

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LA PRUEBA POR PRESUNCIONES
EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

TESIS

PRESENTADA POR

JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON

Previa opción al grado de

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

SAN SALVADOR

EL SALVADOR

SEPTIEMBRE DE 1974



347.06
A581p
1974
F. J. y C. S. S.
y. l.

068713

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EL SALVADOR

RECTOR

Dr. JUAN ALLWOOD PAREDES

SECRETARIO GENERAL

Dr. MANUEL ATILIO HASBUN

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. LUIS DOMINGUEZ PARADA

SECRETARIO

Dr. PEDRO FRANCISCO VANEGAS CABAÑAS.



TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE MATERIAS CIVILES, PENALES
Y MERCANTILES.

- PRESIDENTE: Dr. JOSE ERNESTO CRIOLLO
- 1er. VOCAL: Dr. MANUEL ARRIETA GALLEGOS
- 2do. VOCAL: Dr. JOSE ROBERTO AYALA

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE MATERIAS PROCESALES
Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

- PRESIDENTE: Dr. JOAQUIN FIGUEROA VILLALTA
- 1er. VOCAL: Dr. CARLOS FERRUFINO
- 2do. VOCAL: Dr. MIGUEL ANGEL PARADA.

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES, CONSTI-
TUCION POLITICA Y LEGISLACION LABORAL.

- PRESIDENTE: Dr. RONOLDI VALENCIA URIBE
- 1er. VOCAL: Dr. MARIO SOLANO
- 2do. VOCAL: Dr. SALVADOR MARTINEZ LOBO.

ASESOR DE TESIS

DR. RONOLDI VALENCIA URIBE

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. MAURICIO ALFREDO CLARA
1er. VOCAL: Dr. ROBERTO RODRIGUEZ
2do. VOCAL: Dr. ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS.

DEDICO ESTE TRABAJO DE TESIS

A

AQUELLOS POR QUIENES RESPIRO VIDA

MIS PADRES

PABLO FERNANDEZ ANGEL

EVA CALDERON DE ANGEL

Porque me han enseñado a amar a las gentes
y las cosas, a buscar en ellas siempre lo
positivo y porque esa enseñanza de largos
años, cuyo valor no puedo medir me ha
sido dada sin condiciones.

DIOS LES GUARDE SIEMPRE.

CON DEVOCION

A

MI ESPOSA

MARIA CRISTINA

Insustituible compañera del hogar, que ha estado alentándome siempre para que llegase a este momento.

Y en ella misma, a mi grande y eficaz Secretaria, por su labor mecanográfica, en los borradores del proyecto, y finalmente en el tiraje original de este trabajo de tesis.

A DOS ADORABLES PERSONITAS:

MIS HIJOS

LUIS PABLO y

EVA DE LAS MERCEDES

Con mi promesa firme de ser siempre buen padre.

A MIS ABUELOS:

CHAVELO Y TINA: Porque les conocí buenos.

FRANCISCO Y VALENTINA: Porque fueron buenos
aunque no les conocí.

CON RESPETO A MIS SUEGROS:

LUIS VAIRO padre y
MERCEDES R. MOLINA.

CON ESPECIAL RECUERDO:

Una flor en su tumba a
JOSE MALDONADO OSEGUEDA
hombre de bien.

Y A TODAS LAS BUENAS PERSONAS, MAESTROS, COMPAÑEROS
Y AMIGOS, QUE CON SU PALABRA SIEMPRE NOS HAN ESTIMULAD

GRACIAS.

INDICE GENERAL

Introduccion.....	Pág. 1
PARTE PRIMERA: GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA	
CAPITULO I	Pág. 7
1 Definición de la prueba judicial.....	7
2 Acepciones del término prueba.....	10
3 Importancia de la prueba.....	11
4 a) El Concepto de la prueba.....	13
b) Prueba y medios de prueba.....	16
c) Clasificación de medios de prueba.....	17
d) El origen histórico de la prueba.....	19
5 Naturaleza de la prueba.....	22
6 Clasificación de la prueba.....	28
Pruebas plenas y semiplenas.....	29
Pruebas constituidas o simples y preconstituidas.....	31
Pruebas Conducentes e inconducentes.....	31
Prueba libre y restringida.....	32
Pruebas directas e indirectas.....	32
Pruebas reales y pruebas personales.....	32
Pruebas históricas y criticas.....	33

	CAPITULO II	Pág. 35
1	Principios que conforman la prueba.....	35
	a) Principio de necesidad de la prueba....	35'
	b) Principio de la unidad de la prueba.....	36'
	c) Principio de prueba única de los hechos	37.
	d) Principio de la comunidad de la prueba	38
	e) Principio del interés público de la prueba	39
	f) Principio de la igualdad y contradicción en cuanto a la recepción de la prueba....	40
	g) Principio de preclusión de la prueba....	41
	h) Principio de idoneidad de la prueba.....	42
	i) Principio de valoración de la prueba....	42
	j) Principio de publicidad de la prueba....	43
	k) Principio de coordinación de la prueba	45
	l) Principio de la carga probatoria.....	45'
	m)Otros principios de la prueba.....	47
2	Sistemas para la valoración de la prueba	47
	1o. -Sistema de la apreciación libre.....	48
	2o. -Sistema de la tarifa legal o prueba le- gal o tasada.....	53
	Ventajas y desventajas del 2o. sistema	55
	3o. -Sistema mixto de valoración de prueba	57
	4o. -Sistema de la sana crítica.....	58
	5o. -Los sistemas inquisitivo y dispositivo	61

3	El objeto de la prueba.....	Pág. 64
	La prueba del derecho extranjero...	69
	La prueba de la costumbre.....	72
	La prueba de la jurisprudencia.....	75
	Otros hechos que no necesitan ser probados	75
	1- Los admitidos expresamente.....	75
	2- Los admitidos tácitamente.....	76
	3- Los hechos presumidos.....	76
	4- Los hechos normales.....	76
	5- Los hechos notorios.....	76
4	El fin de la prueba.....	76
	Convicción de la verdad por la prueba.....	78
	Convicción o certeza subjetiva de la prueba	79
	Fijación de los hechos en el proceso	80
5	La valoración de la prueba.....	81
	Cuando se produce la valoración.....	84
	¿Quién valora?.....	85
	Sistemas de valoración.....	85
	Fases del proceso de valoración.....	86
	El fin de la valoración.....	88
6	La carga procesal y la carga de la prueba	89
	a) La carga procesal en particular.....	89
	b) La carga de la prueba en particular....	94

c) Fundamento de la carga de la prueba....	100
d) La prueba de la negación.....	101

PARTE SEGUNDA: LA PRESUNCION

CAPITULO I	104
1 Etimología y significación del término.....	104
2 La praesumptio en el derecho clásico.....	106
3 El concepto de la presunción, su definición	107
4 Las varias clases de presunción.....	110
Presunciones legales: Iuris et de Iure- Iure Tantum.....	112
Función de las presunciones legales.....	113
La presunción de derecho no es presunción	114
Las presunciones legales propiamente di- chas.....	115
La presunción de derecho Iuris et de Iure	121
Manera de advertir las presunciones legales	127
Las presunciones judiciales.....	128
Los caracteres de las presunciones judicia- les.....	132
El valor probatorio de las presunciones...	134
5 La naturaleza de la presuncion.....	135
1o. - La presunción ¿es prueba?.....	135
2o. - La presunción es un medio de prueba?	143

3o. - La presunción es una regla de prueba?	145
CAPITULO II	148
1 El proceso lógico que concluye en la <u>presun</u> ción.....	148
2 Los indicios y las presunciones, Diferencias entre unos y otros.....	151
3 - El efecto de las presunciones.....	158
4 Efectos de la presunción en la afirmación de cada una de las partes.....	160
5 Las presunciones y la carga de la prueba..	163
CAPITULO III	174
a) La prueba de los hechos que fundamentan las presunciones.....	174
b) La impugnación de las presunciones....	176
c) Explicación relativa al título de este tra bajo.....	181
d) Conclusiones.....	182
BIBLIOGRAFIA.....	189

INTRODUCCION

Sin duda alguna, la idea de que cada persona se desenvuelve dentro de un campo de libertades, en el cual puede pensar y actuar como mejor le plazca, se encuentra tan arraigada en los seres humanos, que, merced a ella, se produce en todos un sentimiento de defensa, tanto de las ideas expresadas, como de los actos realizados, sentimiento que, puesto de manifiesto en forma vehemente, desemboca en soluciones que necesariamente fortalecen la idea de las libertades individuales, esto, claro está, dentro de un régimen de Derecho.

Dentro de ese campo de las libertades personales, se mueven intereses, lógicamente personales, intereses puramente morales, sumamente abstractos como los de la manifestación del pensamiento; como la manifestación de los estados pasionales en sus diversos grados; pero, además de estos intereses de corte abstracto existen dentro de ese campo otros intereses, cuyos objetos tienen realidades concretas y poseen generalmente valor económico.

La actitud interés, desde luego, será siempre abstracta en cuanto es una manifestación puramente intelectual; en cambio, los objetos de interés, no siempre han de ser de corte abstracto, y específicamente aquellos de valor económico, lo que no significa, que a ve

ces, las manifestaciones afectuosas o las pasiones puedan ser motivadas por móviles económicos.

De una manera general, la actitud interés, por si misma y los distintos objetos de interés, constituyen el patrimonio de una persona; decimos: "de una manera general" a fin de aclarar nuestra expresión en relación con el concepto jurídico tan común, de que "el patrimonio es el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero" (1). -

Decíamos antes, que la conciencia del campo de libertades individuales determina un sentimiento de defensa de los intereses que en él se poseen, y llegados a este punto, surge la siguiente interrogante: Defensa ¿Cóntra quién? La respuesta no se hace esperar, la defensa será contra otro ente tan capáz como el que la plantea, o sea contra otra persona; pero acá surge entonces la idea de la limitación; limitación de esa esfera de libertades, limitación porque junto a tal esfera de acción personal se encuentra también otra, dentro de la cual su titular también posee intereses. -

(1) Ramón de Meza Barros. Manual de Obligaciones, Cita a este respecto definiciones de Jossierand - Colin et capitant - Aubry y Rau.

Pero, ¿A que defenderse? ¿Pórq^{ue}? Lo anterior denota de inmediato una transgresión de los límites de intereses, realizada por el titular de una de dichas esferas al de la otra. Evidentemente se plantéa una colisión de intereses que amerita ser dilucidada en vías a mantener la armonía entre aquellos titulares de cada una de tales esferas de acción.

Al llegar al punto de hablar de dilucidar la colisión - de intereses, estamos frente al problema de la impartición de justicia bajo planos de equidad, pero, alguien debe ser el que establezca esa justicia equitativamente, y no puede ser ninguna de los titulares de los intereses en pugna, pues en tal caso la razón difícilmente afloraría en soluciones; luego entonces en los estadios civilizados del cuerpo social, se admite sin discusión que un tercero provéa como árbitro en la disputa. -

Cuando un tercero se perfila como el Juez del problema sobre la base del orden legal establecido, tal Juez habrá de proveer a la solución y el orden legal establecido le indicará formas y medios para que lleve a cabo su cometido.

El orden legal señala procedimientos, caminos, para la consecución del fallo, y el conjunto de los actos indicados en el procedimiento constituyen el proceso.

El proceso contiene los pasos a seguirse; así, aquel que se apresta a la defensa del interés, ha de plantear una demanda en donde expondrá la transgresión sufrida y desde luego la sin razón de tal transgresión; entonces, quien sirva como Juzgador ha de oír a aquel que es demandado, y este oír, constituye otro paso del proceso; pero el Juzgador ha de tener en un momento dado, - certidumbre sobre lo que cada uno de los beligerantes sostiene y sobre la consideración de mayor o menor veracidad que se le esta blezca, habrá de proveer un fallo, que puede perjudicar a una de las partes y favorecer a la otra. La veracidad mayor o menor de los hechos amerita comprobación de parte del que los alega, comprobación que ha de hacerse por los medios también determinados por la ley; aquí estamos ante otro de los actos del proceso, el de la prueba de los hechos; finalmente el acto de fallar sigue a la - comprobación y es también parte del proceso. -

Siendo esta una introducción al tema a desarrollarse, entendemos que es ahora cuando podemos enunciar el marco de - nuestra exposición futura. Nos interesa el acto del proceso que - trata sobre la comprobación de los hechos y desde luego, específicamente, de la prueba de los hechos, pero restringiendo aún más el campo, nos interesa y vamos a desarrollar el tema que trata de un determinado medio de prueba, y en un marco determinado de - los procedimientos, la presunción en el Derecho Procesal Civil.

En general, tanto en el campo del Derecho Penal, como en el del Derecho Civil, así como en el del Laboral y aún en el del Mercantil, se puede afirmar que se admiten los mismos medios de prueba, resultando entre otras diferencias, las que se refieren a la valoración y preferencia de cada una de ellas.

Veamos que conforme nuestro sistema de prueba tasada, hay distintas clases de prueba, así: la hay Instrumental, que consiste en atestados concretos, contentivos de manifestaciones de voluntad en forma escrita; la hay Pericial, o sea aquella que consiste en la manifestación verbal o escrita del especial conocimiento o habilidad que una persona tiene sobre un arte, oficio o profesión en relación con un problema que previamente le ha sido planteado; la hay, testimonial, o sea aquella que consiste en el dicho de personas que han oído o presenciado las incidencias de un acto o hecho determinados. La hay también confesional o sea aquella que consiste en la manifestación franca de la comisión u omisión de un acto por parte de quien lo ha realizado u omitido; así también la hay por juramento o sea la aseveración de la positividad o negatividad en la comisión de un acto, por parte de una persona que puede no ser el autor del acto en cuestión; finalmente se da la prueba por presunción, o sea la que consiste en la obtención de veracidad en la realización o no de un acto por la inferencia de la realización positiva de otros actos. -

El análisis del último de los medios de prueba mencionados o sea la prueba por presunciones es el tema escogido por nosotros para la realización de este punto de tesis, y muy especialmente en el campo del Derecho Procesal Civil. Habida cuenta de lo anterior, a lo largo de la exposición, trataremos, en capítulo previo, en forma somera y general, la teoría de la prueba, con el propósito de sentar la base del tema principal; en capítulo posterior trataremos el tema central.

Se trata de explicar, la conceptualización de la presunción, de su definición, del proceso lógico de la inferencia, de los hechos sobre los que se fundamenta, de la positividad y veracidad de los hechos que la fundamenta, de su naturaleza, de su impugnación, y en especial del problema de si la presunción es realmente prueba o simplemente razonamiento, en conclusión, del magistrado. Entremos pues, a desarrollar esas cuestiones. -

PARTE PRIMERA

CAPITULO I

Sumario: 1. - Definición de la prueba judicial; 2. - A-
cepciones del término Prueba; 3. - Importancia de la prueba; 4. -
Concepto de la prueba; y 5. - Naturaleza de la prueba. -

1. - DEFINICION DE LA PRUEBA JUDICIAL. - a) En to-
das sus actividades, el hombre pretende obtener una sensación tal -
que le lleve a la certeza de lo que hace y de lo que los demás hombres
realizan con miras a poder demostrar a sí mismo y a los demás la e-
videncia de lo actuado por él o ellos; esta inquietud, desde luego, se
hace presente también frente a los hechos de la naturaleza. En cu
anto a estos últimos, el científico que experimenta previamente, llega
al punto de demostrar que los fenómenos tienen una relación de cau-
sa a efecto, y son las diversas fases del proceso de experimentación
las que se constituyen en medios propicios de la demostración de a-
quellos fenómenos. A este respecto resulta que la exactitud y a ve-
ces la fatalidad en el acaecer de los hechos de la naturaleza vuelven
más fácil la demostración, una y otra vez, de los fenómenos, por par
te del investigador de la naturaleza; por lo que respecta a los actos -
del hombre y propiamente de su conducta, la indiscutible dósis de sub
jetividad que en ellos impera, hace difícil procurarse los medios de-
terminativos para establecer la verdad de sus propios actos.

Según sea pués, el campo en que se encuentre situado el hecho o el acto que se trata de demostrar; según sea la rama de las ciencias en que se investiga; según sea el grado de desarrollo intelectual, las pruebas tienen diferencias; de lo anterior se colige que hay un concepto de la prueba en sentido vulgar, y un sentido de la prueba técnico. Es en las ciencias reconstructivas en donde la prueba adquiere una conformación precisa y muy especial, tal ocurre en derecho en donde el Juez, reconstruye hechos pretéritos para fallar en el futuro; igual cosa ocurre con el historiador que reconstruye los hechos del pasado para tener una mejor comprensión de los del futuro.

Pero en todo caso hay investigaciones similares y se realizan operaciones semejantes para llegar a una valoración y obtención de conclusiones. En derecho, es tal la trascendencia de la prueba, que sin ésta, las violaciones se producirían en tal forma caótica, que el desorden y la anarquía harían su reinado ideal; el ente denominado Estado difícilmente ejercería su función jurisdiccional y la reivindicación de los derechos conculcados. -

✧ Administrar justicia implica para el magistrado, la certidumbre de los hechos y circunstancias que cada parte arguye en su favor y de la mayor o menor valoración de certeza y credibilidad surgirá la decisión del magistrado. -

Por manera que, junto al fin procesal de la prueba, que no es otro que el de hacer que aflore la verdad al Juez, aparece también un fin extraprocesal de la misma, el cual se concreta en la seguridad de las relaciones sociales, en la prevención de litigios y en la protección o tutela de los derechos subjetivos correspondientes a las distintas situaciones legales.

De las anteriores apreciaciones surge la idea concreta de la prueba judicial y en tal punto, podemos afirmar que por tal se entiende el establecimiento, por los medios legales, de la verdad de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama; y que sistemáticamente realizado se concreta en "el conjunto de reglas relativas a la admisión, producción, asunción y valoración, de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al Juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso" (1). El Código de Procedimientos Civiles expresa una definición muy general, en cuanto se refiere a ello como un medio en si misma, y así enuncia en el Art. 235 "Prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido". -

(1) Hernando Devis Echandía. Compendio de Pruebas Judiciales. - Edit. Temis, - pág. 2.

Las definiciones que anteceden nos colocan en el campo de la prueba judicial, pero no puede pasarse por alto y es bueno tener muy presente, el concepto del derecho probatorio; en tanto el de la prueba judicial es más restringido, el de éste es más amplio pues, atañe a la prueba en sus variadas manifestaciones, no solo a las del campo procesal sino también a las extraprocesales. -

2. -ACEPCIONES DEL TERMINO PRUEBA: a) La palabra indica, por una parte, los diversos medios establecidos por la ley para demostrar la existencia de los hechos. En tal forma, se habla de la prueba testimonial y de la prueba documental. Art. - 292 Pr.

b) Se refiere también al hecho mismo de la producción de la prueba, de hacerla valer ante los tribunales. Así se dice que la prueba incumbe a los litigantes, al demandante o al demandado. Art. 337 Pr.

c) Indica por otra parte el resultado obtenido por el empleo de los medios de prueba, es decir si se ha demostrado o no el hecho de que se trata.

ETIMOLOGIA DEL TERMINO PRUEBA. La palabra - prueba se origina según algunos, del adverbio PROBE, que significa

honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba su pretensión; otros afirman que proviene de PROBANDUM, que quiere decir tanto como recomendar, experimentar, patentizar, hacer fé.

3. - IMPORTANCIA DE LA PRUEBA. La prueba es un elemento fundamental del proceso, a tal grado que sin ella puede afirmarse que no existiría aquel, y es que la sentencia, que es el sumun del proceso tiene por base la prueba. A este respecto, nótese la redacción del Art. 421 del Código de Procedimientos Civiles que reza ""Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso"" ; y el Art. 422 del mismo ordenamiento que dice: ""Es necesaria la prueba plena y perfecta en todo género de causas para resolver por ella la cuestión"" . Adviértase que la disposición legal emplea el término "necesaria" o sea que denota una exigencia terminante de la presencia, de la existencia de prueba en el proceso. -

Pero ahondando un poco más cabría preguntarse si la importancia de la prueba radica estrictamente en llevar al Juzgador en el proceso, a la convicción firme de la razón o sin razón de lo demandado, o si tal importancia trasciende el campo puramente procesal? Efectivamente así sucede. Ya antes hemos hablado del -

derecho probatorio y desde el punto de vista de este último resulta que la importancia de la prueba se advierte, ya no solo en el proceso, sino también en la circunstancia de que, merced a ella, habrá seguridad plena en las relaciones sociales, en el comercio, en la prevención de los litigios y en la garantía de los derechos subjetivos. -

Dada su importancia, el autor ANTONIO DELLEPIANE, elaborando un ensayo filosófico de la prueba señala en ésta un carácter reconstructivo y expresa: "las partes litigantes ofrecen al Juez dos versiones diferentes del hecho o serie de hechos sobre los que versa el litigio. Cada parte relata las cosas a su modo desde el punto de vista que la favorece, para lo cual enuncia y pone de relieve determinadas circunstancias, avanza interpretaciones, formula hipótesis explicativas y exhibe pruebas tendientes a corroborarlas. Tales versiones diferentes, divergen, a veces por una sola circunstancia, en un solo detalle, que sin embargo, es capital, decisivo. Todo el esfuerzo se aplica a demostrar la exactitud de la afirmación de cada uno, y probar si es posible la inexactitud de la contraria. En presencia de estas dos versiones distintas, se encuentra el Juez obligado a optar por una de ellas, o a construir una tercera versión que ponga de lado o combine la de ambos contrincantes para lo cual como base de su operación reconstructiva, los elementos de juicio o de prueba suministrados por ambos contendores, los verifi

ca, los controla, los aquilata en su valor y peso y los confronta entre sí y con aquellos que el mismo ha acumulado, sometiéndolos en suma a diversas operaciones críticas, que lo llevan a través de una serie de inferencias, a una reconstrucción de los hechos del pasado, a la determinación de lo que se llama el caso SUB JUDICE" (1)

El principio dispositivo que caracteriza al proceso civil, hace resaltar aún más la importancia de la prueba, pues para llegar a la verdad, las partes, y solamente ellas, deben demostrar mediante pruebas pertinentes y conducentes la razón de sus afirmaciones. -

4. - EL CONCEPTO DE LA PRUEBA. a) Aparte de que ya hemos bosquejado la idea extraprocesal de la prueba, procesalmente hablando la noción se restringe a los hechos que sirven de prueba a otros hechos tal como sucede con la prueba indiciaria, o, con un poco más de amplitud, a los objetos que sirven de prueba, tales como el documento.

En un sentido general y objetivo, frecuentemente se ha-

(1) ANTONIO DELLEPIANE. Nva. Teoría Gral. de la Prueba. - Ed. Val. AVELEDO; Buenos Aires, 1919. Pag. 21. -

bla de que prueba judicial es todo medio que sirve para conocer - cualquier cosa o hecho, incluyendo entonces actividades tan específicas como la inspección judicial, el dictamen pericial, la declaración de terceros, o sea la totalidad de medios que sirven para - llevar al Juez el conocimiento de la cuestión debatida, o planteada sin litigio. -

Por otra parte y en consideración subjetiva se alude - a la prueba por el aspecto de su resultado o sea, como convicción - producida en la mente del Juzgador sobre los hechos que configuran el negocio debatido.

Tanto estas apreciaciones objetivas y subjetivas anteriores son imprescindibles en el lenguaje y análisis procesal de - la prueba, porque no pueden desligarse los medios de ella, de su - resultado.

De las apreciaciones anteriores, objetivas y subjetivas, algunos autores devienen en afirmar, que la prueba es un conjunto de motivos o razones que suministran el conocimiento de los - hechos, que de los medios aportados se deducen para los fines del - proceso.

FLORIAN, en su libro "De la prueba en Derecho Pe-

nal" señala que son tres los aspectos que presenta el concepto de la prueba. Primero: Un aspecto formal, que se refiere a los medios para llevarle al Juez el conocimiento de los hechos; Segundo: Un aspecto de contenido sustancial o esencial que se refiere a las razones o motivos que de esos medios se deducen en favor de la existencia o inexistencia de los hechos; Tercero : Un aspecto del resultado, subjetivo, que es el convencimiento que con las pruebas se trata de producir en la mente del juzgador.

Como consecuencia de todo lo anterior se plantea otra definición de prueba para los estudios de ella y se expresa que "prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.

Frente a la prueba, es muy posible que el Juez la valore bajo patrones previamente señalados por la Ley misma, pero también puede entrar a considerarla bajo su personal criterio; en ambos casos, existirá la prueba.

En consideración a su naturaleza, la prueba es un acto jurídico eminentemente procesal, sea desde el punto de vista de su aportación al proceso, o bien como los medios mismos, o bien según el resultado de ellas y aún de formar parte en la substancia del acto.

En este último aspecto, por ejemplo, la escritura pública de compra venta de un inmueble, es prueba AD SUBSTANTIAM ACTUS, lo que no le hace perder su carácter de acto jurídico procesal como prueba.

b) Prueba y medios de Prueba: Tomando en cuenta que estamos hablando del concepto de la prueba, es importante a fin de dejar bien claro este asunto, tratar acá una diferenciación muy importante entre, la prueba como tal y los llamados medios de prueba. Antes, hemos dicho que prueba es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios legales, que conduzcan al convencimiento del Juez, es decir que en ultima instancia la prueba es un razonamiento, un proceso mental conformado en el Juzgador; proceso que tiene gran dosis de abstracción. En cambio, el medio de prueba es concreto, se representa en los instrumentos y elementos a partir de los cuales el Juez infiere la verdad. Así por ejemplo, si digo que soy propietario del inmueble X., de acuerdo con la Ley debo exhibir el atestado que comprueba tal cosa, tal atestado es material, consiste en un papel en el cual hay un texto escrito, hecho con ciertas formalidades; la prueba de la verdad, no es ciertamente dicho pedazo de papel, sino que la prueba es, la sensación, la convicción de la verdad sobre la propiedad que afirmo, convicción que en este caso, se funda en la manifestación de voluntad de aquellos que hemos convenido en comprar y vender, manifestación que es precisamente el contenido del texto

escrito en aquel pedazo de papel. En otros aspectos, cuando el Juez en un proceso ordena realizar una inspección y provee al nombramiento de peritos agrimensores, para que dictaminen sobre las medidas y linderos de un inmueble, en cuanto inspección, el Juez por si mismo puede constatar ciertos hechos, digamos por caso, la topografía de la finca, su pequeñez o su vastedad, entonces el medio de prueba será el acto de constituirse el Juez, al lugar y la observación ocular propia del mismo, pero la prueba será el resultado razonado en la mente del Juzgador, a partir de lo que ha visto. En cuanto peritaje, el medio de prueba será la constitución de los peritos en el lugar indicado y las conclusiones a las que lleguen también como resultado de su observación muy especializada, la prueba, desde luego, será el convencimiento del Juez sobre la verdad de los hechos tomando por base el dictamen de los peritos.

c) Clasificación de los medios de Prueba: Permítase-nos adelantarnos un poco en cuanto a la enunciación de una clasificación de los medios de prueba, pues, aún no hemos hecho referencia a la clasificación de la prueba y unos y otros tienen tan íntima relación que la clasificación de unas, es prácticamente la de los otros. Los medios de prueba pueden ser, directos e indirectos, críticos e históricos, plenos o completos e imperfectos o incompletos, de cargo y de descargo, simples y complejos o compuestos, formales y -

substanciales, sumarios y contradichos, preconstituidos y causales, procesales y extraprocesales, personales y reales, principales y accesorios.

Considerando los medios de prueba en si mismos puede hablarse de medios lícitos o ilícitos, (1) penales, laborales, mercantiles.

Los medios de prueba, son taxativos en nuestra legislación, pues no otra cosa se destaca en la enunciación que hace el Art. 415 del Código de Procedimientos Civiles. Es este un sistema de prueba tasada el que admite nuestra ley y en consecuencia los medios probatorios también se encuentra tasados. -

La taxatividad, no obstante, no es obstáculo para que merced a los avances técnicos y científicos se admitan nuevos o futuros medios de prueba, pues en un sentido amplio caben perfectamente dentro de los que actualmente se enuncian en el Código;

(1) H. Devis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil To. VI Edit. Temis Bogotá 1969. "Los primeros son los que están incluidos, entre los autorizados por la ley; o que considere el Juez moral y jurídicamente utilizables" "Son ilícitos los que están expresamente o tácitamente prohibidos por la ley, o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social". Ejemplo de medio ilícito: El uso de la violencia - El uso de drogas. -

digamos que hasta hace algún tiempo en los registros civiles se expedían copias a máquina de los asientos de las diversas partidas, pero desde otro tiempo acá, se permite simplemente fotocopiar el asiento solicitado y colocar por aparte del texto, una razón de la autoridad registradora que de fé de que aquella fotocopia es fiel, del texto del asiento respectivo; tal fotocopia, es también un instrumento auténtico de los que refiere el numeral sexto del citado Art. 415 Pr.

Dentro de la categoría de instrumentos, pueden incluirse también los dibujos, las fotografías, los planos e incluso las grabaciones magnetofónicas.

d) Ligera exposición sobre el origen histórico de la Prueba. Don HERNANDO DAVIS ECHANDIA, procesalista colombiano, en su Compendio de la Prueba Judicial, nos dice que la prueba ha evolucionado en cinco fases:

- 1) La fase primitiva que comprende a las sociedades en formación.
- 2) La fase religiosa, especialmente dada en el Derecho Germano inicialmente y posteriormente en el Derecho Canónico.
- 3) La fase legal que ha sometido la prueba a una tabla de selección y valoración.
- 4) La fase sentimentalista que se origina en los postu-

lados de la Revolución Francesa, como respuesta al sistema de tasación.

5) La fase científica. (1)

Ciertamente, en lo que se refiere a la primera fase - se sabe por ejemplo que los pueblos primitivos de la América Central y la cuenca del Caribe utilizaban pruebas como la confesión y la indiciaria. El cronista Torquemada, citado por Guerrero y Soriano. (2) Expone: "Los fallos de la justicia en los reinos de Guatemala, no admitían ninguna apelación. El proceso era verbal y tenía como base la confesión del reo, al que no le quedaban más que dos caminos, confesar el hecho en forma espontánea o padecer el tormento para lograr el mismo fin. Desde luego al decir que los investigadores, tal ocurrencia se operaba mediante la existencia de indicios de la comisión del hecho".

El historiador salvadoreño SANTIAGO I. BARBERENA coincide en señalar también que en El Salvador se utilizaba el mismo sistema.

(1) A. DEVIS ECHANDIA. Obra Cit. página 14.

(2) J. N. Guerrero y L. Soriano. Dcho. Aborigen en C.A. y el Caribe - Managua, Nicaragua. 1968 pág. 174.

En el reino de Tenochitlán y demás del territorio mexicano, "las pruebas aducidas por las partes en contienda, eran testificales e instrumentales, aplicándose para las últimas pinturas y mapas oficiales, a manera de catastro, minuciosamente dibujados, para el señalamiento de las tierras y conservados cuidadosamente para sus trascendentales usos" (1)

Por manera que con las citas que hemos indicado podemos dar por cierto que ya en los primeros estratos de las civilizaciones nuestras, se utilizaban medios de prueba y pruebas específicos, para llegar al convencimiento de los tribunales que - por regla general eran colegiados.

Por lo que respecta al segundo período o sea el Religioso, es bueno mencionar acá, que en la edad media se dieron los llamados Juicios de Dios, cuya finalidad era completamente poner de manifiesta la inocencia o culpabilidad.

El sujeto cuya culpabilidad o inocencia se quería demostrar tomaba con la mano un hierro candente, o sumergía el brazo en aceite hirviendo, etc., solo era considerado inocente -

(1) Dr. Esquivel Obregón. Historia del Derecho en México. - pág. 389. -

quien resistiese aquellos suplicios, sin daño.

Los duelos judiciales eran también una especie de prueba, y los torneos, que aunque impregnados de sentimientos caballerezcos servían para probar cual de los combatientes tenía el derecho de su parte.

Las Ordalías eran también pruebas a las que se sometía, en la Edad Media, a una de las partes en litigio, generalmente el acusado, A través de ellas se entendía que la divinidad revelaba la culpabilidad o inocencia del probado. Las ordalías fueron de origen germano, existiendo también en la España visigoda y se cuentan entre ellas, la del agua caliente, la del hierro candente, etc.

En cuanto se refiere a la fase legal, ésta data de los primeros ensayos de codificación como el del Código francés de Napoleón. -

La fase sentimentalista puede decirse que es la que pone de manifiesto y aboga por un sistema libre de prueba y amplio criterio en la calificación de la misma por parte del Juez.

✧ 5. - NATURALEZA DE LA PRUEBA. Al abordar el

aspecto de la naturaleza de la Prueba se pretende resolver la ques ti ón de sí la prueba y sus reglas, son institutos puramente procesales o son también de derecho material o sustantivo, o si tienen ambos caracteres a la vez. -

Se dice que existen cinco tendencias en cuanto a esta cuestión del derecho probatorio y de las normas que lo regulan, - tales son:

- 1) Se considera a la prueba como de derecho material únicamente.
- 2) Se la considera como con una naturaleza mixta;
- 3) Se le acredita una naturaleza eminentemente procesal.
- 4) Se le considera, a la vez que normas e institutos procesales, también como derecho material.
- 5) Se les asigna una naturaleza muy especial.

Desde ahora decimos, que estamos de acuerdo con - quienes sostienen que la prueba a la vez que tiene una naturaleza - procesal, la tiene material o sustantiva, o sea es a la vez un instituto procesal y un instituto sustantivo.

En efecto, esta materia se aprecia más claramente en el derecho procesal, en cuanto generalmente es ante los tribu-

nales, a propósito de un litigio, cuando las partes ocurren a probar sus pretensiones. Por ello el Código de Procedimientos Civiles les dedica muy especial capítulo.

(El número cuatro, del título tercero, Arts. 235 a 416).

Más, resulta que la materia se halla íntimamente relacionada con el derecho civil y así resulta que los principios que gobiernan la prueba forman parte del Código Civil.

En cuanto a lo último dicho, resulta que hay situaciones que deben probarse fuera del litigio, así vemos que el Art. 121 C. dice: "El notario o funcionario, no autorizará ningún matrimonio mientras no se le hayan presentado: lo. Las certificaciones de las partidas de nacimiento de los interesados, o en su defecto, certificación extendida por el Juez de ¹Primera Instancia respectivo, o del Juez de Paz en su caso, del auto en que se establezca la edad media legal del contrayente, conforme al Art. 331 de este Código" (1).

Como se puede apreciar en esta disposición, la edad

(1) Anteriormente era el Art. 134, pero en virtud de reformas introducidas, por el D. L. No. 490, Publicado en el D. O. No. 42. Tomo 234, del 29 de febrero de 1972., aparece siendo el Art. citado. -

es importante para la realización del matrimonio, de ahí, que haya que probarla mediante la respectiva partida de nacimiento, pero si tal no existiera, entonces con una certificación del Juez, del auto en que se determine la edad media; en ambos casos la circunstancia de tener que probar algo -la edad- está siendo regida dentro del orden del derecho sustantivo.

El ordinal segundo de la misma disposición citada, - exige también una prueba, la de la sentencia de aprobación de las cuentas de un tutor o curador que quiere casarse con su pupilo; - el ordinal tercero también exige comprobación de haberse seguido las llamadas diligencias de segundas nupcias.

En todos y cada uno de los cuatro ordinales del mencionado artículo, hay necesidad de una específica comprobación, y si bien se advierte, no estamos en presencia de ningún litigio - ni nos encontramos ante ningún tribunal juzgador.

En fin, nada puede ser más elocuente e ilustrativo - de esta cuestión, que la presencia, precisamente en el Código Civil, de capítulos tales como el número primero, del título décimosexto que se refiere precisamente a "las pruebas del estado civil, y el título vigésimoprimer del libro cuarto, que se refiere a "las pruebas de las obligaciones".

Por otra parte, la prueba presenta un aspecto sustantivo fundamental, que desde luego, es de Derecho Civil, como ser la determinación de los medios de prueba, su admisibilidad y su procedencia y el valor probatorio de ellas.

El Derecho Procesal se ocupa de la prueba desde el punto de vista adjetivo y de esa manera el Código de Procedimientos regula la manera de cómo aportar la prueba al proceso.

El criterio de los procesalistas se encuentra dividido en cuanto a la naturaleza de la materia de la prueba. Carnelutti, (2) por ejemplo, acepta el criterio que ve en la prueba un objeto del dominio del derecho civil, y también del dominio del Derecho Procesal, afirmando que este último solo debe ocuparse de la manera en particular en que las pruebas se aplican en el proceso. Hugo Beti, (3) , por otra parte, afirma que la materia referente a la prueba, dada su destinación está y debe estar regida solamente por las normas del Derecho Procesal; la inclusión de ellas en el Código Civil no debe dar lugar a confundirnos acerca de su naturaleza, afirma.

(2) Instituciones del Proceso Civil Italiano. BARCELONA, 1952, pág. 255

(3) Derecho Procesal Civil Italiano. Madrid. 1962. pág. 333.

JAIME GUASP, (4) por su parte, sostiene que en derecho probatorio se plantean dos ramas separadas, la procesal y la material.

Las normas consagradas en los Códigos Civiles o Comerciales para regular la forma como pueden probarse los actos y contratos, en apariencia, contemplan exclusivamente los derechos y obligaciones materiales que de éstos se deducen; pero, esto no les quita su carácter puramente procesal, porque sea que lo adviertan o no los interesados, contienen una forma de conducta para el Juez que puede llegar a verse en la necesidad de decidir en un proceso, si esos actos o contratos existieron y cuáles fueron sus características. "Toda norma que consagra formalidades Ad Probatum, tiene un carácter procesal exclusivo" (5) y nosotros agregamos, toda norma que consagre solemnidades Ad Substantiam, en principio tiene un marcado carácter material pero llegado el caso, puede servir al Juez para establecer la realidad del acto o contrato a que ella se refiere.

Antes hemos señalado disposiciones del Código Civil para justificar que la prueba no solo se halla dentro del campo -

(4) Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil. Madrid 1962. Pág. 333

(5) A. Devis Echandía. Ob. Cit. Pág. 3.

procesal, sino que es también de derecho sustantivo, ahora debemos agregar que en otras leyes de carácter Administrativo, Comercial, Laboral, se produce el mismo hecho esto es, tienen tales ordenamientos dentro de su aspecto sustantivo disposiciones de orden material que constituye pruebas. Así el Art. 126 del C. de Comercio dispone que en las sociedades de capitales, el capital se divide en "partes alícuotas representadas por títulos valores llamadas acciones".

Si bien se entiende la participación social en este tipo de sociedades se divide en acciones y el instrumento propio para acreditar el derecho a tal participación es el llamado título valor acción.

Resumiendo pues, si por naturaleza de algo se entiende su especificidad, no dudamos en afirmar una vez más, que la especificidad de la prueba la coloca de manera especial como institución muy característica del derecho adjetivo o procedimental, pero también como institución del derecho sustantivo, en cuanto a su estructuración.

6. - CLASIFICACION DE LA PRUEBA: Los tratadistas distinguen dos categorías en relación con la prueba: la que se refiere a la prueba propiamente dicha y la que trata de manera

especial a las presunciones.

En cuanto a la primera, los criterios de distinción son muy variados, contándose entre ellos los siguientes:

- 1) En consideración a la naturaleza del procedimiento.
- 2) En atención al grado de eficacia que presenten - las pruebas.
- 3) En atención al modo de su observación y percepción.
- 4) En atención a la función lógica que denotan.
- 5) En relación con el tiempo en que se producen.
- 6) En consideración a la correspondencia entre ellas y el asunto que se trata de establecer.
- 7) En cuanto a la circunstancia de poder ser libremente apreciadas por el Juez, o ceñirse a una valoración preestablecida por la ley.
- 8) Según se acerquen, más o menos, en la demostración al hecho que se pretende establecer.

Por la primera clasificación enunciada tenemos - pruebas penales, civiles, administrativas;

PRUEBAS PLENAS Y SEMIPLENAS: Por la segun-

da clasificación enunciada tenemos pruebas plenas y semiplenas. Mediante la plena prueba se alcanza un resultado positivo tal, - que se permite aceptarla en forma absoluta sin temor a incurrir en equivocaciones; por ejemplo, el dicho de dos testigos, cuando menos, en forma unánime y concordante en cuanto al tiempo, lugar y circunstancia, hace plena prueba en nuestro derecho procesal, tanto civil como penal. (1)

Mediante la semiplena prueba, no se alcanza un - conocimiento positivo y terminante de la verdad, es mas bien - un indicio lo que se ofrece, no es pues una verdadera prueba sino más bien una "prueba frustrada".

Desde antiguo se admite que hay medios de prueba que pueden producir plena certeza de su objeto y medios que solamente a mitad, producen convicción.

En realidad todo medio de prueba puede dar al Juez una convicción plena o semiplena, en cuanto no hay pruebas que - forzosamente deban tener determinada eficacia. Es el resultado y no el medio de la prueba lo que determina su eficacia respecto

(1) Vease el Art. 321 del C. de Proc. Civiles. -

a la convicción del Juez sobre la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar. De consiguiente, autores hay que rechazan esta clasificación por estar, afirman, erróneamente fundada. Por nuestra parte, creemos que si bien es cierto, que el detalle de mayor o menor convencimiento que la prueba dar al Juez no es del todo concluyente, sí tiene razón de practicidad en su aceptación. -

PRUEBAS CONSTITUIDAS O SIMPLES PRECONSTITUIDAS. Según el momento en que se producen, las pruebas son constituidas o simples y preconstituidas. Las primeras suelen darse en los procesos declarativos o de condena en muchos casos; las segundas se dan especialmente en los juicios ejecutivos.

Los documentos notariales suelen tener grandísima importancia en el campo jurídico y por la garantía que ofrecen respecto al reconocimiento de las relaciones jurídicas que en ellos se expresan tienen tal eficacia probatoria, casi imposible de desconocer, en consecuencia puede decirse que constituyen pruebas preconstituidas.

PRUEBAS CONDUCENTES E INCONDUCENTES. En cuanto sean apropiadas al hecho que se trata de establecer, las -

pruebas pueden ser conducentes e inconducentes. Así, si lo que se discute en un litigio es la problemática surgida de una confusión de límites, la prueba conducente será la de inspección y la pericial, pero, obviamente resultaría no conducente la prueba testimonial.

PRUEBA LIBRE Y RESTRINGIDA. En su apreciación, la prueba puede ser libremente valorada por el Juez, bajo un aspecto discrecional, tal como ocurre en gran medida con la forma que se señala entre nosotros, en la Ley de menores; también se halla restringida tal apreciación como en el caso de las presunciones de derecho. (Iuris et de Iure).

PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS. Las pruebas directas son aquellas mediante las cuales sin ningún obstáculo se establece la verdad de los hechos; las pruebas indirectas son generalmente intermedias en la consecución de la convicción.

PRUEBAS REALES Y PRUEBAS PERSONALES. En virtud de las primeras el Juzgador considera hechos materiales; en virtud de las segundas considera el dicho de personas.

PRUEBAS HISTORICAS Y CRITICAS. La prueba histórica se concreta en la observación personal del Juez frente al hecho a probar o en la de terceras personas aptas para representarlo ante él; la prueba crítica, se traduce en una operación lógica, - en virtud de la cual partiendo de un hecho conocido se llega a otro desconocido que también queda probado.

Hay también pruebas escritas, según se viertan en textos redactados previamente en papeles, y pruebas orales, inicialmente tomadas de viva voz, aunque luego se dejen constar - por escrito.

Por otra parte se habla de pruebas de cargo y de - descargo, o sea, que se considere la finalidad; en razón de aquellas se pretende atribuir el hecho al demandado o procesado, en razón de éstas, se le trata de exonerar del hecho o al menos de suavizar la responsabilidad.

Mencionemos también que hay pruebas de oficio, de parte, y de terceros, sumarias y controvertidas, posibles e imposibles, perfectas o completas e imperfectas o incompletas.

Finalmente no debe olvidarse la clasificación de la

prueba en formales y Ad Substantiam Actus; aquellas son puramente procesales, éstas son más que todo de la esencia o sustantividad del hecho.

Ultimadamente también las pruebas, según el medio por el que se produzcan, son testimoniales, periciales, instrumentales, confesionales, juramentatorias, inspeccionales, etc.

CAPITULO II

Sumario: 1. - Principios que conforman la institución de la prueba. 2. - Sistemas para fundamentar la prueba. 3. - Objeto de la prueba. 4. - Finalidad de la prueba. 5. - Valoración de la prueba. 6. - Carga procesal y carga de la prueba. -

1. - PRINCIPIOS QUE CONFORMAN LA PRUEBA.

* a) Principio de necesidad de la prueba. En el capítulo anterior al hablar de la importancia de la prueba, citábamos el Art. 422 del Código de Procedimientos, que determina que es necesaria la prueba plena y perfecta de los hechos para resolver el negocio jurídico. Esta necesidad a que alude dicho Artículo es ciertamente una garantía muy valiosa para los derechos y libertades individuales, en cuanto si hay prueba de los hechos - pueden evitarse actitudes parciales del juzgador. Cualquiera que sea la clase de juicio que se realice la prueba debe producirse, así pues, se conforma este principio de la necesidad de la prueba.

Se afirma por otra parte, que el Juez cuando juzga sobre una cuestión, puede tener un conocimiento privado del asun

to, lo que no le autoriza a no ordenar la recepción de pruebas, -
pués está obligado a recibir la que los interesados le ofrezcan.
En razón del conocimiento privado que se pueda tener, lo que si
es procedente, es que el Juez mismo ordene la aportación de tal
o cual prueba, así cumple mejor con el principio, pero ello no
atenta contra la obligación de recibir la de las partes.

De manera que a lo que se concreta este principio
de necesidad de la prueba, es al hecho de que todo lo que se pre
tenda en el proceso, debe ser probado por las partes o en algu-
nos casos por la propia iniciativa del Juez.

En el Derecho Penal, donde el principio de oficio-
sidad impera, el Juez es realmente un investigador, en miras, -
siempre a que se produzca la prueba de los hechos, todo lo cual
es confirmatorio del principio enunciado.

Debe aceptarse por otra parte, que una cosa es que
el Juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciati
va probatoria, y otra, que sin necesidad de pruebas declare un
hecho porque lo conoce privadamente.

★ b) El principio de la unidad de la Prueba. General-

mente la prueba que se aporta al proceso es múltiple, a veces los medios son diversos (testimonios, indicios, documentos) a veces - hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios, varios documentos). Significa este principio que el conjunto probatorio - del juicio forma una unidad, y que como tal, debe ser examinado y apreciado por el Juez, para confrontar las diversas pruebas, aportadas por ambas partes, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme. (1).

c) Principio de prueba única de los hechos. Merced - a este principio, resulta que solamente los hechos (este término hechos es connotativo de actos, para estos efectos) pueden y deben - probarse, no así el derecho; los hechos son o el producto de la naturaleza como el nacimiento y la muerte (se les conoce como hechos con efecto jurídico), o los actos de las personas, que por ser ajenos al conocimiento de la totalidad de ellas y muy específicos - de cada caso jurídico, con mucha mayor razón deben ser comprobados. -

El derecho, que se define como con caracteres de -

(1) Antonio Dellepiane. Obra citada. Pág. 54.

generalidad, abstracción, impersonalidad, se supone conocido por todas las personas, de ahí que este principio se complementa con la disposición consagrada en el Art. 8 del Código Civil en cuanto "nadie puede alegar ignorancia de la Ley", si tal disposición obliga a toda persona a conocer la Ley, con mayor razón obliga al Juez.

No obstante como excepción, se exige en algunos casos la prueba del derecho extranjero, y tal se regula en los Arts. 408 y siguientes de la Convención de Derecho Internacional Privado, mejor conocida como Código de Bustamante. Igualmente se exige la prueba de la costumbre como originaria del derecho, especialmente en materia de comercio; finalmente se exige probar la jurisprudencia también como fuente del derecho.

✱ d) Principio de comunidad de la prueba. La idea de este principio es la de que la prueba es común al proceso y a la parte que la aporta en todo su contenido, en cuanto le beneficie y le perjudique, es consecuencial con el principio de unidad. Ciertamente no podría admitirse que una prueba sea aceptada solo en lo que beneficie a su presentante, ya que no es patrimonio de ninguna de las partes, y luego, por que lo que trata de demostrar es la realidad del hecho en forma completa y no solo respecto de una -

persona.

De ahí que "este principio determine la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya recibida, pues solo si se la considerara patrimonio procesal del aportante o petionario, o para su solo beneficio podría aceptarse que la retirara o dejara sin efecto". (2)

El efecto del principio de comunidad de la prueba, queda mejor evidenciado en los casos de acumulación de autos en donde la prueba de algún hecho común a los procesos, obtenida en uno de ellos, sirve para fallar también en el otro, pues si el Juez llega a una convicción del hecho común en uno de los procesos, sería ilógico no admitir tal convicción en el otro de ellos.

e) PRINCIPIO DEL INTERES PUBLICO DE LA PRUEBA. En virtud de éste, se considera a la prueba como de orden público y por lo mismo no puede ser derogada por la voluntad de los particulares; supuesto que la prueba pretende llevar la verdad al Juez, hay un interés público en su función, no podría ser de otra manera, pues, si bien es cierto que las partes persiguen tutelar su interés privado, también es cierto que el juzgador solo llena una función que es la de garantizar a la comunidad la observancia del

(2) H. Devis Echandía, Obra citada. Pág. 18

orden y el derecho, entonces todo aquello que coopere con el Juez - en su función, como la prueba, es de orden público; la acción del Estado y la prueba solo secundariamente persiguen la protección del interés privado de la parte que trata de obtener la declaración respectiva y consecuentemente el éxito de su pretensión o excepción.

f) PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y CONTRADICCIÓN EN CUANTO A LA RECEPCIÓN DE LA PRUEBA. Se dice que las pruebas deben ser rendidas en debate contradictorio o por lo menos dando oportunidad a las partes para producirlas y objetar las de la contraria; en cuanto al aspecto de la contradicción de la prueba, resulta que aquella parte contra la que se opone una prueba, goza de igualdad en el sentido de poder discutirla utilizando incluso su derecho para contraprobar, es pues consecuente con el esquema de la bilateralidad del proceso.

La doctrina estima que aquellas pruebas que la Ley permite sean aportadas como acto previo, tales como la inspección o peritaje, deben ser ratificadas en el proceso, a fin de que lo que en principio no ha sido discutido, pueda serlo con posterioridad, aunque sea por otros medios.

En cuanto a la igualdad propiamente dicha, se estima - que las partes deben gozar de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de la prueba, independientemente de que se pretenda contradecir o no a otra prueba.

g). PRINCIPIO DE PRECLUSION DE LA PRUEBA. Este principio atinge al momento del proceso en que se puede aportar la prueba. Casos hay, en que se aporta antes del proceso, tal como se aprecia de lo dispuesto en el Art. 162 del Código de Procedimientos Civiles.

Pero de manera general la prueba se vierte dentro - del juicio y en efecto hay un término especial (3); en nuestro derecho, en el proceso ordinario el término de prueba es de veinte - días; en el proceso sumario y en el ejecutivo, es de ocho días; sin embargo hay pruebas que pueden ser aportadas aún fuera del término, siempre que se solicitare hacerlo dentro de aquel, tal como podría suceder con una absolución de posiciones. La tacha de - testigos, que es una contraprueba, puede aportarse fuera del término y su solicitud puede también hacerse despues de que éste hubiere transcurrido. -

(3) ElPallares, Derecho Procesal Civil. Edit. Porrúa, México 1968
Pág. 355.

Sin lugar a dudas, donde mejor se aprecia el principio de la preclusión de la prueba es en el juicio ejecutivo, en el cual - el término probatorio es fatal y no puede ser ampliado por ninguna razón, de tal forma que solo dentro de él se puede ofrecer y vertir la prueba, de cualquier clase que ésta fuese. (vease al respecto el Art. 595 Pr.).

h) PRINCIPIO DE IDONEIDAD DE LA PRUEBA. Este principio es consecuente con el de la economía procesal. En nuestro derecho donde la valoración de la prueba no es libre, los medios de ésta, deben por si mismos y o por su contenido servir absolutamente para el fin que se propongan; deben pues, ser procedentes, con lo cual se consigue que el tiempo y el trabajo del funcionario judicial se aprovechen al máximo.

i) PRINCIPIO DE VALORACION DE LA PRUEBA. - Desde luego, es obvio que la simple aportación de las pruebas no realiza la convicción; tiene por ello que ser evaluada según su rango y categoría en relación con los objetos y las personas que las producen. Solo así se explica que haya disposiciones legales que ordenan que en presencia de varias pruebas de la misma naturaleza, el Juez discrecionalmente, dé a unas, más aceptación que a las otras previo análisis de todas ellas; por ejemplo frente a dos

testimonios sobre un mismo punto, que se contradicen, se valorará positivamente mejor, aquel que proceda de persona que ofrezca garantía de moralidad, y se valorará menos, el que provenga de persona de conducta notoriamente reprochable. -

j) EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. El Derecho Procesal es derecho público y por ello el proceso en última instancia y en razón de este carácter, es también público, y en consecuencia, todo aquello que forma parte de él es de orden público. Desde luego, que sea público el proceso no debe entenderse como contradicción a la circunstancia de que los intereses que se diluciden a través de él sean de orden privado; en un régimen de derecho puede afirmarse que lo que se persigue con él es el mantenimiento de la armonía social, pues si se permitiera que los particulares venturaran por sus propios medios todos sus problemas, sería muy difícil esperar fallos justos. -

Por manera que este principio de publicidad en cuanto respecta a las partes y a la prueba se concreta en el hecho de que cada parte tiene el derecho a conocer en todos sus componentes, las pruebas que cada una de ellas aporta al proceso, para proceder de esa manera a analizarlas y en consecuencia poder contra probar

los hechos. -

Otro enfoque de este principio es el de que el fallo del Juez debe ser igualmente conocido por las partes, especialmente en lo que respecta a la valoración de la prueba, ya que si tal valoración no ha sido suficientemente elaborada puede que el fallo se impugne por los medios legales.

Tan deben conocerse las pruebas por las partes, que en el proceso ordinario existe una fase llamada "traslados para alegar de bien probado" Arts. 525 y 526 Pr.(1) De acuerdo a estos preceptos cada parte puede y debe reforzar la prueba presentada - en su período correspondiente, pero también enjuiciar la prueba presentada por su contraria. Estos traslados pues, sirven para redondear aquellos aspectos de la prueba que pudieran presentar cierta - confusión y aclarar su significado; debe entenderse que no se trata de aportar nuevas pruebas, sino de complementar con alegaciones las ya ofrecidas. -

(1) Art. 526. Agregadas al proceso las pruebas, se entregará este al demandante para que dentro de seis días, contados desde el siguiente al de la última notificación, alegue de nueva prueba y concluya por su parte. De este alegato se dará traslado al co-litigante, quien de igual forma y tiempo hará otro tanto. -

k) EL PRINCIPIO DE COORDINACION DE LA PRUEBA.

La Prueba ha de ser dirigida, coordinada en su recepción, lo cual garantiza su eficacia en el proceso, siendo ésta una función del Juez, la coordinación de la prueba se ejercita desde el instante mismo de su admisión o inadmisión. El Juez al actuar en esta forma lo hace conforme la misma ley se lo indica. Obsérvase por ejemplo que cuando se recibe una prueba testimonial y se alega al momento de hacer repreguntas al declarante (a iniciativa del Juez o de parte) el Juez debe, primero, considerar la procedencia o la improcedencia de la repregunta; segundo, debe velar porque ésta se haga en el límite numérico que la ley establece (tres repreguntas por cada punto específico de la declaración) Art. 308 Inc. 2o. Pr.

De manera que el juzgador no puede estar pasivamente frente a la prueba, sino que debe procurar que se reciba de tal forma que se facilite su apreciación, tanto más cuanto que constituye posteriormente la motivación del fallo.

Coordinar la recepción de la prueba, permite también ejercitar el principio de economía procesal, ya que solo de esta manera las pruebas necesarias se verterán en tiempo oportuno y preciso. -

L) EL PRINCIPIO DE LA CARGA PROBATORIA: Aunque adelante haremos mención más extensa sobre la carga de la prueba, nos permitimos anticipar algo en este lugar. En general el actor debe probar sus pretensiones; es decir, que inicialmente la ley supone como primer obligado a probar, a quien demanda algo. (así lo expresa claramente el Art. 237 Pr.). No obstante ello, el reo o demandado puede encontrarse en la obligación de probar hechos específicos, como cuando se excepciona y alega circunstancias positivas en su favor. Por ejemplo, cuando el reo niega las pretensiones del actor y afirma haber pagado la obligación, en tal caso debe establecer ciertamente la circunstancia del pago con la carta o recibo correspondiente; pero por otra parte es posible que una presunción se encuentre obrando contra el demandado no obstante que el actor no haya aportado prueba alguna, en esta situación, el reo se haya obligado a probar que los supuestos de la presunción no existen, a fin de desvirtuar aquella en su propio beneficio. (inciso 2o. del mismo - Art. 237 Pr.) -

Este principio de la carga de la prueba, implica una - gran responsabilidad para el que está obligado a probar pues de su - negligencia en la aportación de evidencias se corre el riesgo de perder el pleito no obstante la justicia de su derecho. -

OTROS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA. Todos los anteriormente mencionados, son los más importantes principios generales sobre la teoría de la prueba. Algunos autores señalan otros tales como: el de oralidad o escritura de prueba; limpieza o nitidez de la prueba; espontaneidad y moralidad de la prueba; concentración de prueba; originalidad de la prueba; imparcialidad en la apreciación de la prueba; formalidad de la prueba, etc. -

De manera que hay principios suficientes y valederos para que exista una teoría general de la prueba, aplicable no solo al proceso civil, sino también al penal, laboral, contencioso administrativo: "es a la luz de ellos como el Juez y el abogado orientan su criterio, para la producción, recepción y valoración de la prueba" (2).

2. -SISTEMAS PARA LA VALORACION DE LA PRUEBA.

Propiamente hablando a través de esta expresión, lo que se trata de exponer es la actitud diversa que se observa en el juzgador frente a la prueba. ¿Cómo? ¿De qué manera? ¿Con qué limitaciones o sin ellas ha de apreciarlas para poder fallar el litigio?

(2) H. Devis Echandía. Ob. Cit. Pág. 17 y siguientes. -

Pero también se ha creído que a través de esta cuestión se debate la circunstancia de ¿quién puede aportar la prueba?

En cuanto a lo primero, o sea la actitud frente a la prueba se habla de cuatro sistemas fundamentales de valoración, a saber:

- a- Sistema de la libre apreciación de la prueba;
- b- Sistema de la prueba legal o tasada;
- c- Sistema mixto;
- d- Sistema de la sana crítica, o también llamada prueba razonada.

En cuanto a lo segundo, se habla del sistema dispositivo y del inquisitivo.

Veamos una por una tales cuestiones:

1o. - Sistema de la apreciación libre. Por el, se otorga al Juez completa libertad en la estimación de la prueba. No solo puede el Juez apreciar sin obstáculo legal alguno, sino que también es libre de seleccionar las máximas de la experiencia para la valoración; "dentro de este método el magistrado, adquiere el conocimiento de la verdad, con la prueba de autos; fuera de la prueba de autos y aún

contra la prueba de autos" (1) tal que "la libre convicción, debe entenderse como el modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al Juez ni en medios de información que puedan ser fiscalizados por las partes" (2) La libre convicción puede no apoyarse en hechos probados y puede también apoyarse en circunstancias del conocimiento privado del Juez, adorna a la libre convicción tal rebustez moral que no se precisa que el juzgador tenga que hacer una construcción lógica del proceso de su convicción.

Se afirma que éste puede ser el mejor sistema para llegar a la verdad, pero su mayor inconveniente, se dice, es que esta libertad es obstáculo para prever el resultado del proceso. En otras palabras si alguien decide mover el órgano jurisdiccional en procura de justicia, según la verdad de su petición y el valor de la prueba que posea, puede anticiparse al fallo y sentirse ciertamente protegido; pero no sería igual si el sistema de absoluta libertad para valorar la prueba resultara dando poco o ningún valor a las suyas, a pesar de la justicia de su derecho. Esta es una de las razones para -

(1) E. J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ed. Depalma. Buenos Aires 1962. Pág. 273.

(2) Couture. Obra citada. Pág. 274.

la limitación del sistema de prueba libre.

Se arguye en contrario que la libre convicción es, como dice Couture "una regla del correcto entendimiento humano" y agrega "existen algunos principios de lógica que no podrían nunca ser desoídos por el Juez"; pero para que tales principios sean tenidos en cuenta es preciso que el Juez tenga libertad en la apreciación del material probatorio.

Bien ejercitado el conocimiento de esos principios de lógica a que alude Couture, ciertamente el sistema de prueba libre sería el ideal; pero no puede pasarse por alto, que este sistema llevado hasta sus últimas consecuencias no es sino la expresión de un régimen voluntarista de apreciación de la prueba.

Este sistema tiene especial aplicación en la función del tribunal del jurado, particularmente en el Código Penal, cuyo Art. 284, establece que el jurado debe limitarse a decidir sobre la culpabilidad o inculpabilidad del reo, dejando la valoración de prueba estrictamente al Juez de la causa.

Conviene recordar acá la polémica tan interesante que

se viene suscitando en nuestro país desde hace algunos años acerca de la conveniencia o inconveniencia de tal instituto jurídico.

Como lo que importa en este sistema es que el Juez - valore libremente la prueba, puede decirse entonces que el simple - señalamiento de medios probatorios en un Código no constituye una - limitación a este sistema, antes bien, puede ser un factor de comple - mentación (tal como viene ocurriendo en el derecho alemán). De ma - nera que bien puede este sistema de valoración coexistir con el siste - ma de prueba tasada.

Entre nosotros es posible que encontremos cierta pro - cedencia reglada de este sistema, si se aprecia el texto del Art. 421 Pr. en cuyo último párrafo se prescribe que las sentencias serán fun - dadas en "...consideraciones de buen sentido y razón natural" - aunque ello solo se producirá en falta de ley aplicable en el fallo, - o de jurisprudencia, con lo que sigue prevaleciendo el sistema de - la prueba legal o tasada.

Con todo hay siempre entre nosotros un ordenamiento en el cual en todo caso se permite al Juez, que a pesar de las prue - bas aportadas, falle con cierta amplitud, tal es el Código de Menores,

de reciente promulgación, el cual en su Art. 81 hablando de la investigación de los hechos y medidas preventivas, dispone: "Al recibir las diligencias a que se refiere la sección primera de este capítulo o iniciadas que fueren por el Juez tutelar de menores; este continuará o seguirá información sobre todos los hechos y circunstancias del caso e investigará la personalidad de los menores y su conducta, quedando a su prudencia la forma de investigación en base a los criterios científicos" y el Art. 81 inc. 2o. y 3o. que dice: "concluida la investigación y oyendo previamente al representante legal del menor o al procurador de menores adscrito al tribunal, el Juez tutelar dictará resolución, la cual no estará sujeta a las formalidades procesales ordinarias. Los hechos atribuidos a los menores serán apreciados preferentemente con un criterio de asistencia y protección a los mismos; y los elementos de juicio para las resoluciones serán estimados por el Juez bajo su potestad discrecional, debiendo razonar los motivos en que funde su decisión".

No puede ser sino libre convicción la que el Juez obtenga de una investigación cuya valoración queda "bajo su potestad discrecional" tal como lo expresa el precitado Art. 81 del Código de Menores; al igual que no puede sino haber libre convicción como resultado de "una resolución que no está sujeta a las formalidades pro

cesales ordinarias", como lo que prescribe el mismo artículo.

2o. - Sistema de la Tarifa Legal, o Prueba Legal o Prueba Tasada. Conforme a este sistema, la valoración de la prueba no depende del criterio del Juez; ésta se encuentra previamente regulada por la Ley y el Juzgador debe aplicarla tal como se prescribe, sea cual fuere su criterio personal; en este sistema la ley señala reglas fijas de carácter general, según las cuales se juzga la admisión de los medios de prueba y su eficacia. Por ejemplo - cuando se afirma que "dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes contesten en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, hacen plena prueba" Art. 321 Pr.; en tal caso la ley está señalando de antemano el grado de eficacia que a la prueba deducida de esas dos deposiciones se le reconocerá.

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

el Fuero Viejo de Castilla, variaba el número de testigos, según - que el litigio versara sobre muebles o inmuebles, y según que discutieran hombres de la misma ciudad; si la demanda entre hombres del mismo pueblo eran sobre bienes muebles debía ser probada por dos testigos, si era sobre inmuebles se requerían cinco testigos; - de ellos, tres debían ser Fijosdalgos, y labradores los otros"(1)

Hay otros tantos aspectos que se toman en consideración para señalar la validez de la prueba por este sistema; así el mayor o menor detalle de moralidad del testigo, lo hace más o menos acreditable. (Art. 332 No. 5 y 323 Pr.); si se trata de probar falsedad - de documentos se regla el número de testigos según sea el documento auténtico o público (cuatro testigos) o según sea privado (dos testigos) Art. 321 Inc. 2o. Pr., la confesión dada por un reo según - sea ante el Juez o ante otra autoridad, hace plena o semiplena prueba.

Desde luego, el sistema de tarifa legal corresponde a sociedades organizadas jurídicamente, porque implica una reglamentación acuciosa, que no se concibe en las sociedades atrasadas.

(1) E. J. Couture. Obra citada. Pág. 268.

La taxatividad de los medios de prueba es otro factor ilustrativo de este sistema de tarifa legal de pruebas. Si bien se aprecia, los únicos medios de prueba están indicados expresamente en los códigos. Entre nosotros, el Art. 253.Pr. dice: "Las Pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relaciones de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular, y con el juramento o con la confesión contraria, y con presunciones"; o sea, que los enunciados son los únicos medios de prueba admisibles.

Ventajas y desventajas de este sistema. Fundamentalmente, se dice, que este sistema consagra una oposición antinatural entre el conocimiento humano y el jurídico, y ello implica una desventaja; se asienta el sistema en una desconfianza respecto del juzgador, el cual se convierte en un autómata, despersonalizado.(2)

Por su inflexibilidad y dureza, este sistema es incompatible con la justa y precisa percepción de los hechos que se juzgan en el proceso, cuya apreciación en concreto escapa a las previsiones legales generales que por lo regular llevan a la fijación de una verdad

(2) Hernando Devis Echandía. Compendio de Pruebas Judiciales. Editorial Temis Bogotá 1969. Pág. 35. -

puramente formal, sin relación alguna con los elementos reales del proceso. En consecuencia de lo anterior, "se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia, se convierte el proceso en una justa aleatoria propicia a sorpresas y habilidades reñidas con la ética; se sacrifican los fines naturales de la institución por el respeto a fórmulas abstractas, y se olvida que el derecho tiene como función primordial, realizar la armonía social, para lo cual es indispensable que la aplicación de aquel a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad de verdadera justicia. No cabe duda que con este sistema no se alcanza esa finalidad.

El sistema de la prueba tasada no solo se asienta sobre la desconfianza en la magistratura sino que hace ver en el magistrado, incapacidad o irresponsabilidad y falta de interés por la función que se le encomienda, aunque en verdad, con jueces debajo nivel moral y técnico, cualquier sistema probatorio por excelente que sea fracasa en su cometido.

En cuanto ventajas, Carnellutti, citado por Pina y Larrañaga dice que: "el sistema tiene una verdadera y gran ventaja, en que la valoración de ciertas pruebas hecha por la Ley en -

el sentido de que, respecto a unas no se puede desconocer y respecto a otras no se pueda reconocer la eficacia, por parte del órgano jurisdiccional, incita, por una parte a proveerse, en los límites de lo posible, de pruebas eficaces y facilitar el desenvolvimiento del proceso; por otra parte permite preveer hasta cierto punto, el resultado y por ello las estimula a abstenerse de la pretensión o de la resistencia, en los casos en que la una o la otra no estén apoyadas por pruebas legalmente eficaces" (4). -

3o. - Sistema Mixto de valoración de la Prueba. Por tal entienden algunos aquel que se regula de tal manera que no obstante haber tasación de los medios de prueba, se permite al Juez valorar libremente a los que la tarifa señala.

Autores como Devis Echandía rechazan tal idea del sistema mixto, en cuanto es más práctico el del señalamiento - taxativo de medios de prueba a la manera genérica que se utiliza actualmente, lo que no choca con la libre apreciación del Juez sobre estos medios señalados.

(4) Carnellutti. Sistema de Derecho Procesal. Tomo II. Pág. 472.

4o. - El Sistema de la sana crítica. Este sistema de valoración, pretende ser una posición intermedia entre el de la libre apreciación y el de la prueba tasada, sin ser tan rígido como el último ni tan incierto como el primero.

Las reglas de la sana crítica son las del correcto entendimiento. Lógica y experiencia se reúnen en él contribuyendo a una valoración de la prueba, apegada a la realidad y la experiencia. -

El Juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a su voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente, porque ello, como dice Couture, es propio del sistema de la libre convicción; la sana crítica no hace abstracción, sino que se mantiene fundada en los elementos reales que el proceso le ofrece, en consecuencia, el fallo es también apegado a la realidad.

Hay un proceso lógico en la sana crítica, lógico pues; se acoge a principios de tal disciplina, como el de identidad, el del tercero excluido, el de contradicción, según expresa también Couture, "Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la manera siguiente: los testigos declaran que presen-

ciaron un préstamo en monedas de oro, como las monedas de oro se parecen a las de plata, condeno a devolver monedas de plata" (1). El error es evidente pues el razonamiento falla al principio de identidad de las cosas. -

Además de que mediante este sistema deben aplicarse los principios lógicos, las reglas de la experiencia que el Juez ha llegado a dominar deben compaginarse con aquellos para la conclusión real del proceso.

A pesar de todo, nos parece que no hay una clara diferencia entre este sistema y el de la libre convicción; efectivamente, Couture afirma que ella se halla en el hecho de que la sana crítica se funda en máximas de experiencia y en principios lógicos, - siendo ellos verdaderas limitaciones a una libre convicción. Lo - que parece ser diferencia evidente no lo es para nosotros, pues en la libre convicción creemos que siempre entran en juego la lógica y la experiencia, ya que el Juez por mucho que quiera sentar en - un fallo su personal criterio, para llegar a ello tiene que echar mano de otros datos ya dados, y a los que él les concede algún valor, y dentro de tales datos se encuentran la experiencia y la lógica.

Si se admitiera tal diferenciación resultaría que el Juez que utiliza la libre convicción para fallar no sería si no un hombre carente de sensibilidad y de capacidad de razonamiento, puesto que no aplicaría ni la lógica ni la experiencia; se presume que quien es juzgador tiene el nivel intelectual y moral suficiente para conocer cuestiones tan elementales como los principios lógicos y el valor de la experiencia; no se puede pues asegurar que en razón de la libre convicción no se aprecie tales materiales, aunque sea en forma implícita.

Para que un Juez fallando por libre convicción, olvide la lógica y la experiencia, tendría que ser una persona que vive en un mundo completamente aparte del nuestro, de lo contrario, su propio medio le hace tener conceptos e ideas generalmente comunes, acordes al momento y a su formación cultural.

Finalmente, quien puede garantizar que la aplicación de los principios lógicos y de la experiencia será siempre correcta? ¿Se equivocará el Juez?, siempre estaríamos en la incertidumbre de probar efectivamente o no el derecho o la excepción, a pesar de poseer medios de prueba con suficiente eficacia de nuestro favor.

En conclusión creemos que el sistema de libre convicción y de la sana crítica se identifican en punto práctico y que si alguna diferencia existe entre ellos es puramente conceptual y no de realidad.

5o. - Los sistemas inquisitivo y dispositivo. Como ya habíamos comentado, esta clasificación no se refiere a la valoración de medios de prueba, sino más bien al detalle de quien procura la aportación de la prueba en el proceso.

Por sistema inquisitivo se entiende el régimen procesal en el que las funciones se encuentran centralizadas en una sola persona, (el Juez), quien tiene a su cargo la adquisición de los elementos de prueba, tanto de cargo como de descargo.

En efecto, según ello el Juez es quien dispone de la prueba en todos sus aspectos, ordena el medio que mejor le lleve a la verdad, señala los hechos que más relevancia tengan a su juicio, para la averiguación del caso, es, como también se le conoce, una función oficiosa. Las partes en el proceso pueden no aportar prueba alguna, pero el Juez se preocupa por hacerla llegar al juicio. Tal sistema es propio del Derecho Penal, especialmente aplicado

en la fase de instrucción del proceso criminal, convierte al juzgador en un investigador real de los hechos.

Veamos que el capítulo I del Código de Instrucción Criminal, precisamente se llama "Del procedimiento de oficio" y el Art. 28 del mismo Código expres: "Procedimiento de oficio es la averiguación y castigo de los delitos y faltas que hace el respectivo funcionario, por noticias judiciales o extrajudiciales, por queja del ofendido o por denuncia de cualquier persona, sin mostrarse parte el quejoso o denunciante". Por otra parte, el Art. 29 dice: "Los funcionarios competentes procederán de oficio a la averiguación y castigo de los delitos y faltas de que trata el Código Penal y las Leyes de Policía".

En realidad este sistema encaja con propiedad en el Derecho Penal (también en el Laboral y en el Fiscal), pues de lo que se trata es de prevenir o sancionar conductas ilícitas y dañinas a la sociedad. No se puede esperar que solo el interés del dañado movilice la consecución de la prueba, pues el delincuente es un enemigo general del grupo social.

Por sistema dispositivo se entiende aquel por virtud del cual se deja en manos de los interesados o de las partes toda

la labor de iniciación, determinación del contenido u objeto e impulso del proceso y de la aportación de prueba.

Acá el Juez no puede sugerir siquiera el medio probatorio, debe aceptar unicamente lo que las partes le ofrezcan. Art. 237 Pr.

Este sistema dispositivo es el que se emplea en el Derecho Procesal Civil; es más propio, pues con el se regulan situaciones puramente de corte privado, asuntos lícitos, de la voluntad de las partes.

Excepcionalmente en materia de Derecho Familiar se aplica el sistema inquisitivo en lugar del sistema dispositivo, y así vemos que el Art. 840 Pr., prescribe: "siempre que el Juez, tenga noticia que en el territorio de su jurisdicción exista alguna persona que carezca de guardador, dispondrá que a la mayor brevedad se compruebe el hecho y resultando cierto nombrará a un tutor o curador interino al desamparado".

O sea que en el caso que prevee la disposición el Juez deberá recoger la prueba que le demuestra la falta de guardador de

la persona.

Pero aparte de la excepción enunciada se puede afirmar que el mejor sistema en Derecho Procesal Civil es el dispositivo, - aunque ciertas relaciones jurídicas de carácter civil convendría establecerlas, algunas veces inquisitoriamente.

3o. - EL OBJETO DE LA PRUEBA: Este tema concierne al problema de qué es lo que debe probarse; al respecto doctrinaria y positivamente se admite que el objeto de la prueba lo constituyen - los hechos; pero estos hechos tienen características especiales, con lo que resulta que no todos ellos necesitan ser probados. Los hechos específicos susceptibles de ello, son los dudosos y los controvertidos.

El Art. 235 Pr. así lo confirma al decir: "Prueba es el medio determinado por la Ley para establecer la verdad de un hecho controvertido", dentro de la categoría de hechos que no constituyen - objeto de prueba, debe especificarse, que algunos no lo son porque no necesitan prueba y otros no lo son por no permitirse su prueba.

Conviene aclarar que por "hechos entendemos aquí, no solo los ajenos a la voluntad humana (hechos propiamente dichos),

sino tambien aquellos acaecimientos originados en la voluntad de las personas (denominados actos jurídicos). Los hechos propiamente dichos pueden dividirse en hechos con efecto jurídico (como el nacimiento y la muerte), y hechos sin efecto jurídico, (como la caída de una piedra).

Es decir, que la prueba puede recaer sobre un hecho de la vida ocurrido fuera de la voluntad humana, o sobre actos jurídicos..

Naturalmente que el Derecho Procesal señala las condiciones específicas determinativas de la necesidad de la prueba del hecho, así por ejemplo, cuando se señala que una de las formas de establecer la paternidad es comprobando los hechos del concubinato, se indican circunstancias tambien de hecho, muy importantes para que tal concubinato se convierta en un elemento eficaz de la hipótesis de la paternidad; tales circunstancias son las de publicidad y notoriedad, o sea que estos calificativos deben acompañar la relación entre hombre y mujer. (vease el ordinal 5o. del Art.283 Pr.).

Otro ejemplo lo constituye la causal de divorcio ebriedad. Este hecho debe ser establecido en el proceso, pero el orden -

legal dispone que para que sea verdadera causal, debe establecerse también, la circunstancia de que tal ebriedad se acompañe de escándalo público. (vease Art. 145 numeral 6o. C.); igualmente se prescribe escándalo público, para complementar la causal de adulterio (numeral 3o. del mismo art. citado.)

Desde luego que los hechos para ser probados en el proceso deben tener alguna relevancia para los fines de éste; tal relevancia puede ser, su posibilidad o realidad, su influencia, su pertinencia; a contrario sensu en virtud del principio de la economía procesal no se admite en el juicio la prueba de hechos imposibles o impertinentes.

El hecho imposible solamente cabe en la imaginación sin que tenga realidad perceptible; el hecho pertinente es el relacionado con aquello que se quiere probar, mediante lazos lógico-positivos entre tal hecho y su representación; el hecho concluyente es aquel que por si mismo lleva a la convicción de verdad.

El fin de la prueba, es pues la convicción del Juez respecto a la existencia y circunstancias de los hechos que constituyen su objeto.

La noción de objeto de la prueba es puramente objetiva y abstracta y muy general, en cuanto trasciende el campo procesal.

Devis Echandía, hace una distinción entre objeto de la prueba, necesidad de la prueba y carga de la prueba, al decir, que "por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar, - en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba", "por necesidad de la prueba debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria", y que "por carga de la - prueba se determina lo que cada parte tiene interés de probar"(1)

De la anterior diferenciación concluye dicho autor - afirmando que "cuando los autores hablan de que el objeto de la - prueba son los hechos controvertidos y negados y más ampliamente los no aceptados, excluyendo aquellos en que hay acuerdo expreso o tácito entre las partes, confunden el concepto de objeto con - el de necesidad o tema de la prueba" (2).

Ciertamente, el citado autor tiene razón pues la verdad es que el objeto de la prueba es en general el hecho o los hechos,

(1) Devis Echandía. Obra citada. Pág. 43
(2) Devis Echandía. Obra citada. Pág. 43.

sean estos discutidos o no; pero creemos que cuando los códigos, - como el nuestro dicen, que el objeto de la prueba son los hechos - controvertidos, lo que se hace es solamente una limitación en atención al carácter controversial del proceso, y por otra parte, - porque, ciertamente por razón de economía procesal sería ilógico que se tratara de probar hechos no controvertidos y si tácita o expresamente aceptados.

Autores hay que expresan que el objeto de la prueba, son las afirmaciones de las partes y no los hechos, y sin embargo no se puede dudar que en definitiva las afirmaciones se fundamentan en hechos, por lo que en necesariamente viene a resultar lo mismo.

El hecho controvertido debe probarse por cuanto - sobre su certidumbre es que las partes discuten, porque han - podido ser u ocurrir, o no, y del establecimiento de su realidad depende el éxito o fracaso de una de las partes. -

El hecho controvertido puede ser una conducta positiva o negativa, voluntaria o involuntaria, individual o colectiva; la palabra misma según sus circunstancias; también las cosas u

objetos materiales, los documentos, la persona física, los estados psíquicos, etc.

Decíamos antes que no todos los hechos han de probarse necesariamente en el proceso; así resulta que el derecho es conocido de todos y no necesita ser demostrado; los hechos admitidos expresamente tampoco necesitan ser probados; igualmente los hechos tácitamente admitidos; los hechos presumidos por la ley; los hechos normales y los notorios.

El derecho no necesita ser probado pues se presume conocido y se entiende así porque la ley tiene una importancia vital en las relaciones sociales, tal que se podría afirmar que es la infraestructura de la conducta del grupo; no obstante hay excepciones a este principio y resulta así, que el derecho extranjero si debe ser probado; igualmente la costumbre como fuente de derecho, y también la jurisprudencia.

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO. Cuando se dice que el derecho no necesita de prueba, nos referimos al derecho nacional, pues no podría exigirse el conocimiento de reglas lejanas y ajenas a nuestra realidad, por ello el Art. 238 Pr., dis-

pone: "el que apoye su derecho en leyes extranjeras, debe comprobar su existencia en forma auténtica"; como presupuesto se exige - pues, que se demuestre la realidad de la ley que se invoca.

Precisamente tal existencia, entre nosotros debe ser establecida en conformidad al Código de Bustamante, cuyo Art. 409reza textualmente: "la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante, en uno de los otros, o - disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trata, que deberá presentarse debidamente legalizada" (1).

Como se puede apreciar se necesita el testimonio de cuando menos, dos abogados del país de la ley que se trata de aplicar, más creemos que se puede utilizar cualquier medio probatorio que ayude a justificar el ordenamiento cuya aplicación se pretenda.

(1) Cuya suscripción fué ratificada por la Asamblea Legislativa - nuestra, mediante decreto de fecha 30 de Marzo de 1931, con cinco reservas sobre diversos puntos del articulado.

Modernamente se discute si las pruebas se refieren o no al fondo del asunto o si son meramente formas procesales sometidas a la ley del país del tribunal que conoce en el pleito. Los que siguen esta opinión, como el tratadista VICTOR ROMERO DEL PRADO sostienen "que la prueba tiene por objeto procurar el convencimiento del magistrado, el que debe adquirirlo de acuerdo a las leyes de su país, no siendo admisible que se deba imponer de decidirse según una ley extranjera" (2)

Otros (3) afirman que la demostración de los hechos de que depende la existencia de un derecho, debe hacerse conforme a la ley que se considera dió nacimiento al mismo. (LEX LOCI ACTUS). En tal caso, las partes deben producir la prueba de sus alegaciones exactamente como si se tratara de un nuevo hecho. La prueba como decimos se conoce bajo la forma de consultas de juristas extranjeros. Pero existe también y este es el sistema en boga en los países anglosajones, la prueba oral por peritos; tales

(2) V. Romero Del Prado. D.I. Priv. T. III, Edit. Asandri. - Cordova. 1961.

(3) Julian Verplaeste. Derecho Internacional Privado. Madrid 1953. Página 354 y siguientes. -

peritos prueban unicamente lo que es el derecho extranjero pero no la pertinencia en el caso sometido.

Hay sin embargo una presunción legal de que el derecho de un Estado extranjero caso de no probarse, es idéntico o similar al derecho del Juez, lo que equivale a la aplicación de la LEX FORI.

Volviendo al asunto de los medios de prueba en este respecto, es aceptado generalmente que no puede aplicarse otra ley, más que la LEX FORI del lugar del tribunal que conoce del litigio. Así el Art. 400 del Código de Bustamante, establece: "la forma en que ha de practicarse toda prueba se regula por la ley vigente en el lugar en que se lleva a cabo."

LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE. A tenor del Art. 2o. del Código Civil, "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Esto confirma las excepciones; ciertamente hay las siguientes excepciones entre otras: a) la que señala el Art. 1626 C. en los casos de venta a pruebas, donde no haya contrato en tanto el comprador no exprese su agrado respecto de la cosa; el Art. citado, expresa al final "sin nece-

sidad de estipulación expresa se entiende hacerse a pruebas la venta de todas las cosas que se acostumbran vender de ese modo".

b) La que señala el Art. 1728 C. obligando al arrendatario a hacer las reparaciones locativas y definiendo estas como "las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios.....".

c) La que señala el Art. 1877 C. hablando de que el mandato puede ser gratuito o remunerado y aclarando que la remuneración "es determinado por convención de las partes, antes o después del contrato; por la Ley, la costumbre o el Juez.

d) Otra excepción se halla en el Art. 1774, hablando del pago en el arrendamiento de predios rústicos, al decir "si nada se ha estipulado sobre el tiempo del pago, se observará la costumbre del distrito.

e) Hay otra en el Art. 1752 C. en cuanto al pago del arrendamiento de cosa y así se dice: "el pago del precio o renta se hará en los períodos estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la costumbre del país.....".

f) El Art. 1739 C. hablando de la expiración del arriendo dice que ninguna de las partes podría hacerlo cesar, sino mediante deshaucio, a menos que se hubiere fijado tiempo para la duración del mismo, o por el servicio especial de la cosa o por la costumbre.

g) Finalmente el Código de Comercio dice en el Art. - 10. "Los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles se regirán por las disposiciones de este Código, y en su defecto por los usos y costumbres y a falta de unos u otros, por las normas del Código Civil. Los usos y costumbres especiales prevalecerán sobre los generales.

En todos estos casos en que la costumbre constituye derecho, si se discute o controvierte debe ser objeto de prueba; - la parte que apoya su derecho en ella debe ser diligente en probarla, más si no lo hace, el Juez entonces puede aplicar la costumbre según su conocimiento en ella.

Ni en el Código Civil, ni en el de Procedimientos, ni en el de Comercio se señalan medios para probar la costumbre, - por lo cual creemos que todos los medios conocidos son pertinentes.

LA PRUEBA DE LA JURISPRUDENCIA. Un Juez fallando el proceso puede utilizar la doctrina anterior de los tribunales para decidir el que le preocupa; por otro lado la parte puede invocar también la jurisprudencia para el establecimiento de sus alegaciones, en tales casos, como con la costumbre, debe probarse la existencia de los principios jurisprudenciales, por cualquier medios propicio, ya que al respecto no hay regulación específica. De una manera general, es oportuno señalar la excepción que señala Couture, al decir: "La existencia o inexistencia de la Ley, que en si misma es derecho, puede derivar en un tema de hecho" "Frente a la duda acerca de la autenticidad de las ediciones oficiales, será menester producir prueba del hecho de la existencia o inexistencia de la Ley acudiendo a los archivos del parlamente y del ejecutivo, donde se encuentran los originales" (1).

* Otros hechos que no necesitan ser probados.

1. -) Los admitivos expresamente. Porque tales hechos quedan fuera de contradicción, y al hacerlo así se respeta el principio de economía procesal.

(1) Couture Obza citada. Pág. 221.

2. -) Los admitidos tácitamente. Por la misma razón que los anteriores, aunque en el caso de no comparecer al proceso el demandado, opera prácticamente el principio general de que al actor corresponde probar todas sus afirmaciones.

3. -) Los hechos presumidos por la ley. Porque la ley, a priori, da por ciertos los hechos, a menos que aquel contra quien opera la presunción demuestre o pruebe la no realidad de los fundamentos de la presunción.

4. -) Los hechos normales. Porque son evidentes y lo evidente no necesita de demostración.

5. -) Los hechos notorios. Porque constituyen "pública - certidumbre, especie de seguridad intelectual con que el hombre reputa conocida una noción" (2).

EL FIN DE LA PRUEBA. Hasta ahora hemos venido hablando de la prueba, en cuanto a como se define, cual es su concepto, su clasificación y naturaleza, etc., pero, desde luego, im-

(2) Couture obra citada pág. 234.

porta decir que todo el esfuerzo en proveer a ella, tiene una razón, tiene una finalidad; en otras palabras hay que decir para qué se prueba.

En términos generales hemos afirmado que se necesita probar los hechos, a veces también el derecho (e incluso también las fuentes de este último), para llevar al Juez una convicción, pero en este punto, debe dejarse claramente expuesto sobre qué ha de versar tal convicción.

Tres son las diversas posiciones sustentadas por los autores a este respecto, ellas son:

a) La de quienes afirman que la prueba trata de llegar al establecimiento de la verdad de los hechos afirmados en el proceso, (1)

b) La de quienes afirman que el fin de la prueba es el de llevar una convicción de certeza subjetiva del Juez sobre la justicia del caso de autos, (2)

c) La de quienes afirman que el fin es la determinación exacta de los hechos en el proceso.

(1) Bentham, Ricci, Bonnier, Citados por Devis Echandía. Obra Cit. Pág. 85.

(2) Lessona, Furno, Chiovenda, Florian, Carrara, Rocco, Citados por Devis Echandía. Obra cit. pág. 84.

Veamos cada una de dichas posiciones:

LA DE LA CONVICCIÓN DE LA VERDAD. En cuanto a ésta, se considera que lo que al Juez ha de servir de base para fallar en justicia, es la realidad de lo acontecido y como consecuencia de ello la verdad de las alegaciones planteadas por las partes. Nótese, que de lo que se trata es de la verdad en su más pura acepción, como categoría perfectamente delimitada.

La verdad es reflejo fiel, acertado, de la realidad en el pensamiento, reflejo comprobado mediante el criterio de la práctica; su carácter principal es su pertenencia al pensamiento y no estrictamente a las cosas que solo son su manifestación.

Por la connotación de pura idea, de puro procesal, de perfección, resulta muy difícil aceptar que este sea el fin procesal de la prueba, pues en la realidad cada una de las partes, conforma sus alegaciones casi perfectamente y dá al Juez datos aparentemente ciertos que lo pueden llevar a tener una certeza no concordante con los verdaderos acontecimientos, o sea que el resultado de la prueba no es ciertamente concordante con la verdad.

Por lo anterior, tal opinión no es aceptada generalmente; nosotros creemos que, no obstante la objeción planteada, la búsqueda de la verdad debe ser el fin de la prueba; solamente a través de ella puede producirse la justicia y los obstáculos de la experiencia no han de ser tantos como para deshecharla.

LA DE LA CONVICCIÓN O CERTEZA SUBJETIVA.

Conforme esta posición que es por cierto la más aceptada, la prueba debe dar al Juez una idea de la realidad de las cosas y de los hechos, aunque ellos no correspondan a la verdad; por ejemplo: si de la acción deliberada de una persona resulta un daño a la propiedad ajena, es muy posible para el que delinque realizar los hechos de tal manera que aparezcan como situaciones no previstas o fuera de su voluntad, y demostrando tal imprevisión o fortuidad obtener una absolución; en tal circunstancia el Juez puede llegar a tener certeza de los hechos y de su carácter de imprevistos, aunque en verdad hayan sido previamente deliberados para su comisión por su protagonista.

Carnelutti, citado por Devis Echandía, es partidario de esta tesis al decir " si por certeza se entiende la satisfacción del grado de verosimilitud de los hechos, ello se consigue con la

prueba" (3).

Como hablamos en punto teórico puramente, nosotros rechazamos esta tésis, por la misma razón que advertimos antes o sea porque de margen a fallar injustamente por error en la apreciación de lo que falsamente es cierto.

~~X~~LA DE LA FIJACION DE LOS HECHOS EN EL PROCESO. Conforme a esta tésis la prueba no hace sino delimitar los hechos, tal como han ocurrido. Muy bien, y después? No se hace ninguna afirmación.

En realidad, esto de la fijación de los hechos es propio del resultado, digamos dinámico de la prueba; pero ocurre que tal fijación es necesaria y se produce lógicamente, antes del proceso mental de valoración que el Juez realiza, o sea que no solamente el proceso de delimitación es lo que lleva a la convicción del Juez, sino también la apreciación resultante de aquella delimitación, en consecuencia no puede aceptarse así porque si, que el fin de la prueba sea solamente una fijación de hechos.

(3) H. Devis Echandía. Obra cit. pág. 86.

Realmente, una vez los hechos se han demostrado, algo tiene que hacer el Juez sobre la base de tal demostración, y aquí es donde se halla el verdadero problema del fin de la prueba, donde se plantean las dos otras posiciones, o la obtención de una verdad absoluta, o la obtención de una certeza relativa.

De manera que consideramos que esta tercer tesis no encaja realmente como tal; ella es un proceso que complementa a cualquiera de las otras dos; es más que nada cuestión del resultado de la prueba, que desde luego para su correcta deducción es fundamental la valoración o apreciación que de todos los medios probatorios haga el Juez, lo cual, desde luego denota la importancia de este hecho de fijación. (4).

5. -) LA VALORACION DE LA PRUEBA. Valorar la prueba significa atribuirle cierto mérito, en atención al grado de convicción que ella ofrezca. Para realizar tal valoración, es preciso entrar en apreciación del medio que la produce, de su eficacia, su valor moral, su apego y fiel expresión y concordancia con la experiencia; en otras palabras, deben tomarse algu-

(4) Devis Echandía. Obra citada. Pág. 90

no o algunos criterios para considerarlas. Por ejemplo, si se trata de pruebas instrumentales, deberá tomarse en cuenta su origen, forma y claridad en los conceptos vertidos por ellos.

En cuanto a su origen, se ofrece mejor valor para el instrumento denominado público, también para el auténtico (1) en cuanto se estima que por provenir de autoridad o funcionario o cartulario, se obtiene mayor certeza de su contenido.

En cuanto a su forma, generalmente se da mayor valor o al menos se entiende más fehaciente una escritura pública que una simple acta.

En cuanto a la claridad, es evidente que se dará más mérito a un instrumento que se exprese en forma precisa, que a aquel que se encuentra redactado en forma oscura.

Si se trata de una prueba testimonial se tomará en cuenta la calidad moral del testigo, su conocimiento más o menos

(1) Cabe recordar aquí que el Cód. de Pr. C. divide los instrumentos en públicos, auténticos y privados. Art. 254 Pr. y que el C. Civil las divide en públicos y privados. Art. 1569 C. Cada una de estas clasificaciones tiene su origen en la diversa fuente de ambos Códigos.

cierto de los hechos; en ocasiones, la filiación del testigo importa para valorar la deposición; a veces también se toma en consideración el grado de amistad que une al testigo a aquel por quien declara. Así el Art. 323 Pr. expresa "si el número de testigos fuere igual por ambas parte el Juez atenderá los dichos de aquellos que, a su parecer, digan la verdad o se acerquen más a ella, siempre que sean de mejor fama.

Si fueren iguales en razón de las circunstancias, de sus personas y dichos, absolverá al demandado". El Art. 332 Pr. señalando las razones para tachar a un testigo, dice en sus numerales 5o. y 7o. "podrán ser tachados..... 5o. el vago y el tahir que hallan sido condenados como tales por sentencia, y el mendigo". 7o. El amigo íntimo de la parte que lo presenta y el enemigo capital de la contraria". O sea que si un testigo es tachado, su deposición carecerá de eficacia casi absolutamente, pues la sentencia recae no solo sobre lo principal sino también sobre las tachas, según el Art. 342 Pr. y en consecuencia habrá que valorar la deposición a la luz de la circunstancia que ha servido de base para la tacha.

Ahora bien, el Juez valora la prueba no por el sim-

ple prurito de hacerlo, sino porque tal actitud le está siendo ordenada por la ley. Así cuando se habla de la forma en que el Juez construirá la sentencia definitiva, el ordinal 2o. del Art. 427 Pr. dispone: En la redacción de las sentencias definitivas se observarán las reglas siguientes:..... 2o. a continuación se hará mérito en párrafos separados que principiarán con la palabra "considerando" de los hechos y cuestiones jurídicas que se controvierten, de las pruebas conducentes....." y en el ordinal 3o. del mismo Art. se expresa: "En los considerandos estimará (el Juez) el valor de las pruebas, fijando los principios en que descansa para admitir o deshechar aquellas cuya calificación deja la Ley a su arbitrio".

Pero indudablemente, aunque el código no ordenara expresamente la valoración, ésta siempre se tendría que producir, pues si así no fuera entonces no tendría sentido la aportación de la prueba.

CUANDO SE PRODUCE LA VALORACION: La valoración, no se crea, como parece deducirse del último Art. citado, que se produce solamente con la sentencia definitiva; puede también darse a propósito de una providencia interpolada en el

proceso, por ejemplo en el incidente de fianza, donde a veces hay necesidad de justificar que el inmueble ofrecido es de valor suficiente para garantizar la cuantía mandada a afianzar.

QUIEN VALORA?. La valoración, es privativa del Juez, es también una actividad eminentemente intelectual es una operación mental. Es privativa en cuanto solo al juez corresponde atribuir méritos, porque es también solamente él quien fallará en definitiva el proceso.

En este tema de la determinación de la eficacia de la prueba, hay tal amplitud que reclama un desdoblamiento de las cuestiones que en él se hallan implícitas. Son muchos los puntos a considerar y de algunos de ellos ya se ha hablado algo. Veamos:

LOS SISTEMAS DE VALORACION: Atrás hemos expuesto algunas ideas sobre el sistema de la libre apreciación y sobre el sistema de la tarifa legal, lo mismo que sobre la sana crítica. En definitiva hemos concluido en que solamente - hay los primeros dos sistemas señalados; en el uno, el Juez es completamente libre de apreciar la prueba; en el otro, la ley le

está señalando criterios de valoración y al mismo tiempo la plena o semiplena eficacia que debe atribuir a la prueba. No es pues preciso ahondar en este aspecto que ya hemos tratado en lugar aparte.

Por el contrario, debemos hacer notar que en el proceso mental de la valoración, hay fases bien caracterizadas que deben ser al menos brevemente espuestas.

LAS FASES DEL PROCESO DE VALORACION. Ellas son: a) La percepción. b) La representación o reconstrucción. c) El razonamiento o propia valoración.

Mediante la primera, el Juez absorbe la realidad de los hechos, sea en forma directa como en una inspección ocular - (para un caso de deslinde, en presencia de una confusión de límites, o bien, para la evidencia de un hecho de sangre en materia penal) sea en forma indirecta por vía de inferencia de otros medios probatorios. -

Por la representación, o mejor dicho reconstrucción el Juez ata los cabos, relaciona los hechos que aisladamente ha -

percibido y forma con todos ellos una idea completa de la situación discutida.

Por el razonamiento, el Juez determina la relación que media entre los distintos hechos y su coincidencia hacia la situación general que se discute.

Desde luego en todo este proceso hay una actividad lógica, peculiar por cuanto se aplica a situaciones concretas y sobre la base de la experiencia.

No se trata de un silogismo puro, pues, "si bien el razonamiento se presenta en forma silogística, ya que se trata de juicios, no existe la mecánica exactitud de un silogismo teórico o de una operación aritmética, debido a que la premisa mayor está constituida por reglas de la experiencia y la menor por las inferencias de la actividad perceptiva, falibles siempre, deficientes muchas veces. Esta actividad no se agota en un silogismo, ni constituye una operación meramente inductiva; deductiva". (2)

(2) H. Debis Echandía. Obra Cit. pág. 110.

La valoración, además de todo lo expresado, encuentra gran significación cuando se contraponen a una prueba, otra prueba; es decir, frente a la de cargo, la de descargo. El Juez que sopesa los hechos de cargo y descargo debe analizarlos de tal forma que unos neutralicen a otros, que unos prevalecen sobre otros, todo a fin de tener un conjunto sintético, coherente y concluyente de la prueba; una vez se llega a tal punto, entonces el Juez fallará. En toda esta actividad se aplica también un método crítico general.

EL FIN DE LA VALORACION. Consiste en atribuir más o menos méritos a la prueba; así pues no debe confundirse con el fin de la prueba, se valoran las pruebas para escoger de entre ellas la que mayor certidumbre pueda ofrecer.

La valoración de la prueba involucra no solamente a la lógica, en ella entran en aplicación otros campos de la ciencia, tales como la psicología y la sociología, la historia.

En la apreciación de las formas en que un testigo ha depuesto, se aplica un factor psicológico; en la apreciación de la forma en que los acontecimientos se han desarrollado se aplica

un factor sociológico sobre todo en su regularidad y costumbre; - cuando se determina en el tiempo el acontecimiento a los hechos se aplica un factor de historicismo.

En la valoración de la prueba se hace a un lado el elemento personal que la aportó, lo mismo vale en lo que favorece como en lo que perjudica al que la introdujo en el proceso, esto confirma - el principio de la comunidad de la prueba.

6. - CARGA PROCESAL Y CARGA DE LA PRUEBA:

a) De la carga procesal en particular. En un proceso, se producen diversas fases, cada una de ellas para un determinado propósito, y en virtud del carácter de dispositividad que anima el proceso civil, son las partes quienes han de impulsarlo a través de cada una de estas fases; este impulsar el proceso a cada momento determina, - prácticamente, una obligación para las partes a intervenir; tal obligación, adviértase bien, no aparece impuesta por la ley, sino por el propio interés de los litigantes; así el actor debe intervenir porque le interesa hacer triunfar su pretensión; de otro lado, el demandado debe intervenir en cuanto le interesa hacer triunfar su excepción.

Este deber de intervenir, es tanto más evidente en quien demanda pues su pretensión debe tener tal valor que amerite la inversión de tiempo y dinero en la movilización del órgano jurisdiccional; de otro modo probablemente no entablaría reclamación alguna; es menos evidente este deber en el demandado, pues en la mayoría de los casos, nada pretende (como no sea demostrar que las afirmaciones del actor no son ciertas). Por lo mismo, es posible que el demandado no comparezca al juicio. La ley prevee tal circunstancia y hasta existe un "Modo de proceder en rebeldía" contemplado en los Art. 528 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles; igualmente se contempla un "Modo de proceder en deserción" en los Arts. 536 y siguientes del mismo Código.

Desde luego, estamos hablando en el supuesto de que tanto el actor como el demandado comparezcan al proceso, y en tal caso ocurre también que el deber de participar o de ejercitar actos procesales, debe ponerse en práctica en los momentos oportunos y en las formas que manda la ética, contra la posible sanción que tal omisión implica.

Una parte es oportuna cuando contesta a la demanda en el término indicado por la ley; cuando hace lo que conforme a -

derecho le corresponde; sobre todo es importante la intervención, - pues como es sabido el principio de preclusión se impone, y es así que no se puede pasar a una nueva fase del proceso si la anterior no se encuentra agotada, pero también una vez agotada una fase no podrá volver a producirse en el juicio. En consecuencia de este principio de la preclusión, la parte o partes que no ejerciten su intervención en el proceso en forma oportuna se corren el riesgo de perder - oportunidades, por ejemplo: de aportar prueba, de conocer la prueba contraria, de rebatirla, etc. en fin cada cual de las partes se corre el riesgo de perder el juicio.

De manera que este deber de intervenir en el proceso ajustándose a los principios que lo gobiernan, es lo que constituye de una manera general el tema de la carga procesal.

Sobre este mismo punto, el tantas veces citado Devis Echandía, expone: "las partes deben ejercitar ciertos actos; a veces disponemos de un verdadero derecho procesal para ejercitarlo, por ejemplo, el de recurrir y de probar. En otros casos estamos - en presencia de un acto necesario para la eficacia del ejercicio de un derecho como la afirmación de los hechos fundamentales de la pretensión para que el ejercicio del derecho de acción pueda conducir a una

sentencia favorable y el cumplir los presupuestos procesales y materiales para que pueda existir sentencia de fondo. Sin embargo, la existencia de aquellos derechos no excluye la posibilidad de que esos actos constituyan una carga procesal, si su no ejercicio le ocasiona a la parte consecuencias adversas, aún cuando no esté obligada a ejecutarlos" (1).

Por su parte, COUTURE, dice: "La carga funciona, diríamos a DOUBLE FACE: por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; es en ese sentido una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla el juicio sin escuchar su defensa, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones" "Así considerada la carga es un imperativo del proceso. Quien tiene sobre sí la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien lo conduce hacia él" y agrega "todo individuo es libre de obrar y de no obrar, asumiendo las consecuencias de sus propios actos; el contenido de una orden, no se puede expresar sino con las palabras "esto debe ser así". Y en el Derecho

(1) H. Devis Echandía. Obra Citada. Pág. 160

Procesal, esta imperatividad coactiva, consiste en poner a cargo de los individuos las consecuencias penosas de sus acciones o de sus omisiones. (2).

La noción de carga procesal que en el pasado ha identificado solamente la carga de probar tiene autonomía conceptual y se discute su propio contenido en diversas teorías, tales como las siguientes: La de que es una categoría especial de obligación (3). La de que es un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público; la que finca la carga procesal en la titularidad del interés que existe en su observancia; la que considera la carga procesal como facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio; la que le asigna un carácter imperativo por el propio interés.

En cuanto a la primera no se acepta, pues no se trata en realidad de una obligación al estilo común del término; la intervención es voluntaria.

Con respecto a la segunda no se admite por cuanto el interés que se protege con la intervención es privado.

(2) COUTURE. Fundamentos..... Pág. 212.

(3) Zitelman; Ascarelli; Bruggi, Citados por Devis Echandía. Obra citada. -

Sobre la tercera y última hay muchos seguidores, en ella se afirma como motivo fundamental de la intervención el interés del litigante.

Sobre la cuarta se dice que la intervención o el actuar en el proceso es facultad de obrar libremente sin coacción, con posibilidad de no hacerlo y sin riesgo alguno.

Esta última tesis parece ser la más aceptada de las teorías sobre la carga procesal y estamos de acuerdo con ella.

Finalmente digamos que el actuar en el proceso, si bien no es obligatorio sí es razonablemente conveniente.

b) De la carga de la prueba en particular. Se pretende contestar aquí la interrogante ¿Quién debe probar? Importante tema es éste y muy debatido desde antaño; ciertamente en el inicio del derecho romano la carga de la prueba corresponde a ambas partes en el proceso, por igual, tal se desprende de la "Marcha del proceso" en las "acciones de la Ley" (1).

(1) PETIT. Tratado Elemental de Derecho Romano. Madrid 1936. Pág. 647.

En el período clásico ya se especifican las obligaciones de probar ciertos puntos a determinada parte, e incluso se señala al Juez la posibilidad de conseguirlas por sus propios recursos. En el derecho de Justiniano se obliga a probar al que afirma, así Petit - expresa: hablando del procedimiento IN JUDICIO "En principio quien afirma en su beneficio la existencia de un hecho o de un derecho, es el que está obligado a presentar las pruebas. Por lo tanto el demandante debe siempre justificar su pretensión, pues de no ser así, queda absuelto el demandado" (2).

En el derecho Germano parece ser que la prueba ha correspondido al demandado.

Es en la Edad Media en donde se actualiza la fórmula del Derecho Justiniano, que manda rendir la prueba al actor, en principio, y al reo, cuando al excepcionarse afirma hechos positivos en su favor. Tal sistema es el que se utiliza en nuestros procedimientos, así el Art. 237 Pr. dice: "La obligación de producir pruebas corresponde al actor. Si no probase, será absuelto el reo. Más, si este opusiere alguna excepción tiene la obligación de probarla".

(2) PETIT. Obra citada. Pág. 671.

La carga de la prueba se dice que es una norma para el juzgador porque le indica como debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión; ciertamente, el Art. 237 Pr. transcrito, expresamente manda que el Juez absuelva al demandado si el actor no prueba lo que afirma, de esa manera el Juez cumple siempre con la obligación de fallar en uno o en otro sentido.

Se afirma también que la carga de la prueba es regla de conducta para las partes, pues les indica qué hechos deben probar; así siguiendo el mismo Artículo, el actor debe probar todo lo que afirma, en tanto que el demandado solo debe probar cuando oponga algunas excepciones, los hechos en que éstos se fundamentan.

Con base en lo anterior se produce una definición de carga de la prueba, así: "Es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al Juez cómo fallará en falta de pruebas que le den certeza de los hechos que han de fundar un fallo y que indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse conse-

cuencias desfavorables (3).

La carga de la prueba tiene diferente manera de operar, según se trate de probar obligaciones o hechos jurídicos; el principio general es que en materia de obligaciones el actor debe probar los hechos que suponen su existencia, y que el reo debe probar los hechos que suponen la extinción de la obligación. En materia de hechos y actos jurídicos, ambas partes deben probar sus proposiciones por regla general.

Como se puede concluir, la carga procesal y la carga de la prueba, se hallan íntimamente relacionadas; ésta, es una forma de manifestarse aquella; aquella es una actitud general, ésta es una actitud específica. Ambas son perfectamente definibles y sus conceptos se dirigen a cuestiones bien limitadas aunque son comunes al proceso.

Ahora vale la pena considerar si en materia penal se puede hablar de carga procesal y de carga de la prueba. De la carga procesal, entendemos que opera en el proceso penal tal como en

(3) Devis Echandía. Obra Citada. Pág. 171.

el proceso civil, o sea que el ofendido puede y debe ejercitar sus acciones en coadyuvancia con la acción oficiosa del Juez encaminada a obtener el castigo del delincuente. El reo por otra parte, puede y debe ejercitar sus acciones con miras a evitar la sanción.

En cuanto a la carga de la prueba, en materia penal opera en general el principio de oficiosidad en la consecución de la prueba, de tal manera que el Juez debe investigar los hechos por su iniciativa desde el momento mismo en que ha tenido noticia simple de ellos, tal como lo dispone el Art. 28 del C. de Instrucción Criminal; deben practicarse de inmediato las primeras diligencias tales como el reconocimiento de cadáveres o las heridas causadas en el cuerpo de una persona; debe hacerlo con prontitud sin esperar iniciativa de particulares, ya que tales indagaciones "no pueden diferirse" en cuanto son elementos propicios para "la comprobación del cuerpo del delito".

No obstante puede afirmarse que en el procedimiento criminal hay, en la averiguación de cierto tipo de delitos, un momento tan solo en el que sí opera el principio dispositivo se trata de los delitos "Contra la Honestidad": Adulterio, Violación, Escándalo Público, Estupro y Corrupción de menores, Rapto; y de los "Delitos

contra el honor": Calumnias e Injurias; los primeros contemplados en el Título IX, Capítulos del I al VI del Código Penal y los segundos en el Título X, Capítulos del I al III del mismo Código.

El Art. 401 Pn. Inciso 1o. dice: "No puede procederse por causa de estupro, sino por la acusación de la agraviada, o de sus padres o abuelos, tutor o curador" y el inciso 2o. expresa: "Para proceder en las causas de violación y en las de raptó ejecutado con miras deshonestas bastará la denuncia de la persona interesada o de sus padres....." etc.

El Art. 422 Pn. dispone: "Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de acusación de la parte ofendida.."

Decimos que en este procedimiento tan solo un momento opera la dispositividad, pues solo se trata de poner en marcha el proceso, sea por simple denuncia o por acusación de los agraviados, por lo demás una vez impulsado el proceso el Juez aplicará el sistema de oficiosidad para recabar la información del caso, incluyendo en ello la prueba.

Por manera que en materia penal, si hay alguien que

carga con la obligación de probar, es el Juez, aunque no es muy propia la expresión "cargar con la prueba" o al menos no es la misma idea que se tiene en materia civil, pues, ahí se refiere a la carga para el demandante o para el demandado, y acá, el Juez no asume ni una ni otra calidad; así que la carga que parece tener que probar, no es más que un ineludible deber de procurarse un elemento que le permita a él o al jurado (en su caso) fallar; pero no recaba la prueba por su interés personal ni de ninguno otro, sino en interés de la comunidad estatal a la que representa.

c) EL FUNDAMENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Pasando a otro aspecto conviene inquirir por el fundamento de la carga de la prueba; en este sentido el Doctor Devis Echandía dice: "el fundamento de la carga de la prueba como norma de distribución del riesgo de la falta de certeza se encuentra en los principios lógicos, en la justicia distributiva y en la igualdad de las partes ante la Ley y el proceso, esto es, en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos y libertades" (4).

En efecto, es lógico el principio de que quien tenga

(4) Devis Echandía. Obra citada. pág. 173.

interés en demostrar un hecho aporte su prueba; es también adecuado en cuanto a la igualdad de oportunidades a las partes para probar y contraprobar.

d) LA PRUEBA DE LA NEGACION. Una de las cosas más interesantes en la carga de la prueba es la que plantea el aforismo muy común de que quien niega no tiene obligación de probar. Hasta que punto hay razón en esto es lo que debe apreciarse..... Veamos. Si un deudor reconvenido de pago por su acreedor dijese simplemente "no debo" sin expresar fundamento o razón de su aseveración, ciertamente no está obligado a probar, pues no hay manera de establecer directamente y específicamente tal afirmación literal negativa, pues se trata de una no actividad o de una actitud pasiva, pero como las personas tratan siempre de demostrar una actitud dinámica que corrobore la certidumbre de su negativa, entonces tiende a expresar razones de las mismas, sobre todo porque quien le reclama tiene por regla general la prueba positiva - del origen de la obligación o la evidencia del delito, y ante tal situación aquel deudor agrega no deber porque ha pagado; en ese instante se hecha sobre sí la carga de probar la positividad ultimamente afirmada o sea el hecho del pago; pero adviértase bien que vá entonces a probar, no propiamente la aseveración negativa inicial, si-

no la afirmación positiva posterior, una vez cumple con la actividad probatoria de esta última, el Juez inferirá por vía de consecuencia, la certidumbre de la primera.

De manera que nosotros consideramos que en sentido estricto, no hay prueba de la negación y que lo que si se puede dar, es la prueba de los hechos positivos contrarios a aquella, prueba - que complementada con la conclusión del Juzgador deviene lógicamente en demostración de lo negativo, en cuanto una cosa no puede ser y no ser a la vez.

Hemos dicho que para probar indirectamente la negación, es menester probar directamente los hechos contrarios a ella, los presupuestos de ella, y acá arribamos a la tesis sustentada por el Doctor Devis Echandía (5) para quien la carga de la prueba, primero, no es tal que debe forzarse a las partes a que la aporte; se gundo, no depende de la posición de las partes en el proceso, y por lo mismo el criterio de quien afirma debe probar y quien se exceptiona otro tanto debe hacer, no es sustancial ni resuelve el problema de ¿quién debe probar?, el autor considera con muy buen tino que - "corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición

(5) Devis Echandía. Obra citada. Pág. 175.

(pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario de acuerdo con la norma jurídica aplicable".

Como en el caso del deudor que niega deber, resulta - que este tiene interés en demostrar los presupuestos de su excepción, y estos no pueden ser otros que los del pago, entonces al decir de la cita, le corresponde la carga de probar.

De esta manera pues, la carga de la prueba corresponde a ambas partes, independientes de su posición procesal y con un deber derivado de su interés y nada más.

Resultaría entonces que si frente un hecho afirmado por el actor, el demandado tiene interés en desvirtuarlo por otro, a él corresponde la carga de probar este presupuesto contrario, - aunque el actor haya propuesto inicialmente aquel.

Definitivamente nos acogemos al planteamiento de nuestro autor citado, por considerarlo racional y equitativo.

SEGUNDA PARTE

LA PRESUNCION

CAPITULO I

SUMARIO. 1. - Etimología y significación del término presunción. 2. - La PRAESUNTIO en el Derecho Clásico. 3. - El Concepto de la presunción, su definición. 4. - Las varias clases de presunciones. 5. - Naturaleza de la presunción. 6. - El proceso lógico de inferencia que concluye en presunciones.

1. -ETIMOLOGIA Y SIGNIFICACION DEL TERMINO

La palabra tiene su origen en la voz latina "Prae-sumere", y sustantiviza en otra voz latina "Praesuntio"; en consideración semántica, ha significado originalmente, un movimiento corporal. Por alguna razón no establecida claramente se le ha dado en el Derecho Clásico una significación de atrevimiento, de osadía de atribuirse algo, a veces ilícitamente, así, es considerado "Praesumptor" el usurpador JUAN, que después de la muerte del emperador Honorio se alza con el mando. (1).

(1) Hedeman. Las presunciones en el Derecho. Madrid 1931. pág. 12 y Devis Echandía. Compendio de Prueba. Edit. Temis 1969 pág. 603.

Por otra parte se le da la significación de admisión de algo, o de suposición (Opinari-Credere), tal aparece en las compilaciones de los jurisconsultos Romanos ordenada por Justiniano. (2)

Igualmente se introduce entonces una oposición entre prueba y praesumptio, pues si según ésta algo se tiene por cierto, mediante aquella se puede desvirtuar tal realidad (3) De manera que aquí se admite la praesumptio como hipótesis opuesta a la prueba.

A pesar de este avance en el empleo de la figura no hubo en el Derecho Romano una verdadera teoría de la presunción, sino hasta en el Derecho Canónico (4). Utilizando la misma significación se crea una verdadera clasificación de presunciones. Iuris Et de - Iure, Iuris Tantum, y Iuris Facti; la primera es de derecho y por - derecho, la segunda de simplemente derecho; la tercera, de hecho. Clasificación que pasando por el Código de NAPOLEON, se incorpora en las legislaciones actuales.

(2) Hedeman. *Obra citada*. pág. 13, cita 3 fragmentos de Papiniano. Pág. 47.

(3) Hedeman. *Obra citada*. pág. 14-15-16

(4) Devis Echandía. *Obra y páginas citadas*.

2. -LA PRAESUMPTIO EN EL DERECHO CLASICO

En el punto anterior hemos afirmado que no hubo en el derecho clásico Romano, una verdadera teoría de la presunción, como no fuera la oposición prueba-presunción (según expone Hedeman) en el sentido de admitir que algo es cierto; por lo demás, según afirma el mismo autor, a pesar de que los compiladores interpolaron en algunos leyes el término Praesumptio (5) tuvo variedad de significación y sobre todo porque tampoco se conoció entonces una verdadera teoría de la prueba. En la mayoría de ellas se admite la significación de Opinari-Credere simplemente "La legislación justiniana designa con el nombre de Praesumptiones, parecidas opiniones corrientes empleadas literariamente en tiempos anteriores" (6) Así por ejemplo se presume que los esclavos de una nacionalidad son mejores que los de otras.

En general las presunciones del Derecho Justiniano trataban de sentar la certeza de procesos mentales del hombre, una especie de adivinanza de la intención, así el autor que seguimos en este punto, considera que si una persona pedía a su heredero "que el -

(5) Hedeman. Obra citada. Pág. 13 a 26.

(6) Hedeman. Obra citada. Pág. 22

esclavo Sticus no siga sirviendo" se presentaba el problema de colegir necesariamente o no, que el heredero tenía que manumitir al esclavo; (7). Si esto era así pudo considerarse tal conclusión, como una presunción, pero nuestro autor distingue entonces entre regla de interpretación de la voluntad y presunción, y le asigna al ejemplo citado la calidad de regla de interpretación; no podía ser una presunción, en cuanto no hay elementos presupuestarios para ello, ya que la manifestación de voluntad, es precisamente eso, un proceso subjetivo, íntimo, que no admite presupuestos, pues cada hombre piensa libremente y puede hacerlo, un día de un modo, otro día de otro, y la presunción necesita de hechos de experiencia, totalmente externos.

De manera que no hay en este estado del derecho una idea técnica de la presunción, tanto más porque ella se funda en hechos que deben ser probados y no en someras y aproximadas apreciaciones.

3. -EL CONCEPTO DE LA PRESUNCION. SU DEFINICION.

(7) Hedeman. Obra citada. Pág. 27 y 28

La presunción, es un enunciado, un juicio lógico, conformado en la mente del juzgador, en virtud del cual éste, considera como cierto o probable un hecho.

Para llegar a ese juicio el Juez toma en consideración, específicamente las normas de la experiencia, indicadoras del modo común y corriente en que acontecen los hechos.

La presunción tiene por base hechos, indicios; sobre la realidad plena de ellos se configura aquella. Si un hecho se prueba por la existencia de indicios, de acuerdo con la experiencia, otro cierto hecho vinculado con aquel debe tenerse o suponerse como acaecido (1)

Lo anterior, no obstante no debe llevarnos al punto de confundir el indicio con la presunción; más adelante haremos mención especial de este tipo de prueba, por la íntima relación que tiene con el tema nuestro.

Finalmente el esquema general de la presunción la presenta con tres elementos: un hecho desconocido, una norma que

(1) A. Dellepiane. Nueva Teoría de la Prueba. Buenos Aires. 1919. pág. 11

la contiene y un hecho proporcionado por la experiencia.

Definición: Tradicionalmente se define la presunción como la consecuencia que la Ley o el Juez deducen de un hecho conocido, para llegar a otro desconocido. "Esta, se atribuye a Pothier y Domat. Se ha criticado tal definición en el sentido que no expresa el carácter específico de la presunción y que más bien se le confunde con la prueba, por cuanto ambas son siempre "argumentaciones encaminadas de lo conocido a lo desconocido" Contra esta refutación, autores como Lessona sostienen "que en la prueba no hay necesidad de deducir consecuencias, pues éstas, en efecto, se presentan, por sí mismas mientras que en las presunciones, las consecuencias deben ser deducidas, es decir, derivadas mediante un razonamiento que haga constar la existencia de relaciones especiales entre dos hechos" (2). Sin embargo de la refutación enunciada, ésta es la definición aceptada por la mayoría de los códigos modernos, entre ellos el nuestro, en su Artículo 408 Pr. el mismo Lessona, fundándose en otro autor Windscheir recomienda y acepta la misma.

(2) Carlos Lessona. La Prueba en Derecho Civil. T.V. Madrid Revista de Legislación 1905. Pág. 94.

Leyes de partidas. Ley 8a. Título 14, partida 3a. la define como "Presunción, tanto, quiere decir como gran sospecha, que vale tanto en algunos casos como averiguamiento de la prueba" Este es ciertamente el sentido derivado de las expresiones "Prae- y munere", cuyo origen hemos dicho antes y que de otra forma equivalen a "prejuicio con prueba"(3).

4. -LAS VARIAS CLASES DE PRESUNCION

El derecho Canónico ha dado origen a una división triple de presunciones que es la que siguen la mayoría de los Códigos modernos; ella es, la de Presunciones Iuris Et de Iure, Iuris Tan-²tum, Iuris Facti³. A pesar de su específica denominación, se utiliza en los Códigos la división en presunciones legales y presuncio- nes judiciales; en las primeras se agrupan las Iuris Et de Iure y Iuris Tantum, en las segundas se comprenden las Iuris Facti.

Sin embargo en las disposiciones específicas llega a identificarse la presunción Iuris Et de Iure como presunción "de de- recho"; y a la presunción Iuris Tantum, como la simplemente legal. Art. 45 C. C.

(3) Lessona. Obra citada. Pág. 93-94-95.

Esta denominación de presunciones legales y judiciales se produce en atención al detalle de su formulación; así, se dice que las legales son establecidas o formuladas por la Ley y que las judiciales son formuladas por el Juez.

Ciertamente las legales, sean Iuris Et de Iure o Iuris Tantum, aparecen expresamente dichas en los articulados; en cambio las judiciales o Iuris Facti u Homine (1), son elaboradas en cada caso particular, por el Juez, sobre la base de la prueba que corre en el proceso, respecto a otros hechos.

En cuanto a la presunción Iuris Et de Iure se les diferencia de las Iuris Tantum, porque pueden o no, ser susceptibles de impugnación por vía de prueba en contrario. La primera se dice, es absoluta, no admite prueba de ninguna manera; la segunda puede ser rebatida y destruída, es relativa.

En cuanto a la presunción judicial, es siempre rebatible mediante prueba en contrario.

(1) Este último término es o significa "presunción de hombre" del Juez.

El hecho presumido, Iuris Et de Iure o Iuris Tantum, se considera cierto, absolutamente en unas, relativamente en las otras; el hecho presumido judicialmente (Iuris Facti u Homine) se considera probable. Pero veamos específicamente cada una de las divisiones:

LAS PRESUNCIONES LEGALES: IURIS ET DE IURE
IURE TANTUM.

Estas pueden ser propiamente legales (Iuris Tantum) y de derecho (Iuris Et de Iure). Las primeras se conocen como discutibles; las segundas como Perentorias. Se las conoce tambien como de derecho y por derecho estas Iuris et de Iure y de solo derecho aquellas Iuris Tantum.

Suele confundirse a las presunciones legales con las ficciones legales; ello es erróneo, pues la ficción no coincide con la verdad, y generalmente se finge lo que no es; en cambio la presunción legal si suele coincidir con la verdad y solamente se presumé aquello que creemos puede ser. Hay no obstante un punto común ente la ficción legal y la presunción de derecho, ambas son - invulnerables a la prueba contraria.

LA FUNCION DE LAS PRESUNCIONES LEGALES. Además de su función probatoria, éstas presunciones tienen una función extraprocesal. Merced a ellas, el legislador trata de dar seguridad a determinadas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial. (4).

"Las presunciones legales no son meras disposiciones de carácter adjetivo, en cuanto al dictarlas, el legislador persigue además otra finalidad distinta de la que consiste en establecer los medios de comprobar los hechos en los juicios, esa finalidad distinta no es otra que la de reconocer o declarar derechos e imponer obligaciones" (5).

En las presunciones legales no solo se indica el medio de comprobar judicialmente los hechos sino que de tales hechos se hace derivar determinados efectos jurídicos. Por ejemplo, del hecho de que la concepción del hijo en el vientre materno se produce casi indefectiblemente en los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento, se derivarán conclusiones jurídicas muy -

(4) Devis Echandía. Obra citada. pág. 605.

(5) Antonio Dellepiane. Obra citada. Pág. 119

importantes, tales como la de que el hijo sea legítimo o ilegítimo (en régimen de matrimonio, por supuesto), según sea el caso y por lo tanto gozar de los derechos inherentes a cada una de esas calidades. (Art. 74 y 75 C.C.). -

Estas presunciones pues, son normas sustantivas - que reconocen derechos y obligaciones y estados personales, pero por esa misma dualidad, de ser leyes de fondo y de forma se ha - producido siempre gran confusión en su estudio. Porque estas - presunciones señalan medios de probar hechos y reconozcan dere- chos e impongan obligaciones, se puede colegir algo que adelante trataremos en detalle, que las presunciones, al menos éstas, no son medios de prueba.

LA PRESUNCION DE DERECHO, NO ES PRESUNCION.

Por su carácter de imperatividad, porque definitivamente excluyen la prueba del hecho que las fundamenta, se afirma que las presun- ciones de derecho no son realmente tales, aparentemente la afir- mación es correcta, sin embargo, resulta que el hecho que origi- na estas presunciones puede muy bien ser rebatido. Así cuando afirma que nadie puede alegar ignorancia de la Ley pues se pre- sume conocida de todo ciudadano, tal hipótesis no es absolutamen-

te cierta, ya que, leyes hay muchas, y a veces ni los mismos abogados conocen de todas ellas, mucho menos el ciudadano común y corriente, o sea que bien se puede demostrar el desconocimiento de ella; más, la presunción no admite tal demostración porque - su finalidad se lo impide, esa finalidad es la protección de los - valores fundamentales del Estado, en otras palabras, del orden - público. Si se permitiese demostrar el desconocimiento de la Ley, bien podría darse el caso de que un individuo disponga violentamente de la vida de otro alegando ignorar que tal hecho es ilícito y - sancionado por el Derecho.

La presunción de derecho, pues, es abrogativa de prueba definitivamente, al igual que la ficción legal.

LAS PRESUNCIONES LEGALES PROPIAMENTE DICHAS. El Art. 45 C. C. se refiere a ellas, cuando dice: "Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infirió la Ley. Como se advierte, se confirma lo que hemos dicho ya, que este tipo de presunciones es rebatible.

En el Código Civil aparecen muchas de estas presun-

1
Imy

ciones, así el Art. 194, refiere que el hijo "que nace después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio o de la reconciliación de los casados en caso de divorcio, o dentro los trescientos días subsiguientes a la disolución o declaratoria de nulidad del matrimonio, se reputa concebido durante él y tiene por padre al marido". -

La presunción en el caso señalado es la consideración del marido como padre de aquel hijo y se fundamenta en dos hechos: por un lado la relación íntima entre cónyuges que se considera natural entre ellos, y por el otro, el factor de fidelidad que adorna a la mujer, que a su vez se presume como también normal. -

El Art. 747 Inc. 3o. del mismo C.C. expresa:

"La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición" y el 745, dice:

"El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

En estos dos casos citados aparece una tutela bien definida de la posesión; se pregunta - ¿Porqué tal protección

por vía presuncional? La Doctrina Francesa señala una presunción de propiedad porque entiende que todo el que posee es propietario, es normal que quien sea dueño, ejecute los actos materiales de conservación, explotación y satisfacción personal por la cosa, datos que son connotativos de la posesión. Que la regla general antes indicada falle en un momento dado porque un poseedor no sea realmente dueño, no destruye la presunción porque es la situación singular; y en tanto no se demuestre tal singularidad se sigue entendiendo como subsistente la regla general y el poseedor como propietario.

Otra teoría, es la de la presunción de legitimidad del derecho poseído, según ella se presume correspondencia entre la situación de hecho (la posesión) y la de derecho (la propiedad) (4) Si hay correspondencia entre una y otra, es legítima la posesión y por lo mismo hay que protegerla.

Ihering, (5) sostiene que la presunción que protege la posesión se fundamenta no tanto en la defensa de ella, cuanto

(4) Roberto Di Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. Edit. Eus. Madrid T.I- pág. 816-817-818

(5) Citado por Ruggiero - Obra cit. pág. 818.

en la de la propiedad, la tutela de la posesión es complementaria de la de propiedad y esta última es más evidente por el elemento externo que es la posesión. -

Otros autores afirman que esta presunción se funda en la necesidad de garantizar la paz y evitar la violencia; finalmente otros consideran que lo que se protege con ella es la voluntad de obrar como dueño y señor de una cosa. -

Otra presunción legal aparece en el Art. 1524 del C. C. al expresarse: "Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda".

En todos estos casos de posesión, si se puede probar no haber justo título, con mayor razón se puede demostrar no haber buena fé, sobre todo porque esta última es objeto de una presunción a su vez. Art. 751 C. C.

Estas presunciones legales son mas bien reglas jurídicas que aplican el derecho objetivo a los casos concretos; sus efectos se producen desde fuera y aún antes del proceso, en el cual

se les reconoce, ejerciendo gran influencia en cuanto a la carga de la prueba. De tal manera que en el caso del hijo nacido en las hipótesis antes referidas, los efectos de la presunción se dan desde el instante del nacimiento; en el caso del poseedor, goza de protección aún antes de entablarse el proceso, desde que ejecuta los típicos actos de dueño y señor.

Cuando el hecho legalmente presumido se vuelve discutido mediante un proceso, la cuestión se limita para aquella parte en cuyo favor opera la presunción, a la probanza de los hechos que son el presupuesto, pero no a la del hecho mismo presumido. En el caso del hijo legítimo probará que su presunto padre ha estado casado o lo está, con su madre, y que ha nacido dentro del período presupuestado, el cual también ha devenido estando vigente el vínculo matrimonial.

Estimamos interesante a esta altura, el saber por qué a diferencia de la presunción de derecho, la propiamente legal si admite prueba contraria, tal cosa, a pesar de ser formuladas ambas por el legislador. Parece ser que los intereses protegidos por ella aún siendo generales, fundamentales para la armonía social no alcanzan la categoría de principalísimos elementos de orden público. -

En efecto, tutelar la filiación es importante pues constituye una manera de protección a la conformación de la familia, la que, ponderada por los sociólogos, ha llegado a considerarse célula básica de la sociedad moderna.

Tutelar la posesión y la propiedad, es importante pues constituye forma de estimular (al menos en nuestro sistema) la promoción de un patrimonio en miras a satisfacer necesidades vitales.

No obstante ello, en las relaciones familiares y en las derivadas de la contratación pueden producirse situaciones relevantes de hecho que las conmuevan; a pesar de considerarse que la cohabitación entre cónyuges es normal y que los hijos habidos, - vigente el vínculo matrimonial son de ellos, nada nos dice que indefectiblemente así deba ser siempre; en cambio pueden ocurrir hechos contrarios a ello como el adulterio que denotan la relatividad de la presunción legal, por ello se permite probar lo contrario a la hipótesis presuncional.

Como quiera que se considera el poseedor, como el propietario, porque normalmente ambas calidades concurren en una misma persona, nada asegura que siempre sea así, y por el contra

rio es posible encontrarnos con alguien que a sabiendas del dominio de otro sobre una cosa, alegue posesión para hacerse de aquella; - por ello se le permite a la parte contra quien obra la presunción, desvirtuarla.

Se trata pues de situaciones que relativamente pueden alterar lo normal de los acontecimientos, pero que siguen siendo - fundamentales como la propiedad, las personas, su estado civil.

Por ese mismo relativismo es que creemos que se - puede contraprobar la presunción puramente legal.

LA PRESUNCION DE DERECHO. IURIS ET DE IURE

Por cuanto no procede su discusión se asemeja a un - dogma de fé esta presunción. A ella se refiere la Ley en el Inc. 4o. del Art.45 C.C. cuando dice: "Si una cosa según la expresión de la Ley se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes y circunstancias."

Ya hemos adelantado algunos caracteres de esta clase de presunciones. Asi la razón de que no se le considera como una verdadera presunción radica en el hecho de que se la entienda como

prueba y no como regla jurídica sustancial de aplicación del derecho objetivo al caso concreto.

Decíamos antes que la presunción *Iuris Tantum* puede ser discutida mediante prueba en contrario, por causa de cierto relativismo fundado en la posibilidad de que los hechos que la presuestan no ocurren tal como se les provee, debido a la conducta incontrolable de los agentes intervinientes en ello, ahora, conviene saber porqué la presunción de derecho, propiamente dicha, no puede ser discutida. No se trata propiamente de una cuestión de fé, sino de que ella se ocupa de aspectos tan fundamentales del orden público, que constituyen casi una infraestructura de la conducta.

De esta manera, la presunción de que la concepción se produce no después de ciento ochenta días contados hacia atrás desde la medianoche en que principie el día del nacimiento, se fundamenta en las investigaciones médico científicas, que han concluído en que esa es la menor cantidad de tiempo de desarrollo de un ser en el vientre materno, antes de poder salir de él con una posibilidad bastante segura de subsistir; esto, aparte de que el período normal de gestación, es de 300 días al menos sin riesgo ninguno para la vivencia. Ello no obstante, puede resultar desvirtuada en contados casos,

pues la experiencia ha demostrado que hay infantes nacidos después de 300 días y antes de 180 días; pero estas singularidades no destruyen la normalidad del proceso natural, y porque es una cuestión suficientemente demostrada por la ciencia se acepta como cierta. Aún más, no cabe posibilidad alguna de que la acción del hombre puede alterar tales márgenes (al menos hasta en la actualidad) de seguridad; en consecuencia, este tipo de presupuestos presuncionales Ab Initio son indiscutibles; la norma no hace más que confirmar algo que la naturaleza ha dispuesto en su sabia ordenación de los hechos.

En otros respectos, el Art. 750 CC. Inciso último, dispone: "El error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fé que no admite prueba en contrario".

Cual es la razón para suponer que el que se equivoca en cuestión de derecho, está obrando de mala fé. La razón entendemos que es como se dispone en otras reglas (Arts. 7 y 8 C.C.) toda ley se supone conocida de todos los habitantes, no solo en su texto, sino también en su sentido natural y obvio. Acá no es la naturaleza la que está determinando la casi fatalidad del hecho del conocimiento de la Ley, sino que es la misma Ley la que lo ha predeterminado;

si se califica con mala fe el ánimo de errar voluntariamente o involuntariamente en una cuestión de derecho, puede decirse que aquí el legislador, no contento con alegar la imposibilidad de alegar el desconocimiento de la Ley, ha querido sancionar con un predeterminado efecto, la posibilidad de que alguien, no obstante la prohibición, disimulando un error pretenda evadir aquella disposición.

El Art. 234 C.C.(1) , anteriormente contenía otra presunción de la clase que estudiamos, decía: "A la madre divorciada - haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años sin distinción de sexo y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiere el cuidado de los hijos de cualquier edad o sexo, cuando por la depravación de la madre sea de temer que se pervientan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio". Aunque la disposición ya no forma parte del Código Civil, vale para ilustrar el punto que nos ocupa.

En este caso, se suponía que una mujer que ha dado mo

(1) La presunción desapareció, después de las reformas al C.C. sobre este dato, vease D.L. No. 490, pub. en el D.O. No. 42, Tomo 234 de fecha 29 de Febrero de 1972.

tivo al divorcio por su adulterio, no era capaz moralmente del cuidado de sus hijos, pues según el anatema adquirido nunca podría dar buen ejemplo de conducta.

Puede juzgarse que la sanción para una conducta tal, era demasiado dura, sin embargo la Ley pretendió dar seguridad a la familia frente a una actitud contraproducente, muy calificada.

Podría suponerse que la mujer estaba en la posibilidad de demostrar conducta positiva, no obstante el hecho aislado de su adulterio, pero ocurre que si el divorcio se ha producido por la causal invocada, quiere decir que ella ha sido establecida plenamente y a la vez le interesa especialmente para este caso solamente el hecho del adulterio.

En todos estos casos señalados no cabe duda que la singularidad de los hechos denotan una certidumbre tal que no cabe admitir ninguna prueba contraria a ellos.

Un último y clásico ejemplo de presunción de derecho, aparece en la consideración del efecto de la cosa juzgada que acompaña a la sentencia desde cierto momento. -

En efecto, el Art. 437 Pr. dice: "Si no se apela por ninguna de las partes, queda de derecho consentida y ejecutoriada la sentencia, debiendo en seguida procederse a su cumplimiento".

Cuando la sentencia no se apela por quienes pueden hacerlo, queda fija, inconvencible en su contenido, de tal forma que no puede desvirtuarse, tal situación, por otra parte, da a la sentencia la calidad de cosa juzgada en ciertos casos, ellos son, según el Art. 445 Pr., primero, cuando se hace reconocimiento expreso de ella, y segundo, cuando se consiente tácitamente en ella; al adquirir calidad de cosa juzgada la sentencia se constituye en verdad irrevocable y consecuentemente nada se puede hacer por contradecirla; la ley presume cierto absolutamente todo lo que ella afirma; claro está que nos referimos a la cosa juzgada material o sea a la obligatoriedad de la sentencia frente a otro proceso.

-Pórqúe se le concede tal efecto de verdad irrevocable a la sentencia? Porque con ello se asegura la función y la eficacia del proceso, ya que si se pudiese discutir los mismos hechos en un nuevo procedimiento la finalidad ulterior del derecho, de tutelar la armonía social, no podría cumplirse, nadie estaría nunca seguro de donde comienza y donde fenecen sus derechos y deberes.

MANERA DE ADVERTIR LAS PRESUNCIONES LEGALES.

La Ley no consagra frases específicas para ello, puede decirse que la mayoría de las veces, una presunción Iuris Et de Iure se advierte por la expresión "se presume de derecho", pero en otras veces se advierte por los efectos.

En el caso del Art. 74 C.C., se utiliza la primera forma señalada; en el caso del Art. 750 C.C., lo que denota la calidad de presunción es el enunciado de la no admisibilidad de prueba contraria; en el Art. 234 C.C. la expresión "siempre" denota la presunción de derecho, en otros casos las expresiones "se reputa" o "se reputare" o "se entenderá", son connotativas de ella; en el ejemplo de la cosa juzgada material no hay frase alguna que indique que se presume la verdad absoluta, pero los efectos señalados para la sentencia que ofrezca tal calificación son suficientemente elocuentes de la existencia de la presunción.

En cuanto a las presunciones legales propiamente dichas, o Iuris Tantum, generalmente se advierten porque la ley expresamente coloca al final de su prescripción el dicho "admitirá" o "admite" prueba en contrario".

De manera que en las primeras, lo que se debe buscar es siempre la intención del legislador en cuanto a no admitir la prueba contrario. -

LAS PRESUNCIONES JUDICIALES

Llamadas también de hombre simple o de hecho, no se hallan formuladas de una manera específica por la Ley, es a ellas a las que se refiere de manera general, el Art. 409 y siguientes del Pr., así: "Las presunciones son legales o judiciales. Las generalidades de las presunciones legales se reglan conforme al Art. 45 C. 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 en que la Ley admite la prueba testimonial" de éstas es de las que aquí se trata....".

Del texto del citado Art. se colige que estas presunciones son elaboradas por el Juez sobre la base de indicios, son los hechos específicamente establecidos en cada proceso, los que analizados por el Juez, y en consideración a los sucesos normales le llevan a suponer la certeza del hecho hipotético. Por ejemplo, en una acción de reconocimiento de hijo natural en la que se utilice como base de la acción el hecho del concubinato; este último puede -

quedar bien establecido, por inferencia presuncional derivada de - la deposición de testigos indirectos sobre los hechos constitutivos, - y de la de testigos directos; es el resultado de relacionar los puntos comunes de aquellas declaraciones. Esta doctrina aparece expresada en la jurisprudencia nacional de la siguiente manera: "El reconocimiento de hijo natural por el 5o. medio que expresa el Art. 283 - C.C. reformado, o sea cuando "el pretendido padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante la época que según el Art. 74 pudo verificarse la concepción, si la madre ha observado durante el tiempo del concubinato una conducta honesta", "debe tenerse por pro bada plenamente, si existe en la causa la declaración de un testigo - presencial que da fe o razón de los hechos expresados y además hay una presunción grave y vehemente de los mismos hechos derivada de la declaración de otros testigos. (1).

En la doctrina citada se advierte que el Juez ha fallado dando por cierto el concubinato, después de apreciar la certidumbre de los presupuestos como resultado del dicho de una persona que ha presenciado aquellos, dicho que complementado con el decir de otros

(1) Citada en la sección de Jurisprudencia. Rev. M. de J. año 11 No. 4 - Enero - Dic. / 53, que a su vez la recoge, de la sentencia publicada en rev. jud. T.L. del 25 de Enero de 1945, página 161. -

testigos deviene en presunción con plena eficacia.

Otro ejemplo de presunción elaborada por el Juez, aparece en la siguiente doctrina: "El contrato de mutuo puede estimarse comprobado por la concurrencia de voluntades, la del mutuario - por el instrumento otorgado por él solo, el cual es en un principio de prueba por escrito y constituye semiplena prueba; y la del mutuante, por el uso que hace de tal instrumento a su favor, que es otra semiplena prueba, no siendo necesario la concurrencia simultánea. (2).

En el caso anterior dos cosas llevan al Juez a presumir cierto y real el contrato de mutuo; una, la existencia de una manifestación del mutuario, contenida en el instrumento que presentado por el acreedor obra en el proceso, dos, los actos propios del acreedor utilizando y promoviendo las acciones que le corresponden sobre la base de la manifestación del mutuario.

El Juez, frente al instrumento y a la actividad del acreedor, no puede menos que inferir la realidad de la existencia del con-

(2) Sent. No. 604 del Índice de Jurisprudencia Civil Salvadoreña Dr. Angel Gochez Castro. Pub. de la Soc. de Abogados de Occidente, que lo entresaca de la sentencia publicada en Rev. Judicial, enero a junio de 1938, pág. 85.

trato de mutuo; adviértase que tanto la manifestación de voluntad del deudor como la dinamica del acreedor, son hechos probados en sí plenamente, aunque en relación con la realidad del contrato, cada uno de ellos solo sea semiplena prueba.

Una cuestión que nos llama la atención es la de que según el Art. 409 Pr., citado, solamente se admitirá la presunción, en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial; la cuestión es porque se sujeta la posibilidad de presumir a la posibilidad de obtener testimonios de personas. De primera intención no encontramos razón suficiente para ello, mas algunos creen que se hace tal limitación, en cuanto tanto en la prueba testimonial como en la certeza de la presunción, hay la posibilidad de fallar respecto a la verdad; efectivamente, la prueba testimonial es susceptible de deformaciones, porque los sentidos a veces nos dan impresiones no concordantes con la realidad; la presunción, que deviene de otros hechos, a veces puede fallar porque la verdad sea distinta; por ese riesgo es que entendemos, el legislador ha asimilado la posibilidad de presumir a la posibilidad de obtener la prueba testimonial; desde luego según la doctrina se puede llegar a presunciones por los indicios derivados de otro tipo de prueba pero esto que se comenta es una disposición legal clara y terminante. -

Testimonio de que se puede llegar a presumir a base de otro tipo de pruebas, es la doctrina última de las mencionadas en donde la base de la presunción es una manifestación de voluntad contenida en un documento y la acción procesal del acreedor.

Devis Echandía, es claro en afirmar que "también - puede el Juez obtener presunciones judiciales de otra clase de pruebas, cuando éstas aisladamente no demuestran el hecho, pero lo hacen verosímil y probable de modo que en conjunto permiten inferirlo con certeza" (3).

No hemos encontrado una explicación satisfactoria a la limitación que señalamos ni en los autores consultados, ni en la experiencia, lo cierto es que ya aparece en el Código de Procedimientos y fórmulas de mil ochocientos cincuenta y siete, y en el de mil ochocientos ochenta y uno, casi con la misma expresión actual.(4)

LOS CARACTERES DE LAS PRESUNCIONES JUDICIALES.

Veamos que el mismo Art. 409 Pr. viene señalándolos para que la presunción pueda ser utilizada por el Juez; ellos son: - gravedad, precisión, concordancia.

(3) Devis Echandía. Obra Cit. pág. 607.

(4) Vease el texto en la Edición del mencionado Código 1857 hecha por el M. de Justicia-Imprenta Nacional, pág. 91 (pág. 35 según el formato del Código reproducido. Art. 442.)

La presunción es grave al decir de Escriche, en cuanto del hecho en que ella se funda surja necesariamente como una consecuencia el hecho desconocido que se busca.

Otros autores estiman que es (grave) la presunción cuando es el fruto de una inducción parente "(5) "cuando reúnen tal grado de probabilidad, que en el ánimo del magistrado se traducen en certeza moral" (6).

Nosotros estamos de acuerdo con las citas hechas, que se pueden resumir, en cuanto una presunción es grave cuando los hechos que la fundamentan son sumamente elocuentes respecto a la realidad del hecho presumido. El mismo Art. citado, califica como tal, a "la que se apoya en un hecho conocido que haga muy verosímil el hecho desconocido que se trata de averiguar".

Una presunción es precisa cuando se funda en hechos perfectamente claros y delimitados en el tiempo y en el espacio.

E. Pallarés, dice que son precisas las presunciones inequívocas o sea cuando de ellas no se puede deducir mas que determinadas consecuencias.

El Art. citado, expresa: "precisa es la que solo se puede aplicar a un hecho y no a varios".

(5) Larombiere, citado por Pallarés. Derecho Procesal Civil. Edit. Porrúa. México 1968. pág. 418.
(6) Pallarés. Obra citada. pág. 418.

Una presunción es concordante con otra, cuando considerando su propia singularidad dice relación íntima con otra, sin excluírse y más bien complementativas, elocuentes del hecho principal desconocido sobre cuya realidad convergen.

Estas presunciones no se destruyen unas a otras, son coincidentes. El mismo Art. 409 agrega: son concordantes cuando 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 consecuencias de éste".

Conviene preguntarse si tales caracteres, deben presentarse simultaneamente o si puede faltar algunos de ellos; en nuestra opinión, la gravedad y la precisión se consideran en cuanto a la misma presunción, por ello deben ir siempre juntas; en cuanto a la concordancia, este carácter tienen trascendencia solamente en el caso que enuncia la parte final del Art. 410 Pr. en donde se trata de aplicar una sola presunción con otra semiplena prueba de otra naturaleza.

EL VALOR PROBATORIO DE LAS PRESUNCIONES

Las legales, Estas presunciones, hacen plena prueba del hecho desconocido; esta eficacia puede ser destruida en las legales propiamente dichas, mas no en las de derecho. -

Las Judiciales. Estas presunciones, en general constituyen individualmente, semiplena prueba o principio de prueba. (Art. 410 Pr.) El detalle de individualidad por provenir de hechos plena y legalmente probados, es importante para adjudicarle a una sola presunción judicial la calidad de semiplena prueba, pues si resultara que una depende de otra, varias presunciones no harían más que semiplena prueba, tal lo señala el Art. 411 Pr.

4. - LA NATURALEZA DE LA PRESUNCION: Desde luego, entrar en esta cuestión implica deslindar la conformación específica de la institución, definirla estrictamente en toda su magnitud dentro del campo que le es propio dentro de las relaciones jurídicas.

Por cuanto su campo de aplicación y dinámica es el del derecho procesal y específicamente dentro del aspecto probatorio del proceso, importa saber, si es, por una parte, una verdadera prueba, por otra un específico medio de prueba; y finalmente, si es, cuando menos, una regla técnica para la consecución de la prueba.

1o. -) LA PRESUNCION ¿ES PRUEBA? Partiendo de la definición enunciada, se ha creído establecer que hay una total y esencial identificación entre la prueba y la presunción, por la circunstancia de que ambos son razonamiento que devienen en certeza,

sobre la base de hechos comprobados; otros, los identifican por el solo hecho de ser procesos mentales, los que en definitiva los conforman y les atribuyen valor a uno y a otro.

Veamos cada una de estas afirmaciones.

En cuanto a la primera, ciertamente, hay una función o mejor dicho un proceso mental en la consideración de la prueba como en la formación de la presunción, pero, también resulta, que el proceso mental que se da en la prueba no es precisamente para deducir - consecuencias, pues éstas ya se hallan establecidas por la prueba - misma: en cambio, por la presunción (sí) se inducen consecuencias; el hecho establecido por la prueba en forma directa es claro para el Juez por la eficacia del medio probatorio por presunción, es un hecho nuevo a cuya evidencia o certidumbre se ha llegado sobre la base del hecho establecido por la prueba.

La presunción, como ya se ha dicho, tiene hechos -presupuesto, que deben hallarse previamente demostrados; así, si dos -testigos, afirman haber visto a un cierto hombre y a una cierta mujer durante cierto lapso de tiempo, ofreciéndose tratamiento mutuo como de un marido hacia su mujer; si por otra parte se presentan en el proceso instrumentos en los que aquel hombre hace expresiones propias y afectuosas como marido de aquella mujer; si además, los testigos declaran haber visto a la mujer en estado de gravidez durante el mismo

lapso de tiempo que se observó el tratamiento propio de marido y mujer, lo lógico para el Juez es deducir de aquel hecho del trato mutuo, del contenido y expresiones de los instrumentos, y de la vista del estado de gravidez de la mujer, que el hijo nacido de aquel tiempo, es el fruto de las relaciones de dichos hombre y mujer. En este caso, hay hechos ciertos tales como el de la relación y tratamiento de marido y mujer, demostrados por el medio de prueba testifical y el instrumental; por el mismo medio testifical se ha establecido que la mujer ha estado grávida y ha alumbrado en determinado momento; pero tales hechos individualmente considerados no bastan para afirmar la circunstancia de SER aquel hijo, hijo de aquel hombre, solamente la consideración de las relaciones especiales entre aquellos dos hechos, llevados a cabo por el Juez, da por resultado la probable certeza de que aquel hijo sea de este padre; como se puede apreciar, hay dos hechos conocidos, pero ninguno de ellos es el meollo del negocio debatido, entonces de la existencia de éstos, de su relación, el Juez, colige el principal hecho del asunto.

En cambio, si una parte demandante solicita la resolución de un contrato, debe, desde luego, probar la existencia del contrato discutido, y para ello, puede y debe presentar el instrumento que lo contiene; haciéndolo, le lleva al Juez, en forma directa, la evidencia plena de ello de manera que ya no hay más pesquiza que -

hacer, pues está probado que el contrato existe. Acá, no hay ninguna presunción, pues Ab-Initio, directamente, se ha patentizado el hecho asegurado.

En cuanto a la segunda afirmación, también es cierto, que tanto en la prueba como en la presunción hay procesos mentales del Juez, pero ello no basta para identificarlas, pues igual lo hay en la sentencia y a nadie se le ocurriría identificar a la prueba con ella; en todos los actos del proceso hay en última instancia un proceso mental pero cada uno con caracteres específicos, lo que ocurre, es que son procesos con un fin diferente; en la prueba, tiende a su valoración, para la definición de los hechos; en la presunción tiende a la investigación o confirmación de nuevos hechos, los que posteriormente, al igual que la prueba serán valorados; una declaración simplemente emitida ante el Juez, no tiene ninguna trascendencia, no prueba nada, no es prueba de nada, sino hasta que ha sido valorada y considerada por el Juez, como con cierta eficacia; desde este punto de vista, ciertamente se trata de un proceso mental, pero, se repite, de valoración.

Resulta obvio, que estas diferenciaciones entre prueba y presunción, salten más a la vista en las presunciones judiciales por tratarse de casos más numerosos, hechos tan variados y singulares los que se demuestran; al contrario de las presunciones legales que

por ser mas escasas, casi puede decirse que constituyen un patrón general en cuanto a sus hechos presupuestos; no obstante ello, las - diferencias subsisten entre prueba y presunciones legales, al menos las fundamentales.

En abono de lo anterior, algunos autores distinguen entre relaciones intrínsecas y relaciones extrínsecas de la prueba y la presunción, identificándolas por las segundas y separándolas por las primeras; en razón de las relaciones extrínsecas, la presunción depende de la prueba pues se basa en hechos probados; es en una forma especial y ulterior de probar; es una dependencia de carácter lógico-jurídico. En razón de las relaciones intrínsecas se afirma simplemente, por una parte, que la presunción es una subrogación de la - prueba con lo cual no se describe su esencia; por otra parte, se dice que en la prueba se advierte el hecho discutido en forma directa; con la presunción se advierte el hecho mediante inducciones (1).

Otros autores (2), han tratado de explicar esto de las diferenciaciones entre la prueba y presunción separando de entre las varias clases de presunciones, aquellas que si son pruebas; así, se dice que la Judicial lo es, por constituir procesos mentales que lle-

(1) Lessona Carlos. Obra citada. Pág. 105.

(2) Gorphe. Dela Plaza, Gianturco, Lessona. Rocha. DeiMalatesta. citados por Devis Echandía. Obra citada. pág. 606.

van al conocimiento de hechos desconocidos a base de hechos conocidos. Ya antes hemos mencionado la objeción a esta idea; por igual razón también consideran como pruebas a las presunciones *Iuris Tantum*. Carlos Lessona, por ejemplo, termina por afirmar que las presunciones legales "son una especie de prueba preconstituida por el legislador al igual que las presunciones simples. Este autor admite que el razonamiento que es común a la prueba, y a la presunción - acaba por identificarlas, aunque aquella justifique los hechos en forma directa y ésta en forma indirecta. No insistimos en que no es el hecho del razonamiento la cuestión por definir sino el resultado de éste, y por otra parte tampoco se puede afirmar que la presunción simple sea prueba preconstituida, ya que ésta solo se configura dentro del proceso. (3).

Sin embargo, como bien apunta el Dr. DEVIS ECHANDIA, por ser, un razonamiento del Juez respecto a otros hechos, la Judicial no puede ser prueba. En cuanto ofrece un doble efecto sustancial y procesal, la *Iuris Tantum* tampoco puede ser prueba, tal doble efecto consiste, uno, en *la limitación de presupuesto táctico -que la norma sustancial contempla para que se surtan sus efectos jurídicos, cuando el hecho presumido se discute en un proceso el otro, es el de

(4) Devis Echandía, Obra citada. pág. 607-608-609.

que la parte que niegue el hecho presumido está obligada a probar el hecho contrario (4).

Siempre en abono de la afirmación de que la presunción no es prueba, el Doctor ENRIQUE AGUILERA DE PAZ, traductor de la obra de Lessona, glosando el punto ha dicho "las presunciones legales no son un medio de llevar la certeza al juzgador, sino la de claración hecha por la Ley del derecho de las partes, para el caso en que no sea posible justificar los hechos en que habría de fundarse el derecho. Menos pueden serlo las presunciones no legales o de hombre, que en realidad no tienen otra eficacia que la de los medios empleados, no para justificar el hecho desconocido, sino los ac cidentes y circunstancias que inducen al Juez a formar su juicio o presunción sobre dicho hecho. Podrá juzgarse por presunción, pero no articularla como medio de prueba, porque en substancia no lo es, - por más que pueda fundarse en ella en algunos casos, el fallo. (5)

En nuestra opinión, ni las presunciones de hombre, - simples o judiciales, ni las Iuris Tantum y menos las Iuris Et de Iure - son pruebas. Las primeras, por todas las razones ya antes mencionadas, pero además, porque toda prueba tiene una connotación objetiva en cuanto o es dada por las personas como adquisición de sus

(5) Aguilera de Paz. Traductor Obra cit. Lessona. Glosa a pág. 107

facultades sensoriales (testimonios personales de lo que se ve y oye) o es dada por las cosas en virtud de lo que representan (el instrumento de obligación, el objeto con que se ha causado el daño, el recibo con que se demuestra el pago de cantidades, etc.). En cambio, las presunciones tienen una connotación absolutamente subjetiva; solo en la intimidad, en la capacidad reflexiva, inteligente del Juez, tiene cabida, no se ve, no se oye, no es posible palparla, es en resúmen un juicio lógico, cuya más cercana expresión al mundo de las cosas es la enunciación del resultado de aquel proceso lógico.

Las segundas (Iuris Tantum e Iuris et de Iure), tampoco pueden ser pruebas, porque ellas señalan estrictamente situaciones jurídicas general, otorgan estatutos particulares (como la calidad del hijo legítimo o ilegítimo a los nacidos en circunstancias y términos prescritos por las normas; la condición de dueño del poseedor, la verdad irrefragable en la cosa juzgada material), que permanecen siempre (Iuris et de Iure), con aquellos a quienes la hipótesis alcanza, o permanecen en tanto en cuanto no se demuestre, por quien se opone a la presunción, que los hechos presupuestos no se han producido (Iuris Tantum) o no han podido producirse.

Las presunciones legales en general son prescripciones legales de orden sustantivo; las pruebas, si bien tienen un carácter sustantivo en cuanto a su construcción, también son entidades más -

adjetivos porque es en el proceso donde se presentan funcionando de manera particular.

2. -ES LA PRESUNCION UN MEDIO DE PRUEBA

Antes hemos dicho (letra b No. 3 Capítulo III), que el medio de prueba es concreto, y que se representa en los instrumentos y elementos a partir de los cuales el Juez infiere la verdad; ahora, aceptando y reafirmando esa concreción que caracteriza al medio de prueba, debemos interrogarnos, si la misma, también caracteriza a la presunción; la respuesta es negativa. Las razones de ello son exactamente las que se han dado respecto a si la presunción es una prueba. Si la presunción es una conclusión formulada en la inteligencia del Juez, a partir de ciertos hechos plenamente establecidos hay en ella solamente subjetividad, nunca concreciones; podría arguirse acaso, que también el dicho de un testigo es puramente subjetivo porque cree decir su verdad, y sin embargo es prueba, no obstante, no debe pasarse por alto que el testigo no participa en el proceso para decir su verdad, sino para denunciar, con detalles si es posible, lo acontecido ante sus ojos, o lo escuchado por sus oídos, sin elucubrar o sacar conclusiones de ello, las cuales solamente al juzgador, le competen; pero además, el testigo, él, en sí mismo es el vehículo por medio del cual el Juez conoce de determinados hechos,

a través de la narración que se le hace, en cambio, la presunción surge como sintetización de relaciones comunes, atingentes, de aquellos hechos. Puede afirmarse que los hechos presupuestos de la presunción son medios probatorios de ésta, pero no la presunción misma.

Por otra parte, cuando se habla del medio de prueba, - de inmediato se percibe la idea de un vehículo anterior en el tiempo y la forma, al juicio lógico de la certidumbre o negatividad de algo; tal juicio es el final de toda la actividad probatoria; el último aspecto, es la presunción que no tiene anterioridad o posterioridad, es un juicio singular que en ella se inicia y en ella se concluye.

El medio de prueba por mucho que diga intimidad con la prueba es independiente de ella, con mayor razón lo es respecto a la presunción, a la cual antecede, de la que es su servidor; en estricto sentido, nos parece que con la presunción no se prueba nada, ella en si misma es una verdad.

Por la forma en que se valora en algunos códigos la - concurrencia de dos o más presunciones, como en el nuestro, que expresa "dos o más presunciones que no dependen una de otra y que todas concurren al hecho principal, harán plena prueba, si cada una de ellas es deducida de un hecho legalmente comprobado", puede hacer pensar que la presunción es un medio de prueba", pero ocurre - que esta es una forma conveniente procesalmente hablando de obtener

una cierta verdad, mas en esencia, la presunción, lógicamente hablando es una conclusión de lo evidenciado por el medio y nada más.

Podría alguien pensar que lo que se viene exponiendo no es la presunción como entidad jurídica, sino como un concepto o proceso de pensamiento en general, pero resulta que jurídicamente hablando lo trascendente de ella es su función procesal, es precisamente su forma lógica, sino vease, que el Art. 408 Pr., dispone "La presunción es una consecuencia que la Ley o el Juez deduce....."

En este mismo punto, se puede también argumentar - que si la presunción judicial no es medio, sino un proceso mental - del juzgador, tal cosa no ocurre con las presunciones legales, pues éstas son dadas por la Ley y la ley no piensa; ciertamente, la Ley - no piensa, pero ella es en sí, el pensamiento del Legislador.

3. -ES LA PRESUNCION UNA REGLA DE PRUEBA?

Según entendemos, una regla es un juicio preceptivo, que enuncia una forma o camino para la realización de algo, que a veces puede enunciar solamente lo contraproducente de su incumplimiento; en tal sentido todas las disposiciones del capítulo procesal - de la prueba, son ciertamente reglas de prueba, es decir que todas tratan de la forma de obtener la prueba, de la manera de valorarla, etc., pero en todo caso ninguna de las pruebas es regla, así, el -

testimonio de una persona es prueba pero no una regla, la inspección pericial, es también una prueba, pero no una regla; los dos casos, la regla prescribe la manera de obtener el testimonio de hacer una inspección pericial, pero llegadas a su realización lo que se tiene es una prueba que es distinta de la regla por la que se ha llegado a su obtención. Cuando se dice en la Ley "la confesión debe recibirse por el Juez a presencia del Secretario". Art. 386 Pr. o bien cuando se dice "Las posiciones deben proponerse en términos precisos" (Art. 380 Pr.) se está diciendo en ambos casos, como ha de proveerse a la prueba de confesión o a la de posiciones, pero ninguna de tales disposiciones es una prueba,

Si ello es así, resulta que la presunción no es tampoco regla de prueba, veamos: Dice el Art. 408 Pr.: "Presunción es una consecuencia que la Ley o el Juez deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas para averiguar un hecho desconocido"; en el citado artículo, se enuncia lo que es una presunción, pero el artículo mismo, no es una presunción es una de las reglas del Código de Procedimientos Civiles atinentes a la presunción; pero veamos un poco más, cuando se dice "Cuando muchas presunciones estén unidas entre si con dependencia una de otra, todas ellas no forman sino principio de prueba o semiplena prueba" (Artículo 411 Pr.). Tal disposición es efectivamente una regla, pero -

ella no es la presunción; cuando se estima que el hijo nacido después de ciento ochenta días y no antes de trescientos después de la celebración del matrimonio, se reputa concebido dentro de él, se está enunciando el o los presupuestos de la presunción de legitimidad, y ello es una regla, pero no la presunción misma por más que la Ley diga "se presume".

CAPITULO II

SUMARIO. a) Proceso lógico que concluye en la presunción.

b) Los indicios y las presunciones. Diferencias entre unas y otras.. c) Efectos de las presunciones legales. d) Las presunciones y la carga de la prueba.

a) EL PROCESO LOGICO QUE CONCLUYE EN LA PRESUNCION. La lógica formal estudia los actos del pensar, tales son: el juicio, el razonamiento, la demostración, a través de ella se alude a la estructura del pensamiento ponderando la forma general que relaciona las partes del contenido dado.

En este sentido queremos decir que la presunción es un proceso lógico, independiente del objeto sobre el cual ella versa en un momento determinado; en efecto, cualquiera que sea el campo del derecho en donde estemos haciendo presunciones, lo cierto es - que estamos ejercitando una forma del pensamiento y ella es eminentemente lógico-formal.

Así, independiente de que todos los ciudadanos de un país conozcan o no conozcan la ley por virtud del imperativo político jurídico que así lo prescribe, damos por hecho que todos indefectiblemente estamos en su conocimiento; tal convencimiento no viene dado porque la realidad así lo demuestre, sino porque la ley misma

lo dispone de esa manera tratando de asegurar el orden público, en tanto en cuanto estamos determinado tal circunstancia del conocimiento general de la ley a partir de la ley misma, estamos realizando un proceso lógico formal que se desarrolla así: Primero, hay una norma jurídica que dispone que "Una vez publicada la ley en la residencia del gobierno, se entenderá que es conocida de todos los habitantes de la República", (Art. 7 C. C.); frente al postulado dicho estamos espectantes a la promulgación de la ley que fuere, aún de aquellas que siendo tan especiales no nos concierna y probablemente no nos llegue a concernir nunca, es pues una posibilidad que existe del nacimiento de una nueva ley. Segundo: Se crea una nueva ley determinada, puede que no tenga mayor interés desde el punto de vista personal porque se refiera a un campo especial, sin embargo como el postulado es general, debe entenderse que todos conocemos que existe dicha ley desde el instante de su publicación. Esta circunstancia de la obligatoriedad del conocimiento de la ley no es real pero debemos aceptarlo así porque la misma ley lo dispone; tal aceptación es connotativa de un proceso lógico del pensamiento en cuanto si hay tal disposición jurídica y se ha dado la circunstancia del nacimiento de una nueva ley debemos pensar que esta última se conoce por todos los habitantes, pero al pensar así estamos presumiendo y tal juicio presuncional solo deviene del pensamiento lógico, concluyendo en -

que ello es así por disposición de la ley; no cabe duda que tal conclu
sión solo surge del pensamiento, de relacionar la hipótesis de la nor
ma precitada y del hecho de la promulgación de un nuevo cu
erpo jurí-
dico, hay en ello una elaboración intelectual, lógica; pero quizá no -
sea muy explicativo o suficientemente de lo que queremos exponer -
por fundarse la presunción en una disposición legal bien determinati
va, veamos que en materia del derecho de las personas cuando se
trata del establecimiento de la calidad de hijo natural, se puede lle-
gar a ello demostrando que el hijo se halla en posesión notoria del
dicho estado civil, y esta posesión notoria se presume a partir de
la probación de circunstancias tales como que el padre lo ha tratado
como hijo suyo, que ha proveído a su crianza, educación y estable-
cimiento, que lo ha presentado así a los herederos presuntos, deu-
dos y amigos, etc. (Art. 283 C. C.); en cuanto halla comprobación de
tales circunstancias, el juez razona, llega en su intelecto a formu-
larse la idea de la paternidad y concluye en que el hijo tal, es del -
padre X, nótese que las circunstancias pueden estar ahí, probadas -
hasta la saciedad, pero que es el juzgador quien en definitiva razona
dando por hecho cierto que la calidad de hijo natural en el caso plan-
teado se impone a ser declarada.

Como el juzgador se le ofrecen pruebas de hecho muy
variados, a partir de ellas surge la presunción como operación lógi-

ca. De esta manera Alfredo Rocco hablando de la formulación de la sentencia afirma "el hecho que el juzgador debe tomar por base de su fallo no es objeto del conocimiento inmediato por parte del mismo; el conocimiento que puede tener de él es, por lo regular, solamente mediato, y para llegar a él le son necesarios algunos elementos de conocimiento inmediato lógico (prueba) (1).

Por manera que en este razonamiento que concluye en la presunción el objeto básico se trasluce en la formulación de circunstancias básicas como condiciones necesarias para alcanzar resultados que constituyen un saber inferido a partir de otros hechos que son precisamente esas circunstancias de base, que generalmente son los indicios. Con lo anterior veremos haber expuesto claramente esta cuestión del proceso lógico de la presunción. -

b) LOS INDICIOS Y LAS PRESUNCIONES. DIFERENCIAS ENTRE UNOS Y OTROS: Al hablar del concepto de la presunción lo hemos delimitado como un juicio lógico conformado en la mente del juzgador (No. 3 Cap. 3) en virtud del cual, éste, considera como cierto o probable un hecho, fundando en otros hechos previamente establecidos, através de cualquiera medio probatorio; además hemos afirma-

(1) Alfredo Rocco. La sentencia Civil. Edit. Stylo. México 1944.

do que la presunción tiene por base los indicios.

Siendo así, conviene y es obligado decir que es lo que se entiende por indicios y cuáles son las diferencias que median, - entre estas y la presunción.

o Siguiendo las frases del Doctor Hernando Devis Echandía, decimos que el indicio consiste en un hecho conocido, o circunstancia de hecho conocido, del cual se inducen otros hechos desconocidos mediante una operación crítico-lógico, basada en normas generales de la experiencia cuando el indicio es ordinario, o en principios científicos y técnicos cuando se trata de indicios especiales. (1)

El indicio es una prueba indirecta en cuanto por si mismo no sirve para dar por cierto un hecho ulteriormente formulado, el hecho que constituye el indicio, desde luego, sí debe estar plenamente establecido, pero a su vez, solamente representa una idea aproximada más o menos robusta de aquel otro hecho de él se infiere, si pensásemos que el indicio representara una idea completamente definida del hecho investigado entonces ya no habría lugar a inferir, a presumir nada pues en el indicio mismo tendríamos la prueba suficiente de tal hecho.

Evidentemente cuando el indicio es "necesario" (2), por

(1) H. Echandía. 4a. Conferencia dictada en Facultad de Derecho. U. de El Salvador, dic. 14 de 1971, pub. de la facultad. -

resultar del acaecer de leyes de la naturaleza, puede decirse que no hay lugar a presumir nada; así si un cuerpo que se halla sostenido por una grúa a cierta altura de pronto se precipitare al suelo y cayendo encima de una persona le quitara la vida y si esta persona se encontraba en el suelo justo en el punto mismo perpendicular a la posición en el aire de aquel cuerpo, mal podríamos asegurar que "se presume" la muerte de aquel hombre por la caída de aquel cuerpo sobre él; la verdad que en este caso casi hay una absoluta seguridad de la causa de aquella muerte si se toma en cuenta en toda su extensión el principio físico de la caída de los cuerpos y se lo relaciona con la posición justa en que se encontraba el hombre en el momento de la caída y con relación al cuerpo; así que frente al indicio necesario casi no hay duda del hecho inferido, pero por el contrario, cuando el indicio es contingente hay una gran dosis de incertidumbre en cuanto a la realidad del hecho presumido; así, sería contingente el hecho afirmado por los testigos de haber visto salir juntos repetidamente a un hombre y a esa mujer. Es contingente dicho indicio porque se necesita de otros que lo complementen para poder hacer una firme inferencia, y ello nos lleve al punto de enunciar desde ya que el indicio debe poseer ciertos caracteres para que concurra eficazmente a la

_____;

(2) Aquí el término "necesario" implica un acontecimiento indefectible, por oposición o acontecimiento contingente.

presunción, tales con la gravedad, la precisión y la concordancia, pero especialmente algo quizá mucho más determinante, una conexión íntima y lógica con el hecho que se pretende establecer; es cierto que esto implicaría una anticipación del hecho investigado casi segura, pero ello no es sino una figuración relativa de la inteligencia del juzgador que solo se aclara con la presunción ya realizada; si resultara pues, que ni por asomo aquel detalle indiciario dijera relación con el que queremos establecer entonces no nos sirve tal indicio, no tiene conexidad.

De manera, que, respecto del indicio es importante distinguir los distintos hechos con los que dice referencia y la necesidad de que unos y otros estén plenamente probados o no. Hay por una parte, un hecho determina que da lugar a que se manifieste el indicio, es el indicio mismo, él, es, digamos, una fracción o parte de un hecho más importante en el cual concurre y a cuya conformación contribuye; por ello, hemos dicho que no es indicio aquel hecho que no diga ninguna relación con el hecho presumido (inferido), pues precisamente, por tal relación aunque sea mínima es por donde empieza a deducirse la circunstancia y realidad del hecho inferido; esta conexidad del indicio es acaso el sustratum de su calidad e importancia.

Por otra parte, aparece el hecho previsto o aquel que es la conclusión de todo el razonamiento lógico crítico; toda la mecánica (valga la expresión) del pensamiento, haciendo relaciones de indicios, valorándolos, colocándolos de tal forma que encajen cual un rompecabezas, tiene por finalidad el llegar a la certeza de este último hecho - que referidos, hemos presumido la realidad de él y hemos ido colocando para ello cada pie, en cada paso, sobre bases firmes que son los indicios.

Cuando se dice que el indicio debe ser base firme para la actividad presuncional, llegamos al punto de apreciar en que magnitud debe tenerse por cierto el hecho indicio, al respecto no hay positivamente, ninguna disposición que prescriba esta cuestión, nosotros pensamos que el hecho indicio debe estar, en primer lugar plenamente establecido es decir que no exista ni el mínimo asomo de duda de su existencia y en este punto debe darse por descontado que, a su vez cada indicio debe aparecer probado en el proceso de tal forma que de él se tenga "plena" certidumbre (bien por vía de dos testimonios, por dictamen pericial, por inspección, ocular, etc). En segundo lugar, creemos que es indiferente cual sea el medio probatorio del indicio (con excepción naturalmente de la presunción, pues como hemos dicho ella no es medio de prueba y porque por ser una mera actividad mental mal haríamos en fundar una probabilidad en otra

probabilidad). -

La Legislación positiva, Art. 409 y 410 Pr., al referirse a la presunción sí prescribe valor para una o más de ellas y de esta manera el último Art. indicado expresa "dos o más presunciones que no dependen una de otra y que todas concurren al hecho principal harán plena prueba si cada una de ellas, es deducida de un hecho legalmente comprobado.

Mas una sola presunción no puede ser considerada sino como principio de prueba o prueba semiplena o sea que, cuando menos, dos presunciones que tengan las características que la disposición enuncia harán prueba completa, plena; adviértase que nos referimos a las presunciones judiciales o de hombre, pues en cuanto a las legales, en general hacen (incluso una sola de ellas) plena prueba - sobre todo si son de aquellas llamadas "de derecho" o *Iuris Et de Iure*, pero al decir la Ley "dos o más presunciones" nos parece que se está refiriendo al "hecho previsto" es decir a dos o más hechos determinados por la vía presuncional pero no a la presunción misma y no podría ser de otra manera pues en definitiva lo que al Juez le interesa para fallar el negocio no es tanto la actividad de presumir cuando el hecho final que por ella llega a configurarse como cierto, y si resulta además que la Ley habla de "varios hechos presumidos que concurren a un hecho principal" entonces ya tendríamos que

estos, a su vez, se volverían indicios de otro hecho todavía más mediatizado, por ello es que el autor Devis Echandía afirma que en esta regulación ha habido un error del legislador al querer dar valor probatorio a la presunción en si cuando de lo que se trata es de dar valor probatorio, a dos o más indicios, es decir que el Código en realidad se refiere al asunto de la prueba de indicios y no de presunciones (Devis Echandía) (Conferencia citada).

§ Veamos ahora los caracteres que diferencian al indicio de la presunción: 1o. - El indicio es siempre un hecho, tiene connotación real y muchas veces material; la presunción es siempre un proceso lógico de inferencia. 2o. - El indicio es siempre un hecho comprobado, es decir debe estar demostrado plenamente sin que quepa la mínima duda de su acaecimiento como hecho en el tiempo y en el espacio. 3o. - El indicio es un medio de prueba por el mismo detalle de ser un hecho real; la presunción no es medio de prueba por su mismo carácter de abstracción. 4o. - El indicio es tal cual el cimientto de la presunción, el cual debe ser firme a través de su comprobación plena. La presunción es tanto cuanto la estructura del hecho investigado levantada sobre aquel cimientto que es el hecho indicio. 5o. - El indicio es prueba del hecho representado por él y medio de prueba respecto del hecho inferido, la presunción no es prueba, sino puramente fenómeno del intelecto, valoración de otros hechos y conclusión de los mismos. -

c.) EL EFECTO DE LAS PRESUNCIONES: Desde luego que llegados a este punto resulta bueno y propio preguntarse ¿para qué sirve presumir? y de inmediato decimos que sirve para obtener certidumbre respecto de un determinado hecho y el cual en la actividad psicológica del Juez le permite fallar en un determinado sentido; esta es una respuesta talvez muy sencilla pues la interrogante tiene aún o pretende algo más. (~~de lo cual en el capítulo que antecede hemos hecho un bosquejo~~). Se trata con ella de saber cual es el valor que le concedemos a la presunción en la dinámica procesal, - tal cuestión no es tanto doctrinaria como de derecho positivo.

Veamos entonces que la presunción "de derecho o Iuris Et de Iure" tiene valor o efecto de plena prueba siempre, tal es lo que se concluye de lo prescrito en el inciso 4o. del Art. 45 C. cuando dice: "Si una cosa según la expresión de la Ley se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba en contrario, supuestos los antecedentes y circunstancias" o sea que cuando la Ley formula expresamente esta clase de presunciones no cabe la menor perspectiva de demostrar lo contrario a ella. Así por ejemplo, el Art. 750 C.C. refiriéndose a la buena fé en materia de posesión dice "..... pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fé, que no admite prueba en contrario" lo cual viene a significar que quien hierra en materia legal, por lo mismo, es

poseedor de mala fé; pero ¿será efectivamente cierta tal expresión? Creemos que no. En la realidad, no obstante el error, puede existir la buena fé y sin embargo la Ley no permite contraprobar por respeto al orden público, es por ello que decimos que esta clase de presunciones hace siempre plena prueba; es además abrogativa de prueba.

Por cuanto respecta a la presunción legal propiamente dicha o sea aquella que si admite prueba en contrario, ésta, entendemos que hace plena prueba con base en el texto del mismo Art. 45 C. C., mas sin embargo en la misma disposición se afirma "se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume aunque sean ciertos los antecedentes y circunstancias de que lo infiere la Ley...." o sea, que en el momento en que se demuestre por el interesado que el hecho presumido no ha podido darse no obstante los supuestos reales de la presunción en ese instante desaparece la plena eficacia de tal presunción legal; en principio pues, estas presunciones hacen plena prueba, pero posteriormente pueden mermar en su eficacia.

Confirma la idea anterior la expresión del Art. 415 No. 12 Pr. -a contrario sensu- de la manera siguiente: "Cuando por ambas partes se produzca en el juicio plena prueba se estará a la más robusta según el orden siguiente:.....12o. Las presunciones (aquí deben entenderse las judiciales) cuando hacen plena prueba. La -

presunción legal no tiene entonces lugar porque cede a la prueba contraria". Fijarse que la disposición advierte que se trata de una situación en la que ambas partes han aportado plena prueba, o sea - que se trata de plena prueba por presunciones judiciales, la que - privará entonces sobre la plena prueba, emanada de presunciones legales.

Por lo que toca a la presunción judicial o de hombre, esta hace semiplena prueba y así lo expresa el Art. 412 Pr. "son pruebas semiplenas..... La presunción judicial....." Desde luego que unidas éstas a otra clase de prueba harán una prueba perfecta y plena, pero será a vía de concurrencia o mejor dicho de complementación a otra semiplena prueba.

EFFECTOS DE LA PRESUNCION EN LA AFIRMACION DE CADA UNA DE LAS PARTES: Fuera del aspecto puramente positivo anteriormente expuesto, volvamos al punto doctrinario - y veamos que la presunción tiene una influencia determinante en la afirmación de las partes y en el resultado material del litigio, y - aún sobre el juez mismo, sin olvidar que desde luego la trascendental importancia de su efecto en la teoría de la carga de la prueba.

Respecto al efecto sobre la afirmación de las partes, el asunto se plantea así: las partes en cuanto activan al órgano ju-

risdiccional afirman algo (un adeudo, la tenencia injustificada de una cosa, la circunstancia o existencia de una causal de divorcio, etc) y exigen la satisfacción de ese algo afirmado; pero para poder llegar al punto en que el juez ordene mediante fallo tal satisfacción, es preciso que quien afirme ofrezca o enuncie y esté dispuesto a probar y pruebe los hechos sobre los cuales descansa su afirmación y por otra parte que tales hechos tengan posibilidad de ser apreciados a la luz de disposiciones legales, por parte del Juez. En otras palabras la cuestión se traduce en la siguiente pregunta: la presunción releva a quien afirma de la obligación de probar el hecho presumido?

Al respecto, el autor Carlos Lessona nos dice "que en su génesis lógica toda presunción es igual, es decir que se trata mediante ella de afirmar un hecho desconocido al cual se llega partiendo de hechos conocidos. Que la función judicial de las presunciones legales agrega - solo se diferencia respecto a la posibilidad de prueba contraria, en cuanto en la *Iure Et de Iure* (o de derecho) no hay lugar a ello mientras que en la *Iuris Tantum* (o legal propiamente dicha) si se admite la posibilidad de probar en contrario. Además, "el fin judicial, único de las presunciones legales es el de disminuir el arbitrio del juez en la apreciación de las pruebas, facilitándole a la decisión de las cuestiones de hecho" (1)

(1) Lessona. Obra citada. pág. 148.

Agrega además -según lo entendemos- que la presunción, si bien - sirve para configurar el hecho presumido, en concreto actúa más - bien limitando aquello que debe aparecer probado previamente por quien invoca; esto es, solamente los hechos que sirven de base al - hecho presumido, resultando que si la afirmación de las partes coincide con el hecho presumido, entonces no hay obligación de probar la afirmativa.

Que no existe la necesidad de prueba del hecho presumido por parte de quien lo alega, porque compete al Juez realizar - el juego de relaciones que permitan presumirlo, lo confirma el Dr. Hedemann al decir "esta consideración de precepto jurídico vinculado por la Ley a la alegación de los hechos es una segunda categoría que tiene que ser rigurosamente separada de la aportación del material de hecho". "La aplicación del derecho reside exclusivamente - en el Juez; *Iure Novit Curia*". "Por tanto como la actividad del - Juez comienza allí donde termina la aportación de materiales, la carga de la afirmación de las partes cesa, a la inversa en el momento en que comienza la actuación con conceptos jurídicos" (1)

El mismo Hedemann Concluye negando que la presunción tenga que excluir la probanza de los elementos de hecho que conducen a la afirmación del actor "el resultado de nuestra investigación

(1) Hedemann Obra citada. pág. 288

sobre la relación entre la presunción y la carga de la afirmación, es, por tanto, absolutamente negativo. Vimos en primer lugar que la carga de la afirmación no es anulada por la existencia de una presunción y después pudo comprobarse que tampoco la distribución de esa carga subsistente entre las partes experimente ninguna modificación"(2)

d. -) LAS PRESUNCIONES Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Comenzaremos este epígrafe por decir que la expresión "carga de la prueba" dice referencia con la interrogante siguiente: En cual de las partes del proceso radica la obligación de probar? Si probar es demostrar lo que se afirma, no cabe duda alguna que en un proceso quien primero afirma es el llamado actor a través de su demanda, consecuentemente, es él, el primer y generalmente obligado a probar, en él radica la carga de la prueba; de tal forma es aceptada esta conclusión que el legislador así lo ha establecido en el Art. 237 Pr. al afirmar: "la obligación de producir pruebas corresponde al actor....." En buena lógica no se puede pensar sino que - quien afirma, por ejemplo, una causal de divorcio, la demuestre; que aquel que se dice sufrir usurpación de un inmueble que le pertenece demuestre las circunstancias de la ocupación ilegítima de parte del usurpador; que quien solicite un título supletorio sobre inmuebles demuestre los hechos propios que la misma ley le esta indicando, esto

es, la posesión que ejercita, en el tiempo propicio y los actos propios de dueño y señor realizados, del mismo modo que la buena fe, al igual que la pacividad e ininterrupción de los mismos.

No obstante lo dicho anteriormente conviene no perder de vista, la posibilidad de que quien es demandado en un proceso niegue los cargos, rechace las afirmaciones del actor lo cual connota - todavía con mayor razón - la obligación en que aquel se halla de probar los extremos de su demanda. -

Ahora bien, esta actitud de rechazo de parte del demandado a las afirmaciones del actor, debe analizarse en toda su magnitud; en este sentido es dable pensar que se produzca una simple negativa como cuando un deudor dijera "ya no debo", en tal situación no podría exigirse pruebas algunas de esta afirmación pues, no existe ni ha existido nunca la mínima posibilidad de probar absolutamente una negación simple, en cuanto ella es toda una categoría puramente psíquica; podría alguien argumentar que si es posible tal comprobación y pensar, digamos, en una persona que dijera "yo nunca he estado ahí" y probar la circunstancia con la afirmación de testigo, entonces resultaría que los mismos testigos estarían haciendo una negación y caeríamos en la misma conclusión; pero aún aceptando el dicho de los testigos debemos pensar que no siempre podemos estar ciento por ciento seguros de lo que apreciamos sensorialmente.

A contrario sensu, es posible pensar que una persona exprese o rechace algo, negando su circunstancia pero afirmando una positividad en un reforzamiento de aquella negativa -(esto ocurre con frecuencia pues el hombre procura siempre justificarse con hechos positivos, concretos)- Así, aquel mismo deudor pudiera expresarse en esta forma: "ya no debo. Ya he pagado", en tal momento si creemos posible exigir una comprobación de la afirmación, es decir del "ya he pagado". Debe existir una forma de evidenciar los hechos positivos. El legislador así lo ha pensado y ha plasmado tal idea en el texto del Art. 238 Pr. que expresa: El que niega no tiene obligación de probar a no ser que la negativa contenga una afirmación.....", lo cual confirma nuestra opinión.

Ahora bien, cual es la incidencia de la presunción en este asunto de la obligación de probar? Digámoslo de una vez. La presunción releva a aquel en cuyo favor se ha instituido, de la obligación de probar directamente el hecho que se presume; es indiferente que se trate del actor o del reo, así resulta que un hijo puede en calidad de actor reclamar ser hijo legítimo de un determinado padre, demostrando que ha nacido dentro de los márgenes de tiempo señalados en el Art. 194 C. y la circunstancia del matrimonio anterior de los padres indicados. Como se advierte, se probarán circunstancias anexas pero no la misma calidad de legitimidad; por otra parte el demandado

para el pago de un adeudo puede desvirtuar la actualidad del mismo - mediante la presunción que en su favor estatuye el Art. 1441 C. al decir: "en los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos y siempre que hallan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor" o sea que un deudor que exhiba al Juez los tres últimos recibos de los tres últimos abonos de un adeudo gozará de tal presunción y el juzgador puede afirmar como pagado todo lo anterior.

En materia de divorcio, el actor, que alegare abandono, sin necesidad de mayor probanza puede obtener la disolución del vínculo si se llega el caso contemplado en el Art. 581 Pr. que dice: "presentada la demanda por abandono el juez como acto previo ordenará el requerimiento personal del demandado, si este estuviere en la República, o si no estando se supiere su paradero, para que cumpla con la obligación de vivir con el cónyuge abandonado". "Si transcurridos tres meses no lo verificare, se presumirá legalmente el abandono y se continuará el juicio por los trámites legales", lo cual quiere decir entonces que el actor no está obligado a probar la causal y que bastará con la presunción para fallar el proceso.

Así pues nuestra afirmación inicial de que la presunción releva de la carga de la prueba a quien es favorecido con ella, se justifica con los ejemplos dados. Mas, como llevamos dicho que hay -

distintas clases de presunciones, es bueno preguntarse si todos producen el mismo efecto. En este punto debemos deslindar lo siguiente: si se trata de presunciones judiciales o de hombre, ellas no ofrecen mayor o menor efecto como el indicado, pues surgen en la mente del juzgador como consecuencia del aporte probatorio específico de las partes en el caso concreto; en cambio si se trata de presunciones Iure et de Iure o Iuris Tantum, éstas sí que ofrecen importancia medular para la cuestión de la carga de la prueba. Ellas, relevan absolutamente de la obligación de probar el hecho presumido a aquel a quien favorecen. Si las alegase el actor, pues en él quien está relevado de probar el hecho presumido. Solamente probará aquellos elementos de base de la presunción, es decir los indicios, en realidad puede decirse que las presunciones de derecho como las propiamente legales, están previamente constituidas, son figuras previamente establecidas en el texto de la ley, presuponen un estado de cosas, muy próximo a la realidad con fundamento en la experiencia de la vida misma.

En vista de que ambas clases de presunciones aparecen estrictamente configuradas en el texto de la ley, la carga de la prueba se revierte y el principio generalmente aceptado de que el actor debe probar lo afirmado se desvirtúa pues su obligación se limita a probar los hechos fundamentativos pero no la afirmación principal.

Ahora bien, revertiéndose esta obligación de probar, nos encontramos con que es al reo a quien compete demostrar que los elementos de hecho que podrían fundar la presunción no son exactas o no se han producido; aquí llegamos al punto de la contraprobanza por parte del reo y es bueno decir que se perfila una importante diferencia - entre presunciones de derecho y las propiamente legales, en cuanto - que aquellas son verdaderos imperativos legales que no permiten ninguna prueba contraria, y estas últimas que sí admiten la posibilidad de ser impugnadas mediante pruebas tendientes a dervirtuarlas.)

En relación con las presunciones de derecho por ejemplo, creemos que a nadie le es dado aunque fuese posible - demostrar lo contrario a lo dispuesto en el Art. 74 inc. 2o. C. que dice: "se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento, no menos que ciento ochenta días cabales y no más que trescientos, contados hacia atrás desde la medianoche en que principie el día del nacimiento"; porqué no es posible tal contraprobanza, porque, por una parte, la ciencia médica ha logrado establecer que el tiempo máximo para que hijo concebido nazca o emerja del vientre materno en condiciones de desarrollo normal se aproxima a los 300 días, y que el menor tiempo que puede el mismo permanecer en el vientre materno y nacer con perspectivas suficientes de viabilidad se limita a 180 días y no menos, es pues una presunción fundada en razón de con-

clusiones científicas del campo médico; por otra parte, porque solo la ciencia misma podría desvirtuar tales circunstancias.

Por otra parte esta connotación de la llamada presunción de derecho de no admitir ninguna refutación obedece -entendemos- a razones de orden público también, pues resulta que ellas se refieren a situaciones trascendentales para la armonía social, tanto, que permitir alguna discusión de las situaciones a que se refieren vendría en un sin número de problemas engorrosos, por ejemplo, - la presunción de que "todos los habitantes de la República" conocen la ley, transcurrido el plazo "común o especial" posterior a la fecha de su promulgación y consecuentemente la imposibilidad de alegar su ignorancia, está dada en miras a evitar abusos por parte de los ciudadanos; solo de esa manera podemos pensar que una persona - en un momento dado alegara por ejemplo, ignorar que el quitar la vida a otra persona, es un acto que se sanciona con una pena determinada por las leyes de la materia.

Hemos dicho que la presunción *Iuris Et de Iure* es un verdadero imperativo legal. El autor Carlos Lessona, expresa al respecto lo siguiente: "Si consideramos en si misma cualquier norma imperativa encontraremos, por decirlo así, en el fondo de la misma - que el legislador, dictándola, ha creído alcanzar la justicia, la verdad tal como la concebía",

""Cuando la Ley declara que es generalmente incapaz para el ejercicio de derechos la persona que no ha cumplido veintiún años. (Art. 1318 inc. 2o. en relación con 26 C. y especialmente el Art. 16 ordinal 2o. Pr. de nuestra ordenamiento jurídico). Esta norma se funda sobre la presunción de una incapacidad natural absoluta antes de tal edad; mas esa presunción, fundada sobre la lógica y la experiencia, adquiere el grado de norma absoluta. En su virtud, ningún menor podría reclamar el ejercicio de los derechos que se le han negado por la ley, probando que es capaz para ejecutarlos, pues la ley le declara incapaz, y la prueba contraria está prohibida. Por lo tanto, ante el derecho positivo no es ni siquiera concebible dicha posibilidad""(1).

Hay sin embargo una pregunta que hacerse: existe alguna diferencia entre la presunción y el imperativo legal formulado positivamente o realmente se confunden ambos de una manera total? - En este sentido pensamos que no existe tal diferencia y que verdaderamente la presunción Iuris et de Iure que originalmente se concibe como tal presunción termina siendo una mera disposición de la ley.

De manera que desde el punto de vista del citado autor puede afirmarse que no existen presunciones Iuris Et de Iure o de

(1) Lessona Carlos. Obra citada pág. 202 y siguientes. -

Derecho y por derecho, sino solamente disposiciones legales; que el nombre de presunciones solo se ha conservado para indicar la incertidumbre probada antes de crearse la disposición. Particularmente estamos de acuerdo con dicha conclusión y enfatizamos que por esa misma connotación de ser una verdadera disposición legal existe - relevación de la carga la prueba.

- Respecto a la presunción puramente legal o digamos - relativa llamada a lo largo de esta exposición presunción *Iuris Tentum* se distingue porque si bien inicialmente releva de prueba a aquel en cuyo favor se instituye, no por eso rechaza la posibilidad de que se contraprueban los hechos que la fundamentan y con ello desvirtuarla, si tal prueba contraria no se produce entonces la presunción opera con la eficacia de la presunción de derecho o *Iuris et de Iure*.

Algunos ejemplos de este tipo de presunción y su efecto sobre la carga de la prueba los encontramos en las siguientes - disposiciones: Art. 1541 C. hablando de la pérdida de la cosa que se debe expresa "siempre que la cosa que se debe parece en poder del deudor se presume que ha sido por hecho o por culpa suya". En este caso no hay razón alguna para que el deudor no puede probar las circunstancias que han determinado la pérdida de la cosa y que acaso podrían relevarle de las obligaciones de indemnizar a que se refiere el Art. 1542 C. y desde luego producirse el efecto de extinguir la obligación colocándose en la hipótesis que señala el Art. 1540 C.

En materia de posesión, el Art. 745 C. inc. 2o. dispone : "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo", con mucha más claridad este artículo nos indica - el efecto de esta presunción, en tanto algún interesado no demuestre que es propietario del inmueble o de la cosa mueble por los medios propicios, aquel en cuyo poder se encuentra la cosa puede estar seguro de que la presunción está surtiendo pleno efecto en su favor. -

La disposición contenida en el Art. 1981, nos presenta otro caso de presunción puramente legal que admite prueba en contrario, se refiere al depósito propiamente dicho al expresar: "si se han roto los sellos o forzado las cerraduras por culpa del depositario, se estará a la declaración del depositante en cuanto al número y calidad de las especies depositadas, pero no habiendo culpa del depositario, será necesario, en caso de desacuerdo, la prueba". "Se presume la culpa del depositario en todo caso de fractura o forzamiento".

Sin duda alguna el ejemplo es elocuente, el depositario sobre quien recae la responsabilidad por su culpa presumida, puede y debe a fin de exonerarse de responsabilidad demostrar que los hechos que configuran la presunción de culpabilidad no han podido darse, ello se desprende del texto del mismo artículo

cuando dice "pero no habiendo culpa del depositario".

De tal forma pues que en esta clase de presunción que llamamos puramente legal siempre existe la posibilidad de probar en contrario los hechos que fundamentan la misma y hasta en tanto no ocurra así, tendrá la eficacia de la presunción de derecho.

x

CAPITULO III

CONTENIDO: a) La prueba de los hechos que fundamentan las presunciones. b) La impugnación de las presunciones. c) Explicación relativa al título. d) Conclusiones.

a) LA PRUEBA DE LOS HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRESUNCIONES. Cuando hemos hablado de los indicios en relación con las presunciones hemos dicho que aquellos constituyen la fundamentación de éstas, que son precisamente aquellos hechos demostrados previamente y plenamente, a partir de los cuales y en virtud del juego lógico de relaciones, el juzgador deduce la certidumbre de otro hecho; en este epígrafe tratamos de expresar algo con relación a la forma de probar estos hechos base de la presunción o indicios.

Conviene sin embargo dejar reiterado que la presunción, de cualquier clase que fuere dispensa de la obligación de probar el hecho principal o presumido a quien la aduce en su favor, lo cual no quiere significar que esta misma persona no cargue con la obligación de probar los hechos base de aquella, pues a nadie más corresponde tal deber si consideramos que se realiza a base de hechos plenamente establecidos.

Realmente creemos que no hay limitación alguna para

probar tales hechos en cuanto respecta al medio probatorio y que acaso la duda se presenta en cuanto a sí, a su vez, estos hechos pueden probarse con base en presunciones.

No creemos que sea aceptable el que los indicios o hechos base estén a su vez fundados en presunciones pues si así se permitiera estaríamos aproximándonos a la verdad del hecho principal sobre la base de otras aproximaciones no concluyentes. Estimamos pues que los indicios o hechos base deben ser directamente probados por cualquiera medio exceptando a la presunción. Valga citar aquí lo que el Dr. Devis Echandía refiere en su conferencia ya citada:

"Hay sin embargo, un punto interesante relacionado con este tema, y es el de la aplicación o aplicación de una vieja máxima latina que dice: PRESUNCIO DE PRESUNCIONES NOD ADMITITUS" o "PRESUNTUM DE PRESUNTO NON ADMITITUS" que quiere decir: "Que no se puede probar una presunción con otra presunción"; esta máxima es muy manoseada, en textos de derecho, en jurisprudencia, en alegatos de los defensores, porque es un filón riquísimo para atacar la prueba indiciaria contra los sindicatos; pero vamos a ver si tiene razón de ser: ha pasado con esta máxima algo por el estilo de aquellas otras de que la negación no se prueba y de que debe probarla quien la afirma y no quien la niega, y lo mismo con aquellos otros que hacen trasplante indebido del famoso animus confidenti que

ya hemos dicho en las conferencias anteriores. En efecto lo que quiere decir esta máxima es que, cuando el Juez está infiriendo esos argumentos, esos razonamientos que constituyen la presunción judicial, propiamente hablando, la presunción de hombre, es indispensable - para que con esos argumentos llegue a valorar una prueba de modo - cierto y adquirir un convencimiento de que la conclusión se afirma, debe partir de una base firme; si se levanta un edificio de unos cimientos endebles y móviles el edificio debe caer, para que el edificio se levante firme, es necesario que los indicios tengan una base segura, de allí la razón de este apotegma "si el Juez al partir de un razonamiento en vez de considerar como base ese razonamiento una situación precisa y firme, simplemente se basa en una suposición, y de esa suposición saca otra suposición, la segunda suposición no tiene base real de ninguna naturaleza y muchísimo menos para que el Juez se considere convencido, ni para condenar a un sindicato, ni para condenar a un demandado o para absolver al demandado de las pretensiones del demandante (1)

b) LA IMPUGNACION DE LAS PRESUNCIONES. Es posible afirmar que tanto la presunción de hecho, judicial o de hombre, -

(1) H. Devis Echandía. Conferencia citada. Pág. 8

como la presunción simplemente legal o *Iuris Tantum* puede ser impugnadas y que tal impugnación adopte dos formas o bien la vía de la contraprobanza de los hechos que la fundamentan o bien la vía de la probanza en contrario de que el hecho presumido no existe.

Por la primera forma se atacan los mismos hechos base que al favorecido con la presunción trata de confirmar.

Por la segunda forma se demuestran nuevos hechos, principales, que hacen colegir al Juez que la presunción o el hecho ya presumido no han podido darse. Al respecto Leo Rosemberg en su libro "La carga de la prueba" expone: "la prueba de lo contrario solo se logra al convencerse al tribunal, positivamente, de que es cierto que la presunción es inexacta y que lo contrario de ella es exacto, esto es, que el derecho que se presume existente y perteneciente al adversario no existe o no pertenece a este último, o que el derecho que se presume no existente, si existe. La mera posibilidad de la inexactitud no es suficiente, pero por otro lado, no se puede ser muy exigente con respecto a la prueba correspondiente, ésta también podría suministrarse mediante indicios y alegando principios fundados en la experiencia". (1).

Y el Dr. Hedemann en su monografía sobre la presunción agrega: "Cuando en cierto pasaje de las actas correspondientes a las

(1) Leo Rosemberg. La Carga de la Prueba. pág. 210 E. EJE A. B. A. 1956.

deliberaciones sobre el segundo proyecto de Código Civil alemán se habla, en contraste con la destrucción (WINDERLEGUNG) de una posible eliminación (BASEITIGUNG) de las presunciones, plantéase una distinción que merece ser aprobada. Se alude con la primera palabra (WINDERLEGUNG) al hecho de verse enervada la presunción mediante prueba contraria, mientras que con la segunda expresión (BASEITIGUNG) se quiere dar a entender la falta de los supuestos necesarios para que la presunción se de; en este caso la aplicación de la presunción es imposible de antemano por no existir sus fundamentos, mientras que en el primero la presunción se aplica pero es vencida por un nuevo elemento que hace su aparición en el procedimiento y la aplicación subsiste aún a pesar de esa derrota" (2)

Si pues, al favorecido con la presunción incumbe la prueba del hecho base, ha y que reconocer al perjudicado con ella la facultad de articular prueba, bien sea en contrario del hecho presumido o bien en contra de la prueba de los hechos que la fundamentan.

Pensamos que en nuestro derecho ambas formas de impugnación le son dadas a quien es perjudicado por la presunción, por ejemplo, el Art. 745 C., expresa: "El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo", esta última expresión

(2) Justus W. Hedemann. Obra citada pág. 320.

"no justifica serlo" abre la posibilidad de que el verdadero propietario aporte prueba contraria al hecho presumido exhibiendo por ejemplo el título inscrito que justifica su dominio, o bien contraprobando los hechos connotativos de la posesión y demostrando acaso la mala fe del detentador como permite el Art. 751 C.

Del mismo modo estímanos pueden impugnarse las distintas situaciones que se enuncian en el Art. 758 C. ""si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento que se alega"". ""si se ha empezado a tener una cosa a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas"". ""Si alguien prueba haber poseído anteriormente y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio"".

Ahora resulta bueno inquirir sobre si tanto en la forma de prueba en contrario de la presunción como en la de la contraprobanza de la prueba de los hechos base de aquella, se admite la posibilidad de utilizar, a su vez, la vía presuncional.

En este sentido somos de opinión que, si se trata de la forma de probar en contrario a la existencia del hecho principal o presumido, si puede utilizarse a la vez la vía presuncional, puesto que en esta forma se trata de aportar nuevos hechos que indiquen

que la presunción no ha existido; en la formulación de esta prueba Hedemann señala que sus puntos esenciales que la vuelven principal se hallan en la finalidad y en los medios adecuados para la destrucción (sin distinguir estos medios). La finalidad de la destrucción dice "es siempre la plena prueba de lo contrario, cosa distinta, por consiguiente, de lo que sucede en la contraprueba, que hace apartarse al juez de su creencia de haberse producido la prueba principal, en el momento en que parece presentarse la posibilidad de que las cosas sean de otro modo, no cuando ya se le ha probado que en realidad lo son....." "por lo demás todos los medios admisibles de prueba lo son también aquí....." (1)

En cuanto a si se trata de emplear la forma de contraprueba de la de los hechos base de la presunción, estimamos que no cabe la posibilidad de impugnarlos mediante presunciones porque si resulta que tal contraprueba se encamina a plantear una duda en la formulación presuntiva, debe ser una evidencia plena, absoluta, y si partimos de que de la presunción no podemos colegir situaciones absolutas, tal contraprobanza, así formulada, en si misma no tendría plena fuerza de convicción, no es posible -creemos- hacer dudar al juez sobre la base de un detalle también dudoso.

(1) Hedemann. Obra citada pág. 324 y 325. -

De manera pues, que cualquiera sea la forma empleada para impugnar la presunción o mejor dicho su resultado, debe estimarse siempre en uno u otro caso la posibilidad o imposibilidad de utilizarla como medio para tal fin.

c)EXPLICACION RELATIVA AL TITULO DE ESTE TRABAJO. Se ha denominado el mismo así: La prueba por presunción es en el Derecho Procesal Civil. Queremos señalar - como quedará evidenciado en el punto de conclusiones- que no estimamos a la presunción como figura jurídica, sino simplemente como un proceso mental a virtud del cual arribamos a la prueba o mejor dicho a la convicción de la veracidad o no de los hechos y que si bien es cierto que este proceso mental se halla inmerso en el juego de relaciones que el juez ejercita para fallar; nada agrega ala realidad de los hechos deducidos; pués aún en el mejor de los casos, cuando los hechos que sirven de base estén evidenciados hasta en el último de sus detalles, siempre subsiste la posibilidad de que aquel hecho principal deducido no resulte ser como se ha llegado a concebir. Si pensáramos lo contrario entonces el nombre del trabajo podría haber sido: La Presunción como prueba, o bien, La presunción como medio de prueba, et

Talvez resulte esto de la explicación relativa al titulo con un viso de poca importancia, en realidad siendo un trabajo -

personal cuenta todo, desde la primera expresión, apropiada hasta la última de las conclusiones, pues se trata de un trabajo de grado.

Por otra parte que nos hemos limitada al area del derecho procesal civil, no podía por menos, al fin y al cabo toda la estructuración de la presunción tiene mercado sabor civilista tanto sustantivo como adjetivo y lo que tratamos es de hacer una somera descripción de esta institución y de algunos de sus problemas particulares.

Permítasenos pues sostener la idea expresada en la forma del título redactado.

d) CONCLUSIONES. Como corresponde después de alguna exposición que pretende tener algún acento de seriedad, llegamos al punto en el que debemos resumir la sustancia de dicha exposición en lo que llamamos conclusiones, este trabajo, desde luego, algunas debe contener y creemos que podrían ser las siguientes:

a) En cuanto hemos hablado de una clasificación de presunciones en Iure Et de Iure, Iuris Tantum y Presunciones homine, que equivalen a los términos legales absolutos, legales relativas y judiciales, pensamos que es bueno pronunciarse por cual o

cuales de ellas son realmente presunciones, y en este sentido decimos que presunciones llamadas Iure Et de Iure, o de derecho y por derecho o legales absolutas no son verdaderas presunciones sino simplemente circunstancias específicamente determinadas en una disposición legal que por cuestiones de orden público deben ser tenidas como se formulan, por el juez sin entrar en ninguna elaboración lógica del mismo pues incluso los hechos sobre los que se fundan se entienden por la ley como realidades indiscutibles, solamente modificables por la ley misma.

En el punto cuatro del primer capítulo de esta segunda parte decíamos que no obstante la imperatividad de la presunción de derecho es posible en algún momento determinado demostrar que los hechos que la fundamentan no son ciertos, pero esta expresión no debe entenderse como contradicción de nuestra conclusión, pues aunque tal posibilidad exista la ley misma descarta definitivamente la probable demostración negativa; así pues reiteramos que no consideramos a la presunción de derecho como una presunción en el sentido de elaboración lógica de prueba.

En cuanto a las presunciones legales relativas, Iuris Tantum o propiamente legales, sí las consideramos como verdaderas presunciones, aunque sería necesario analizar todas y cada una

de las formuladas en la ley para poder afirmar con más propiedad su carácter de tales, no obstante, de una manera general se puede expresar que por el mismo hecho de preverse o de permitirse la prueba contraria realmente se configura la presunción, pero además porque ellas surgen de un verdadero juego de relaciones entre hechos previamente establecidos, que guardan entre si puntos de referencia, esto es concordancia y precisión.

En cuanto a las presunciones llamadas judiciales o de hombre también tienen tras de si un verdadero proceso de inferencia hasta llegar al establecimiento del hecho principal, nos parece que entre éstas y las presunciones relativas, *Iuris Tantum*, la única diferencia es la de que quien resulte perjudicado por ellas posiblemente lo advierta hasta cuando el fallo judicial se ha producido, pues no estando formuladas en la ley previamente como las legales relativas, no hay la posibilidad de anticiparse a su resultado como en aquellas.

b) Hemos hablado tambien del efecto de las presunciones, por una parte respecto de la carga de la afirmación, por otra del efecto que producen sobre la carga de la prueba, en cuanto al primer efecto o sea en relación con la carga de la afirmación, resulta que no obstante que se releva a la parte de la obligación de probar, no quiere esto significar que la misma no deba señalar los presu-

puestos de su pretensión, esto es sus afirmaciones materiales del asunto debatido.

Por lo que respecta al efecto sobre la carga de la prueba concluimos en que, por una parte la llamada presunción *Iuris et de Iure* o absolutamente legal o de derecho, no ejerce influencia sobre la teoría de la carga de la prueba, pues siendo un verdadero imperativo caracterizado en una disposición legal no admite, por cuestión de orden público ninguna prueba en contrario, si no hay perspectiva de impugnar en forma alguna tal presunción, resulta que no existe tampoco ni el problema de probar ni el de quien debe probar. En este sentido Hedemann confirma su propia conclusión al decir: "Las presunciones *Iuris et de Iure*, quedan fuera de consideración, pues, al excluir la posibilidad de una prueba en contrario, se excluye a la vez la idea de una carga o deber de prueba, ya que tal carga o deber solo podría consistir en tener que aportar la contraprueba, y esto es precisamente lo que se prohíbe" (1)

Por otra parte, la presunción judicial o de hombre o de hecho, tampoco ejerce influencia en la cuestión de la carga de la prueba, pues ellas no se hallan preestablecidas en textos legales, -

(1) Hedemann. Obra cit. pág. 84.

sino que se configuran a la hora de la valoración específica de la prueba aportada en los casos concretos, por tanto puede decirse - que su utilización como fundamento del fallo es hasta cierto punto eventual.

Finalmente en cuanto a la presunción *Iuris Tantum* o relativamente legal, ésta, si que determina un gran efecto sobre la carga de la prueba, pues quien la invoque no se halla obligado a probar el hecho presumido, lo cual desde luego no lo exime de probar los hechos que le sirven de base a esa presunción, prueba - que debe realizar por cualquier medio excepto el de la presunción misma.

c) Hemos expuesto a su debido momento los temas relacionados con las cuestiones de la presunción es prueba, es regla de prueba, es medio de prueba, hemos afirmado y aquí lo reiteramos, que ninguna de las diversas clases de presunciones que se conocen doctrinariamente constituyen prueba en si mismas; las *Iuris et de Iure* o legales absolutas como las *Iuris Tantum*, porque se plantean más bien como normas positivas señalando presupuestos para un resultado determinado, y si se ofrecen cual normas indicadoras de circunstancias hipotéticas, no son pues mas que enunciados para una posible prueba pero no la prueba misma.

En cuanto a las presunciones judiciales, que si no están predeterminadas, lo cierto es que constituyendo ellas mismas - el propio proceso de inferencia son estrictamente actividades subjetivas, en tanto que la prueba tiene marcado objetivismo, se concreta en algo para la formulación del fallo.

Que no constituyen medio de prueba también lo hemos afirmado, porque el medio de prueba es concreto, se advierte en los instrumentos y elementos personales a partir de los cuales surge la convicción probatoria, en cambio, insistimos, la presunción es nada más un fenómeno psíquico, una actividad mental de pura coordinación de detalles.

Que las presunciones no son reglas de prueba también lo afirmamos, porque las reglas de prueba son indicadoras de formas de proceder a la obtención de estas, y ninguna de las disposiciones, ni en el código civil ni en el de Procedimientos nos indica formas de inferir una cosa, mas bien se refieren al concepto lógico del proceso mental y a las características de gravedad, precisión, concordancia que deben darse cuando se trata de relacionar una presunción con otra presunción, pero en estricto sentido, las disposiciones indicadas en manera alguna se refieren a la actividad - presuncional en si misma.

Resulta quizá muy a propósito en este momento hacerse la pregunta - ¿que a manera de ironía se le hace al que mucho ha negado - ¿Si las presunciones no son prueba, ni medio de prueba, ni regla de prueba, que son entonces? porque hablar de ellas en derecho con especial énfasis? y nos contestamos diciendo: - presumir es relacionar una con otra, diversas circunstancias al propósito de dejar sin velos una circunstancia final, resultante de aquellas relacionadas, pero entiéndase bien, el proceso de relación o la manera de presumir concluye en el instante en que el hecho aclarado se acepta con alguna realidad, pero el no cabe dentro de la actividad mental, es solamente la consecuencia final; el énfasis legal se justifica porque si el juzgador trata de buscar verdades, este modo de razonar constituye para él una - indefectible realidad, en la búsqueda de esa verdad. -

BIBLIOGRAFIA

- 1 COUTURE EDUARDO. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Ediciones Depalma. Buenos Aires 1962.
- 2 DELLEPIANE ANTONIO. "Nueva Teoría General de la Prueba". Editorial Valerio Avelado. Buenos Aires 1919.
- 3 DEVIS ECHANDIA EDUARDO. "Compendio de Pruebas Judiciales". Editorial Temis 1969 - Bogotá.
- 4 DI RUGGIERO ROBERTO. "Instituciones del Derecho Civil". Editorial Reus. Madrid 1962.
- 5 GUERRERO Y SORIANO, JOSE. "Derecho Aborigen en Centroamérica y el Caribe" Editora Nacional. Managua 1968.
- 6 GUASP JAIME. "Derecho Procesal Civil" Editorial Aguilar Madrid 1962.
- 7 HEDEMANN JUSTUS. "Las presunciones en el Derecho". - Madrid Revista de Derecho Privado 1931.
- 8 PETIT EUGENIO. "Tratado elemental de Derecho Romano" Editorial Saturnino Calleja. Madrid 1926
- 9 ROMERO DEL PRADO VICTOR? "Derecho Internacional Privado". Editorial Assandri Córdoba 1961
- 10 PALLARES EDUARDO. "Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa. México 1968.

- 10 PALLARES EDUARDO. "Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa. México 1968.
- 11 ROCCO ALFREDO. "La sentencia Civil". Editorial Stylo México D.F. 1944
- 12 CALAMANDREI PIERO. "Derecho Procesal Civil". Editorial EJEA. Buenos Aires 1962.
- 13 VERPLAETZE JULIAN. "Derecho Internacional Privado". - Editorial Aguilar. Madrid 1953.
- 14 C. de Procedimientos Civiles. Edición Oficial de Códigos El Salvador 1947.
- 15 C. Civil Edición Oficial de Códigos El Salvador 1947
- 16 C. Penal Edición Oficial de Códigos El Salvador 1947
- 17 C. de Instrucción Criminal Edición Oficial de Códigos El Salvador 1947
- 18 C. de Bustamante Ediciones del Ministerio de R. R. E. E. 1931
- 19 C. de Comercio Diario Oficial El Salvador -31 de Julio de 1971.
- 20 Indice de Jurisprudencia Civil Salvadoreña Publicación Soc. de Abogados de Santa Ana.
- 21 Jurisprudencia Civil y Penal Salvadoreña Revista de Justicia año 11 No. 4 Diciembre 1953.
