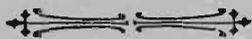


UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



INICIATIVA PROBATORIA DEL
JUEZ CIVIL

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

RAUL ANGEL CALDERON



EN SALVADOR,

EL SALVADOR, C. A.

JULIO DE 1971.

T
347.06
C146i
19.71
F.J.YCS
Ej: 6
J

078828

T-UES
347.06
C146i

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DR. RAFAEL MENJIVAR

SECRETARIO GENERAL

DR. MIGUEL ANGEL SAENZ VARELA

* *

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

SECRETARIO

DR. MAURICIO ALFREDO CLARA

*





TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz

1er. Vocal: Dr. Aristides Augusto Larín

2o. Vocal: Dr. Antonio Osegueda

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Francisco Callejas Pérez

1er. Vocal: Dr. Romeo Aurora

2o. Vocal: Dr. Miguel Antonio Granillo

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. Carlos Ramos Contreras

1er. Vocal: Dr. José Guillermo Orellana Osorio

2o. Vocal: Dr. Carlos Ferrufino

ASESOR DE TESIS:

Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

Presidente: Dr. Rodolfo Antonio Gómez

1er. Vocal: Dr. Miguel Angel Parada

2o. Vocal: Dr. Roberto Oliva

DEDICO ESTA TESIS:

A mi madre, Rosario Méndez, quien con su sacrificio, ha sabido darse entera, con todas sus fuerzas, para la consecución de mis anhelos.

A mis hermanos, Roberto, Rodolfo, Rosario, Elvira y Miguel Angel.

A mis parientes, compañeros y amigos.

Y hago especial reconocimiento al Dr. José María Méndez por su valiosa orientación en la estructuración de la presente tesis.

* * *

En el Decanato de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales: San Salvador, a las quince horas del día diecisiete del mes de junio de mil novecientos setenta y uno. Reunidos los suscritos miembros del jurado nombrado para calificar la tesis doctoral intitulada "INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL", presentada por el bachiller RAUL ANGEL CALDERON, por unanimidad de votos acuerdan: a) aprobar el trabajo sometido a su consideración; y b) considerar al alumno capaz de defenderla, después de haberla sometido al examen que prescribe el Reglamento respectivo. No habiendo más que hacer constar se termina esta acta que firmamos.

Dr. RODOLFO ANTONIO GOMEZ h.
Presidente

DR. MIGUEL ANGEL PARADA
Segundo Vocal

DR. ROBERTO OLIVA
Primer Vocal

INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL

CAPITULO I.

Introducción

Pág. 1

- a) Generalidades sobre el Proceso
- b) El Proceso Civil como negocio privado
- c) Su naturaleza jurídica; teorías
- d) Concepto moderno del Proceso y la jurisdicción civil
- e) Tipos de proceso
- f) La competencia; su clasificación

CAPITULO II.

La Prueba

36

- a) Concepto y aceptaciones de la palabra prueba
- b) Carga de la prueba
- c) Valoración de la prueba
- d) Prueba de los hechos controvertidos
- e) Procedencia e improcedencia de las pruebas; y las admisibles e inadmisibles
- f) Facultades del juez en materia probatoria

CAPITULO III.

La iniciativa probatoria del juez civil

53

- a) La doctrina clásica. La tendencia en nuestros derechos positivos.
- b) La doctrina moderna en el Derecho Procesal Contemporáneo.
- c) Ventajas y peligros de la iniciativa probatoria del juez.
- d) El juez y los distintos medios de prueba en nuestra legislación.
 - 1. La Prueba Instrumental
 - 2. La Prueba Testimonial
 - 3. La Prueba Pericial
 - 4. La Prueba Personal
 - 5. La Prueba de Confesión
 - 6. El Juramento
 - 7. La Prueba de las Presunciones

CAPITULO IV.

El Juez y las diligencias para mejor proveer

70

- a) Concepto de las diligencias para mejor proveer
- b) Naturaleza de las diligencias para mejor proveer
- c) Alcance de las diligencias para mejor proveer
- d) Modo de ser de las diligencias para mejor proveer
- e) Pruebas admisibles por vía de diligencias para proveer; oportunidad procesal
- f) Las diligencias para mejor proveer y la carga procesal
- g) Fundamento de las diligencias para mejor proveer

CAPITULO V.

Conclusiones.

79

P R O L O G O

Al cumplir con el requisito académico de elaborar una tesis para la obtención del respectivo grado, traté de enfocar un tema, que aunque pudiera carecer de originalidad dentro del Derecho Procesal, tuviera alguna importancia práctica para una posible reforma de nuestros Códigos. Reforma que es de suma urgencia si se toma en cuenta, que nosotros estamos viviendo, las finales del siglo XX con una legislación que tiene sus raíces históricas en los principios del siglo XIX.

El tema por mi escogido "La Iniciativa Probatoria del Juez Civil", es un tema que ha sido sumamente controvertido, en el cual se hace patente el conflicto entre Derecho Público y Derecho Privado. Los criterios tradicionales sobre esta división del Derecho han sido reformados. El tema revive la antigua discusión sobre la naturaleza inquisitiva o dispositiva del proceso, aún cuando en estos momentos se vuelvan a enfrentar en esta tesis.

Nuestro Código no sigue una posición exclusivista de uno u otro extremo, pues, en cierto sentido permite la iniciativa probatoria del juez con criterio restringido.

Sin embargo habrá que revisar estos criterios a la luz de las transformaciones del Derecho Procesal.

Y si lograrse despertar algún interés tesis habré logrado buna parte de mis propósitos.

CAPITULO I

GENERALIDADES SOBRE EL PROCESO

El carácter social del ser humano, el imperativo de la ayuda mutua y la división del trabajo, la inclinación del hombre a la vida social, puesto que en ella encuentra los medios para dar satisfacción a sus necesidades primordiales, hace que existan normas que coordinen los intereses de los individuos en sociedad, y estas son las normas jurídicas que dan solución ética a los posibles conflictos que pueden poner en peligro la vida social.

Ante tales conflictos únicamente caben tres soluciones: primero, permitir que cada uno persiga la satisfacción de su interés personal por su propia fuerza o sea instaurar la solución pacífica del conflicto mediante acuerdo o compromiso, acuerdo en el que cabe la sumisión de una parte a otra y la renuncia total o parcial; segundo, es la sumisión total que es la renuncia, o remisión de la deuda; sumisión parcial es la transacción con proyecciones. La doctrina llama a estas formas autocomposición, o sea solución de conflictos por las propias partes. Y la tercera solución, la da el derecho procesal mediante normas que conjugan los derechos y obligaciones de los sujetos en discordia, señalando los pasos que han de seguirse para que la norma jurídica obtenga plena eficacia mediante la declaración hecha por el juez o magistrado.

Considero de gran utilidad exponer ciertos -- conceptos fundamentales, con el objeto de facilitar el estudio de esta tesis, como decir, proceso, derecho procesal, etc.

A) El término proceso proviene del derecho canónico y se deriva de procedo, cuya palabra significa avanzar.

Ugo Rocco, define el proceso como "El conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales - y de las partes, necesarias para la declaración --- coactiva de los intereses protegidos por las normas jurídicas en caso de incertidumbre o de incobservancia de las mismas normas" (1).

Francisco Carnelutti, dice que "El proceso es el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio; y agrega, el proceso como el procedimiento, indica una serie de cadena de actos coordinados para el logro de una finalidad" - (2).

Couture: "El concepto de derecho procesal civil se halla, pues, inseparablemente ligado al fenómeno connatural en el Estado de Derecho, de que los conflictos inter-subjetivos, susceptibles de provocar consecuencias jurídicas, pueden dirimirse por -

(1) Ugo Rocco. Teoría General del Proceso Civil, pág. 82.

(2) Citado en el Diccionario de Derecho Procesal Civil de Eduardo Pallerés, pág. 566.

acto de las propias partes, mediante el fenómeno conocido con el nombre de realización espontánea del derecho; pero a falta de realización espontánea, solo el proceso es el instrumento idóneo para dirimir por acto de juicio, imparcial, irrevocable, coercible, emanado de la autoridad el conflicto creado" -- (1).

Y para Echandía: "El derecho procesal como la rama del Derecho que estudia el conjunto de normas que fijan el procedimiento que ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla" (2).

Se ha determinado que en el procedimiento civil, el impulso procesal corresponde preferentemente a las partes y que el proceso civil tiene carácter subsidiario por cuanto funciona cuando existe controversia que las partes no han podido solucionar por sí.

*Al iniciarse el proceso, la parte recurre al organismo jurisdiccional, mediante la presentación de la demanda, es decir ejercitando su acción, afirma una serie de hechos como fundamentos de la acción,

(1) Eduardo Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición, pág. 12.

(2) Hernando Devis Echandía. Compendio de Derecho Procesal Civil, Parte General, pág. 2.

deducida. Esos hechos afirmados por el accionante, pueden ser aceptados o negados por el demandado.

Se desprende entonces, que, ordinariamente el proceso civil nace única y exclusivamente con la iniciativa del actor.

Por consiguiente el proceso civil, por esencia, necesita de la actividad de los particulares, y no sólo se conforma con la participación estatal, ya que el funcionamiento de tal actividad jurisdiccional civil está supeditada a la voluntad del particular, manifestada a través del ejercicio de la acción y de la defensa.

Alguien ha hecho la siguiente afirmación, que parece obvia: todo proceso supone hechos probados cuya averiguación es indispensable para la justicia de la decisión. Si esta decisión requiere, pues la demostración de aquellos hechos alegados para las partes como fundamento de la acción o de la excepción, y si en la justicia de la decisión corren paralelos el interés de los litigantes y el interés del público encarnado en la jurisdicción, la consecuencia que fluye necesariamente es que en la averiguación de la verdad de los hechos deben colaborar todos los sujetos del proceso, parte y juez.

Piero Calamandrei expresa que: "La jurisdicción y la acción se ponen en contacto y se unen a través del proceso"(1).

(1) Piero Calamandrei, Tomo 1, pág. 110. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires.

Y una de las características y notas esenciales de toda sociedad organizada en la reglamentación de las facultades de solucionar los conflictos entre las personas o reparar las lesiones y sancionar los actos ilícitos, con base en dos principios: la restricción de tal facultad al Estado y la determinación de normas para su ejercicio.

Esa facultad es por parte del Estado una emanación de su soberanía, lo que trae dos consecuencias: la de rechazar su uso por los particulares y la de que cada Estado oponga a los otros su ejercicio en forma exclusiva, respecto de sus asociaciones y dentro de su territorio, con las limitaciones y extensiones que veremos al tratar los límites de la jurisdicción.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles, nos da un concepto legal de juicio y de juicio civil y a continuación transcribimos los artículos respectivos, que textualmente dicen:

* "Art. 4.- Juicio es una controversia legal, entre dos o más personas, ante un Juez autorizado para conocer de ella. El juicio se divide en civil y criminal. De esta se tratará en el Código de Instrucción Criminal".

* Art. 5.- El juicio Civil es la disputa que sobre algún negocio o acción, sostienen el actor o demandante y el reo o demandado, ante el Juez, sobre derechos reales o personales. 567 C."

Observaciones al concepto legal de juicio.

a) Que dicho concepto peca por limitado ya que se extiende solamente a conflictos en que tenga por objeto la disputa sobre derechos reales o personales (567 C.) dejando por fuera otra gran cantidad de derechos, como por ejemplo los de familia.

b) Que sea controversia o disputa legal debe ser, dice la ley, ante un juez o "ante el juez", lo que indica que la autoridad judicial tendría que ser un simple espectador en esta contienda, ya que la palabra "ante" (del latín: ante) significa en presencia de, delante de; y ya hemos dicho que la posibilidad y la insiferencia no es la característica del juez dentro del proceso, sino por el contrario constituye sujeto esencial de esa relación jurídica procesal; y c) que no es técnico insertar en los códigos definiciones o conceptos, ya que en vez de facilitar su interpretación la dificultan, debiendo dejarse tales esfuerzos a la doctrina, máxime sobre asuntos tan discutidos en derecho como este que nos ocupa.

B) El Proceso Civil como negocio privado.

Es difícil encerrar en los estrechos límites de un período histórico una institución que ha evolucionado a través de un lapso dilatadísimo, como es el proceso. Por mucho tiempo se consideró como fin del proceso civil, la tutela de los derechos subjetivos de los particulares y se dió a éste un aspecto meramente ritual; se le consideró como algo formal, accesorio y subordinado al hecho material o sus

tantivo, al cual en definitiva servía; al paso que -- se le reconocía al proceso penal un fin y un interés general o público, radicando en la lucha de la sociedad contra el delito; en el proceso civil se vió nada más la contienda entre partes para resolver un pleito de intereses de orden privado.

Se creía que la solución que se diera a los litigios no podía afectar la organización social, porque -- se trataba de cuestiones de simple interés privado, -- en las cuales el Estado intervenía como pacificador -- dictando, caso por caso, el derecho que debe servir -- en concreto para los casos en discusión y empleando -- la fuerza para hacer valer su decisión.

Consecuencia de este concepto privatista que -- imperaba en el proceso civil, tenía que ser obligada la pasividad que se impuso al juez que debía conocerlo, excluyendo por tanto lo referente a su posibilidad para aportar al proceso hechos no alegados por las partes y a la mayor o menor libertad -- de que goza para valorar las pruebas producidas, -- frente a las actividades de las partes, sobre quienes recaía la responsabilidad total de presentar sus pretensiones y defensas, aportar sus pruebas, interponer sus recursos y valerse de todos los medios que la ley procesal ofrece siempre, con interpretaciones más o menos hábiles, para tratar de obtener resultados favorables.

El Juez quedó convertido en una especie de árbitro de pelea cuya misión es reconocer al vencedor,

sin serle lícito intervenir para buscar la verdad -- con iniciativa propia, ni para lograr una justicia real; si la parte que tenía la razón dejaba de presentar una prueba decisiva, perdía inexorablemente, sin que el juez pudiera ordenarla de oficio, ni siquiera conociéndola y a pesar de que se tratara de un documento público o de una simple inspección ocular, y -- de otro lado se le fijaba de antemano el valor de -- convicción que debía darle a cada prueba. Ese concepto de riguroso derecho privado se reflejó igualmente en las nociones de acción y jurisdicción en materias civiles y comerciales, en las que imperaba el principio tradicional en el cual se funda el repudio a la admisibilidad de la iniciativa probatoria del juez de lo civil.

C) Su Naturaleza Jurídica. Teorías.

Muchos autores han tratado de desentrañar la naturaleza jurídica del proceso, encontrándose en la actualidad agrupados en distintas corrientes, -- siendo las principales las siguientes: la que ve el proceso como un contrato; la que lo estudia como un cuasicontrato; la que lo considera como una relación jurídica; la que lo considera como una situación jurídica; la que declara que es una entidad jurídica -- compleja o pluralidad de relaciones y la que lo reconoce como una institución. Todas estas teorías -- excepción de la denominada de la relación jurídica, -- han pasado a formar parte de la historia, pues no representan ninguna garantía y han sido objeto de se--

rios reparos.

Ya en el siglo pasado se inicia la corriente de reivindicar para el Derecho Procesal un lugar autónomo en el cuadro de las ramas del Derecho, y es cuando se buscan conceptos para que su desarrollo permita defender la independencia procesal, siendo uno de ellos la expresada naturaleza jurídica del proceso y es así que tratando de elevar de rango a nuestra disciplina, un sector de la doctrina francesa atribuye al proceso una naturaleza jurídica contractual, apoyándose para ello en el sistema procesal procedente del antiguo Derecho Romano que presenta un carácter marcadamente patrimonial, ya que al mismo tiempo que regulaba los derechos privados, establecía los medios para conseguir su eficacia.

Algo más, sobre esta cuestión de la naturaleza jurídica del proceso: diremos que aún nos hallamos muy lejos de formular una teoría única que determine su verdadera naturaleza. La multiplicidad de teorías mencionadas nos demuestra lo difícil que resulta llegar a una posición única y debido a la imposibilidad de construir una doctrina unitaria y sistemática dentro del conglomerado de elementos procedentes del derecho privado y del Derecho Público, con los cuales el proceso está vinculado. De la Plache opina que se trata de una relación "sui generis". Y para Demófilo del Buen, "el proceso civil constituye una relación, porque representa el contacto, comunicación o intercambio de actos entre diferentes sujetos, regulados

o presididos por el Derecho, y que es una institución por lo mismo que supone un conjunto de relaciones jurídicas concebidas como una verdadera unidad, con un fin propio y característico" (1).

Concretando estas manifestaciones doctrinales, se entiende que el fundamento del proceso está en la necesidad de garantizar a la persona la efectividad de sus derechos cuando la gestión extrajudicial no lo logra, evitando así la violencia, como medio para hacerse justicia.

⊗ El proceso garantiza la vigencia y plenitud de la norma jurídica y en consecuencia garantiza la vigencia de los derechos subjetivos.

D) El Concepto Moderno del Proceso y la Jurisdicción Civil.

Desde principios del presente siglo comenzó -- una reacción saludable contra esos conceptos privatistas del proceso y la jurisdicción civil.

Pasando revista a las opiniones de autores extranjeros como: Chiovende en Italia, Goldsmicht y -- Kisch en Alemania, seguidos luego por Piero Colaninno, Carnelutti, Rocco, Rosenberg, Redenti, en aquellos países, si bien es cierto que las partes buscan su propio interés y provecho en el proceso civil, no es menos cierto que éste no es una actividad privada

(1) Demófilo de Buen, "La Teoría de la Relación Jurídica en el Derecho Civil". Revista de la Universidad Interamericana de Panamá, No. 24, enero de 1946.

de ellas, sino principalmente una actividad del Estado y por consiguiente no se debe confundir el interés de las partes con el interés que radica en el proceso ni el fin que aquellas persiguen (egoísta y privado) con el fin que ese proceso debe cumplir y satisfacer.

Para que se inicie el proceso civil se requiere la iniciativa de la parte interesada y para llevarlo hasta su terminación es indispensable que ese interés privado subsista ya que puede ponerle fin con un desistimiento. Pero como observa el italiano FRANCECO CARNELUTTI, eso significa solamente que el interés -- de las partes es "un medio para la realización de la finalidad pública del proceso".

Se llegó así al reconocimiento por la doctrina moderna en todos los países, de que la finalidad buscada por las partes en el proceso, que consiste en que se les reconozca su razón y se les dé lo que piden o se les absuelva de los que les exige, es muy distinta de la finalidad del proceso, que consiste en la realización del derecho, lo cual ya no es un interés privado de ellas, sino un interés público del Estado.

Esa realización del derecho se cumple haciendo que el resultado del proceso se identifique con la realidad jurídica y de hecho que allí se examina. Por consiguiente, existe un marcado interés público en conducir al proceso de una decisión jurídica, justa y acertada.

El fin del proceso no es resolverle al particu-

lar su problema y mucho menos en la forma favorable que pretende; sino por el contrario, hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales de derecho, la equidad y la realidad de los hechos.

En consecuencia, hoy día no es posible dudar que el fin del proceso civil es la satisfacción de un interés público del Estado y de la sociedad, así como tampoco puede discutirse que el derecho procesal en general regula una función pública del Estado y que la jurisdicción es un derecho público del Estado con un fin igualmente público y general.

La jurisdicción, como potestad del Estado para administrar justicia obligatoria, mediante el proceso, sea penal o civil o comercial o laboral o público del Estado en cuanto este puede exigir a los particulares que se sometan a ella y una obligación en cuanto estos pueden exigirle al Estado que la ejercita, en un caso concreto, mediante el derecho de acción.

Luego la jurisdicción tiene un fin y protege un interés público y general; administrar justicia mediante la realización o garantía del derecho. Solo de una manera secundaria al ejercitar el Estado la jurisdicción, se componen los litigios privados o se da efectividad a los derechos de los particulares.

Por consiguiente, si el medio necesario para el ejercicio de la jurisdicción es el proceso, es evidente que el fin de este debe ser idéntico al de aquella; el público y general de la realización del derecho mediante una adecuada administración de justicia.

"Hay un tanto interés social y público en que el resultado del proceso y del contenido de la sentencia estén de acuerdo con esos fines, en el proceso civil o comercial, como en los laborales y penales. La sociedad y el Estado no pueden permanecer indiferentes ante la suerte de la justicia, sea cual uiera la naturaleza del proceso" (1).

E) Tipos de proceso.

Sistemas Dispositivo e Inquisitivo:

En varias etapas históricas del Derecho procesal se ha aplicado unas veces el principio que en -- sentido amplio pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación -- del contenido y objeto e impulsación del proceso y -- de aportación de las pruebas, y en otras, en cambio, se le ha otorgado al Juez facultades oficiosas en -- esos diversos aspectos.

Esos sistemas son fundamentales para la regulación legal de la cuestión probatoria del proceso, tanto civil como penal y por lo tanto para la conforma--

(1) Hernando Levis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo primero, pág. 44.

ción general del procedimiento, cuyo aspecto quizá más importante es el de las pruebas, ya que de ellas depende el éxito o fracaso de aquél.

No existe una evolución histórica uniforme de esta materia pero puede afirmarse que el camino del proceso va hacia el sistema inquisitivo. En la Grecia antigua predominó el principio dispositivo, lo mismo que en el Derecho Romano, pero durante el imperio se le otorgaron al juez facultades inquisitivas. En el viejo Derecho Germánico, dominado por el proceso acusatorio, el juez carecía de facultades inquisitivas, y fue por influencia del derecho romano justinianeo, a través del canónico, que desde el siglo XII el sistema acusatorio dispositivo comenzó a perder terreno en lo penal y desapareció en el siglo XVI para ser reemplazado por un proceso inquisitivo que, mejorado luego, se conserva actualmente, mientras que en lo civil predomina el dispositivo y solo hasta el presente siglo se ha venido imponiendo en la doctrina y en los códigos más recientes el principio inquisitivo en cuanto a las pruebas se refiere que sin duda terminará generalizándose en el futuro.

Desde discute desde hace cuatro siglos la conveniencia e inclusive la necesidad de imponer el principio inquisitivo en materias penales; también para los procesos laborales y fiscales es admitido sin objeciones.

En cambio ha sido evolución lenta y difícil, todavía en gestación, la implantación de ese principio

en el proceso civil, pese a lo que aparece consagrado en los modernos Códigos de Alemania, Italia, Austria, Rusia, Brasil, Argentina, México y tímidamente, como norma de excepción, en muchos otros más antiguos como el español, el colombiano, a través de las providencias "para mejor proveer", que por lo general la jurisprudencia aplica con criterio extensivo, para obtener la máxima amplitud de las normas legales que las autorizan.

Consiste el principio de disposición en dejar libre a las partes la iniciativa de promover e impulsar el proceso, esto es, desde que se comienza la relación procesal hasta que concluye por la sentencia definitiva.

Existe también el principio inquisitivo, entendiéndose por tal, el dejar a la iniciativa exclusiva del juez la promoción e impulsión del proceso.

Cuando decimos nosotros que un proceso es de carácter dispositivo, queremos dar a entender, que dicho proceso es de preponderancia dispositiva, pues solo en abstracto, en doctrina, cabe hablar de sistemas procesales dispositivos e inquisitivos puros, ya que en la actualidad, la casi totalidad de los Códigos Procesales están determinados por una corriente ecléctica en este aspecto, en donde sin dejar de tener en cuenta la igualdad con que deben ser tratadas las partes, el interés privado que lleva el proceso y su función pública, predomina uno u otro sistema.

Como se ve evitar caer en los sistemas puros,

casos extremos que en nuestra opinión vendrían a resultar un desastre, puesto que dejar el proceso a la disposición absoluta de las partes importaría una anarquía, un desconcierto en la relación procesal, ya que se permitiría a las partes iniciar, paralizar y proseguir los procesos cuando les pareciere, guiados únicamente por su absoluta voluntad, trayendo como consecuencia a la intranquilidad en la sociedad; y al dejando tal iniciativa al exclusivo parecer del juez, obligaría éste a las partes a entablar juicios que quizás no tenían interés ni intención de materializar, ya que tales actividades se originan y fundamentan en intereses individuales; intereses propios, que caen bajo el dominio del principio de la autonomía de la voluntad y, llegaríamos a lo que ya algunos autores han señalado y calificado como "la penalización o publicización del proceso civil".

Principio Dispositivo en nuestro Proceso Civil:

En nuestra ley procesal civil encontramos plasmado el principio dispositivo en los siguientes casos:

 a) En nuestro proceso civil rige el principio: NEMO JUDEX SINE ACTORE. Sin que la parte interesada presente su demanda no puede iniciarse el proceso. La demanda, es la petición que se hace al juez para que mande, dar, pagar, hacer o dejar de hacer alguna cosa (190 Fr.). Por lo expuesto no puede obligarse a nadie a mostrarse actor en juicio (Art. 14 Fr.), excepción hecha de los casos de acechanzas (160 Fr.) y jactancia (161 Fr.). Se impone además, que el reo o demandado -

no puede iniciar ningún proceso, excepto el caso de concurso de acreedores voluntarios (659 Pr.).

b) El impulso procesal se halla confiado directamente a las partes, ya que ninguna providencia se dictará de oficio por los jueces y tribunales, sino a solicitud de parte, excepto aquellas que la ley ordena expresamente (1299 Pr.); y además las partes pueden renunciar en forma expresa, los procedimientos establecidos en su favor y tácitamente solo en los casos determinados por la ley (2 Pr.). Por lo dicho, queda claro, que nuestro régimen procesal es predominantemente dispositivo, y esencialmente rogativo.

 La ley ha dispuesto en algunas situaciones que sea el juez quien de oficio impulse el proceso, por ejemplo: cuando en los juicios ordinarios manda que se den de oficio los traslados para allegar de buena prueba (525 Pr.); y en el juicio ejecutivo cuando ordena recibir a pruebas, haya petición de partes o de oficio (595 Pr.).

 c) Cabe advertir, también, que los términos procesales no son, por regla general, perentorios, o fatales, sino más bien no perentorios habiendo necesidad de que la parte contraria reusen rebeldía a la otra que es renuente a contestar para producir la caducidad de dichos términos (446-538-1015-1021 Pr.); en otros casos los de excepción, los términos son perentorios o fatales, como ocurre con el término para apelar (981 Pr.); en los juicios ejecutivos y sumarios, con respecto al término de prueba (246 Pr.) cuando se

abre una causa o prueba con todos cargos (250 Pr.);-
en el caso de los terceros opositores en el juicio -
ordinario (461 Pr.) y en la deserción (537 Pr.).

d) La obligación de producir pruebas correspon-
de al actor: si no probare será absuelto el reo, mas
si éste opusiera alguna excepción, tiene la obliga-
ción de probarla (Art. 237 Pr.); que incumbe aprobar
las obligaciones o su extinción al que alega a uellas
o ésta (1569 C.); que las pruebas tienen que ser per-
tinentes, esto es, cenirse al asunto de que se trata,
ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las -
circunstancias importantes (240 Pr.). Todo demandan-
te que no prueba su acción en primera instancia o que
la abandone, será condenado en costas. Será también
condenado en costas el demandado que no pruebe su ex-
cepción (439 Pr.).

Como excepción a lo anotado, en cuanto a las -
pruebas puede ordenar el juez la prueba pericial ---
(364 Pr.), inspección personal (368 Pr.) y citar tes-
tigos para ampliar su declaración (316 Pr.) en cual-
quier estado de la causa antes de la sentencia, etc.

e) El juez no conoce más hechos que aquellos -
que las partes le prueben, y como consecuencia, las-
sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en -
la manera en que han sido disputadas, sabida que sea
la verdad por las pruebas del mismo proceso (Art.421
Pr.). Quod non est in actis non est in mundo. El --
Juez, no puede fallar más allá de lo que se le pide
en la demanda (sentencia pluspetitio), ni dejar de -

resolver todo o parte de lo que se le solicite en la misma (sentencia minus petitio u omisa) de donde el principio romanístico: Sententia debet esse esse conformis libello. Excepción: que no obstante lo anterior, el juez no está obligado a seguir el razonamiento jurídico de las partes, sino su propio criterio, a través del cual valorará las pruebas que se le hayan presentado, pronunciando por último el fallo a nombre de la República.

La competencia; su clasificación.

Sabemos que el Estado como persona jurídica, - para desarrollar su propia actividad debe valerse -- de una organización compleja, a fin de desempeñar -- las diversas funciones que le son propias.

En el Estado moderno, ya por razón del territorio, ya por la diversidad de controversias que se presentan, no es posible concentrar en pocos jueces la - función jurisdiccional, siendo necesario por consi--- guiente, instituir un buen número de jueces y ello -- con el objeto de llegar a un regular y completo ejer- cicio de la función jurisdiccional.

Surge así el concepto de la competencia, como - distribución y atribución de la jurisdicción entre -- los varios jueces. De tal concepto deriva que la --- competencia y jurisdicción son cosas distintas, pero no se trata de una distinción cualitativa, sino cuantitativa.

La competencia, puede definirse, según Ugo Rocco, como "aquella parte de jurisdicción que compete

en concreto a cada órgano jurisdiccional, según algunos criterios, a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los varios órganos ordinarios de la misma" (1).

Hernando Devis Echandía expresa que "la jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que ésta se le otorga a cada juez, el poder de conocer de determinada porción de litigios. Competencia es el poder que pertenece al funcionario o adscrito - al despacho (juzgado, tribunal, etc.) considerado a todos en conjunto. Entre ellos hay una diferencia -- cuantitativa y no cualitativa" (2).

"Teóricamente los criterios determinativos de la competencia podrían ser los más variados, por cuanto es necesario, para proveer a tal repartición de la jurisdicción, tan solo que pueda saberse a priori, cuál es el órgano llamado a prestar su actividad y por lo mismo, a que órganos los sujetos titulares de los intereses protegidos por el derecho objetivo, deben dirigirse para obtener la prestación jurisdiccional" -- (3).

"El término competencia funcional fue divulgado por Chiovenda alude a una competencia por grados,-

(1) Ugo Rocco, Teoría General del Proceso Civil, pág. 326.

(2) Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal Civil, Parte General, pág. 171.

(3) Ugo Rocco, obra citada, pág. 326.

a la organización jerárquica de los tribunales de --- acuerdo con las funciones específicas encomendadas".

Para la mejor realización de su actividad, el - organismo jurisdiccional distribuye esa actividad entre los distintos órganos que la integran, esa distribución la hace la ley o sea no es competencia del poder judicial y esto no puede ser de otra manera. El - poder legislativo es el que establece cuál órgano tendrá cual función. En la Constitución Política determina la creación de competencias, artículo 41 No. 13 C.- P.

Para la concreta determinación de la competencia, es decir, para establecer en forma precisa el órgano jurisdiccional que debe conocer de un determinado caso o negocio, entre ciertas y determinadas personas, la teoría del proceso ha elaborado una serie de grandes reglas llamados criterios de competencia, que es lo que hace relación al proceso civil con los siguientes:

1) Un criterio fundado en la materia que genera la competencia basado en la materia, según la cual ésta puede ser común o especial.

2) Criterio basado en la función, que genera -- la competencia funcional.

3) Criterio basado en el valor económico de la relación jurídica, que crea la competencia por la -- cuantía, que constituye el objeto de la causa.

Los criterios antes expuestos son de naturaleza absolutos y por consiguiente improrrogables.

A continuación expondremos los títulos determinantes de la competencia relativa del criterio basado en el territorio:

a) Domicilio del reo o demandado. Art. 35 Pr.

b) Lugar donde se encuentra el inmueble o sea el encontrarse ésta cosa objeto de litigio en una -- circunscripción territorial determinada. Art. 35 inc. 2o. Pr.

c) El lugar señalado por las partes para el cumplimiento del contrato que ha originado el proceso. - Art. 34 Pr.

d) La sumisión expresa o tácita de las partes a una circunscripción territorial determinada. Arts. -- 32 y 38 Pr.

e) Lugar en donde se halla el demandado con la cosa mueble. Art. 42 Pr.

f) Calidad del demandado. Art. 51 Pr. o del demandante. Art. 53 Pr.

g) Conexión de la causa. Art. 41 Pr.

h) Continencia de la causa. Art. 546 Pr.

i) Prevención de la jurisdicción. Art. 44 Pr.

j) Caso de rendición de cuentas. Art. 44 Pr.

k) Caso del artículo 54 Pr.

l) Caso del artículo 39 Pr.

Analizaré rápidamente cada uno de estos criterios.

1) El fundado en la materia. Al respecto Ugo - Rocco, dice: "la competencia por materia, se determina por la naturaleza de la relación jurídica o del -

Estado Jurídico que constituye el objeto sobre el --
cual se pide la controversia en los órganos jurisdic-
cionales" (1).

La materia dentro del ámbito procesal civil la
podemos dividir en común y especial. Nuestro artícu-
lo 23 Pr. nos dice: "La jurisdicción ordinaria se --
ejerce sobre todas las personas y cosas que no estén
sujetas a una jurisdicción privativa". O sea pues, -
que se mantiene el criterio de definir por exclusión.

El Art. 45 Pr. nos hace mención de otra jurisdic-
ción procesal civil especial como es la de hacien-
da. Podemos, mencionar algunos procesos especiales
en materia civil como lo son el de hacienda, el de -
inquilinato, el laboral, el relativo a los acciden-
tes de tránsito.

2) La Competencia Funcional. El término compe-
tencia funcional fue divulgado por Chiovenda (2). Alu-
de a una competencia por grados, a la organización je-
rárquica de los tribunales de acuerdo con las funcio-
nes específicas encomendadas.

Para la mejor realización de su actividad, el -
organismo jurisdiccional distribuye esa actividad en-
tre los distintos órganos que la integran, esa distri-
bución la hace la ley o sea no es competencia del po-
der judicial y esto no puede ser de otra manera. El
Poder Legislativo es el que establece cual órgano --

(1) Ugo Rocco. Teoría General del Proceso Civil,
pág. 340.

(2) Chiovenda. Instituciones, II, págs. 166 y 208.

tendrá cual función. En la Constitución Política se determina la creación de competencias. Art. 41 No. - 13 C.F.

Ugo Rocco, nos dice que: "La competencia funcional está determinada por aquel conjunto de funciones, actividades y poderes que corresponden a un determinado órgano jurisdiccional, personificado por un determinado sujeto. Según cierto concepto la competencia funcional existe cuando diversos órganos jurisdiccionales son llamados a conocer de la misma causa en estudios a fases sucesivas del mismo proceso" (1).

Hay un momento de la iniciación en el proceso civil que recibe el nombre de demanda que concluye con la sentencia. Ahora bien, un proceso no siempre termina en la primera etapa sino que hay veces que sigue en una segunda etapa y a veces en nuestro país, por causas extraordinarias, señaladas en la ley hay una tercera etapa, con sus especiales consideraciones, donde se conoce del proceso ante un organismo superior y diferente, que es el tribunal de casación. Por eso es que algunos dicen que la competencia funcional es la misma competencia en grados. La verdad es que el conocimiento en grado es causa de competencias funcional.

Como es de nuestro conocimiento, prórroga es sinónimo de derogable por la voluntad de los particulares; en el lenguaje del proceso quiere decir que -

(1) Ugo Rocco. Teoría General del Proceso, pág. 343.

la voluntad de los particulares es eficaz para ampliar la jurisdicción, o sea pues que tiene relación con la competencia absoluta y relativa. La competencia funcional como la competencia por la materia es improrrogable y equivale a inderogable, que viene a ser competencia absoluta. Y prorrogable equivale a derogable, a competencia relativa.

3) Criterio basado en el valor económico de la relación jurídica, que crea la competencia por la cuantía, que constituye el objeto de la causa.

Según este criterio podemos dividir los juicios en: I) de mínima cuantía...hasta \$ 200.00; II) de media cuantía...de \$ 200.00 a \$ 500.00; III) de máxima cuantía...de \$ 500.00 en adelante, o de valor indeterminado.

La importancia que tiene la presente clasificación de los juicios en mínima, media y máxima cuantía es por la competencia; así cuando nos referimos a los juicios de mínima cuantía sabemos que son de competencia del Juez de Paz, quien conoce en juicio verbal. La cuantía entonces determina una competencia y una forma de proceder, es decir, la cuantía nos a servir para establecer la división, la jurisdicción o competencia en atención a ella.

Los juicios de más de \$ 200.00 hasta \$ 500.00 son de competencia del Juez de Primera Instancia, quien conoce en juicio sumario.

Las de máxima cuantía o sea los de más de \$ 500.00 son de competencia del Juez de Primera Ins-

tancia quien conocerá en juicio ordinario.

Los juicios de mínima cuantía se subdividen en: 1o.) hasta \$ 5.00 conoce el Juez "in voce"; 2o.) de \$ 5.00 hasta \$ 100.00 conoce el Juez de Paz en juicio verbal, pero de lo resuelto por el Juez de Paz solo hay un recurso de revisión para ante el Juez de Primera Instancia y no existe recurso de apelación; y 3o.) de más de \$ 100.00 hasta \$ 200.00 conoce en juicio verbal el Juez de Paz, pero lo resuelto por éste admite recurso de apelación ante el Juez de Primera Instancia.

De lo expuesto, señalo los artículos pertinentes: 474 inc. primero; 502 primer inciso, 503, 512 y 127 todos del Pr.

Este criterio de competencia, como hemos dicho, es absoluto e improrrogable.

Los títulos determinantes de la competencia relativa del criterio basado en el territorio.

Es acaso el más importante criterio y que mueve a cierta confusión de que jurisdicción en el lenguaje del proceso solo significa un ámbito especial de validez o un ámbito especial dentro del cual hay un funcionario judicial competente.

El criterio fundado en el territorio tiene especial interés por cuanto en materia civil es esencialmente derogable, es decir, el criterio fundado en el territorio es una categoría de competencia relativa, lo cual se dice que la voluntad de las partes es eficaz para sustituirlas.

Los demás criterios son absolutos con lo cual - queremos significar que la voluntad de los interesa-- dos en el proceso no pueden modificarlas. La competen-- cia territorial es relativa, puede ser modificada, am-- pliada por la voluntad de las partes sin que deje de haber proceso válido.

La competencia territorial en general es esta-- blecida, más que todo, viendo intereses de los parti-- culares, de los contendientes en el proceso, los cua-- les lo pueden ampliar, o modificar por la voluntad de ellos.

La causa generica que origina la competencia te-- rritorial, es la división del territorio en circuns-- cripciones y esto es común a todos los Estados del -- mundo. Para la correcta administración en general, - el Estado divide su territorio en secciones o porcio-- nes en las cuales deja una determinada organización y fija poderes secundarios dependientes del poder cen-- tral con miras a una realización de las propias fina-- lidades del Estado.

En El Salvador hay una división administrativa de la República en catorce departamentos, y cada de-- partamento está dividido a su vez en distritos con -- su respectiva cabecera. Con sensibles diferencias exis-- te también una división del territorio en circunscrip-- ciones judiciales y decimos sensiblemente porque no -- coinciden exactamente la división por razones adminis-- trativas, con la división de los órganos jurisdicciona-- les.

Los títulos determinantes de la competencia territorial son las causas inmediatas que generan o producen competencia territorial de un determinado órgano jurisdiccional.

Título es un palabra polivalente, pero para nuestro estudio, significa "la causa que origina la competencia territorial".

A) El domicilio del demandado.

El Art. 35. "El Juez del domicilio del demandado es competente para conocer en toda clase de acciones, ya sean reales o personales. En materia en que la acción es real, también el Juez del lugar en que halle situado el objeto litigioso".

La razón fundamental es la economía procesal;-- facilidad de recoger pruebas.

B) Por la situación del objeto litigioso.

El Art. 35 inc. 2o. "En materia en que la acción sea real, también es competente el Juez del lugar en que se halle situado el objeto litigioso".

Decimos que en materia en que la acción sea -- real, también es competente el Juez del lugar en que se halle el objeto litigioso.

Al respecto el doctor René Padilla y Velasco:-
"El principio de que el lugar de situación de la cosa determina la competencia, se debe que en materia de acciones reales, casi siempre son necesarios las pruebas periciales, la inspección y sobre la posesión, los cuales hacen necesaria la aproximación de los funcionarios al lugar donde esté situado el objeto de la

disputa" (1).

C) El lugar señalado por las partes para el cumplimiento del contrato que ha originado el proceso.

Un contrato tiene que cumplirse dentro de un ámbito especial y dentro de un ámbito temporal, es decir, que tiene que haber un día para su cumplimiento y un lugar en donde se cumpla; este lugar a veces se sobreentiende y a veces es expreso.

Indudablemente que este título de competencia -- genera una competencia especial, para los efectos que se suceden en el cumplimiento del contrato. Esto significa que si uno de los contratantes incumple sus obligaciones contractuales, el otro contratante puede perfectamente demandarlo sobre tal incumplimiento ante el Juez del lugar en donde el dicho contrato debía cumplirse. Esta regla la receipta nuestra ley en el artículo 34 Pr. que expresa: "El lugar expresado en el contrato para su cumplimiento surte fuero".

Constantemente hay contratos en los que se va fijando el lugar más conveniente por ejemplo en el mutuo, en donde por general se estipula que el acreedor va a recibir el pago en su casa de habitación, porque es lo más cómodo para éste.

D) La sumisión expresa o tácita de las partes una circunscripción territorial determinada.

El Art. 32. Puede prorrogarse la jurisdicción

(1) René Padilla y Velasco. Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño, Tomo I, pág. 205.

ordinaria, excepto en los casos de que trata el artículo 45.

La prórroga se verifica por consentimiento expreso o tácito. Por consentimiento expreso, cuando las partes convienen en someterse a un Juez que, para ambos o para alguna de ellas, no sea competente. Por consentimiento tácito, cuando el reo contesta el pleito ante un Juez incompetente, sin oponer esta excepción.

La jurisdicción de los Jueces de Paz es improrrogable para demandas de más de doscientos colones o de valor indeterminado.

El Art. 38. Asimismo es competente el Juez a cuya jurisdicción se hayan sometido las partes por instrumento público o en documento privado reconocido, o registrado conforme a la ley.

Los expresados artículos se complementan en lo pertinente.

Sumisión expresa.

Quiere decir que por instrumento público o documento privado reconocido conforme a las leyes se fija la competencia. Lo importante es que expresamente, en un contrato, se puede fijar una competencia territorial, porque la competencia territorial mira el interés, a la comodidad de las partes; lo que pretende es facilitar a los particulares el acceso a la jurisdicción. O sea que la sumisión es expresa cuando se hace una escritura o un documento privado reconocido especificándolo.

Sumisión tácita.

De ella hace referencia la segunda parte del inciso segundo del artículo 32 Pr. antes expuesto. Por ejemplo, una persona reside en Ahuachapán y lo demandan en San Salvador sobre una obligación, que se dice ha incumplido y el contrato donde se consigna tal obligación solo expresa que recibe a mutuo la cantidad de cinco mil colones, los cuales pagará en el plazo de tres meses contados a partir de ese día. No está fijado el lugar en donde se va a pagar, ni se fija sometimiento expreso a ninguna jurisdicción. El acreedor lo demanda en esta ciudad, y el Juez para emplazarlo remite un exhorto al Juez de Ahuachapán, si la persona deudora, acepta el enjuiciamiento, este habrá de ser conocido por el Juez de San Salvador, pues el demandado no opone la excepción correspondiente, el de denunciar la incompetencia del Juez, porque no es de su domicilio. En el presente caso, la competencia se ha prorrogado, porque el reo en cuyo beneficio estaba establecido el reo que podía denunciar la falta de competencia no dijo nada. La ley presupone, considera, que si el deudor demandado contesta la demanda, ante un Juez que es incompetente eso significa que el demandado se allana a esa competencia y consiguientemente eso prorroga la jurisdicción.

F) Criterio basado en el cargo o calidad de una persona.

Según este criterio es para dar garantía a ciertos funcionarios públicos, se señalan tribunales espe-

ciales que conocen contra las demandas que contra --- ellos se entablan. Así de acuerdo al artículo 21 No. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dentro del capítulo 1 de la Corte Suprema de Justicia, sus Salas y Cámaras. El expresado artículo numeral tercero dice: "Conocer de las demandas civiles contra los diputados de la Asamblea Legislativa o Constituyente, el Presidente o Vice-Presidente de la República, los designados a la presidencia, los Ministros y Sub-Secretarios de Estados, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y los Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de Pobres, los Miembros del Consejo Central de Elecciones y el Consejo Superior de Salud Pública, cuando el valor de la cosa litigada no exceda de quinientos colones, debiendo resolverlas en juicio sumario. Cuando la demanda sea dirigida -- contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, conocerá de ella el Magistrado que haga sus veces de acuerdo con el Art. 2 de esta ley".

También en el caso del artículo 51 Pr. encontramos un caso de fuero especial cuando el demandado es un Juez de Primera Instancia.

F) Lugar donde se halla el demandado con la cosa mueble, Art. 42 Pr.

El lugar donde se encuentra el demandado con la cosa mueble, objeto del litigio, surte fuero. La razón de esta regla de competencia es la comodidad -

para las partes y para el juzgador en relación a la --
economía, al esfuerzo de tiempo y dinero que han de --
ser necesarios para la realización de los fines jurisdiccionales; lo que significa que en esta regla de competencia palta la misma razón de economía procesal y de asequibilidad a la jurisdicción que fundamentan varias de las reglas de competencia expresadas; pues este caso guarda íntima relación con la otra regla ya estudiada, de que el lugar donde se encuentra el bien inmueble sobre que versa la litis genera competencia; -- más juzgo oportuno expresar la diferencia que existe en los casos citados, la cual consiste en que lo relativo al inmueble basta el hecho de su ubicación en el lugar determinado, para que el juez de ese lugar sea competente, en cambio, de bien mueble la exigencia -- procesal es mayor, se requiere tanto al mueble objeto del litigio como el demandado se encuentren juntos en un mismo lugar, para que surja la competencia para el juez de ese determinado lugar. Nuestra ley recoge esta regla de competencia en el Art. 42 Fr. que dice: -- "Cuando se demanda con derecho de dominio una cosa mueble, el juez del lugar en que el reo se halle con ella, tendrá la jurisdicción competente para conocer, aunque el reo sea morador de otra parte; excepto el caso de dar fianza de estar a derecho ante su juez respectivo".

G) Por último con cierta reserva como criterio de competencia la conexidad.

La conexidad, es un criterio determinante de competencia, y cuando hablamos de ella se presupone una --

nen en uno solo pero es una reunión jurídica; es decir que acumulación de autos es la reunión ordenada, racional, jurídica de varios procesos.

La acumulación produce en forma inmediata la acumulación de autos y en forma mediata crea competencia.

La conexidad pretende realizar dos grandes principios procesales que son: el de economía procesal y el de correcta administración de justicia esto es fácil a la inteligencia; al producirse la conexidad la acumulación de varios procesos que obtienen economía de tiempo, esfuerzo, de dinero por parte del órgano jurisdiccional y por parte de los particulares, que tienen una misma causa esencial, o que en ella existe una misma y sola razón de su existencia, el juzgador esté en mejor posición para resolver las contiendas judiciales en forma más justa, armónica, evitando así el peligro que pueda producir sentencias contradictorias.

Vista así la conexidad, actuando a través de la acumulación de autos, encontramos en este último, tres grandes principios: a) que los varios procesos se desarrollen y resuelvan bajo un mismo procedimiento; b) en una misma sentencia; c) se decidan por un mismo juez competente. Es aquí como la conexidad produce en forma inmediata la acumulación de autos y en forma mediata crea competencias, pues un juez que inicialmente sólo era competente para conocer de un proceso, por razones de la conexidad, se vuelve competente para conocer de otros varios procesos conexos o idénticos al que inicialmente conocía.

Para muchos tratadistas, llaman a los procesos idénticos, continencia de la causa, así, Humberto Cuenca, considera que "la idea de la continencia es muy -- próxima a la litispendencia por la identidad de los -- tres elementos en dos o más relaciones, pero con la -- característica de que una de ellas envuelve a las de-- más, de manera que a veces pueden considerarse como pe-- queños procesos dependientes de un proceso mayor. Exis-- te, por tanto, una relación con una causa amplia que -- de ella se derivan otros procesos menores" (1).

El ejemplo más socorrido es el siguiente: "una - persona interpone demanda de divorcio contra su cónyuge, por la causal de separación absoluta en el Juzgado Primero de lo Civil de esta ciudad y posteriormente en le mismo Juzgado, le entabla demanda de divorcio fun-- dándose en la causal por adulterio. Art. 546, la. Pr.-

Los demás títulos determinantes mencionados en la competencia relativa me abstengo de comentarlos por considerar que son variantes o modalidades de los anteriormente analizados o asequibles a su comprensión.

(1) Humberto Cuenca. Derecho Procesal Civil. Tomo Primero, pág. 102.

CAPITULO II

La Prueba.

a) Concepto y acepciones de la palabra "Prueba".

"La palabra prueba, dice Caravantes, tiene su etimología, según unos, del adverbio, probe, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; y según otros, de probandum, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, hacer fe, según varias leyes del Derecho Romano" (1)

Se suele hablar de prueba como la actividad encaminada a producir en el Juez una determinada convicción acerca de los hechos controvertidos en el proceso.

Lo que hace falta en primer lugar es establecer una verdadera antite^{sis} entre dos fenómenos, ambos relativos a la prueba: averiguación y verificación.

Averiguar: es buscar algo que se ignora y que se necesita conocer, y verificar es acreditar que aquello averiguado y después afirmado, responde a la realidad; primero es una operación o una actividad de búsqueda; lo segundo, de constatación o comprobación; y sin embargo, los dos fenómenos se refieren a la prueba.

Según el Vocabulario Jurídico, la prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas de la ley.

Eduardo J. Couture en su obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" dice que la palabra prueba tomada en su sentido procesal, es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. (2)

(1) Diccionario del Derecho Procesal Civil de Eduardo Pallares pág. 617

(2) Fundamentos del Derecho Procesal Civil de Eduardo J. Couture. Tercera Edición pág. 217.

Eduardo Pallarés en su Diccionario de Derecho Procesal Civil define la prueba como el medio o instrumento de que se sirve el hombre para evidenciar la verdad o la falsedad de una proposición, la existencia o inexistencia de algo.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles define la prueba al decir en su Art. 235 que: "Es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido".

La palabra prueba es tomada en varios sentidos:

1) Se refiere al hecho mismo de la producción de la prueba, al hecho presentarla ante los tribunales. Y así se dice que la prueba incumbe a tal litigante, al actor o al demandado. 2) Indica los diversos medios establecidos por la ley para demostrar la existencia de un hecho y en esta forma se habla de la prueba testimonial, de la prueba instrumental, pericial, etc.; este criterio seguido por el legislador salvadoreño al dar su concepto en nuestro Código de Procedimientos Civiles. 3) Manifiesta el resultado obtenido con el empleo de los medios de prueba, es decir, si hubo o demostración del hecho que se sostenía. En ese sentido se emplea la palabra cuando se expresa que el demandante probó su acción o que no logró probarla.

b) Carga de la Prueba. Abordaremos ahora un tema de singular importancia como es el de la carga de la prueba. Esto supone dar paso tendiente a saber quién prueba; cuál de los sujetos que actúan en el juicio debe producir la prueba de los hechos que son materia de debate.

No cabe duda, que es el problema más complejo y delicado de este capítulo. La doctrina se encuentra todavía debatiendo frente a los problemas de este punto, que afectan no sólo los principios doctrinales, sino también la política misma de la prueba, según expresión del eminente jurista uruguayo Eduardo J. Couture. (1)

(1) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, E. J. Couture, pág. 240-1958.

Ante todo un concepto sobre la carga de la prueba: Este término, en su sentido estrictamente procesal, quiere decir, conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.

Los jurisconsultos modernos sostienen que las partes no están obligadas a probar los hechos controvertidos, sino únicamente tienen la carga de la prueba, lo que es distinto.

Muchas teorías han sido expuestas por los procesalistas para explicar la noción de carga de la prueba, pero antes de pasar al estudio de ellas, nos ocuparemos de su concepto y significado.

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

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

He aquí las preguntas que se plantean según Leo Rosembarg; "Como debe fallar y a base de qué principios? Sobre cuál de las partes recaen las consecuencias desventajosas de la duda que cabe con respecto a la verdad de una afirmación de hecho? (1)

"Las reglas sobre la carga de la prueba dan la contestación a esas preguntas. Ayudan al juez a formarse un juicio afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no bostante, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas que sobre la carga de la prueba consisten en esa instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que pueda comprobarse la verdad de una afirmación de un hecho importante". (2)

(1) Leo Rosembarg, la carga de la prueba, pág. 2.

(2) Véase Hellwing Sistem I, 468 citado por Rosembarg, Ob. C. pág. 2.

La resolución del juez debe ser dictada conforme a las reglas que la ley establece en relación a quien corresponde la carga de la prueba. Así nuestro Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 237, 238 y 239 señala expresamente que "La Obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase será absuelto el reo; más si este opusiera alguna excepción tiene la obligación de probarla". "El que niega no tiene la obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción "El que apoye su derecho en leyes extranjeras debe comprobar su existencia en forma auténtica.

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

Siendo las normas de la carga de la prueba un complemento necesario para toda norma que pueda aplicar el juez en determinado momento, también se ha debatido el tema de cuando es que debe decidirse sobre dicha carga.

En este caso para los contendientes podemos afirmar que la decisión sobre la carga de la prueba se le está planteando a medida que el proceso se desarrolla.

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

De lo dicho hasta este momento deducimos que para el juez, el problema de la carga de la prueba como ha dicho alguien "no pueda surgir cuando las afirmaciones de las partes no se discuten o cuando el tribunal está firmemente convencido de la verdad o falta de verdad de las afirmaciones discutidas, sea que esta convicción es el resultado de una recepción

de prueba o que se ha llegado a ella teniendo en cuenta el conjunto de los debates" (1)

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

Sobre la aplicación del principio de la carga de la prueba hay dos cuestiones que queremos tratar; la primera es la referente a su aplicación en los procesos dispositivos; y la segunda, respecto a su aplicación según sea el sistema de la libre apreciación de las pruebas o el de la prueba tasada.

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

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

A simple vista podrían tener razón dichas opiniones; sin embargo, queremos hacer notar que en todo caso los interesados en la sentencia son las partes y que si el juez con todos los esfuerzos que haya realizado con el objeto de establecer los hechos no ha podido adquirir los elementos probatorios que le dan la certeza para dictar su fallo, son

(1) Ley. Rosemberg Obra citada: pág. 2.

las mismas partes que en ese momento se ven en la necesidad de producir la prueba de lo alegado, sino quieren sucumbir. Es aquí precisamente que el proceso inquisitivo surge la importancia de la carga de la prueba.

En cuanto a la aplicación del principio en los sistemas de la libre apreciación, también se han argüido los mismo argumentos, pero como bien lo sostiene Isidoro Eisner "Justamente, cuando el sistema de la libre apreciación de la prueba por el juez, del libre convencimiento, ha agotado sus fuerzas; cuando el juez pase a estas facultades de libre valoración al convencimiento de que no está convencido, recién entonces es que comienza a jugar la teoría de la carga de la prueba" (1).

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

c) Valorización de la Prueba.

El tema de la valorización de la prueba busca una contestación para la interrogación: Qué eficacia tienen los diversos medios de prueba en el Derecho Positivo?

Ya no se trata de saber que es en sí misma la prueba, ni sobre que debe recaer, ni por quien o cómo debe ser producida. Se trata de establecer, con la mayor exactitud posible, como pesan y que influencia ofrecen los diversos medios probatorios sobre la decisión o conclusión que el magistrado debe expedir en su sentencia o fallo. Pero este tema de la determinación de la eficacia concreta de la prueba es, a su vez, tan amplio, que reclama el estudio, necesariamente, de los diversos sistemas de valorización de la prueba.

Comenzaremos por decir que la doctrina europea distingue frecuentemente entre las llamadas pruebas legales y las llamadas pruebas libres o de libre convicción, como sistemas de valorización de la prueba.

(1) Isidoro Eisner La Prueba en el Proceso Civil pag. 52.

Históricamente, la íntima convicción del juez cualquiera que fuese el medio empleado para llegar a ella, constituyó desde los primeros tiempos, el sistema de prueba imperante en la mayoría de los pueblos. El juez disponía de la más absoluta libertad, no sólo para determinar los medios de investigación, sino para apreciar su eficacia o validez. Bien es cierto que por las costumbres de la época era permitido someter a una persona a ciertas experiencias que hoy repugnan a la conciencia del jurista; pero es de tener en cuenta que ello no obligaba la decisión del juez, quien mantenía su libertad de criterio y que sólo se aplicaba en materia penal. Así en Roma, tanto en materia civil como en materia penal, el principio era el mismo, es decir el de la libertad del juez para la apreciación de la prueba y aún en los primeros tiempos del procedimiento, en las legislaciones, no obstante su carácter ritual ante el magistrado, éste apreciaba la prueba según los dictados de su razón.

Frente a la prueba legal o material nació la prueba formal, que, naturalmente, no tardó en influir en el proceso civil y fue así como la convicción del magistrado se vió sometida a preceptos que reglamentan la admisión, producción y eficacia de la prueba.

Este es el origen de los dos sistemas que como dijimos anteriormente se conocen con los nombres de Libre Convicción y de Prueba Legal.

Por el primero, el Juez aprecia la prueba libremente, sin sujeción a ninguna regla y de acuerdo con los dictados de su conciencia; por el segundo, el juez sólo puede tener por probado un hecho cuando se han llenado los extremos fijados de antemano por el legislador.

Haciendo un poco de historia: al sancionarse el Reglamento Real de España en 1846, al legislador le pareció peligroso no establecer un límite a la libertad del juez y por eso dispuso, luego de excluir a determinados testigos, que las partes podían aportar respecto de los otros, circunstancias que condujeron a corroberar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones, las cuales serán apreciadas según las reglas de la SANA CRITICA.

Fue esta la primera vez que se usó esta expresión, para significar que la libertad que se concedía al juez no importaba que pudiera apreciar el testimonio a su arbitrio, sino mediante un razonamiento lógico y aplicando los datos que suministra la experiencia de la vida.

Conviene después de haber estudiado el origen de este sistema intermedio entre la prueba legal y la libre convicción, establecer en qué consiste. Y así vemos, que las reglas de la SANA CRITICA son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfiere la lógica, con las reglas de la experiencia del juez.

Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba, ya sea esta testimonial, de peritos, de inspección y de confesión en los casos en que no es lisa y llana, con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia o, como muy bien lo dice Stafforini: "Las reglas de la sana crítica son las de la lógica basada en la ciencia, en la experiencia, en la observación que conducen al magistrado a establecer un juicio con respecto a la declaración, discerniendo lo verdadero de lo falso". (1)

Expuesto lo anterior, es preciso que fijemos qué sistemas han adoptado nuestros legisladores para la apreciación de las pruebas. En la legislación salvadoreña pueden señalarse numerosas reglas para la apreciación de ella. Así, la prohibición de admitir prueba testimonial al que demanda una cosa de más de doscientos colones aunque limite a ese valor de demanda, siempre que no haya un principio de prueba por escrito.

La ley establece por anticipado entre uno y otro litigante la carga probatoria. Disposiciones expresas señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio. Ejemplo de ellas son los Arts. 237 y 238 ambos en nuestro Código de Procedimientos Civiles.

(1) E.R. Stafforini, Ob. de D. Proc. del Trabajo Editorial La Ley B.Aires 1946. págs. 427.

Juzgamos necesario transcribir ambas disposiciones en vista de la importancia que representan.

Art. 237. La obligación de producir pruebas corresponde al actor: sino probase, será absuelto el reo; más si este opusiera alguna excepción, tiene obligación de probarla.

Art. 238. El que niega no tiene la obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté en su contra la presunción.

Pero en segundo término, casi siempre en forma implícita, porque no abundan los textos expresos que lo afirmen, el legislador crea al litigante la situación embarazosa de no creer en sus afirmaciones, en caso de no ser probadas. El litigante puede pues, desprenderse de ese peligro y delicado principio, demostrando la verdad de su dicho.

No supone, pues, la carga de la prueba ningún derecho del adversario, sino que establece un imperativo del propio interés de cada litigante que interviene en un proceso; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, necesariamente pierde el pleito. Puede esquivar esa carga de su cabeza, probando, mejor dicho, acreditando la verdad de los hechos que la ley obliga. Y esto no crea, evidentemente, un derecho de la contraparte, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; la obligación de no prestar creencia a las afirmaciones que era necesario probar y no se probaron.

Un conjunto de aforismos clásicos, muchos de ellos hasta pertenecientes a un sistema procesal que ya no existe, siguen siendo objeto de aplicación diaria en nuestros tribunales de justicia, los adagios "actore non probate reus absolvitur", "factum negantis probationulla est", "reus in exceptione actor est" y otros más mantienen aún su vigencia procesal, repito, aplicándose a las más diversas y aún a las más opuestas soluciones.

d) Prueba de los hechos controvertidos

Cuando la parte actora presente la demanda, las actitudes del demandado podrían ser bien, una resistencia, no relativa a las pretensiones

del actor, sino a la continuación del juicio, como la de pedir que rinda fianza o la de oponer excepciones dilatorias, que se resuelvan como artículo previo tanto en el juicio sumario como en el ordinario; otra sería, la de confesar los hechos expuestos en la demanda, situación que allana el camino para que se pronuncie una sentencia en su contra; puede también no contestar la demanda interpuesta y entonces se tramita el juicio en contumacia y puede por último, asumir una actitud contraria a las pretensiones del actor, alegando excepciones perentorias con el objeto de destruir, el fondo de la acción intentada y puede también convenir, lo cual significa que el demandado demanda a su vez.

La prueba se referirá, pues, a los hechos controvertidos; esto es, a los hechos afirmados por una parte y negados por la otra. Y de acuerdo con el artículo 235 Pr., es categórico que debe probarse los hechos controvertidos y ello tiene su fundamento en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga y las que no le pertenezcan, de oficio, serán descartadas, al dictarse la sentencia.

A la parte le impone la ley la carga de probar; a una o a otra parte que afirma la existencia de un hecho o un derecho para justificar, sus pretensiones.

Los hechos se incorporan al proceso de acuerdo a las afirmaciones de las partes y se ofrecen probarlos, cuando los mismos sean contravertidos. La parte tiene la carga de la prueba de sus afirmaciones, pero el Juez no es un mero espectador de la contienda ante él iniciada y la mayoría de las leyes procesales le confieren al mismo ciertas facultades, para que, en el momento oportuno, las ejercite en miras al pronunciamiento de una mejor sentencia.

Por otra parte, los hechos contravertidos tienen que ver mucho, con el principio de contradicción que el doctor Hernando Devis Echandía expresa así: "Principios de contradicción de la prueba. Es consecuencia del anterior y se aplica tanto al proceso penal como civil. Significa que la parte actora contra quien se opone una prueba debe gozar de opor

tunidad procesal para conocerla y discutirla incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contra probar, 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 fevor suyo los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad de intervenir en su práctica y con el de la lealtad en la prueba, pues esta no puede existir sin la oportunidad de producirla". (1)

e) Precedencia e improcedencia de las pruebas; y las admisibles e inadmisibles.

"La teoría del objeto de la prueba procura como se ha visto, señalar cuales son las proposiciones de las partes que deben probarse y cuáles no requieren demostración. Pero cuando el intérprete ha fijado con la mayor exactitud posible los puntos que quedan dentro de la actividad probatoria y los que quedan fuera de ella, encuentra a su paso una regla de carácter general cuyo sentido requiere una nueva apreciación.

El precepto complementario en materia objeto de la prueba es el de que, si bien solo requieren demostración los hechos controvertidos y no se admitirá prueba, en ningún caso, sobre los hechos que no son objeto de la prueba, las que no pertenezcan al proceso serán rechazadas por in procedentes o inadmisibles según el caso, al dictarse sentencia". (2)

En nuestro Código de Procedimientos Civiles, en el Capítulo IV de las pruebas, que se refiere a las pruebas en general y su término, no existe disposición alguna que trate sobre que es precedente e improcedente de las pruebas y únicamente en el artículo 240 Pr., dá cierta orientación para considerarlas pertinentes así:

(1) Devis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil, pág. 73.

(2) Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición (póstum) págs. 236 y 237.

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.

Para abordar el estudio de este artículo, es necesario anticipar una cuestión de léxico.

"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 economía procesal y al de cumplida justicia". (1)

Y alguien ha dicho que la procedencia "es el medio escogido por las partes y que esté autorizado, es decir, no prohibido por la ley en forma expresa o tácito, sea porque se encuentre en los enumerados taxativos o porque el Juez lo considere lícito cuando goce de libertad para juzgar, después de examinar si no es inmoral o no viole derechos tutelados por la ley. Cuando un medio probatorio no llene este requisito debe calificarse de improcedente".

El problema que se plantea con relación a la prueba que no corresponde al debate, en que el Juez debe examinar la procedencia o improcedencia de aquélla. Puede ser desechada desde el momento mismo de su producción o, por el contrario, debe ser admitida, sin perjuicio de no apreciar su eficacia, sino en el momento de pronunciar la sentencia?

La importancia de la solución que se adopte, radica en que ambas fórmulas entrañan peligros de verdadera consideración dentro del desenvolvimiento del juicio. De elegirse la primera de ambas soluciones, creando la posibilidad de que el Juez rechace de plano la prueba que considere innecesaria, se crea el grave riesgo del preguzamiento; el Juez, guiándose por impresiones superficiales, sin un conocimiento real y profundo del asunto, privaría a una de las partes de demostrar la exactitud de sus afirmaciones.

(1) Tesis doctoral de Roberto Rivas Orsellana. El Objeto y la Carga de la Prueba en el Proceso Civil, pág. 77.

Más de una vez, la jurisprudencia ha rechazado esta solución contraria, se consagra la posibilidad de que los litigantes aporten al juicio un cúmulo de pruebas inapropiadas, innecesarias y hasta a veces ofensivas del derecho adversario o de la propia autoridad de la justicia; se adjudicaría, así, al Juez dentro de esta etapa del juicio, un papel pasivo o inerte, impropia de su función, pero en cambio se pronuncia en favor de la procedencia o improcedencia, cuando el punto sea dudoso, se puede y se debe volver a examinar aquel requisito, para que después en su momento oportuno negarle todo el valor en el supuesto que faltare.

Conceptualmente la procedencia se refiere a la aptitud legal de las pruebas en relación con el hecho a probar, mientras que la pertinencia es lo que se hace al cargo o viene a propósito; y así se admite por el Juez un interrogatorio, en cuanto es pertinente, esto es, solo con respecto a las preguntas que vienen a propósito por ser útiles a las partes que las presentan (1).

Por otra parte, de acuerdo al artículo 542 Pr. que dice: "Durante el término probatorio las partes aducirán las pruebas que sean admisibles en la forma prevenida en el Título IV, Capítulo 4o. Libro 1o".

O sea que el expresado artículo habla de pruebas admisibles, que parece que sean consideradas como tales deben estar dentro de la tabla que la Ley ha establecido y no se puede salir de ellas. Pero de estas pruebas que son admisibles en general, hay aquello que se llama pertinencia y lo que se llama impertinencia.

El doctor Napoleón Rodríguez Ruíz expresa: "en la admisibilidad de las pruebas tenemos que distinguir la pertinencia e impertinencia de las mismas en la forma siguiente: quién califica esto? quién califica la admisibilidad y quien califica la pertinencia de las pruebas? Podrá el Juez observar una actitud pasiva y recibir de las partes las pruebas que ellos ofrecen en tanto que se vierten dentro de las etapas procesales marcadas por la ley?

(1) Escribano. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, pág. 559.

Es decir, todas aquellas pruebas que deban vertirse en el término probatorio, tendré que admitirlas el Juez cualquiera que ellas sean, aunque no sean pertinentes y observar una actitud pasiva y calificar en la sentencia las pertinencias o impertinencias de la prueba. O al contrario, podrá el Juez desde un principio calificar la pertinencia de la prueba y declarar sin lugar la admisión o la producción, mejor dicho, de aquella prueba que a su juicio no sea pertinente? por ejemplo, en un juicio de divorcio se presenta un pliego de posiciones para probar una causal que no se ha invocado, admitirá el Juez esas posiciones en el juicio de divorcio? es decir que con una actitud pasiva receptora simplemente, recibe él la prueba a pesar de que la prueba sabe bien que es inadmisible.

Esta es una cuestión que ha sido resuelta en forma diferente por los Tribunales. Algunas opiniones dicen, que como la ley habla en este artículo de prueba admisible, indican o interpretan que es la parte interesada la que tiene que servir de Juez para ver que pruebas a su juicio fundamentan su acción y que pruebas no alimentan su acción; es decir que depende exclusivamente de ellas escoger la clase de pruebas de las cuales a su juicio va a probar la acción intentada o la materia discutida.

La otra tesis sostiene, que el Juez, a pesar de lo que se ha sostenido aquí, es un simple espectador en el proceso y que únicamente se limitará a admitir las peticiones de las partes y velar porque todo se haga conforme lo ordenado en la ley; sin embargo, tiene la facultad de calificar cuál prueba es pertinente y cuál no. Algunos dicen que atribuirle esta facultad es colocar al Juez en una situación de prejuzgar, porque va a resolver sobre la pertinencia de las pruebas, el valor de aquélla la cualidad de la misma dentro de la materia que se va a litigar; por lo que no se puede colocar al Juez en esa actitud de juzgamiento; pero a pesar de todas esas razones que se invocan en favor de la tesis de la no facultad, creo y sostengo que el juez tiene facultades de calificar la pertinencia de las pruebas.

De ahí que en realidad aunque es cierto que el juez en el proceso es un mero espectador, también es verdad que él debe dirigir el proceso y aplicar la ley en todos aquellos casos en que vea que ella está siendo tergiversada o violada; pongamos el caso típico y apurado de las posiciones en el juicio de divorcio, caso en que se ve la impertinencia de tal prueba en forma indiscutible. En el expresado caso de las posiciones en el juicio de divorcio, es obvio que él nos puede servir de ejemplo clásico para examinar si el Juez tiene o no facultades de calificar la pertinencia o impertinencia de las pruebas. Indudablemente, si el Juez las admite estaría violando la ley, porque las posiciones son inadmisibles en el juicio de divorcio, es una inadmisibilidad particular, concreta, determinada a un juicio específico.

El Juez debe llevar el control y dirección del juicio, al ir calificando la pertinencia o impertinencia de las pruebas, y siendo ello así nosotros nos quedaríamos con la tesis general de que el Juez debe contar con esas facultades, porque de ahí depende la organización del proceso y que debe rechazar toda aquella prueba que sea impertinente, aunque sea admisible de conformidad con la escala general de las pruebas". (1)

g) Facultades del Juez en materia probatoria

Las facultades oficiosas del Juez en relación con la actividad probatoria son de dos clases: primero, la facultad que tiene de decretar pruebas de oficio bajo ciertas circunstancias, así, cuando ordenen la inspección personal en todos los casos sea útil para el esclarecimiento de los hechos y segundo: ciertas facultades, que se confieren al Juez, para que en el momento oportuno las ejercite, generalmente después de concluido el término probatorio y con miras al pronunciamiento de una mejor sentencia; me estoy refiriendo a las medidas para mejor proveer.

Estas las ejercita el Juez por sí y para dictar una sentencia justa. Esta facultad es de naturaleza privativa de los jueces, quedando éstas

(1) De las clases impartidas por el Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz, tomada de la versión magnetofónica del entonces Br. Roberto Antonio Mendoza, en octubre de 1967.

a su iniciativa y prudente arbitrio dentro de ciertos límites y tienen por objeto obtener mayor información para el Juez, sin suplir la omisión, negligencia o mala fé de las partes y en cuanto al contenido de dichas medidas para mejor proveer, debemos decir, que son exclusivamente de carácter probatorio y a veces complemento de la prueba producida por las partes que es a criterio del Juez insuficiente para dictar un fallo justo, aunque no debemos olvidar, que el Juez tiene en todo caso la obligación de sentenciar.

Esas medidas para mejor proveer que el Juez está facultado a dictar y que se derivan del poder de administrar justicia, tienden a completar su material de conocimientos y a verificar en definitiva algunas de las afirmaciones de las partes, sobre las cuales existe alguna duda en el ánimo del Juzgador.

A continuación señalaremos algunos casos en que se faculta al Juez el procedimiento probatorio de oficio:

1) Repreguntar a los testigos en aquellos puntos que le parezcan obscuras o de dudosa inteligencia o llamarlos posteriormente para que ilustren su declaración en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia; Art. 316 del Código de Procedimientos Civiles.

2) Acordar la inspección personal, de oficio para ilustrar su criterio; Art. 368 Pr.

3) Examinar por medio de intérpretes al testigo que ignora el castellano; Arts. 325 y 326 Pr.

4) Llamar a un tercer perito, cuando hubiere discordia entre los que conocieren y adoptar la opinión que más justa le pareciere, sino estuvieren de acuerdo, con el artículo 347 inc. 2a. Pr.

5) Acordar la prueba pericial cuando a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad, y en cualquier estado de la causa antes de la sentencia; Art. 364 Pr.

6) Realizar la inspección personal en todos los casos sea útil para el esclarecimiento de los hechos, la ley faculta al Juez para realizar dicha diligencia, de acuerdo con el artículo 366 Pr.

7) Practicar la inspección y si existiere por su naturaleza conocimientos técnicos, se practicará ella con acompañamiento de peritos; Art. 367 Pr.

8) Pedir explicaciones en las contestaciones que se dan las posiciones; Art. 383 Pr.

Estos son los principales ejemplos de iniciativa probatoria en que el Juez de lo Civil actúa de oficio, y en el próximo capítulo expondremos en forma más detallada los demás casos contenidos en el Código de Procedimientos Civiles y los ya expuestos, con más amplitud y mejor analizados.

CAPITULO III

INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL

Para poder entrar en el estudio de la iniciativa probatoria del juez civil, delimitaremos el tema, precisando que es lo que queda comprendido en la expresión de nuestro estudio.

Es cierto que iniciativa, idiomáticamente, en su sentido etimológico, viene de inicio, que quiere decir comienzo; y por ese sentido que da a la palabra el Diccionario podría creerse que nuestra tesis trata de la "acción de adelantarse a los demás en hablar u obrar". Pero no es ese sentido que ciertamente aquí nos interesa, sino aquel otro que se expresa diciendo: "Derecho de hacer una propuesta" y "acta de ejercerlo". Lo que esta tesis quiere estudiar es el ejercicio del derecho, o facultad del juez para aportar o traer pruebas al proceso. El juez, sabemos ya, es el funcionario que por mandato del Estado aplica la ley en el proceso.

La regla general es que la iniciativa probatoria, la facultad de proponer y presentar Pruebas corresponde a las partes; pero la regla tiene excepciones. El juez puede, en ciertos casos, por su propia iniciativa, sin que se lo pidan las partes, de oficio, aportar pruebas al proceso.

Se hace necesario establecer el carácter de la iniciativa del juez, determinar los casos en que puede tener iniciativa y hacer un análisis crítico de las facultades del juez en ese sentido a la luz de las teorías modernas.

La verdad es que estamos ante un tema de verdadera importancia: no se trata de un simple problema terminológico. Carnelutti lo planteó con claridad y, con utilidad extraordinaria: "Mientras tanto, y hasta no se proponga una terminología mejor, llamo por mi cuenta, medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar; y fuente de prueba al hecho del cual se sirva para deducir la propia verdad". (1)

a) La Doctrina Clásica:

La doctrina clásica que ha prevalecido durante mucho tiempo es la que las pruebas legales o sistema legal de pruebas, que tiene su raíz en

(1) La prova civile, seconda edizione, Edizioni del Ateneo, Roma, 1947, n. 16 pág. 83. En la traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Arayú, Bs. As. 1955, véase pág. 70.

el proceso de la Revolución Francesa.

El absolutismo monárquico concentraba en el jefe de Estado las tres funciones principales o potestades del Estado: la de dictar la Ley, o sea la potestad legislativa; la de aplicarla al caso concreto, o sea la potestad judicial; y la de dar efectivo cumplimiento a la norma jurídica de carácter general o particular emanada de la Ley o de la sentencia, o sea, la potestad ejecutiva. Consecuentemente al sistema monárquico absoluto, en el derecho procesal regía el principio del arbitrio judicial. Este principio chocaba, principalmente en el proceso penal, con las garantías o derechos individuales que después se consignaron en las Constituciones, como consecuencia del movimiento de la Revolución Francesa, que les dió origen.

El absolutismo suponía pues, el arbitrio judicial, la vida, honra, y la libertad de los hombres dependía del criterio o capricho de los gobernantes. Estos dictaban auto de prisión o de condena, sin más fundamento que su propio criterio basado en situaciones personales, de odio, simpatía, intereses económicos o intereses políticos.

El sistema del arbitrio judicial fue sustituido por el sistema de las pruebas legales. Este sistema supone la supresión del arbitrio judicial, la determinación de los medios probatorios, la valoración de éstos y el establecimiento de una escala probatoria que señala la preferencia de las pruebas. En el sistema de las pruebas legales están determinados y valorados los medios de convicción que pueden servir al juez para adquirir la llamada certeza judicial.

Dentro de este sistema cabe la denominación de prueba plena y semiplena. Si bien el sistema de las pruebas legales corresponde a la teoría clásica como reacción contra el arbitrio judicial, tanto en el proceso penal, como en el proceso civil dentro de esta doctrina, la labor o campo de acción señalado al juez es diferente en uno u otro tipo de proceso. Las diferencias son evidentes.

Se consideró que había una separación profunda entre el proceso penal y el proceso civil, nacida de la naturaleza del interés en juego en uno y otro proceso. Se consideró que en el proceso penal existía un interés particular y además un interés colectivo o de carácter general

y por lo que se estimó que el derecho penal pertenece al derecho público, porque de la lesión a la norma penal, surgen dos ofendidos, el particular en quien recae el mal o daño proveniente del delito y el Estado que, como representante de la sociedad, es siempre ofendido en la violación de la norma jurídica de naturaleza penal.

De la existencia de este doble carácter en el Estado, de ser el encargado de la función punitiva y a la vez ofendido, surge el sistema moderno en el derecho procesal penal que supera los extremos del procedimiento inquisitivo y el procedimiento acusatorio, dando amplia iniciativa en el proceso penal, pero a la vez estableciendo una serie de garantías como la "nulla pena sine lege" y la necesidad de cierta prueba para privar de la libertad al reo, compaginando así el interés privado con el colectivo.

En el proceso civil no ocurrió lo mismo, pues se consideró que no era éste de interés general, sino de interés meramente particular y con este criterio se consideró en el juicio, con antecedentes en el derecho romano, el predominio de la voluntad de las partes y el resto de la libre disponibilidad de sus derechos. Basándose en que los asuntos civiles interesan nada más que a las partes porque están regidas por normas de derecho privado, se constituyó el proceso civil, casi como un negocio o contrato de las partes, dejando al juez con escasa iniciativa para comprobar la auténtica realidad de los hechos. El juicio civil, puede compararse, como dijo alguien, a un combate, que contempla impasible e indiferente, hasta cierto punto, el juez; en el cual el retador, es el demandante, el retado el demandado y las armas son las pruebas, y el papel del juez, está limitado a presenciar ese duelo o pugilato para reconocer al final al vencedor, para declararlo así. Con el criterio individualista emanado de la Revolución Francesa, el juez era casi impotente ante las partes y poco podía hacer terciando para descubrir la verdad auténtica y dictar un fallo sujeto no sólo a verdad objetiva emanado de las normas legales, sino a la verdad objetiva emanada de la verdad de los hechos. Así que la característica del sistema clásico en materia civil era la del sistema de las pruebas legales y el de la casi nula actividad del juez para buscar la verdad.

Este sistema tan rígido en un principio fue sufriendo modificaciones, así, primero concediendo cierto criterio discrecional para la valoración de la prueba y segundo, permitiendo cierta iniciativa para el recogimiento de las pruebas.

La Tendencia en nuestro Derecho Positivo.

Nuestro Derecho Positivo sigue la doctrina clásica, tanto en cuanto al sistema de las pruebas legales, como al de la libre disponibilidad de las partes para la dirección y decisión del proceso. Sin embargo, nuestro Derecho Positivo no sigue estos principios de modo absoluto y lo cierto es que el juez en lo civil tiene cierta libertad o arbitrio para aportar y apreciar las pruebas, como sucede al ordenar un peritaje que considere necesario y la calificación de la prueba testimonial, respectivamente. Que no se decide simplemente por el número de los testigos, como sucede con las presunciones judiciales, que quedan al criterio del juez y como sucede con el dictamen pericial, dictado cuando el juez nombra peritos, al practicar la inspección personal. También el principio de la libre disponibilidad de las partes ha dejado de ser absoluto cuando se ha limitado el valor de la confesión y del juramento decisorio de los asuntos del estado civil. El principio de la no iniciativa del juez en materia civil tampoco es absoluto en nuestra legislación, y es así como nuestra legislación otorga iniciativa procesal al juez, como podrá verse después concretamente, cuando analicemos la función del juez en los distintos medios probatorios.

b) La Doctrina Moderna en el Derecho Procesal Contemporáneo.

La doctrina en el Derecho Procesal Contemporáneo tiene su raíz en la cada vez más difusa distinción entre Derecho Público y Derecho Privado y en la idea de que todo Derecho es de carácter público, porque en toda norma jurídica hay un interés colectivo del que es representante el Estado y lo vuelve a éste sujeto de la relación jurídica o interesado en la solución de cualquier conflicto jurídico. Con estas ideas como antecedentes, la nueva teoría dentro del Derecho Procesal propugna por dar mayor iniciativa al juez en el proceso civil y ampliar su

arbitrio judicial. Se ha combatido la idea de que el proceso civil es una pugna entre partes con intereses propios que tienen capacidad dispositiva y en la cual, el juez no pasa de ser un espectador y un historiador.

Podemos decir que la posición moderada dentro de la doctrina moderna propugna simplemente por una mayor iniciativa al juez y mayor arbitrio judicial. Pero se ha ido mucho más lejos. Se sostiene que si bien los particulares pueden conservar el poder de disponer contractualmente de sus bienes, no pueden tener poder de disposición procesal, partiendo de que el principio de disponibilidad en el proceso se vuelve peligroso para la parte débil y pone en peligro la potestad jurisdiccional del Estado, porque éste, en muchos casos, no falla sobre los hechos ciertos, sino sobre los hechos propuestos y sobre los hechos probados. Lo cual, va, dicen contra la dignidad del Estado. Con base en estos razonamientos, repetimos, la doctrina moderna ha ido mucho más allá de la simple ampliación de la iniciativa probatoria del juez de lo civil y facultad discrecional del juez y ha llegado a toda una tesis radical como la sostiene Baubach, citado por Piero Calamandrei, (1) y según la cual debe suprimirse el derecho de acción, convirtiéndose éste en una simple petición de decisión judicial; el tribunal debe ordenar en todo caso de oficio la intervención de terceros; la cosa juzgada solo debe valer entre las partes; la sentencia puede ir más allá de las pretensiones formuladas en la litis contestatio; no habrá cosa juzgada nunca en los juicios pronunciados en contumacia; ni debe tener valor alguno para el juez la alegación y comprobación de una pretensión notoriamente injusta; nadie debe alegar o confesar hechos no ciertos y el silencio nunca debe ser tenido como confesión, por último dentro de esta tesis, se limitan enormemente los recursos de impugnación, partiendo de la máxima de que la omnipotencia del juez sería máxima garantía de acierto.

Como puede verse. esta tesis lleva en el fondo la destrucción del proceso civil y un total desconocimiento de los derechos individuales. Es así, como Calamandrei, dice que toda ella va más allá de las exigencias del Estado autoritario y representaría la abolición del Estado de Derecho y aun la abolición del Derecho mismo, en cuanto representa garantía de

(1) Piero Calamandrei. Proceso Civil, pág. 344.

certeza e igualdad, conquista que no puede suprimirse a la par la civilización.

Estas son las palabras de Piero Calamandrei: "Absorción de la justicia en la administración, poder discrecional en lugar de observancia de la norma preconstituida, acomodamiento equitativo del caso singular en lugar de la ley igual para todos los casos semejantes; todos éstos no son más que postulados accesorios de una vasta corriente doctrinaria que va a chocar contra el concepto mismo de derecho subjetivo, y trata de corroerlo hasta hacerlo hundirse". (1)

Es indiscutible que el establecer en el proceso civil, límites a la actividad del juez, señalados por la actividad de las partes, como lo dice el mencionado autor, presupone la existencia de derechos subjetivos individuales, en tutela de los cuales, el derecho aparece como instrumento de garantía y realización.

c) Ventajas y Peligros de la Iniciativa Probatoria del Juez.

Se ha dicho que el proceso civil reglamentado con criterio individualista, vuelve al juez impotente para terciar en alguna forma en favor del más débil y enderezar desigualdades. Es cierto que con la limitada iniciativa del juez hay riesgo de que la parte debil sea vencida por la más fuerte, aunque a ésta no le asista la justicia, pero esa consideración no debe partirse para dar al juez amplia iniciativa, porque esto sería convertir los derechos subjetivos en meros intereses, que solo serían protegidos cuando coincidieran ocasionalmente con el concepto de interés público prevaleciente en el juzgador.

Por otra parte, la desventaja apuntada, puede muy bien suplirse a través del fortalecimiento del Ministerio Público para proteger a la parte debil por cualquier motivo en la relación procesal. Esto podría lograrse dando mayor esfera de acción al Ministerio Público para salvaguardar los derechos de las personas que lo solicitaren o dándole intervención a solicitud del juez de la causa.

No es cierto, pues, que para el derecho de igualdad no sea teóri-

(1) Piero Calamandrei. Estudios sobre el Proceso Civil, pág. 347.

co, es indispensable que el Estado provea a través del juez, los medios conducentes para que esas desigualdades se eliminen, pues permitiendo al juez el uso irrestricto de esos medios, puede llegarse a un arbitrio judicial que vuelva nugatorio el mismo derecho de igualdad que se pretende salvaguardar y puede llegarse también a alterarse el derecho de seguridad procesal.

Se dice que la prohibición de que el juez aplique su criterio con libertad no le permite encontrar la auténtica verdad, sino la que prefabrican las partes, a través de una tarifa legal preestablecida. Pero lo cierto es que si se va a otorgar el arbitrio judicial irrestricto a los jueces, el derecho en cuanto significa garantía y seguridad -condición esencial de la norma jurídica- desaparece.

Se ha dicho que nuestros jueces han alcanzado la mayoría de edad y podrían resolver con absoluta imparcialidad y suficiente sabiduría a las contiendas civiles, pero esto no pasa de ser una simple afirmación. Es indiscutible, que en nuestro medio existen jueces que actúan con verdadera imparcialidad y resuelven los casos que tramitan con criterio objetivamente jurídico, alejado de intereses políticos y económicos, que claro está, no son los de la justicia. Pero esto no puede considerarse como una situación general.

Con lo anterior, dejamos expuesto nuestro criterio de que son ma yores las desventajas que los beneficios, al otorgar al juez facultades de iniciativa probatoria y de arbitrio judicial. Sin embargo, consideramos que es posible, haciendo un estudio minucioso de la naturaleza de los juicios y de las facultades concedidas al juez, ampliar un poco éstas, sin suprimir el principio de disponibilidad de las partes en el juicio y sin menoscabo de las garantías procesales, que son en el fondo garantía individuales o reconocimientos de los derechos subjetivos.

d) El Juez y los distintos medios de prueba en nuestra legislación.

"Los medios de prueba son los adecuados para provocar y producir en el ánimo del juzgador el convencimiento de un hecho dado con los determinados por la Ley y no otros". (1) De tal suerte que la ley sería violada

(1) Véase el Art. 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

si el juez fundara su convencimiento en medios de prueba que la misma no reconoce como tales.

Se debe tener presente una doble razón, el interés público por una parte y el interés privado de otra que ha influido en el legislador para fijar los medios de prueba y no dejar esto al arbitrio judicial o de las partes que intervienen en un proceso. Es de público interés que los derechos de cada ciudadano sean ciertos y sin esta certeza no se puede demostrar su existencia. Ocurre así, cuando todos sabemos si un medio de prueba dado está reconocido como tal y cual es la eficacia que se le atribuye.

"La determinación de los medios de prueba hecha por la ley implica que ningún otro medio puede ser admitido por el juez, que aquellos que la ley fija. De ahí también, que aunque le conste al juez el hecho de la contienda, y esté convencido por otros medios de la existencia del mismo, no puede suplir, con esta convicción, el defecto de los medios probatorios. (1)

El Art. 253 Pr. nos enumera cuales son los medios probatorios en nuestra legislación: "Las pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relaciones de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o la confesión contraria y con las presunciones".

1) Prueba Instrumental.

En lo relativo a la prueba instrumental, nuestro Código de Procedimientos Civiles, concede iniciativa probatoria al juez en los siguientes casos:

Confrontación de escrituras con el protocolo.

El caso está contemplado en el artículo 256 que en lo pertinente dice: "Caso que, a petición de partes o de oficio, el juez juzgue necesario confrontar el protocolo o libro de transcripciones con la escritura que se presenta de prueba, el juez con su secretario y con señalamiento de lugar, día y hora, pasará al oficio del cartulario a confrontarla, poniendo escrupulosamente el resultado de la confrontación".

(1) Tratado de las Pruebas de Francisco Ricci, pág. 14

Este artículo está redactado de conformidad con las disposiciones vigentes de entonces sobre el notariado. Esas disposiciones obligaban a los notarios a llevar tanto protocolo como libro de transcripciones y ambos libros quedaban en poder del notario. Actualmente no hay libro de transcripciones y el protocolo es entregado al notario, con un tiempo de vigencia determinado, al cabo del cual debe entregarlo a la Corte Suprema de Justicia. De manera que el protocolo está en poder del notario o en poder de la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, el artículo que comentamos, debiera ser reformado en primer lugar, a fin de referirse sólo al protocolo, y, por otra parte, comprender las dos eventualidades: la de que el protocolo está en poder de la Corte Suprema de Justicia y la de que esté en manos del notario, para hacer la confrontación.

La actual Ley de Notariado exige que los notarios antes de remitir el protocolo libren testimonios a la Corte Suprema de Justicia en el plazo de quince días de otorgada la escritura, así que debiera contemplarse en la reforma de artículo que la confrontación se hiciera, en el caso de pérdida del protocolo, con el testimonio que obra en poder de la Corte.

Traducción de documentos otorgados en país extranjero.

El artículo 261 Pr. regula la fe que proviene de instrumentos públicos procedentes de país extranjero. Al respecto los incisos tercero y cuarto del Art. 261 Pr. dicen: "Si los instrumentos a que se refiere el presente artículo estuvieron escritos en idioma extranjero, vertidos que sean al castellano por intérprete nombrado por el juez competente, no hay necesidad de nueva versión para que obren en los demás tribunales de justicia, u otras oficinas gubernativas, y tampoco habrá necesidad de esta versión cuando los instrumentos hayan sido ya traducidos de acuerdo con la ley del país de donde proceden y la traducción esté debidamente autenticada.

Siempre que el juez o tribunal, o el jefe de la oficina gubernativa donde el instrumento o instrumentos vertidos en el extranjero, fueren presentados, creyeren conveniente una nueva versión, podrán de ofi-

cio acordarla, como también en el caso de solicitarlo persona interesada en ello; y esa nueva versión practicada en forma legal por el juez competente será la única que se tomará en cuenta".

El artículo establece dos maneras de traducción legal de documentos emanados de país extranjero y escritos en idioma que también es extranjero, así, una traducción hecha por peritos intérpretes nombrados por el juez competente a donde se presentó la parte interesada por el solo efecto de la traducción; y otra, la traducción efectuada en país extranjero de conformidad a la ley de ese país y debidamente autenticada. En ambos casos, la ley concede al juez competente para conocer del asunto en el cual se quiere hacer valer el documento, la facultad de ordenar una nueva versión, que en resumen vendría a ser la de fuerza legal.

2) Prueba testimonial.

Los casos en que la ley concede iniciativa al juez en el proceso civil en lo relativo a la prueba testimonial, son los siguientes: Primero, repeler o rechazar los testigos incapaces. El artículo 293 del Código de Procedimientos Civiles dice: "Testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad". En relación a los testigos, el Código establece incapacidades y tachas. Las tachas deben ser propuestas y probadas por las partes, dentro de un término preciso. Las incapacidades pueden ser alegadas por las partes o declaradas por el juez de oficio, una vez que consten en el proceso. El caso está contemplado en el Art. 295 Pr. que dice: "El juez repelerá de oficio a los incapaces de ser testigos, enumerados en el artículo anterior, conocida su incapacidad. Segunda. Ampliación de la declaración de los testigos. La regla general en lo relativo al examen de los testigos en el proceso civil, es la que éstos deben declarar conforme al interrogatorio presentado por la parte interesada y que las partes tienen el derecho de ampliar este interrogatorio sobre puntos pertinentes. Además de este derecho de las partes, nuestra legislación, concede iniciativa personal, para el examen de los testigos, pues el juez puede ampliar la declaración de los testigos haciéndoles cuantas preguntas crea necesario para ilustrar su deposición; el caso está comprendido en el Art. 316 Pr. que dice: " El juez po

drá ya de oficio, y a pedimento de las partes o de una de ellas, hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su deposición en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia.

Llama la atención sobre este artículo que la ley concede el derecho a las partes y al juez para ampliar las declaraciones de los testigos a efecto de ilustrar sus deposiciones, en cualquier estado de la causa antes de la sentencia. Y también llama la atención porque lo que parece lógico es que el derecho de las partes a ampliar la declaración del testigo debe quedar limitado al término probatorio.

3) Prueba pericial.

La prueba pericial es aquella que sirve para explicar al juez la situación o circunstancia de una cosa, cuya totalidad no puede percibir directamente, ya que para percibirla necesita tener conocimientos especiales en una ciencia o arte.

Dada la naturaleza de esta prueba, el juez tiene respecto a ella amplia iniciativa. El juez puede, por su propia iniciativa, acordar la prueba pericial en cualquier causa, siempre que a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad. Puede también, en caso que considere oscura la relación de los peritos que ha nombrado, pedir explicaciones e incluso nombrar otros peritos. Estas regulaciones están contenidas en los artículos 362 y 364 que dicen:

Art. 362.- En caso de estar oscura, a juicio del juez, la relación de los peritos, se podrá exigir explicaciones de oficio, o a petición de partes, a nombrar otros.

Art. 364.- El juez puede oficio acordar la prueba pericial en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad".

También el juez procede de oficio, en los artículos 346 y 347 ordinal segundo.

Art. 346.- Cuando haya lugar a los informes de peritos, el juez designará claramente el objeto sobre que han de recaer, ya sea de oficio, y a petición de parte.

Art. 347 ordinal 2o.- En el caso de discordia, el juez nombrará un tercero, y si éste no estuviere conforme con alguno de los discordantes, el juez, teniendo a la vista las tres opiniones, adoptará la opinión que respecto de cada punto que sea objeto de la operación consigne uno de los tres peritos que esté en el término medio de los tres discordantes y declarará que la opinión de este perito, tal como la consigne en su dictamen, es la justa y a la que deben estarse para los efectos legales.

4) Prueba inspección del juez.

Por medio de la prueba inspeccional personal del juez consta la existencia de prueba material en el juicio. Es el medio directo de constatar la existencia o circunstancia de una cosa; como al recibirse la prueba material por la percepción directa del juez pudiera presentarse las cosas de que el juez por sus propios conocimientos sea capaz de conocer la naturaleza y circunstancia objeto de la inspección; o de que para conocer adecuadamente esa naturaleza o circunstancia fuere necesario tener conocimientos especiales en alguna ciencia o arte. Así como el juez tiene la facultad de ordenar la práctica de la prueba pericial, puede adjuntar ésta a la inspección personal, nombrando peritos que lo acompañen, por tal motivo el artículo 367 Pr. dispone: "Si el objeto de la inspección exigiere por su naturaleza conocimientos especiales en alguna ciencia o arte, el juez nombrará peritos que le acompañen".

En el caso de que el juez nombre peritos que le acompañen para practicar la inspección, nuestro Código da en última preferencia a la que el juez aprecia por sus propios sentidos, en relación a la apreciación de los peritos; o sea que no debe apreciar al dictamen de éstos, cuando es contrario a lo que él mismo percibió por sus sentidos. La inspección practicada con o sin peritos hacen plena prueba. Estos últimos principios están consignados en el artículo 370 Pr. que dice: "La inspección personal hará prueba plena, ya se haya practicado por el juez solo, o acompañado de peritos. En este segundo caso el juez no debe apreciar el dictamen de los peritos contrario a lo que él mismo percibió por sus sentidos. Siempre que se determine una línea de inspección, se fijarán señales seguras

o mojones provisionales, para que si dicha línea se adopta en sentencia, no haya después duda sobre ella, ni necesidad de agrimensor para fijarla".

5) De la prueba por confesión.

La confesión en materia civil es la declaración que hace una persona en juicio reconociendo hechos jurídicos, de consecuencia adversa para ello o reconociendo el derecho ajeno. La confesión puede ser espontáneamente presentada por la parte en el juicio mediante escritos dirigidos al juez o provocada mediante interrogatorios presentados por la parte en lo que se llama pliego de posiciones. Presentar ese interrogatorio es pedir posiciones y contestar bajo juramento el interrogatorio se llama absorber posiciones.

La prueba de confesión tiene su fundamento en la libre disponibilidad de cada parte y que en ningún caso puede ser provocada por el juez. En esta clase de prueba el juez carece de toda iniciativa en aportarla en juicio, pues ésta como ya dijimos, o es vertida espontáneamente ante el juez por medio de escritos o es provocada por una de las partes en el juicio.

El juez está obligado además, cuando se presenta el pliego de posiciones a respetar el contenido de este pliego, y no puede hacer repreguntas sobre otros hechos distintos contenidos en el pliego del mismo. La iniciativa única que tiene el juez en materia de confesión, es la de pedir explicaciones sobre las respuestas dadas, las cuales deben ser categóricamente afirmativas o negativas. El juez solo puede interrogar de oficio a la parte que confiesa, pidiendo explicaciones sobre las respuestas ya dadas y estas disposiciones son los artículos 383 y 388 Pr.

Art. 383.- Las contestaciones deberán ser categóricamente afirmativas o negativas, pudiendo agregar el que las dé, las explicaciones que estime convenientes o las que el juez le pida.

Art. 388.- La parte responderá en persona sin leer ningún apunte, a los hechos contenidos en la petición o interrogatorio, y aun a aquellos sobre los cuales el juez le interrogare de oficio. Las respuestas serán precisas y pertinentes sobre cada hecho y sin ningún término calumniantes ni injuriosos.

6) De la prueba por juramento.

Esta es de dos clases: el decisorio, es el que una parte defiere a la otra haciendo depender de él la decisión del juicio; y el estimatorio, el que se vierte sobre el valor o estimación de la cosa sobre que se demanda. El primero configura una prueba que sólo depende de las partes, solo ellas pueden pedirla puesta esta prueba tiene su fundamento en la libre disponibilidad de las partes sobre los hechos discutidos en el juicio y va más allá de la confesión, pues no se reconocen como se hace por medio de la confesión hechos concretos, sino que por medio de ese juramento se decide totalmente la causa. Así como el juez no tiene iniciativa alguna, para provocar la confesión, así tampoco la tiene para provocar el juramento.

El juramento estimatorio tiene otro fundamento. En algunos casos se logra establecer plenamente la existencia de una obligación, pero es imposible vertir prueba sobre el valor real de la cosa que se demanda sobre la estimación de los perjuicios sufridos o daños padecidos. Falta para que el juez resuelva adecuadamente, no prueba sobre la obligación sino sobre el monto de lo demandado.

En estos casos, la ley concede al juez la facultad (si solo a él se refiere) al deferir al actor el juramento estimatorio cuando hay falta absoluta de prueba o insuficiencia de ella sobre la estimación real de la cosa, o sobre el daño padecido o de los perjuicios ocasionados; - con tal que esté plenamente probada la existencia de la obligación, el juez defiere el juramento al actor; el actor presta el juramento señalando el valor de la cosa, daño o perjuicios demandados. Prestado el juramento, el juez corre traslado a la parte contraria para que haga las observaciones que considere conveniente. Después de tomada en cuenta las observaciones, el juez falla equitativamente, señalando el monto de la condena.

Esta es una prueba en la que tiene plena iniciativa el juez y la iniciativa de éste no solo se reduce a provocar el juramento, sino que también a la evaluación de la prueba, pues como ya vimos aprecia el valor de lo demandado, según el criterio de equidad.

Los artículos pertinentes que regulan esta situación, son los 392, 402, 403 y 404 Pr.

Art. 392.- El juramento judicial es de dos especies:

1a. El que una parte defiere a la otra haciendo depender de él la decisión de la causa, y se llama decisorio;

2a. El que el juez exige de la parte sobre el valor o estimación de la cosa que demanda para determinar la cantidad en que ha de condenar al reo, y se llama estimatorio.

Art. 402.- El juramento estimatorio se defiere por el juez sólo al actor por falta absoluta de prueba o insuficiencia de ella sobre la estimación real de la cosa, o sobre el daño padecido o de los perjuicios ocasionados; con tal que por otra parte esté plenamente justificada la existencia de la obligación. C. 438.

Art. 403.- Prestado el juramento estimatorio, el juez correrá traslado por tercero día a la parte contraria para que haga las observaciones que crea justas, y en la sentencia se apreciará el valor que equitativamente deba dársele.

Art. 404.- Cuando el juez defiere el juramento estimatorio al actor, no puede éste exigirlo de la otra parte.

7) De la prueba por presunción.

La presunción es una consecuencia que la ley o el juez deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas para averiguar o tener por establecido un hecho desconocido.

Las presunciones se dividen en legales y judiciales. Las legales no admiten prueba en contrario, se les llama presunciones de derecho, como la contenida en el artículo 74 C. No es cierto decir que el que invoca una presunción no tiene nada que probar, porque es preciso que acredite que se halla en el estado de hacerlo; por el caso quien invoca el expresado artículo 74 C., según el cual, el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, debe probar dos puntos, a saber, el matrimonio y según los cálculos de la ley sobre la gestación, una fecha de nacimiento, que no coloque la concepción antes de haberse contraído el matrimonio

o después de su disolución. Efectuada esta prueba, se acredita la legitimidad del hijo.

"En una palabra, no hay que justificar la exactitud de la presunción legal, sino probar previamente los hechos a que se refiere". (1)

Las presunciones judiciales, son las que el juez establece teniendo por cierto un hecho desconocido con base en hechos que le han sido plenamente probados en el juicio y la ley no rechaza expresamente la prueba en contrario, ésta debe admitirse. La prueba de presunción es una prueba indirecta, de deducción y en ello impera la regla del silogismo. En el juicio civil podemos decir que el juez no tiene iniciativa para tener por establecidas las presunciones judiciales, porque como éstas se basan en hechos plenamente probados en el juicio y la prueba de esos hechos corresponde únicamente a la iniciativa de las partes. Lo que sí se observa en la prueba de presunciones es una cierta libertad dada al juez para la apreciación de las mismas, ya que esto, como dice el Art. 409 Pr., se dejan a las luces y prudencia del juez. Es cierto también que no es irrestricto que se deje a las luces del juez, pues hay unas regulaciones que lo constriñen en cierta forma, como la calificación de presunciones graves, precisas y concordantes. Las disposiciones pertinentes son Arts. 408 y 409 Pr.

Art. 408.- Presunción es una consecuencia que la ley o el juez deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas para averiguar un hecho desconocido.

Art. 409.- Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan conforme al artículo 45 C. Las judiciales se dejan a las luces y prudencia del juez, quien no deberá admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y en los casos únicamente en que la ley admite la prueba testimonial. De éstas es de las que aquí se trata. Presunción grave es la que se apoya en un hecho conocido que haga muy verosímil el hecho desconocido que se trata de averiguar; precisa, la que sólo se puede aplicar a un hecho y no a varios; y concordantes, cuan

(1) Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal por Eduardo Bonnier, pág. 372.

do siendo varias no se destruyen unas a otras y tienen tal enlace entre sí y con el hecho probado, que no pueden dejar de considerarse como antecedentes o consecuencia de éste.

CAPITULO IV

El Juez y las diligencias para mejor proveer

Nuestro Derecho Procesal Salvadoreño reconoce la iniciativa del Juez Civil en forma restringida.

La estructura del proceso civil en El Salvador, ajusta la intervención del Juez en el proceso al esquema dispositivo, o para ser más precisos, predominantemente dispositivo, lo que significa que se organiza con acatamiento a los principios básicos de ese sistema: principio de la demanda a iniciativa de parte, de congruencia y limitación del fallo a lo alegado y probado.

La vigencia de esos principios significa que en la organización del proceso civil salvadoreño, el Juez ha sido colocado en plano diferente al de las partes, como director del proceso en la recepción de las pruebas solicitadas por ellas. La excepción es la prueba incorporada por iniciativa del Juez de una manera bien restringida, o la posibilidad de que éste decrete la práctica o verificación de alguna o algunas diligencias para mejor proveer y que generalmente se dictan una vez que ha concluido el término probatorio. Las diligencias para mejor proveer no se encuentran en forma expresa en nuestro Código de Procedimientos Civiles y nuestros Jueces usan mucho esa expresión, que hasta cierto punto se ha vuelto consagrada, para complementar una prueba aportada por las partes o por el mismo juez y que resulta diminuta, confusa u oscura y necesita un complemento para mejor sentenciar.

Así se tiene:

a) Que el Juez tiene facultad para llamar al testigo posteriormente para que ilustre su declaración en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia, tal como ordena el Art. 316 Pr.

b) Con relación a la prueba pericial, el Juez tiene facultad para nombrar un tercer perito, cuando hubiese discordia entre los que conocieron, art. 347 Pr.

c) En la expresada prueba pericial y de acuerdo con el Art. 262 Pr. faculta al Juez para exigir explicaciones de oficio a los peritos, cuando la relación esté oscura o dimi-

nuta. También se puede considerar, en sentido amplio, como diligencia para mejor proveer, cuando el Juez ordena de oficio, la recepción de la prueba pericial, en cualquier estado de la causa antes de la sentencia y que contribuya al esclarecimiento de la verdad, según el artículo 364 Pr.

d) Además, en todos los casos en que la inspección personal sea útil o beneficiosa para el esclarecimiento de la verdad de los hechos y la ley le da ese derecho para practicarla, tal como lo estatuye el artículo 366 Pr.; de igual manera para ilustrar su criterio, el Juez puede acordar aquellas de oficio Art. 368 Pr.

e) Cuando la inspección exigiere por la naturaleza de la cosa conocimientos especiales, se practica con acompañamiento de peritos, Art. 367 Pr. Esta diligencia judicial se puede considerar como una medida para mejor proveer, tomando esta acepción en sentido amplio.

Por lo expuesto, en nuestro Código de Procedimientos Civiles con relación a su ingerencia judicial directa en materia probatoria, se puede estimar que las medidas para mejor proveer, son el único medio, expresado esto en términos generales, a través del cual el Juez de oficio puede penetrar en el ámbito de la prueba.

Tomando las "diligencias para mejor proveer" en su acepción restringida, se tiene que son diligencias de instrucción a través de los cuales el Juez aclara sus dudas sobre un punto o varios puntos de la relación o cuando la prueba vertida por las partes o por el mismo Juez resulta diminuta, como hemos dicho anteriormente y así mejor sentenciar.

Así pues, con las disposiciones legales citadas, que son ciertas facultades, que hemos manifestado, es que el Juez puede intervenir más o menos enérgicamente en el curso del proceso. Y hay que tener mucho cuidado al ejercitar dichas facultades, a fin de evitar de que el Juez actúe como tal y como parte interesada, dando paso a los escándalos forenses que podrían ser de proporciones imprevisibles. Y ello en el fondo explicable: el abogado deshonesto tiene su peor enemigo en el Juez que vigilante gobierna el curso de las actuaciones judiciales.

A) Concepto de diligencias para mejor proveer

Estas diligencias pueden definirse como aportaciones de prueba, de carácter complementario con relación a las producidas por las partes o por el mismo Juez, dispuestas discrecionalmente por éste, generalmente antes de pronunciar sentencia. Este es un concepto restrictivo.

Por otra parte, en este estudio seguiré la exposición que el doctor Santiago Sentís Melendo, de Argentina, presentó, sobre la Iniciativa Probatoria del Juez en el Proceso Civil, en la IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal, realizado en Caracas, Venezuela, del 27 de marzo al 3 de abril de 1967.

Las medidas para mejor proveer. Son la manifestación típica, que pareciere única posibilidad probatoria en los Códigos de Corte Clásico; en los modernos no tienen razón de ser. Son varios los aspectos de las medidas para mejor proveer y que se hace necesario señalar.

a) Finalidad. Está expresada en su misma denominación: proveer mejor; pronunciar una mejor sentencia. Por eso los códigos viejos que quieren que el Juez sea un espectador o que, al menos, le dan una posibilidad de serlo, crearon esta válvula de escape, casi la única que pusieron en manos del Juez.

b) Libertad. El Juez es libre de acordarla o no. Jamás se han pedido cuentas a un Juez por no haber acordado unas medidas para mejor proveer; allá él con su conciencia: ha considerado que podía proveer bien con los elementos que existen en los autos; y ninguna disposición existe que le obligue a ejercitar ese poder de aportar otros elementos; en cualquier caso sin sanción alguna.

c) Espontaneidad. El Juez puede o no proceder con espontaneidad. Las medidas para mejor proveer pueden perfectamente hacerse a través de una petición, de acuerdo con el artículo 162 C.P. y si el Juez lo ordenare, se hará con citación de las partes, con base en el artículo 242 Pr. si el Juez estimase que "no ha lugar", dicho auto no admite ningún recurso; el expresado auto es irrecurrible.

d) *Imparcialidad.* Acaso pudieramos deber decir *objetividad*; en el juez parcial, inclinado a favorecer a un *litigante* en perjuicio de otro, no creemos o, por lo menos, no nos interesa. Hablamos de *imparcialidad* o de *objetividad* pensando en el equilibrio de la balanza de la justicia. No contribuir a colocar en el platillo contrario. Para ello, hay que tener en cuenta que la iniciativa del Juez nunca se debe traducir en sustituir a una parte en el cumplimiento de los cargos que le incumben.

e) *Oportunidad.* Las medidas para mejor proveer generalmente el Juez las decreta antes de pronunciarse la sentencia definitiva.

f) Las medidas para mejor proveer son normalmente y hasta esencialmente, de carácter probatorio.

g) *Amplitud.* En el Código de Procedimientos Civiles nuestro no existe en el expresado texto, "Medidas o diligencias para mejor proveer, pero, en cambio, existe una serie de disposiciones legales, como son los casos que hemos analizado en el Capítulo anterior, en que el Juez está facultado para decretar, y en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia, todas las diligencias y medidas que estime conducentes para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos. Todo esto se conoce en la doctrina clásica, como diligencia o medida para mejor proveer, expresión consagrada por nuestros jueces en los procesos que ellos tramitan, pero que no se encuentra expresa en ninguna disposición de nuestro Código de Procedimientos Civiles, como hemos dicho.

h) Dictada una providencia de esa naturaleza, se le debe dar cumplimiento o debe dejarse sin efecto, lo cual para el Juez es tan discrecional como acordarlas. Esas medidas corresponden a la esfera del Juez, no de las partes. Tiene aquí explicación el concepto que ya expusimos, según el cual la carga de la prueba para una de las partes sólo existe donde no hay un deber del otro sujeto del proceso que es el Juez. Si el Juez contempla la imposibilidad de su cumplimiento, deberá hacerlo constar así. Y la medida quedará sin efecto sin que surja ninguna carga para la parte.

B) Naturaleza de las diligencias para mejor proveer.

En nuestro derecho tales diligencias son aportaciones de prueba realizadas de oficio por el Juez. Expresión que debe tomarse en sentido restringido.

Esta naturaleza de medida probatoria, impone a estas diligencias determinados límites, que pueden concretarse así:

1) En la medida en que son pruebas, sólo pueden referirse a hechos controvertidos, afirmados por las partes en sus alegaciones, pues conserva todo su vigor el principio sobre el objeto de la prueba. No pueden referirse, por eso a hechos no alegados por las partes o no controvertidos por éstos. Así, el Juez no podría por medio de estas diligencias, aportar pruebas sobre hechos conocidos por él, pero no alegados por las partes; o sobre hechos admitidos o confesados, o sobre hechos evidentes, o sobre hechos notorios, etc.

2) Aunque se adopten en la misma oportunidad procesal, no son diligencias para mejor proveer los actos no probatorios que el juez puede disponer: traslado a las partes, apertura a pruebas, etc.

C) Alcance de las diligencias para mejor proveer.

Se trata de medidas probatorias de carácter complementario, lo que supone que ha existido una previa actividad probatoria a cargo de las partes o del Juez. El Art. 237 Pr. debe ser armonizado con el Art. 238 Pr. que impone a aquellas la carga de probar sus afirmaciones.

1) Una primera limitación surge del citado Art. 235 Pr. en cuanto permite utilizar aquellos medios probatorios no previstos expresamente, siempre que no se encuentren prohibidos por la ley. Es claro que si la ley prohíbe a las partes utilizar determinada prueba, esta prohibición alcanzará también al juez, ya que no perderá su condición de ilícita por el solo hecho de ser aportada por él.

2) Una segunda limitación surge de aquellas pruebas cuya producción la ley ha reservado, expresa o implícitamente, a la iniciativa exclusiva de las partes. Es lo que ocurre con el juramento decisorio, arts. 397 y 398 Pr. y con la prueba de posiciones, arts. 376, 381 y 382 Pr.

Entiendo, sin embargo, que no se encuentra comprendido dentro de esta limitación el interrogatorio que el juez

pueda formular a las partes, con el fin de comprobar la veracidad de determinado hecho controvertido. Es claro que el juez no puede ordenar posiciones a las partes, ni exigirle que declaren, ni conminarlas a hacerlo. Pero puede interrogarlas y de ese interrogatorio puede resultar una confesión judicial o una presunción contra la parte que se negó a declarar o que lo hizo ambiguamente. Estaríamos en presencia de un auténtico medio de prueba, admisible en cuanto no está prohibido por la ley, arts. 383 y 388 Pr.

3) En cuanto a la prueba testimonial estimo que debe hacerse algunas precisiones. Entiendo, en primer término, que el juez si puede volver a interrogar a un testigo, después de concluído el término probatorio que declaró dentro del expresado término, donde la ley ha fijado una precisa oportunidad procesal y puede libremente bajo ciertas condiciones interrogar al testigo tal como lo estatuye el art. 316 Pr.

La oportunidad Procesal en que el juez puede decretar la diligencia para mejor proveer surge de los arts. 316, 346 y 368 Pr. Se tiene que concluído el término de prueba y recién en este momento en que el juez puede decidir si la prueba aportada por las partes es o no suficiente y si de ellas resulta la convicción psicológica sobre los hechos controvertidos.

Como veremos más adelante, las diligencias para mejor proveer significan una excepción a ese principio, pero no una derogación del mismo, ya que la prueba sigue incumbiendo a las partes, aunque el juez puede, por vía de complementar e integrar la producida por ellas.

Por eso no sería admisible que el juez dispusiera estas medidas en un caso en que las partes no produjeron prueba alguna, pero es claro que no puede fijarse a priori el quantum de las pruebas que deben ser producidas por las partes.

Se ha discutido entre nosotros si el juez puede, por vía de diligencia para mejor proveer ordenar la producción de pruebas en que ha habido omisión o negligencia de las partes, que no solicitaron determinada prueba que pudieron pedir oportunamente, o después de solicitarla se despreocupa-

ron por su producción. Entiendo que la respuesta debe ser negativa, tomando por base que las diligencias para mejor proveer son siempre prueba suplementaria.

D) Modo de ser de las Diligencias para mejor proveer.

Estas medidas representan el ejercicio de un poder discrecional del juez quien, por consiguiente, se encuentra siempre en libertad para determinar si las adoptará o no, y para elegir el medio idóneo para obtener la prueba del hecho. Este carácter discrecional de las diligencias para mejor proveer, determina que no existe el derecho de las partes a exigir su producción, aunque nada obsta a que soliciten o sugieran su realización al juez.

E) Pruebas admisibles por vía de diligencia para mejor proveer.

Frente al tenor de los artículos 316, 346 y 368, todos del Código de Procedimientos Civiles, debe admitirse en nuestro derecho con cierta prudencia la producción de esta prueba, reconociendo el poder del juez para ordenarla bajo ciertas circunstancias. Al recaer las sentencias sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso, está señalando que no hay arbitrio en la apreciación de las mismas, la cual no se aprecia sino bajo los conceptos que ya la ley prefija en el orden de apreciación o prelación, de acuerdo con el artículo 421 Pr.

Prácticamente la iniciativa probatoria en lo civil y de conformidad a nuestra legislación no existe, solo en mínima cantidad. A tal conclusión, se llega cuando el artículo 439 Pr. que prescribe que el actor que no pruebe su acción o el demandado su excepción será condenado en costas, está sentando el principio de la obligatoriedad probatoria. El Juez únicamente y en términos generales es apreciador de la prueba y es lógico que así sea por aquello de que no puede ayudar a las partes en ningún sentido; de lo contrario podría interpretarse que el Juez puede recabar prueba en beneficio de alguno e incurrir en prevaricato.

El Art. 439 Pr. está en íntima armonía con el artículo 237 Pr. el cual aclara respecto a la prueba en general, que la prueba corresponde al actor, más si no probase su acción se absolverá el demandado y si éste propusiese alguna excepción está a su vez en la obligación de probarla.

F) Las diligencias para mejor proveer y la carga de la prueba.

Según el Art. 237 Pr. que dice: "la obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase, será absuelto el reo; más, si éste opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla. C. 1569".

El expresado artículo, contiene el principio de distribución de la carga de la prueba.

Las diligencias para mejor proveer, pueden significar aunque no necesariamente, una excepción al principio de distribución de la carga de la prueba. Puede ocurrir en efecto, que mediante una diligencia para mejor proveer se aporte al proceso la prueba de un hecho afirmado por una de las partes, favorable a su interés y cuya prueba le incumbía. La prueba aportada por el Juez ha venido a alterar sin duda alguna, el principio consignado en el Art. 237 Pr.

G) Fundamento de las diligencias para mejor proveer.

Como dice con acierto Guasp: "lo que la ley exige al juez como condición, para que declare la voluntad del estado en un litigio concreto es que forme una convicción propia sobre la realidad o inexistencia del complejo de circunstancia que constituye el llamado "supuesto de hecho" legal. Ahora bien, tal convicción judicial, dado su carácter eminentemente psicológico, no puede ser objeto de ninguna medida de limitación que, por el contrario, cuando existen, representante otras tantas contradicciones con la esencia misma de la actividad mental del juez" (1)

El juez logra esta convicción, normalmente, mediante la prueba aportada por las partes, pues aunque es natural que cada una de ellas le presente la versión de los hechos acorde con su interés y por tanto no ajustada a la verdad, esta verdad surge, también normalmente, de la confrontación de las pruebas contrarias aportadas por ambas partes. Pero puede ocurrir, y ocurre a menudo en la realidad, que pese al aporte probatorio de las partes, el juez no logra formar su convicción, ya sea porque se le ha ocultado alguna prueba, ya porque por ignorancia, esa prueba no se ha hecho valer en el proceso, o ya porque por negligencia no fue aportada a pesar de su conocimiento y ofrecimiento por la parte.

(1) Guasp, en su obra "Juez y hecho en el proceso civil". pag. 88.

Es en estos casos en que la diligencia para mejor proveer, aparece como un correctivo al principio dispositivo creando un instituto procesal que permita al juez buscar aquellas pruebas que le ayuden a formar su convicción psicológica, que no logró mediante la prueba de las partes.

Ya lo dijo Caravantes con su insuperable claridad: "cuando los jueces o tribunales al ver un proceso para dictar sentencia, tuvieran dudas sobre el modo de fallarlo, por observar que está oscuro algún hecho esencial o que no resulta de las pruebas claro el derecho de las partes, o como dice la Ley II, título XXII, Partida III y su glosa, en razón de las pruebas, por ser iguales de ambas partes, y de los derechos que ambos litigantes alegaron, puede, para el mayor esclarecimiento de la verdad e ilustración de su ánimo sobre la materia, dictar de oficio el auto para mejor proveer" (1)

Por lo expuesto, no crean que deban disminuirse los poderes del Juez. Tampoco creo que deban aumentarse, porque no participo de la entusiasta adhesión de Guasp al sistema inquisitivo, lo que sólo se justificaría con jueces que estuvieren al margen de toda una perfección y por encima de toda posibilidad de error.

(1) Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Juridiciales en Materia Civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, por don José Vigente y Caravantes, Tomo II, pag. 277.

CAPITULO V

C O N C L U S I O N E S

El problema que plantea la Iniciativa Probatoria del Juez de lo Civil, es obviamente sólo un aspecto del vastísimo tema que se refiere a las relaciones entre los poderes de las partes y los poderes del Juez, que a su vez, constituye uno de los puntos esenciales de la Teoría General del Proceso.

Hemos planteado la tesis que podríamos llamar clásica del juicio es una contienda entre partes interesadas, a la cual el Juez asiste como mero espectador o historiador y que ha provocado una reacción violentamente contraria; que en su posición extrema pretende, el desconocimiento del derecho subjetivo de las partes y el desconocimiento de la facultad de disponer de sus bienes, convirtiendo así el proceso civil en un asunto de interés público, al cual está totalmente subordinado el interés privado. Ambas tesis no sólo son irreconciliables, sino que inaceptables. Es necesario encontrar el término medio como la posición justa que concilia tanto el interés privado como el interés público.

Es evidente que no se puede ya negar el interés público del proceso civil y que no se puede mantener éste, como una lid entre particulares en el que sólo priva el interés de ellos y el Juez carece de toda iniciativa.

Es necesario conceder al Juez facultades para practicar diligencias que puedan llevarle a un verdadero esclarecimiento de la verdad jurídica. Pero estas facultades tienen que tener como límite el reconocimiento del derecho de libre disponibilidad de las mismas. Y que las leyes sustantivas les confieren. En tal sentido nuestras conclusiones son las siguientes:

1.- En principio, el juez sólo actúa a petición de parte porque es a ésta a quien compete el impulso procesal y sólo por excepción, cuando expresamente lo autoriza la ley, puede obrar de oficio; aquel entonces, por regla general, el juez se mueve por actividad particular y éste debe tener iniciativa probatoria en el proceso al iniciarse el proceso, por la parte que recurre al organismo jurisdiccional, mediante la presentación de la demanda.

2.- Esta iniciativa del juez de lo civil debe contener las siguientes limitaciones: a) Deberá respetarse el derecho de las partes de proponer el negocio jurídico ante el juez; consecuentemente el juez no podrá ir más allá del conflicto propuesto por las partes; b) El juez debe tener iniciativa en cualquier tipo de pruebas, para el esclarecimiento total del negocio jurídico propuesto ante él, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: que los hechos hayan sido propuestos por las partes, o sea, que hayan entrado al radio de su competencia, dentro del respeto a los derechos subjetivos consagrados en las leyes positivas; y,

3.- Que sobre los hechos propuestos se hayan rendido pruebas por las partes, esto significa que la iniciativa probatoria del juez deba tener carácter complementario.

Resumiendo:

1) El juez debe tener facultad para desarrollar su actividad de iniciativa probatoria en el proceso, siempre que proceda una voluntad de las partes que señala los límites del negocio jurídico llevado al proceso.

2) Todos los hechos que complementen o aclaren esas declaraciones de voluntad pueden ser llevados al proceso por la actividad complementaria del juez.

3) El juez puede recurrir a la prueba por su propia iniciativa en forma complementaria y decretar además de oficio ciertas pruebas y bajo ciertas circunstancias.

4) Debe quedar bien claro que no se trata de sustituir la iniciativa del juez por la de las partes, de manera que el juez pueda aportar ciertas pruebas en forma restringida, con el objeto de que adquiriera suficientes elementos de juicio, que pueda contribuir a la formación de su propia convicción sin que éste dependa exclusivamente de la iniciativa personal de las partes.

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

1. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Eduardo J. Couture
2. Compendio de Pruebas Judiciales. Hernando Devis Echandía
3. Tratado de Derecho Procesal Civil. Ugo Rocco
4. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Eduardo E. Pallarés.
5. Principios del Derecho Procesal Civil. José Chioventa
6. Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Francisco Carnelutti
7. Código de Procedimientos Civiles Vigente. Edición de 1967.
8. Medidas para Mejor Proveer. Enciclopedia Omeba.
9. El Proceso Civil. Santiago Sentís.
10. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal. Hugo Alsina
11. Estudios sobre el Proceso Civil. Piero Calamandrei
12. La Prueba Civil. Francisco Carnelitti
13. Teoría de las Diligencias para Mejor Proveer. Eduardo Couture
14. Tratado de Derecho Procesal Civil. Hernando Devis Echandía
15. Derecho Procesal Civil. De la Plaza
16. Tratado de Derecho Judicial Civil. Luis Matirolo
17. La Carga de la Prueba. Leo Rosemberg
18. Derecho Procesal Civil. Jaime Guasp
19. Tratado de las Pruebas Civiles. Rafael de Pina.
20. Juez y Hechos en el Proceso Civil. Jaime Guasp
21. Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en el Derecho Penal. Eduardo Bonnier
22. Conferencias del Dr. Hernando Devis E.
23. Apuntes de clases del Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz.
24. Apuntes de clases del Dr. Rodolfo Antonio Gómez h.
25. Informes presentados en las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, reunidas en las ciudades de Caracas y Valencia, Venezuela, entre los días 27 de marzo al 3 de abril de 1967, por los Profesores Hernando Devis Echandía, de Colombia; Luis Bautista Montti, de Argentina; José A. Arias, de Uruguay; José Rodríguez Urraca, de Venezuela; Juan Pedro Zeballos, de Uruguay; y Clemente Valdez Sánchez, de Méjico, que versó sobre la Iniciativa Probatoria del Juez en el Proceso Civil.