecto de Código Procesal Civil considera los puntos enunciados atrás, en una forma más avanzada que deroga los principios tradicionales por cuanto abre la posibilidad de pedir una prueba que se omitió en la demanda o en la contestación, dentro de los primeros días del término probatorio y aún fuera de este plazo, si hay necesidad de probar hechos de infidencia notoria para la decisión del pleito y así lo expresa en el Art. 378 que reza: “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 parte algún otro 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”. Es complemento de dicho artículo el 380 del mismo proyecto, que dice: “Art. 380.—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 producirlas el Art. 381 del Proyecto reza: “Art. 381.—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”.

Cabe hacer notar que hay diferencia en lo que se refiere a las pruebas que deben vertirse siempre dentro del término probatorio, y las que pueden perfectamente vertirse fuera de ese término. Entre las primeras está por excelencia la prueba testimonial, la cual no puede vertirse sino dentro del término probatorio o en su prórroga de conformidad con el Art. 251 Pr. Otra prueba que al menos debe pedirse dentro del término probatorio es la pericial, aunque materialmente la prueba no se produzca dentro del mismo término; otra prueba que debe vertirse siempre dentro del término probatorio, es la compulsión de documentos.

Luego citaremos a guisa de ejemplos las pruebas que pueden producirse fuera del término probatorio, así la documental, ya que puede ser

presentada en cualquier estado del juicio antes de la sentencia. La prueba por inspección es otra que puede producirse fuera del término y lo propio se dice de la prueba por juramento, con la única excepción de que las posiciones sólo pueden pedirse después que la causa se abre a pruebas en primera instancia, a tenor del Art. 367 Pr.

En cuanto al tercer momento de la actividad procesal o sea el diligenciamiento, Couture (101) dice: "Formulada la solicitud por la parte y accedido el petitorio por el magistrado, comienza la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación material al expediente.

El diligenciamiento de la prueba de testigos consiste en señalar día y hora para la recepción de las declaraciones, comunicar esas circunstancias al adversario, citar al testigo, recibir su declaración registrándola en un acta, incorporar materialmente esa acta al expediente, etc. El diligenciamiento de la prueba de peritos consiste en la forma de convocar a las partes para una audiencia, proceder a la designación de los técnicos, señalar los puntos de decisión, recabar la aceptación de los peritos designados, y así sucesivamente, llevar adelante el conjunto de trámites y formas requeridas para la incorporación de ese medio de prueba al juicio. De la misma manera ocurre con los documentos, con la confesión, con la inspección judicial, con el juramento.

Si se deseara dar un concepto general de esta fase del procedimiento probatorio, podría resumirse diciendo que el diligenciamiento de una prueba consiste en el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción propuestos por las partes".

Como este tema gira sobre la oportunidad o tiempo para producir la prueba vamos a dedicar dos palabras a tres casos en que la ley, como una excepción permite producir prueba fuera del término probatorio.

Ejemplos nos los ofrecen el Art. 162 Pr. que se refiere a uno de los casos previos a la demanda y que ha sido instituido como una garantía para la parte que temiendo perder su derecho, si no se examina a un testigo clave, ya sea porque esté enfermo de gravedad, o anciano, o tuviere que ausentarse por mucho tiempo, puede pedir que se examine con citación de la parte contraria, o del Síndico Municipal, cuando la contraria estuviere ausente, lo mismo será cuando una parte necesita obtener copia o sacar testimonio de algún instrumento, o pedir posiciones a la otra parte antes de entrar en el juicio.

Otro ejemplo nos lo ofrece el Art. 156 Pr. que establece el derecho que tiene una parte para pedir la exhibición de documentos aún antes del término probatorio y aún sin haber juicio, para preparar su acción o defenderse de la intentada contra ella.

Un ejemplo más es el de las expresadas posiciones de que trata el Art. 376. Pr.

(101) Couture, Obra citada, Pág. 252.

RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN RELACION CON LA PRUEBA

La responsabilidad del Juez se pone de manifiesto cuando las partes le han entregado el material sobre el cual debe aplicar su conocimiento, su lógica, su experiencia de la vida y de las cosas, para estimar el mérito o grado de convicción que pueda deducirse de ese contenido que se llama prueba.

Este momento en que el Juez agudiza sus sentidos es el culminante y decisivo de la actividad probatoria, y es a la vez imperativo, puesto que de esa apreciación saldrá su dictamen favorable o desfavorable, decisión que está obligado a pronunciar, porque ya pasaron los días en que el magistrado salía del paso "jurando que no veía claro".⁽¹⁰²⁾ Esta valoración implica a un mismo tiempo una revisión de las decisiones adoptadas por el Juez en las fases anteriores, porque, como dijimos antes, en el momento de decidir la causa, el Juez puede separarse de esas decisiones y negarle valor a un medio admitido y practicado por considerar que no debió admitirse o que no se cumplieron los requisitos intrínsecos o extrínsecos para su práctica.

La vida, la libertad, el honor, el patrimonio y el estado civil, la familia y el hogar de las personas dependen del buen éxito o del fracaso de la prueba judicial, y esto, a su vez, principalmente de la actitud responsable del Juez para apreciar la prueba aportada al proceso.

En la tarea de valoración tiene marcada influencia esa table taxativa de pruebas que mencionamos al hablar de las pertinentes e impertinentes, pruebas que a su vez constituyen los medios para llevar a la convicción del Juez los fundamentos de nuestra pretensión; pero como también lo dijimos al hablar de las pruebas que el Juez puede decretar de oficio, el funcionario tiene libertad para servirse de su buen sentido y razón natural a fin de hacer llegar al debate otros elementos que las partes, por malicia o negligencia no se molestaron en aportar; así puede el Juez reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas, infiriendo de los hechos conocidos, los desconocidos, por el sistema de las presunciones; o puede el Juez, servirse de terceros que infieren a través de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos, mediante el xamn pricial.

El trabajo de valoración de la prueba, por el Juez, será tanto más eficaz cuanto mayor sea el grado de libertad que la ley otorgue al magistrado; a juicio del Doctor Hernando Devis Echandía, aquí en El Salvador hay una marcada atenuación del ligamen que la legislación impone al Juez, lo que es saludable porque la justicia es más un problema de hombres que de leyes.⁽¹⁰³⁾ Al respecto suele hablarse de dos sistemas; pruebas legales, o tarifa legal y pruebas libres, o de libre convicción; sobre las pruebas legales el Maestro Couture⁽¹⁰⁴⁾ se expresa así: "La

(102) Bonnier, Obra citada, Pág. 65

(103) Conferencias del Dr. Devis Echandía, dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador en el Primer Trimestre de 1969.

(104) Couture, Obra citada, Págs. 268 a 269.



legislación española anterior a la codificación ofrece el más variado panorama de pruebas legales. Un rápido repaso de estos textos permite advertir de qué el legislador aplicaba ciertos principios críticos, dando o quitando valor a los medios de prueba. Por acto de autoridad, se aspiraba a señalar de antemano el resultado de los procesos intelectuales del Juez.

Así, en el Fuero Viejo de Castilla variaba el número de testigos según el litigio versara sobre mueble o inmueble y según discutieran hombres de la misma o distinta ciudad. Si la demanda entre hombres del mismo pueblo era sobre bien mueble, debía ser probada por dos testigos del pueblo; si era sobre inmueble, se requerían cinco testigos. De ellos, tres debían ser fijosdalgos y labradores los otros dos. Los fijosdalgos debían ser “desde el abuelo hasta el nieto, que se hayan de legal matrimonio, según manda la Iglesia”. En el Fuero Real de España estaba excluido, por regla, el testimonio de la mujer. Sin embargo, eran admitidos sus dichos para atestar cosas que fueron oídas o hechas, “en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujerieles y no en otra cosa”. El Espéculo graduaba el valor de los testigos imponiendo al Juez sobrios criterios de estimación. Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, “porque vieron más y pasaron más las cosas”. El hidalgo debe ser creído más que el villano, “pues parece que guardará más de caer en vergüenza por sí, y por su linaje”. El rico debe ser más creído que el pobre, “pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa”. Y más creído debe ser el varón que la mujer, “porque tiene el seso más abierto y más firme”. La Partida Tercera está dominada por el criterio de la prueba aritmética. Dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al Juez. Si las dos partes presentan testigos en igual número, prevalecen los que son de mejor fama. Si los testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número. Si se trata de probar la falsedad de un instrumento privado, se requieren dos testigos. Si la falsedad se encuentra en instrumento público no alcanzan dos, sino que se requieren cuatro. Para probar el pago cuando la deuda consta en instrumento público, son indispensables cinco testigos. En los pleitos sobre testamentos se requieren siete testigos y ocho si el testador fuese ciego”.

Trasplantados de tal legislación, han pasado hasta nosotros disposiciones similares, tales como las que consagran los artículos 321, 322, 323 y 324 Pr. que se refieren a la prueba testimonial y que reglamenta la plena prueba, exigiendo dos, mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales. Estableciendo también reglas para probar instrumentos públicos y privados, limitando, además, el número de testigos que cada parte puede presentar y el criterio a seguir cuando por ambas partes se presenten igual número de testigos o su número fuere desigual, haciendo hincapié en la buena fama de unos y otros. También dispone el Art. 1009 C. que el testamento solemne y abierto se otorgue ante tres testigos; el Art. 1014 C. establece que el testamento del ciego sólo puede otorgarse

nuncupativamente y ante cinco testigos, exigiendo igual número de testigos para el testamento solemne cerrado, según la letra del Art. 1015 C.

En opinión del Dr. Devis Echandía, es indispensable abolir radicalmente el viejo sistema de la tarifa legal para el proceso civil que si bien prestó valiosos servicios en un momento histórico, desde hace un siglo está convertido en un fósil jurídico, que sólo perjuicios puede ofrecer a la imponderable función de administrar justicia. Dentro del sistema de la tarifa legal, la altísima función y la sagrada misión del Juez quedan a mercedes de los errores o las habilidades, lícitas o ilícitas, de los abogados litigantes. En un sistema rigurosamente dispositivo y con tarifa legal, no es verdad que el Juez administre justicia de acuerdo con la ley, sino que reconoce la que las mismas partes obtienen por su propio esfuerzo.

Se habla de pruebas libres, o de libre convicción en oposición al sistema de pruebas legales y en él campea el íntimo convencimiento o la convicción moral o la apreciación razonada. (105)

Dentro de este sistema el magistrado no está atado a una dosis matemática, sino que toma su convencimiento con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos y es eficaz en aquellos hechos que por su naturaleza son difíciles de probar, pues la libre convicción no es, pues, el conjunto de presunciones judiciales que podrían extraerse de la prueba producida, ya que aquellas son elementos de la sana crítica y no de la libre convicción; sin embargo, este sistema no es útil en el proceso civil; es eficaz en el proceso penal y más específicamente para el jurado (106) que como entre nosotros es un juez de conciencia que resuelve bajo el sistema de libre convicción. Conviene, no obstante, no confundir este sistema con el de discrecionalidad del Juez tanto en la admisión como en la interpretación de la prueba, porque aquí lo que se opera es una liberación de la estrictez de la prueba legal, en cambio la libertad de apreciación no es un mero arbitrio, sino un margen mayor de amplitud que el que es habitual en nuestro sistema.

Hay un sistema intermedio: las reglas de la sana crítica, donde juega papel preponderante la lógica y el buen sentido y razón natural del magistrado. Este sistema es decir de Couture, (107) citado por Devis Echandía, tiene un humilde origen histórico ya que fue incorporada esta expresión 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 el Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado Español, en donde por primera vez apareció en un estatuto procesal.

Nuestro Código tiene disposición que habla sobre la manera de apreciar las pruebas, es el Art. 421 Pr. que prescribe para fundamentar las sentencias, tener en cuenta las leyes vigentes, en su defecto, las doctrinas de los expositores del derecho y en falta de unas y otras, "en

(105) Devis Echandía, *Obra citada*, Págs. 403 a 404.

(106) Couture, *Obra citada*, Pág. 275.

(107) Citado por Devis Echandía, *Obra mencionada*, Pág. 137.

consideraciones de buen sentido y razón natural”, esta última expresión no es otra cosa que reglas de la sana crítica.

Hay en nuestra legislación una atadura del Juez a la prueba legal o aritmética como le llaman otros, notablemente atenuada; así el Art. 258 Pr. da valor de plena prueba a la escritura pública y a los testimonios sacados de ellas por autoridad del Juez competente y con citación contraria; el Art. 263 Pr. que niega fe al instrumento roto o cancelado en parte sustancial tales como nombres de los contratantes, testigos, Juez o Notario, en la fecha o en lo que perteneciere sustancialmente al pleito. El Art. 261 Pr. exige una serie de formalidades para que el documento auténtico o público emanado de país extranjero haga fe en nuestro país. El Art. 276 Pr. que dice hacer fe para probar el gravamen, obligación y exoneración, cualquier traslado que, previa citación contraria y decreto judicial, se compulse de cualquier registro público, si se ha comprobado la pérdida casual del protocolo y de la escritura original. Según el Art. 348 Pr. se deja al Juez la facultad de separarse del dictamen de los peritos cuando entre su opinión y la de aquella haya oposición. El Art. 363 Pr. exige dos peritos o uno sólo en ciertos casos, para dictaminar en asuntos facultativos o profesionales, para que dicho peritaje forme prueba plena. Otros ejemplos nos proporcionan los artículos de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles que señalamos al hablar de las pruebas que el Juez puede recoger de oficio.

Sin embargo, se reconoce que la tarifa legal tiene sus ventajas y desventajas, así el Dr. Hernando Devis Echandía ⁽¹⁰⁸⁾ hace descansar las ventajas de tal sistema en los siguientes postulados: a) Facilita una mayor confianza en la justicia, al darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley; b) Suple la ignorancia o la falta de experiencia de los Jueces, con reglas adoptadas como resultado de las enseñanzas de la experiencia, del estudio de la lógica y la psicología por personas doctas; c) Orienta sabiamente al Juez para la averiguación de la verdad, evitando la sobrestimación peligrosa o el rechazo injustificado de los medios de prueba aportados al proceso; d) Permite que las sentencias sean uniformes en cuanto a la apreciación de las pruebas; garantiza una base extra procesal de estabilidad y equilibrio en el orden jurídico, utilizando las reglas de experiencia constantes e inmutables.

El mismo autor ⁽¹⁰⁹⁾ hace descansar las desventajas de la tarifa legal en los siguientes argumentos: a) Mecaniza o automatiza la función del Juez en tan importante aspecto del proceso, quitándole personalidad, impidiéndole formarse un criterio personal y obligándole a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado; b) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal, por lo cual la doctrina suele hablar de 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; denominación aquella que,

(108) Devis Echandía, Obra citada, Pág. 118 a 119.

(109) Devis Echandía, Obra citada, Págs. 123 a 124.

como hemos dicho, es inapropiada e ilógica, porque la verdad es o no es, y en esta hipótesis se trata de considerar como verdad lo que puede ser apenas apariencia de verdad; c) Como consecuencia de ello, se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia, se convierte el proceso en una justa aleatoria, propicia a sorpresas y habilidades reñidas con la ética; se sacrifican los fines naturales de la institución por el respeto a fórmulas abstractas, y se olvida que el Derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para lo cual es indispensable que la aplicación de aquel a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad y se haga con justicia. No hay duda que con este sistema es más difícil de obtener esa finalidad.

Por nuestra parte consideramos que debe desaparecer la tarifa legal por las razones que en su contra esgrime el tratadista mencionado y en cuanto a sus bondades creemos que dado el número crecido de abogados que nuestra Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales produce, no hay riesgo que la justicia esté en manos de personas incompetentes, sino en manos de Jueces dotados de preparación en la ciencia del Derecho y sus completarias, la Lógica y la Psicología, lo que abona la confianza del pueblo en sus Jueces, en su imparcialidad y rectitud, pues no faltan profesores que nos dan a través de sus cátedras principios éticos y la basta literatura jurídica sobre esos principios ayudan a templar el carácter de los futuros magistrados, circunstancia que abona el camino para tener confianza en que la justicia cumplirá su misión sin reglas que ligen al Juez a un sistema legal rígido, y por otra parte, la sólida formación moral impiden que los personeros de la administración de justicia encuentren supuestas razones jurídicas para darle apariencia de legalidad a su prevaricato.

En cuanto a la uniformidad de las decisiones judiciales puede decirse que no es esto lo que importa sino la justicia de las decisiones, las que se encuentran aisladas de la realidad por las normas legales probatorias que le señalan tipos abstractos de verdad, reñidos frecuentemente con la realidad de los hechos.

Por ello, al titular este tema como responsabilidad del Juez en relación con la prueba, tuvimos en mente este punto de vista fundamental: "la justicia es más una cuestión de hombres que de leyes", porque siempre habrán malos Jueces, aunque el sistema legal sea rígido y la misma posibilidad tendrá un Juez de prevaricar bajo el sistema de la libre apreciación y la sana crítica que bajo el sistema de la prueba legal, aritmética o tarifa legal.

Ya es tiempo de remozar nuestro sistema procesal, poniendo en las manos del Juez un amplio poder de decisión y también a su disposición una Revista Judicial funcional en que se publiquen las decisiones de la Corte y Tribunales superiores y libros sobre la materia, porque en esa jurisprudencia y en la doctrina pueden encontrar en abundancia, principios que le sirvan de guía a su criterio, más prácticos y flexibles, que sustituyan con ventaja los contenidos abstractos y rígidamente en las normas legales del sistema de la prueba tasada.

Bien entendida la libre apreciación no presenta peligros ni inconvenientes que la tarifa legal no conlleve, y en cambio sí ofrece reales y valiosísimas ventajas y es saludable observar que dicho sistema puede coexistir con las normas sustanciales que exigen requisitos especiales para la validez de ciertos actos o contratos, por ser necesarias para la certeza del comercio jurídico y de ciertas instituciones como la familia.

También deben coexistir con la libre apreciación, aquellas disposiciones que den carta de ciudadanía a las reglas de la sana crítica porque también son eficaces para valorar la prueba, sin los excesos de la prueba legal, que lleva, como lo hemos dicho, a consagrar soluciones contrarias a la convicción del Juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado pudiere conducir con el método de la libre convicción tomado en sentido absoluto, reúnen las virtudes de todos los sistemas, atenuando sus demasías.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

Este Capítulo forma la última parte de este trabajo y en él tratamos de resumir las ideas que hemos expuesto sin pretender que tales ideas sean originales, pues dada la gran preocupación de los cultores del Derecho en todos los países, los puntos de vista aquí expuestos han sido tratados en prolijos detalles por los autores que nos han servido de guía; sin embargo, todavía se aprecia entre nosotros la legislación que en materia de procedimientos nos ha regido desde principios de siglo.

Es corriente oír hablar de acciones y excepciones, cuando ha muchos días el Derecho Procesal Civil las sustituyó por un término común: "pretensión" y así se habla de pretensión del demandante y pretensión del demandado. Nuestra legislación procesal civil vigente ata a los encargados de administrar justicia dentro de un marco rígido que no permite acomodarse al nuevo proceso inquisitivo que le abra la puerta para exigir no sólo al que afirma o al que hace una negación indefinida, los fundamentos de su pretensión, sino que también lo lleve a buscar aquellos elementos de convicción en otros argumentos aportados al juicio por terceros que inteligentemente preguntados dicen lo que han visto u oído o ponen al servicio de la justicia sus conocimientos técnicos o científicos. La misma legislación sigue diciendo a los jueces cuantos testimonios deben apreciar para tener plena prueba, cuales testimonios deben desechar y en caso de excluir tanto los de una como los de otra parte, cómo debe fallar. También impera el sistema de proceso civil escrito y lento, hecho en su mayor desarrollo a petición de parte y aún cuando el fin de este proceso es público: "la recta administración de justicia", sigue siendo el proceso civil, privado, toda vez que al que no es parte no se le da acceso, a menos que el Juez llame en su auxilio a terceros o el Ministerio Público intervenga en el sólo interés de la moral o de la ley. Contiene asimismo el Código de Procedimientos Civiles disposiciones tales como la que ordena que las pruebas del demandante como los del demandado se lleven en expedientes separados, sistema que es contrario al principio de la concentración de la prueba y de la comunidad o adquisición de la misma.

El Código de Procedimientos Civiles contiene asimismo disposiciones que ya no tienen razón de estar en él como el Art. 48 donde se habla de Jueces de Comercio, que bien sabemos no los hay y de Jueces Militares que no se acomodan a los procedimientos civiles por existir un Código Penal de Justicia Militar que señala las reglas para resolver los conflictos de carácter militar penal; sin embargo este Código de Procedimientos Civiles es supletorio de los demás Códigos cuando se remiten a él como lo ponen en evidencia el Art. 566 I que da la regla para resolver problemas que se presenten, no contemplados por el Código de Instrucción Criminal, en cuanto a recursos extraordinarios y otras reglas, cuando le sean aplicables y no estén modificados expresamente por éste. También el Código de Trabajo se remite al de Procedimientos Civiles, cuando no haya regulado expresamente algún procedimiento o regla a seguir en la resolu-

ción de conflictos laborales, según la letra del Art. 458 C. T. En lo administrativo hay algunas leyes que contemplan el procedimiento a seguir respecto a la materia de que tratan, tales como el Art. 47 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, en materia de apelación y el Art. 42 de la Ley Unica del Régimen Político que señala el procedimiento gubernativo para resolver conflictos administrativos a que la misma se refiere; pero como hay muchas leyes administrativas que no tienen modo de proceder para su aplicación a la solución de conflictos de intereses, entonces el Código de Procedimientos Civiles es aplicable como supletorio, por silencio o pereza del legislador. Es necesario también depurar ciertas disposiciones tales como el Art. 4º Pr., en el que la palabra “controversia” está demás y es también limitativa, ya que hay casos en que no hay controversia y sin embargo no podemos negar la categoría de juicio a ciertos procesos sin que acusemos una desmedida ignorancia, amén de que dicho artículo 4º Pr. sólo hace relación al juicio civil y criminal, cuando bien sabido es que hay otras clases de juicio y aún cuando en el Art. 5º Pr. se define el juicio civil, también se comete el error de referirse a los derechos reales o personales, olvidándose de los derechos de familia y otros personalísimos que también deben ser protegidos por el derecho.

Algo se ha hecho hasta ahora por la depuración del cuerpo de leyes a que nos referimos, especialmente las reformas introducidas al Libro III, donde se suprimió la Súplica, para introducir un proceso de Tercera Instancia, la que también fue derogada y el Recurso Extraordinario de Nulidad, sustituido por el Recurso de Casación y se ha separado el Capítulo referente al ejercicio del Notariado, siendo ésta una ley especial que ha recibido el nombre de Ley de Notariado.

Por eso, no podemos menos que felicitar a nuestro foro al emprender la reforma casi total del Código de Procedimientos Civiles, redactando el Proyecto de Código Procesal Civil que se acomoda a las nuevas corrientes doctrinarias, acusando con ello una verdadera inquietud por revestir los procedimientos civiles de un nuevo ropaje que le permita llenar con mejor acierto su cometido tan responsable como ideal de realizar el valor justicia a la altura que los adelantos de la ciencia jurídica demandan.

De lo expuesto en páginas anteriores en este trabajo extraemos las siguientes conclusiones:

1º—Es necesario depurar el concepto del término “prueba” que tanto el Código de Procedimientos Civiles, como el Proyecto de Código Procesal Civil, contienen, así: Débese fijar el fin u objeto de la misma: qué hechos son los que deben probar; la obligatoriedad de probar las normas jurídicas extranjeras y la costumbre; el lugar en donde deben producirse, sin enmarcarlos sólo en los juicios, sino en otros procedimientos que sin ser juicios, también resuelven conflictos de intereses; y por último el Juez o autoridad que es destinatario del hacer probatorio; por ello proponemos el concepto ya expresado que reproducimos: “La prueba tiene por objeto demostrar y verificar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos y normas jurídicas cuya prueba la ley requiere expresa-

mente, formuladas por los litigantes en un juicio u otro procedimiento, ante un Juez u otra autoridad competente para conocer en él”.

2º—Conviene pregonar que el derecho de probar es un derecho subjetivo cuyo asidero legal lo encontramos en el principio de legalidad que la Carta Fundamental de todos los países recogen y la nuestra lo ha plasmado en su Artículo 164.

3º—Las normas que regulan la prueba son eminentemente procesales y su carácter de normas de derecho público le es dado por la naturaleza del proceso en que se vierten; ya lo preconizó el eminente Couture que implícitamente reconoce ese carácter al proceso civil, cuando en su arbusto, como le llama a su “Introducción al Estudio del Proceso Civil”, que no son más que recopilaciones de Conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de París en la Primavera de 1949, dice: “Concluyo contestando al profesor Cuevas. Nosotros nos formamos en la concepción “privatista” del proceso. Cuando ya estábamos en marcha, recibimos la concepción denominada “publicista”. Pero hoy que ha transcurrido tiempo suficiente como para poder examinar estas dos tendencias con nuestros propios medios, sentimos necesidad de medir el alcance de ambas.

Es imposible olvidar, no obstante el canto de las sirenas publicistas, que el proceso es un instrumento de la paz individual. En primer término, antes que nada, el proceso ha sido hecho para el individuo. Ha sido hecho para afianzar su derecho y para asegurar su paz. Su proyección en el derecho público es una consecuencia, porque el Estado ha sido hecho para el hombre y no el hombre para el Estado.

Esta idea no constituye, en mi trayectoria espiritual, una reacción contra las ideas publicistas, que yo mismo en buena medida he contribuido a engrosar. Se trata tan sólo de una especie de ley de vasos comunicantes que, luego de diversos desniveles, procura su equilibrio natural.

Cuando he dicho que el proceso se encuentra en la encrucijada de los caminos del derecho público y del derecho privado, lo he hecho conciente de todo lo que la jurisdicción supone para el derecho público y para la sociedad; pero también profundamente conciente de lo que significa para el individuo este inmenso tesoro de su paz y de su libertad”. (110)

4º—Es necesario que el técnico del Derecho examine los casos que las partes interesadas en un proceso civil les planteen, para que escoja entre la variadísima gama de hechos que ellas le comunican, aquellos que interesa probar para llevar con sapiencia y honestidad la delicada misión de director de un juicio, no olvidando que es un colaborador de la justicia y que así como pasa con aquellos trajes tan queridos que de tanto remendarlos llegamos a perder el tejido original, saber situar cual era el hilo primitivo de que estaba hecha la vestimenta y por ello debe con paciencia y escrupuloso cuidado deslindar lo que es objeto o necesidad de prueba en un proceso dado. Esto quiere decir que su mirada no debe dirigirse sólo a probar los hechos controvertidos, sino que también debe ver con los dos ojos aquellas circunstancias que aún para la otra parte no encie-

(110) Introducción al Estudio del Proceso Civil — Eduardo J. Couture — Ediciones Arayú — 1953, Buenos Aires.

rran inquietud, porque según su punto de vista no son datos necesarios para su pretensión; debe tener presente en cada momento que los hechos por sí solos no señalan a quien le corresponde probar, no individualiza la parte que debe soportar la prueba, porque no basta ver los hechos que a juicio del abogado configuran los presupuestos de la norma por aplicar, sino que también deben observar aquellos que alguna influencia tienen en el proceso para encausar su justificación, si necesario fuere. Esto lleva al Director Técnico a exponer clara y concisamente en su demanda o contestación las alegaciones de los hechos que le interesa verificar por los medios determinados por la ley.

Resumimos así nuestro punto de vista sobre lo que debe entenderse por objeto de la prueba: son las alegaciones de los hechos que constituyen el presupuesto previsto por la norma jurídica para que surtan sus efectos, cualquiera que sea su naturaleza física, psíquica o mixta; o para negarles esos efectos que de lado del demandado constituyen la configuración de su excepción o pretensión, para que se declare que se extinguieron, se modificaron o simplemente se suspendieron tales efectos.

5º—En cuanto se refiere a los hechos controvertidos decimos que son aquellos que constituyen el tema o necesidad de prueba y que como su denominación indica, son los que entran a formar parte del debate por constituir o bien los presupuestos de las pretensiones del demandante o los presupuestos de las pretensiones del demandado, sacados por exclusión de esa gama variadísima de hechos que o bien son notorios, o están amparados por una presunción legal que no admite prueba en contrario, o han sido admitidos o confesados, o la ley prohíbe su prueba; con las salvedades que en este trabajo hemos puntualizado, que en considerándolos desde nuestro punto de vista pueden llegar a ser en un momento dado hechos controvertidos y por consiguiente, objeto de la prueba.

6º—Refiriéndonos al Derecho Nacional, decimos desde ya que no necesitan de prueba por lo general, sin dejar de reconocer que las partes, con un afán de seguridad, están en libertad de señalárselo al Juez, cuando en el remoto caso no lo conozca, como son los contratos colectivos de trabajo, cuando se pide su cumplimiento u otros decretos que a fuerza de ser antiguos o caducos son poco conocidos pero que sin embargo están vigentes.

7º—Para referirnos a nuestro punto de vista relativo a la prueba del Derecho Extranjero y de la costumbre, diremos que de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles vigente, hay necesidad de probar la norma foránea y que la costumbre sólo debe aplicarse cuando la ley se remite a ella, señalando al Juez los hechos sobre los que hacemos descansar nuestro criterio y la disposición legal que se acomoda al uso que deseamos probar como presupuesto de nuestra pretensión. Desde el punto de vista de los redactores del Proyecto de Código Procesal Civil, la ley extraterritorial y la costumbre necesitan de prueba, dejando a la prudencia del Juez su comprobación de oficio o su aplicación sin necesidad de prueba si tiene perfecto conocimiento de tales leyes o normas jurídicas. Siempre que haya necesidad de aducir prueba sobre la ley extranjera, deberá hacerse de la manera que en el Proyecto se indica, con las formalidades del Art. 261 Pr. y la prueba de la costumbre por una se-

rie de testimonios pertenecientes a la localidad o profesión en que se supongan vigentes tales usos.

8º—Sobre la prueba de los hechos evidentes somos de opinión que no necesitan de prueba, cuando se conforman con el real acontecimiento de los casos y la experiencia; pero en faltando estos elementos y teniendo a su mano una de las partes, los argumentos para demostrar lo contrario, dichos hechos se convierten en tema de prueba, porque la prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carece de justificación científica.

9º—En cuanto a los hechos normales también somos de opinión que están relevados de prueba en tanto una de las partes no asuma una posición contradictoria en el debate, porque entonces debe probar que en el caso subjudice, las cosas no ocurrieron como suelen acontecer, es decir, carga con la prueba de lo extraordinario de lo que los hechos reales anuncian.

10º—En lo que a hechos notorios atañe, somos de opinión que no necesitan prueba cuando la ley no la exige o cuando estando a favor del demandado ellos no constituyan excepción que de conformidad con nuestra ley procesal civil debe oponerse, alegarse y probarse para absolver al demandado, respecto de este punto de vista nos remitimos a la argumentación que nos permitimos hacer en párrafos anteriores en ocasión de comentar estos hechos.

11º—Los hechos amparados por una presunción establecida por ley no necesitan prueba en cuanto la presunción que los establece es de la categoría de legales que no admiten prueba en contrario, sea porque la disposición aplicable emplee en su redacción la frase sacramental “no admite prueba en contrario”, o “se presume derecho”, o bien de la forma como esté redactado el precepto legal se advierte que el espíritu de la misma es no admitir prueba en contrario. En cambio los hechos que se apoyan en una presunción legal que admita prueba para desvirtuarla, pueden llegar en un momento dado a convertirse en tema de prueba, cuando una de las partes que se siente perjudicada con el hecho desea destruir la presunción.

12º—Los hechos admitidos o confesados no son objeto de prueba, cuando reúnen los siguientes requisitos: a) que hayan sido admitidos o confesados antes que la causa se abra a pruebas, porque de lo contrario, al precluir la etapa inicial de la “litis contestatio”, habrá necesidad de justificar los hechos sobre los que las partes no están de acuerdo; b) que la admisión o confesión sea prueba idónea o pertinente en el proceso de que se trata, porque de lo contrario será necesario probar por otros medios los hechos que fundamentan los presupuestos de la norma que ampara la respectiva pretensión, así, la confesión en los casos de divorcio es inútil y hace exigible la prueba de la causal por otros medios; c) como corolario de la observación anterior, el hecho admitido o confesado no necesita de prueba cuando por sí solo es suficiente y no necesita completarse la prueba con la presentación de un título o instrumento; y d) cuando por razones morales, la ley no prohíba la confesión o admisión, como sucede cuando se trata de probar el adulterio.

13º—Por lo que se refiere a la carga de la prueba entendemos que el texto legal del Art. 237 Pr. que lanza la carga de la prueba sobre el actor, es una disposición superada por el moderno procedimiento civil que ve esta obligación desde un punto de vista objetivo-subjetivo y no señala en cual de los sujetos de la relación jurídica, el actor, el reo y el Juez, recae la carga de llevar al proceso la prueba de los hechos que sirven de base a los presupuestos en que descansa la norma por aplicar. Las nuevas corrientes procesales también responsabilizan al Juez, cuando facultando la ley para recoger pruebas de oficio no lo hace ya que debe decidir sobre el fondo de los litigios, abriéndole la puerta para que en un momento dado no diga que se niega a sentenciar porque jura que no ve claro; por ello hemos llegado a la conclusión que la carga de la prueba es una actividad procesal en que tanto las partes como el Juez trabajan, las unas llevando al conocimiento del otro los fundamentos de los hechos que alegan, dando al funcionario una regla de juicio para que éste la complete con otros que es su deber recoger y fallar apegado a la justicia, sin olvidar que la gran labor de convencer al Juez, mediante la pretición de pruebas idóneas que fundamentan el presupuesto contenido en la norma, es iniciativa principal de las partes, lo que les indica implícitamente quien es el obligado a cargar con la justificación de la pretensión que deseen hacer valer.

14º—En este trabajo aludimos a la prueba de los hechos negativos o simplemente negaciones; ello resulta de un examen que los tratadistas han hecho motivado por la habilidad con que las partes enuncian los hechos en sus demandas o contestaciones; no se trata, pues, de una nueva elucubración sin sentido y al respecto nos pronunciamos en los siguientes términos: no necesitan prueba las negaciones absolutas y se entienden por tales aquellas que no tienen por base ninguna afirmación; tampoco la necesitan aquellas negaciones que tienen el carácter de indefinidas, es decir las que no podemos enmarcar en un período de tiempo que haga verosímil el hecho alegado o que no podemos enmarcar en un espacio determinado, como punto de referencia para probar lo contrario; son de tal categoría las que afirman, por ejemplo, que nunca he tenido propiedades, porque aquí no afirma nada.

15º—Al hablar de la actitud del Juez cuando la ley le faculta para recoger pruebas de oficio, nos imaginamos al hombre nombrado por la Corte Suprema de Justicia, no despojado de su categoría de ser como los demás hombres, pero sí colocado en un plano superior desde donde puede apreciar el desenvolvimiento de los demás antes que llegan en demanda de justicia, valorando las conductas de los litigantes y observando una actividad contemplativa y dirigiendo los pasos de los litigantes y terceros que intervienen en el debate probatorio, supliendo las deficiencias con su buen sentido y razón natural que le ayudan a llevar con honestidad y sapiencia labor tan delicada como es la que consiste en dar a cada uno lo que es suyo o proteger a los débiles o incapacitados como lo ordena la ley.

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

OBRA	AUTOR
1—Tratado de Derecho Procesal Civil — Tomo V	Dr. H. Devis Echandía
2—Fundamentos del Derecho Procesal Civil	Eduardo J. Couture
3—Tratado de las Pruebas Civiles	Rafael De Pina
4—Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal	Eduardo Bonnier
5—Tratado de Derecho Procesal Civil	Ugo Rocco
6—Derecho Procesal Civil	Jaime Guasp
7—Nueva Teoría General de la Prueba	Antonio Dellepiane
8—La Prueba Civil	Francisco Carnelutti
9—Tratado de Derecho Procesal Civil	Leo Rosenberg
10—Teoría General de la Prueba en Derecho Civil	Lessona
11—La Carga de la Prueba	Leo Rosenberg
12—De la Apreciación de la Prueba	Gorphe
13—Derecho Procesal Civil	Fenech

OTRAS

- a) Las Partidas
- b) Diccionario de la Lengua Española
- c) Conferencias del Dr. Hernando Devis Echandía
- d) Revistas de Estudios Jurídicos