

347.06
A973P
1966
F. Yes.
Ej 1

070571

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR



LA PRUEBA CIENTIFICA

EN EL

DERECHO PROCESAL

CIVIL SALVADOREÑO

RENE AYALA CARRANZA

TESIS



PRESENTADA PARA LA OBTENCION DE SU DOCTORAMIENTO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C. A. DICIEMBRE DE 1966.



II

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DR. RAFAEL ANTONIO VASQUEZ

SECRETARIO GENERAL

DR. MARIO FLORES MACAL

-----oOoOoOoOoOoO-----

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. ROBERTO LARA VELADO

SECRETARIO

DR. MANUEL ATILIO HASBUN

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES PRIVADOS

PRIVADO SOBRE MATERIAS: CIVILES, PENALES Y MENCANTILES

Presidente: Dr. Rafaél Ignacio Funes
Primer Vocal: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda
Segundo Vocal: Dr. Manuel Antonio Ramírez

-----oOoOoOoOo-----

PRIVADO SOBRE MATERIAS: PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Jorge Alberto Huete
Primer Vocal: Dr. Francisco Arrieta Gallegos
Segundo Vocal: Dr. Francisco Callejas Pérez

-----oOoOoOoOo-----

PRIVADO SOBRE:

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Reynaldo Galindo Pohl
Primer Vocal: Dr. Francisco José Retana
Segundo Vocal: Dr. Javier Ángel

-----oOoOoOoOo-----

IV

ASESOR DE TESIS

Dr. GUILLERMO MANUEL UNGO

-----oOoOoOoOo-----

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente: Dr. Francisco Arrieta Gallegos
Primer Vocal: Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz
Segundo Vocal: Dr. Francisco Bertrand Galindo

Como sincero testimonio de mis sentimientos, esta TESIS
la dedico:

A mis hijos:

RENE OSWALDO

y

WALTER SALVADOR

Quienes representan en mi vida, la reali-
dad de mis sueños, y mis más preciados -
tesoros.-

A mi madre :

OFELIA AYALA (Q.E.P.D.)

Como un póstumo homenaje a su memoria.

A mi padre :

JUAN CARRANZA H.

Con verdadero amor de hijo.

A mi esposa:

CARMEN MOLINA PANTOJA

Quien en todo momento ha compartido con
migo, mis pesares y mis alegrías.

A.....:

MAGDALENA DE CARRANZA

Con mucho cariño y agradecimiento.

Al Doctor :

ANGEL GOCHEZ MARIN

Con todo respeto y gratitud.

PALABRAS PRELIMINARES

El trabajo de Tesis que ahora presento, no tiene solamente por finalidad el cumplir con un requisito reglamentario previo a mi investidura académica; persigue además, el objetivo de querer ser una simple guía de estudio, en el espinoso problema de la prueba en materia Procesal Civil; tiende a incitar a la meditación de los capacitados, sobre un punto de relevante innovación dentro del Proceso Civil: la prueba científica.

Naturalmente, estos apuntes adolecen de innumerables errores y defectos; lo cual se debe en primer lugar, a mi escasa preparación jurídica, natural en un estudiante al que le faltan los conocimientos de la experiencia; en segundo lugar, a la escasa bibliografía que existe sobre la materia; y en tercer lugar, al hecho de no haber encontrado en nuestra jurisprudencia nacional, auxilio alguno en la preparación de este trabajo.

Pero a pesar de todo, y con la voluntad de querer servir, estas notas talvez sean oportunas, ya que en la actualidad, existe un movimiento reformista tendiente a tecnificar el Proceso Civil, o sea, a incorporar los modernos medios científicos de investigación judicial, dentro de la teoría de la prueba. Algunos Códigos de Procedimiento Civil han respondido a ese movimiento, acogiendo en su seno los postulados indubitables de la ciencia.

De manera que este trabajo, unicamente pretende un breve análisis de la prueba científica a la luz de nuestro Procedimiento Civil vigente, ya que un estudio completo y detallado del punto en referencia, sería una tarea al alcance solamente de los más experimentados y documentados procesalistas, verdaderas autoridades en la materia.

Júzguense pues estos apuntes, como un esfuerzo estudiantil que desea ser útil, y nada más.

VII

" I N D I C E "

LA PRUEBA CIVIL EN GENERAL.....	Pag. 1
LAS PRUEBAS CIENTIFICAS.....	Pag. 16
NATURALEZA DE LA PRUEBA CIENTIFICA	
PROBLEMA DE SU AUTONOMIA O HETERONOMIA.....	Pag. 23
DISTINTOS MEDIOS DE IDENTIFICACION Y	
PRUEBA DACTILOSCOPICA.....	Pag. 28
PRUEBA FOTOGRAFICA.....	Pag. 37
PRUEBA FOTOSTATICA.....	Pag. 44
PRUEBA FONOGRAFICA Y MAGNETOFONICA.....	Pag. 52
PRUEBAS CIENTIFICAS EN LA INVESTIGACION	
DE LA PATERNIDAD.....	Pag. 61
OTROS MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA	Pag. 76
NOTA FINAL.....	Pag. 82

C A P I T U L O I

LA PRUEBA CIVIL EN GENERAL

1) *Concepto y Objeto de la Prueba;* 2) *Clasificación de las Pruebas;* 3) *Valoración de las Pruebas;* 4) *Medios Probatorios.*

1) CONCEPTO Y OBJETO DE LA PRUEBA

A) Concepto. *En su acepción común, la palabra prueba indica la acción y efecto de probar; y probar, es demostrar de algún modo la certeza o realidad de un hecho, la verdad de una afirmación, existencia de una cosa, demostración de una falsedad; comprobación, razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo.-*

En un sentido jurídico, específicamente procesal, la prueba civil, es un medio de verificación de las proposiciones que las partes formulan en el proceso; la cual se lleva a cabo o se presenta ante los órganos jurisdiccionales, ya que en un proceso civil, los hechos y los actos jurídicos -- son objeto de afirmación o negación por las partes intervinientes, necesitándose en consecuencia, demostrar, comprobar o corroborar los extremos que se

proponen.

Sobre este punto, nuestro vigente Código de Procedimientos Civiles, establece en el Art. 235, que "Prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido".

Sobre este concepto legal de prueba, cabe hacer la consideración de que se refiere exclusivamente, al juicio, es decir, al proceso en que existe contención de partes; no comprendiendo dicho concepto, los casos de jurisdicción voluntaria cuando los jueces ordinarios interponen su autoridad en asuntos en que no hubiere contención, y que es imperativo aportar la prueba necesaria para que la decisión judicial, ampare el derecho que se pretende. Tales serían el caso de las diligencias conocidas como de Utilidad y Necesidad, consagradas en los Arts. 267, 413 y 414 del Código Civil y tramitadas conforme el Art. 816 y sig. del Código de -- Procedimientos; o el caso de las diligencias de aceptación de herencia, en las cuales es necesario probar la calidad de heredero (Art. 1163C) para que el Juez lo tenga como tal.

Con estos ejemplos, se pone en evidencia el reducido concepto de prueba que nos da el Art.- 235Pr. cuando que lo conveniente sería un concepto legal que comprendiera todos los casos posibles de

prueba, hubiere o no contención de partes.

B) Objeto. Dice Couture,⁽¹⁾ que este tema implica una respuesta a la pregunta: Qué se prueba? o qué cosas deben ser probadas? y manifiesta que a ese respecto hay que distinguir entre los juicios de hecho, de los juicios de puro derecho; los primeros dan lugar a prueba, los segundos no.

Por su parte, Rafael de Pina,⁽²⁾ expone -- que el objeto normal de la prueba son los hechos, -- comprendiendo tanto a los independientes de la voluntad humana susceptibles de producir efectos jurídicos (hechos jurídicos), como a los dependientes de la voluntad humana (actos jurídicos). Es decir, que la prueba civil, puede recaer bien sobre un hecho de la vida, capaz de producir un determinado efecto jurídico sin que haya existido la voluntad de producirlo; bien sobre un acto jurídico.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles, al igual que casi todos los códigos de Latinoamérica, y de acuerdo con la doctrina, también distingue en asunto de prueba, entre los juicios de hecho y -

(1) Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Pg.219

(2) Tratado de las Pruebas Civiles Pg. 46

los de mero derecho (Arts. 514 y sig. y 521.) estableciendo para los primeros que "la causa se abra a prueba por el término de Ley" (Art. 521), no así para los segundos en los cuales, con los escritos de demanda y de contestación -sin que se haya opuesto excepción dilatoria la causa queda concluída para sentencia (Art. 517).

Aparte de los juicios de mero derecho, se dice que no son objeto de prueba ni el derecho o la ley ni los hechos notorios o evidentes; sin embargo con relación a la prueba de la ley, pueden presentarse casos de excepción o particulares en que no opera la presunción de conocimiento de la ley, y así la doctrina contempla los siguientes ejemplos: cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, es decir, cuando es necesario probar la existencia o inexistencia de la Ley, principalmente a través de la historia.

Otra excepción es la que surge de aquellos casos en que la costumbre es fuente de derecho, por ejemplo, en materia de usos comerciales (Art. 2o. Código de Comercio); en estos casos en que la costumbre es derecho, si fuere discutida o controvertida, habría de ser objeto de prueba.

Y, una tercera excepción, es la que se refiere al derecho extranjero; ya que se presume conocida la Ley nacional, pero ninguna regla presume conocido el derecho extranjero. Doctrina y Jurisprudencia concuerdan sobre este principio, y nuestro Código Procesal Civil, categóricamente lo establece en su Art.239.

Respecto a los hechos presumidos por la ley, los hechos evidentes y los hechos notorios --- existe una gran controversia en relación a nuestro sistema judicial, pues mientras algunos sostienen - que solamente regló en el Art.45 del Código Civil, - la que se refiere a los hechos sobre los cuales recae una presunción legal; sobre las otras excepciones de aplicarse prácticamente, nuestros jueces tienen que resolverlas amparándose en la doctrina del derecho, pero que la excepción tiene o puede tener plena vigencia en el país; otros por el contrario - consideran que todo hecho debe establecerse para que pueda ser tomado en cuenta judicialmente. Sobre este punto, el Proyecto de Código Procesal Civil,⁽¹⁾ al referirse a los hechos que no necesitan prueba, en el Art. 371, además de los hechos presumidos por la Ley, coloca los hechos afirmados por una de las par

(1)Publicación del Ministerio de Justicia 1964 Pg.110

tes y admitidos por la contraria en forma expresa o tácita, que técnicamente se llaman "hechos no controvertidos".

2) CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS

Sobre este tema, los doctrinarios del Derecho Procesal Civil, han adoptado los mismos tipos de clasificación, todos coinciden en las mismas clases de pruebas, siendo la clasificación más completa, la que nos da el tratadista Eduardo Pallarés⁽¹⁾ y que es la siguiente:

- a) Directas o inmediatas e Indirectas o mediatas. Las primeras son las que producen el conocimiento del hecho que se trata de probar, sin intermediarios de ninguna otra cosa, sino de un modo inmediato. Ejemplos: la inspección judicial. En las segundas el conocimiento del hecho a probar se produce indirectamente por medio de cosas o personas. Ejmp. documentos, testigos, etc.
- b) Reales y Personales. Las pruebas reales -- las suministran las cosas, las personales, las personas,
- c) Originales y derivadas. Hace referencia a la prueba documental, según se trate del documento en que se haga constar el acto jurídico que hay que probar, o de copias, testimonios o reproducciones --
- (1) Diccionario de Derecho Procesal Civil Pg. 618

de ese documento.

- d) Preconstituidas y por Constituir o producidas a posteriori. Las primeras tienen existencia jurídica antes del litigio, las segundas son las - que se elaboraran durante el juicio.
- e) Nominadas e Innominadas. Las primeras es-
tán autorizadas por la Ley, que determina su valor probatorio y la manera de producirlas, son los me-
dios de prueba que enumera el Código, son las llama-
das pruebas legales; las segundas, son las llama-
das pruebas libres, no estan reglamentadas y quedan
bajo el prudente arbitrio del juez.
- f) Históricas y Críticas. Las primeras repro-
ducen de algún modo el hecho que se trata de pro-
bar; mientras que en las segundas, sólo se llega -
al conocimiento de ese hecho, mediante inducciones
o inferencias.
- g) Pertinentes e Impertinentes. Las primeras
tienden a probar los hechos controvertidos; mientras
que las segundas no tienen ninguna relación con e-
llos. La pertinencia o impertinencia debe analizar-
se hasta en la sentencia.
- h) Idóneas e Ineficaces. Las Idóneas producen
certeza sobre la existencia o inexistencia del he-
cho controvertido; mientras que las segundas dejan
en la duda esas cuestiones.

Las primeras pertenecen a la categoría de la prueba plena.

- i) Útiles e Inútiles. Son inútiles las que prueban hechos que las partes admiten como verdaderos o reales, las útiles conciernen a los hechos controvertidos.
- j) Concurrentes y Singulares. Las primeras solo tienen eficacia probatoria cuando están asociadas con otras pruebas, tal como sucede en la de presunciones; las segundas consideradas aisladamente producen certeza indubitable.
- k) Morales e Inmorales. Son pruebas inmorales aquellas que constituyendo hechos contrarios a la moral, se llevan a cabo, para realizar fines inmorales, tales como ofender a la parte contraria, producir delectación morbosa, hacer escándalo, etc. etc.

Cualquier comentario o referencia que pueda hacerse sobre la anterior clasificación, se hará cuando separadamente se haga el estudio de las distintas clases de prueba científica, objeto principal de este trabajo.-

3) VALORACION DE LAS PRUEBAS

Este tema se ocupa de regular el grado de eficacia que tienen los diversos medios probatorios,

la manera en que el Juez debe apreciarlos, la influencia que producen estos medios de prueba, sobre la decisión que el juez tiene que pronunciar para solucionar el caso que ante su autoridad pende.

Frente a este problema tanto la doctrina como el derecho positivo, han recurrido a los tradicionales -y únicos pudiera decirse- sistemas de valoración, y que son los siguientes:

- A) Sistema de la prueba legal o tasada
- B) Sistema de la prueba libre
- C) Sistema mixto.

En virtud de que cada uno de estos sistemas tiene sus defensores y sus impugnadores, y que los argumentos esgrimidos tanto en pro como en contra, son demasiados numerosos; este trabajo se limita exclusivamente a presentar las características fundamentales de cada sistema.

- A) Sistema de la prueba legal o tasada. En este sistema, la valoración de la prueba se encuentra previamente determinada por la Ley, y el Juez tiene que aplicarla taxativamente, ya que la valoración probatoria, no depende de su criterio personal; es decir, que lo que prevalece es el valor que a cada prueba le fija la Ley. En este sistema la prueba tiene un valor que no se puede alterar, valor que

es independiente del criterio del Juez. El legislador da al Juez determinadas normas sobre la admisibilidad de los medios de prueba y su fuerza probatoria.

Se puede afirmar que el fundamento de este sistema, es la desconfianza hacia el funcionario judicial.

Este sistema ha predominado generalmente en los países de bajo nivel cultural y moral, en los cuales la judicatura, en opinión de Rafael de Pina⁽¹⁾ -es una actividad peligrosísima para los intereses de los litigantes y para el decoro de la justicia.

- B) Sistema de la prueba libre. Este sistema, llamado también de la libre convicción y de la persuasión racional del Juez, da a éste una libertad absoluta en cuanto a la admisibilidad de los medios de prueba y en cuanto a la eficacia probatoria de los mismos. Para la apreciación de las pruebas, la convicción que el juez se forme, no está ligada ni restringida por ningún precepto legal.

Sobre la libre apreciación de las pruebas y como resultado del Congreso de la Haya de 1937, - los tratadistas Chiovenda y Liebman⁽²⁾, escribieron:

(1)Obra Citada Pg.68

(2)Citados por Rafaél de Pina en Obra Citada Pg.60

"El derecho moderno se ha dirigido en general, al principio de la libre apreciación del juez: ya no son más las reglas formales del derecho medieval, sino la consideración de los hechos y la libre apreciación del juez, las que deben dirigir la investigación de la verdad en todos los casos concretos sometidos a su fallo. La opinión universal considera que es el mejor método para el conocimiento de la verdad y esta concepción ha conquistado paso a paso, a todos los países civilizados. Cuando el legislador estima que puede tener confianza en la conciencia, en la imparcialidad y en la capacidad de sus jueces, abriga la esperanza de que el principio de la libre apreciación de la prueba, ha de resultar más conforme a la realidad en cada caso particular".-

- C) Sistema Mixto. Tanto el sistema de la -- prueba legal como de la prueba libre, tienen cada uno sus ventajas y sus desventajas y para armonizar los inconvenientes que presentan la aplicación de cualquiera de ellos, se ha recurrido a un sistema mixto que combina los principios de la prueba legal y de la prueba libre, tendiendo a solucionar las contradicciones tradicionales de dichos sistemas.-

En este sistema mixto, la Ley impone al juez ciertas normas de valoración para determinadas clases de prueba; pero deja al arbitrio judicial, la apreciación y valorización de otras pruebas, aclarando que tal arbitrio judicial, no es absoluto, pues para formar su libre convicción, el juez debe ligarse a las reglas morales de la sana crítica, de la lógica, y de la experiencia.-

En conclusión, se puede afirmar que en la actualidad, el sistema mixto es el que inspira la mayor parte de los Códigos procesales.

De los tres sistemas apuntados, el que domina en nuestro Código de Procedimientos Civiles vigente, es el de la prueba legal o tasada; y en el Proyecto de Código Procesal Civil, el adoptado es el sistema mixto.

4) MEDIOS PROBATORIOS

Para entender con la mayor claridad posible, lo que debe entenderse por medios probatorios, o medios de prueba, se transcribirán a continuación unas definiciones que al respecto han formulado algunos autores, así por ejemplo Eduardo Pallarés⁽¹⁾ dice que "Medio de prueba es cualquiera cosa o actividad que puede servir para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos".

(1) Obra Citada Pg.517

Cabanellas:⁽¹⁾ "medios de prueba son los diversos elementos que autorizados por la ley, sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en juicio".-

Rafael de Pina⁽²⁾: "Medio de prueba es todo aquel que el legislador, según el fundamento de la lógica y de la experiencia, reputa apto para confirmar la verdad de los hechos Civiles". Por su parte Jaime Guasp⁽³⁾ define el medio de prueba como "todo aquel elemento que sirve, de una u otra manera, para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal". Como se puede apreciar - de las definiciones transcritas, todas coinciden en lo fundamental y que es, el fin u objeto del medio probatorio; pero la definición de Guasp, parece ser la más completa por el motivo de ser más amplia.

Los textos legales, han regulado de manera diversa, los distintos medios de prueba y el valor probatorio de cada uno de ellos, así por ejemplo, en nuestro ordenamiento legal, el Código de Procedimientos Civiles en su Art.253 establece que "Las pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relaciones de peritos, -

(1) Diccionario de Derecho Usual, tomo II pg.680

(2) Obra Citada Pg.125

(3) Citado por Pallarés en Obra Referida Pg.517

con informaciones de testigos, con relaciones de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o la confesión contraria y con presunciones".- y nos remite al final, al Art.1569 del Código Civil, el cual establece que "Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, - confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez y peritos".

Esta enumeración de los medios de prueba que nos da nuestro derecho, es taxativa o es simplemente enunciativa? Pueden ampliarse esos medios de prueba con otros que no previó el legislador pero que pueden aplicarse, ya que son el resultado de las modernas conquistas científicas y que ofrecen - nuevas investigaciones respecto a los hechos sujetos a prueba?

Sobre este tema, Couture⁽¹⁾ expone: "Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no -- previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es por que razones más fuertes instan a su aceptación. Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica, brindan apoyo a la afirmación de que el Juez no puede contar

(1)Obra citada Pg.262

con más elementos de convicción que los que pudo - conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redactó su texto. Por el contrario, lo jurídico, lo lógico y hasta lo humano es lo contrario: que el juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación que la ciencia pone, con imaginación siempre renovada, ante él. El progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo con el progreso de la ciencia; negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho".

En los capítulos siguientes se tratará sobre los diversos métodos de prueba científica, objetivo principal de este trabajo.

C A P I T U L O I IL A S P R U E B A S C I E N T I F I C A S

1) Ideas Generales; 2) Distintas Clases de Prueba; 3) Notas Características 4) Eficacia Probatoria.

1) I D E A S G E N E R A L E S

Por pruebas científicas, debemos entender el conjunto de métodos que se ocupan de la verificación científica de los hechos sujetos a demostrarse judicialmente. En el derecho procesal civil y especialmente en la teoría de la prueba, se ve la necesidad de que el derecho pretendido por la parte interesada, sea puesto en evidencia, precisamente por los hechos que lo fundamentan; de manera tal, que probando los hechos se protege el derecho invocado.

Actualmente y gracias a los descubrimientos de la ciencia, existen numerosos y diversos métodos aptos para producir un valor de convicción excepcional, precisamente en los casos en que los otros medios de prueba tradicionales son insuficientes e ineficaces.

El derecho, por su íntima relación con las demás ciencias, no puede quedarse estancado, no puede ni debe de ignorar las modernas investigaciones

científicas, y tiene que acogerlas para el mejor cumplimiento de su fin esencial: el valor justicia. Esto se puede ver en la evolución de la prueba a través de la historia, con el siguiente ejemplo: primeramente - tuvo más importancia la prueba testimonial que la documental, para después declinar aquella en provecho - de ésta; el cambio se explica por la existencia de libros y documentos en los tiempos modernos, el descubrimiento de la imprenta y sobre todo, porque en el - pasado, las personas que sabían leer y escribir eran muy pocas, al grado que las Leyes de Partida aconsejaban a los jueces que aprendieran a leer para que pudieran administrar justicia.

En materia de prueba, la moderna ciencia pone a disposición del derecho, muchos métodos de comprobación y que han tenido acogida en la moderna - doctrina procesal, en la jurisprudencia extranjera y en algunos códigos de varios países.

El desarrollo de este trabajo, se contrae a presentar una visión panorámica de las diversas pruebas científicas y al análisis de algunas de ellas, a la luz de nuestro derecho procesal civil vigente, además de un somero análisis sobre la autonomía o heteronomía de la llamada "prueba científica".

2) DISTINTAS CLASES DE PRUEBA

Como anteriormente se ha dicho, las modernas pruebas científicas son tan numerosas que no se puede señalar un número preciso de ellas, por el carácter dinámico de la ciencia que día a día progresa, en su afán de ofrecer a la humanidad sus más relevantes conquistas; pero sí se puede enumerar y comentar algunas de ellas, al menos, las contempladas en la escasa bibliografía que sirve de base a este trabajo.

Con respecto a la clasificación de estas pruebas y tratando de fijar el régimen procesal de las mismas, en atención a un común denominador, se pueden clasificar en dos grandes grupos: a) Pruebas científicas documentales o instrumentales; y b) Pruebas científicas periciales. El fundamento de esta clasificación estriba en la peculiar naturaleza de cada una de las pruebas científicas, y en la manera de producirse dentro del proceso civil.

Entre la ejemplificación de pruebas científicas, tenemos las siguientes:

- 1) Prueba Dactiloscópica
- 2) Prueba Hematológica
- 3) Prueba Fotográfica
- 4) Prueba Radiográfica
- 5) Prueba Radiotelefónica

- 6) Prueba Fonográfica y Magnetofónica
- 7) Prueba Cinematográfica
- 8) Prueba Grafológica
- 9) Prueba Poligráfica
- 10) Prueba Biológica
- 11) Prueba Fotostática
- 12) Prueba Planimétrica
- 13) Prueba Taquiográfica
- 14) Narcoanálisis Judicial

3) NOTAS CARACTERISTICAS

Cada una de las pruebas científicas, presenta sus características particulares que la distinguen unas de otras; por lo que en este numeral únicamente se considerarán los rasgos comunes en todas ellas, es decir, en conjunto. Las notas comunes de las pruebas científicas se pueden referir: a) en cuanto a su origen; y b) en cuanto a su regulación legal.

a) En cuanto al origen de las pruebas científicas, se pueden afirmar que todas ellas nacieron - principalmente con el fin de servir al derecho penal, como auxiliar, y participar con éste en la prosecución del bien común en la vida social, de acuerdo con ciertos principios de técnica, de moral y de justicia; ya que en el procedimiento criminal se vió la necesidad de extremar las investigaciones, dando amplitud en los medios de la prueba para impedir la impunidad o una -

condena errónea.

La aplicación de conocimientos científicos en la investigación de los delitos y del delincuente, ha dado lugar al nacimiento de una nueva ciencia: la CRIMINALISTICA y cuya historia se remonta desde la primera cincuentena del siglo XVI en Alejandría, hasta nuestros días.

Debido a los satisfactorios resultados que las pruebas científicas aportadas por la Criminológica, han dado en derecho penal, la doctrina, legislación y jurisprudencia civil, poco a poco han ido dándole cabida a estos métodos de prueba, adaptándolos a las situaciones en que puedan ser eficaces.

b) En cuanto a su regulación legal, los modernos códigos procesales, además de los tradicionales medios de prueba, han incorporado los sistemas científicos probatorios; unos con bastante amplitud, otros solamente han aceptado ciertos y determinados medios.

Entre los países que regulan la prueba científica en materia procesal civil, se pueden enumerar, como ejemplo, los Estados Unidos de América, México, Guatemala (en sus Arts. 191 y 192 del nuevo Código Procesal Civil), Argentina, Chile, Ecuador, Bolivia, Portugal y muchos países de Europa. En nuestro país, el Código de Procedimientos Civiles ha permanecido a-

jeno a este movimiento científico, pero sí lo contempla el Proyecto de Código Procesal Civil en los Arts. 528 y 529, al tratar de la prueba innominada; porque precisamente, la característica común de las pruebas científicas, en la manera como es incorporada a la -- legislación positiva, por regla general, es como prueba innominada.

4) EFICACIA PROBATORIA

La eficacia probatoria de las pruebas científicas, implica establecer el grado de convicción que las mismas producen dentro del proceso, o lo que es lo mismo, determinar el valor procesal de dichas pruebas.

Esta situación debe considerarse desde tres aspectos distintos:

- a) que la ley previamente les haya señalado un valor a cada prueba;
- b) que el valor probatorio quede a juicio prudencial del juez según el grado de convicción que haya adquirido de la prueba. (En ambos sistemas requiere definición o regulación legal) y,
- c) que no haya regulación especial para esa clase de prueba.

Generalmente, las legislaciones extranjeras que reglamentan las pruebas científicas, optan por el segundo sistema, dejando al juez en libertad --

de valorar la prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En este sentido se pronuncia nuestro proyecto de Código Procesal Civil.

Respecto a nuestra legislación vigente, al analizar algunas de estas pruebas, indicaremos su posible valor probatorio, ya que sobre este punto, -- nuestra Ley ha silenciado.

C A P I T U L O I I INATURALEZA DE LA PRUEBA CIENTIFICAPROBLEMA DE SU AUTONOMIA O HETERONOMIA

Antes de entrar a un analisis particular de las distintas clases de pruebas científicas, es imperativo investigar y decidir si constituyen un medio diferente de pruebas de los reconocidos por la ley o si por el contrario, pueden incorporarse a ellos, no de manera forzada, sino por ser esencialmente iguales.

Como un primer paso, hay que recordar - que la ciencia o la técnica, desde que existen, han - servido para comprobar hechos jurídicos, y así, la toxicología se utilizó desde antaño para resolver e investigar distintos problemas relativos a envenenamientos, y a nadie se le ocurrió que esa investigación -- fuera un medio especial probatorio; fue englobada dentro de la pericial, por necesitar conocimientos de -- ciencia o arte para la averiguación de la verdad. El cotejo de letras, antes (y aun hoy entre nosotros), -- era empírico y su certeza era relativa; pero no era - más que el embrión de la técnica depurada de la grafología o poligrafía.

Qué diferencia fundamental podrá haber entre investigar cuál veneno mató a una persona e identificar por medio de huellas dactilares a una persona? En realidad, ninguna. Tanta ciencia habrá que utilizar para descubrir arsénico en un hígado, como para saber leer unas impresiones e identificar a una persona. La única diferencia está en que el veneno se ha podido identificar desde hace siglos y las huellas dactilares constituyen una relativa novedad.

Por otra parte, debe recordarse que la prueba documental apareció mucho después de la testimonial, que fué la prueba primitiva por excelencia, - al descubrirse procedimientos eficaces de reproducción gráfica estable y más o menos segura.

El derecho romano no habló de cintas -- magnetofónicas (verdad perogullesca) porque no las conocieron.

La ciencia no habrá avanzado hasta allí. Pero en verdad, el documento escrito y la cinta magnetofónica o los discos, son medios de conversación, -- uno en forma visual y otro auditiva (la proyección cinematográfica comprende ambas formas), de relación de hechos, y pueden ser considerados como prueba preconstituida de naturaleza instrumental o documental.

Los problemas de falsedad o autenticidad son casi idénticos, -

Todo se reduce a adaptar los conceptos tradicionales a la imitación y avances de la ciencia.

Me pregunto si el carbono 14, en el criterio de los que consideran que la "prueba científica" es algo diferente, es otro medio de prueba, o si por el contrario no es más que un instrumento de que se provee a los peritos para establecer la antigüedad -- (vale decir autenticidad en muchos casos) de un lienzo o documento, - Por ejemplo, si se discutiera el dolo existente por la venta de un Ticiano o la resolución de un contrato por error al comprar un mismo cuadro, y a los peritos se les sometiera el punto para que dictaminen sobre su autenticidad, los técnicos -- pueden recurrir al famoso carbono 14 para la determinación de la edad del lienzo, sin que signifique que se ha encontrado otro medio de prueba, o que la prueba científica sea algo diferente.

También si un Juez, en lugar de describir en un acta, como encontró el edificio que amenaza ruina o los linderos de un predio, o en fin, cualquier otro extremo que se pueda establecer por ese medio de investigación, se limita a acompañar una fotografía - del edificio o lugar; no haría más que reproducir real o efectivamente lo que vió, tal como estaba, mucho más exacto que la descripción. ¡Sólo Víctor Hugo, pudo describir mejor que la fotografía!

Más aún, qué diferencia hay entre un documento escrito en idioma extranjero o en taquigrafía? No se necesita en ambos casos de intérprete? Entonces a que hablar de la versión estenográfica como medio - especial de prueba. Es una simple prueba instrumental o de reproducción.

Asimismo, si un funcionario copia a mano o a máquina un asiento y da fe al final que es fiel al original. en esencia es igual si reproduce el asiento por medio de fotocopia y lo garantiza. No puede tampoco hablarse de un nuevo medio probatorio o de prueba por "fotocopia".-

En resumen, no creo que la "prueba científica" sea algo diferencial a lo ya establecido en nuestra ley. Es solo cuestión de adaptación, que lógicamente debe hacerse tanto para estar a tono con el progreso como para seguridad procesal, aclarando las dudas que pudieran existir entre los funcionarios judiciales y partes, y llenando las lagunas y situaciones especiales que se presentarían ante las nuevas situaciones.

Las famosas pruebas científicas, aunque básicamente periciales (o sea medios auxiliares para que los peritos puedan resolver con mejor acierto lo que se les somete) pueden revestir del carácter de ser intrínsecamente testimoniales, documentales o finalmen

te, mixtas.-

Pensar en otra forma, a mi juicio, es su superficialidad jurídica, cuando no un snobismo; producto tal vez de la alucinación o deslumbramiento ante el prodigio de investigación que proporciona la ciencia.

Lo anterior no es, no obstante, negación de la necesidad de legislar concretamente sobre esas nuevas situaciones, más que por ser cosa distinta, por seguridad procesal -como dije antes- y aclaración de conceptos.

Después de sentar lo que es en esencia mi "tesis", debo entrar a un análisis más detallado -de las principales pruebas o medios de investigación científica encaminados al descubrimiento de la verdad judicial.-

C A P I T U L O IVDISTINTOS MEDIOS DE IDENTIFICACIONPRUEBA DACTILOSCOPICA

1) Identificación Personal; 2) La identificación dactiloscópica; 3) Su aplicación Procesal y Valor Legal.

1) IDENTIFICACION PERSONAL

Dentro del panorama social y especialmente jurídico, cada persona es distinta de las demás y posee una identidad propia, se distingue de los otros por un conjunto de signos externos que permiten reconocerlo. Pero es preciso que esta identidad pueda determinarse de una manera indubitable y comprobarse en cualquier situación -jurídica o no- para adquirir la certeza de que una persona es la misma que pretende ser.

Jurídicamente hablando, cada individuo es titular de derechos, acciones, obligaciones, etc.- frente al Estado y frente a la Sociedad misma, por lo tanto para que este individuo ocupe la posición que le corresponde dentro de la esfera jurídica, necesita justificar su identidad personal. Para este fin, se ha creado en los principales países, los servicios de i-

dentificación judicial.

Numerosos métodos se han utilizado para tratar de fijar la personalidad humana, de atribuir a cada ser humano una identidad, una individualidad - cierta, objetiva, durable, invariablemente reconocible y facilmente observable; siendo tales métodos los siguientes:

- a) Método testimonial. O sea, la identificación de una persona por medio de testigos. Este es un sistema defectuoso por ser un método subjetivo que involucra el peligro del falso testimonio, o del error.
- b) Método fotográfico. Su empleo se ha generalizado en las tarjetas de identidad y a simple vista parece resolver el problema; pero su deficiencia se aprecia al observar que existen personas diferentes con un parecido extraordinario; por otra parte, una misma persona resulta irreconocible en una fotografía, por efectos de maquillaje, por la edad o por enfermedad, o en fin, por las variantes de la fotografía misma.
- c) Método de la descripción de los caracteres individuales. Consiste en la enumeración metódica, sistemática y precisa de los elementos descriptivos - característicos de un individuo, anotados en una ficha; y se basa en la diversidad y multiplicidad de características somáticas que originan la diferencia morfológica de cada persona. La descripción anotada en la fi

cha comprende:

a) Caracteres de la cara (retrato hablado)

b) Marcas particulares y cicatrices (incapacidad o deformidades, tatuajes y estigmas profesionales: modificaciones y actuaciones físicas que sufre la piel por el manejo de herramientas, sustancias manipuladas o actitudes profesionales).

d) Método antropométrico. Imaginado por Bertillon en 1879 y consiste en la medida milimétrica de ciertas partes del cuerpo. Ejemplos. Longitud de la cabeza, - longitud de los pies, de los dedos, etc..- Estas medidas anotadas en una ficha, han constituido o constituyeron, el método de identificación judicial en muchos países. Debido a sus errores e imperfecciones este método ha sido sustituido por un método superior;

e) Método dactiloscópico

Hasta el momento, es el más perfecto método de identificación judicial.

2) LA IDENTIFICACION DACTILOSCOPICA (1)

Este método se atribuye a Galton que lo descubrió en 1888, aún cuando ya en 1823 Purkinje había realizado estudios sobre los mismo; lo cierto es que a Vucetich se deben los más completos estudios sobre la materia.

(1) Datos tomados de Medicina Legal Judicial de C. Simonín

La piel del pulpejo de los dedos, de la palma de las manos y de la planta de los pies, no es lisa; presenta finos pliegues destinados a ofrecer una mayor superficie a los corpúsculos táctiles. Estos pliegues forman surcos y crestas papilares que dibujan variadas figuras lineales. Estas figuras pueden ser exactamente reproducidas, previo embadurnado de los dedos con tinta, por aplicación de los pulpejos digitales sobre una hoja de papel o un cartón, obteniendo así una huella digital o dactilograma.

La identificación por medio de las crestas papilares, descansa en particularidades de estructura que ofrecen las necesarias y suficientes garantías para hacer de las impresiones dactiloscópicas un método perfecto, y esta perfección se fundamenta en las siguientes características:

- a) Variedad extraordinarias de dibujos papilares.
- b) Individualidad y especialidad que derivan de la extrema diversidad de dactilogramas.
- c) Inmutabilidad, puesto que ninguna modificación aparece en el curso del crecimiento o de la involución senil.
- d) Perennidad, asegurado por el hecho de que las crestas papilares se forman definitivamente desde el sexto mes de la vida intrauterina y no desaparecen más que por la putrefacción.

e) *Inalterabilidad, que reposa en la constitución histológica de las crestas papilares y no se deforman ni por una quemadura de segundo grado o por el desgaste sobre una piedra pómez.*

f) *Posibilidad y facilidad de clasificación.*

Estas consideraciones bastan para demostrar el valor de los dactilogramas como medio de identificación.

Es la mejor firma de un individuo, empleada ya hace cinco mil años en Mesopotamia, por aplicación del pulgar sobre la arcilla de un ladrillo, a continuación de las inscripciones relativas a un contrato.

En resumen, la dactiloscopia tiene un valor absoluto como método de identificación personal.

3) *SU APLICACION PROCESAL Y VALOR LEGAL*

Antes de considerar la utilización de la prueba dactiloscópica dentro del proceso civil, conveniente es indicar que la identificación civil obligatoria por el método dactilográfico, ha sido implantado, en diversos países del mundo; y para su efectividad y fácil aplicación, se han creado Registros o Archivos Centrales de fichas dactiloscópicas. Así, la identificación dactiloscópica de los recién nacidos se practica en las maternidades de Argentina y Australia para evitar las sustituciones accidentales de recién nacidos. Consiste en marcar, en la ficha en que figuran -

las de la madre, las huellas digitales de los pulgares, al nacer el niño, cuando se encuentra todavía unido a la madre por el cordón umbilical. El Binomio dactiloscópico madre-niño se acompaña ulteriormente para el acta de nacimiento.

En el sentido de implantar la identificación civil obligatoria, se orientó la ponencia presentada a la primera Convención Nacional de Abogados (1957)⁽¹⁾ por el doctor Juan Ramiro Díaz y otros, y -- que mereció informe favorable y aprobación. La organización y funcionamiento de este Registro en nuestro país, resolvería los innumerables problemas que plantea la cuestión identificación; ya que con frecuencia cada persona es llamada a justificar su identidad en todos los aspectos de la vida civil y ciudadana, y especialmente en los casos enumerados en el Art.7 de la Ley de Cédula de Identidad Personal.

Entraremos ahora a considerar la forma como opera la prueba dactiloscópica, de acuerdo a las disposiciones de nuestro Código de Procedimientos Civiles.

Por su propia naturaleza, la prueba dactiloscópica es un tipo de prueba documental o instrumental, al menos, así se considera en doctrina y en --

(1)Revista Lex Ministerio de Justicia Pg.607

los países que sobre ella han legislado; y le han concedido valor probatorio propio, es decir, que vale por sí misma de una manera absoluta.

Conforme nuestro derecho, esta prueba es perfectamente admisible en los tribunales, nada se opondrá a ello, pero el problema fundamental a dilucidar es el de si la prueba dactiloscópica, por sí sola, - posee o no valor probatorio propio. En otras palabras, en nuestro derecho procesal civil, la prueba que nos ocupa, vale por sí misma, o su valor está supeditado a alguno o algunos de los medios de prueba que nuestro ordenamiento jurídico señala. Al respecto, rotunda y categóricamente se puede afirmar: que en nuestra legislación, la prueba dactiloscópica no posee autonomía probatoria, ya que al operar judicialmente, forzosamente tiene que relacionarse o mejor dicho, degenerar, en otra clase de prueba como por ejemplo La Testimonial, La confesión y especialmente la prueba pericial.

El siguiente caso demostrará lo afirmado:

Juan recibe de Pedro a título de mutuo la cantidad de quinientos colones, para devolverlos con sus respectivos intereses en un determinado plazo; se redacta el contrato en un instrumento privado sin concurrencia de testigos, pero resulta que Juan es analfabeto; no sabe leer, ni escribir, ni firmar; pero

al pie del documento estampa la huella digital de uno de sus pulgares. Transcurrido el plazo estipulado, -- Juan no cumple con su obligación ni en lo principal -- ni en lo accesorio, entonces Pedro, para darle fuerza ejecutiva al instrumento y demandarlo por esa vía, -- previamente promueve ante Juez competente, diligencias de reconocimiento de obligación. Comparece Juan al Tribunal y aquí es donde pueden presentarse dos hipóte-
sis:

- a) Juan acepta la obligación contenida en el documento y reconoce que la impresión digital que en él aparece, ha sido puesta por su persona;
- b) Juan no reconoce la obligación y niega ser suya la impresión digital que calza el documento.

En la primera hipótesis, el Instrumento privado al ser reconocido judicialmente por Juan, adquiere el valor de escritura pública y por lo tanto -- fuerza de ejecución; pero no por efecto de la prueba dactiloscópica, sino por la confesión judicial expresa que Juan hace de su obligación.

En la segunda hipótesis, el documento no cambia de categoría jurídica, sigue siendo un instru-
mento privado sin fuerza ejecutiva; entonces Pedro recurre a la verificación del Instrumento en juicio contradictorio y dentro del cual, el medio probatorio i-
dóneo y único para pronunciarse sobre la huella digi-

tal, es el dictamen pericial.

De esta manera y con base en la prueba pericial, se obtiene sentencia que declara la legitimidad del instrumento, el cual adquiere entonces fuerza ejecutiva, no por la fuerza probatoria de la huella dactiloscópica, pues ésta únicamente sirvió de base para que se produjera la prueba plena que la ley asigna al dictamen uniforme de los peritos.

En resumen, la prueba dactiloscópica, - entre nosotros, aún cuando puede aplicarse judicialmente, en cualquier caso, no vale por sí misma, y esto se debe primeramente porque es un medio probatorio no contemplado en nuestra ley, y en segundo lugar, porque no poseemos registros especiales de fichas dactiloscópicas cuya función es la de sustituir la intervención pericial por un simple informe de autoridad.

Los alcances de los registros e informes dactiloscópicos son grandes tanto en materia penal - como civil. Así, para determinar filiación mutua indubitable, fallecimiento real de alguien (principio y fin de la personalidad) a travez de las huellas dactiloscópicas revisten una importancia superlativa en el derecho.

C A P I T U L O VP R U E B A F O T O G R A F I C A

1) *Su naturaleza e importancia judicial.* 2) *Ventajas y - desventajas de este tipo de prueba.* 3) *Su aplicación práctica y valoración legal.*

1) SU NATURALEZA E IMPORTANCIA JUDICIAL.

La palabra fotografía se deriva del griego PHOS, PHOTOS Y GRAPHEIN (grabar) y consiste en el arte de fijar o reproducir en una placa impresionable a la luz las imágenes obtenidas con la ayuda de una cámara oscura.⁽¹⁾

Para el Derecho y especialmente para la teoría de la prueba, la fotografía es de un gran valor inapreciable ya que es un medio idóneo para la representación y perpetuación de un hecho pasado; siendo un instrumento eficaz para poner en evidencia la realidad objetiva de una circunstancia determinada. En cuanto a su naturaleza jurídica, el instrumento fotográfico es una variedad de la prueba documental, tomando la palabra documento en un sentido amplio y general.

Dentro de la clasificación de las pruebas que hemos formulado, la fotografía es colocada por

(1) Diccionario Larousse Ilustrado Pg.479

Carnelutti⁽¹⁾ dentro de lo que él llama pruebas históricas, ya que éstas reproducen el hecho material que se trata de probar.

La fotografía puede ser de dos clases: a) ordinaria, y b) métrica (con medidas en escala). - Tanto una como la otra, deben revestir dos condiciones esenciales: exactitud y nitidez, para que pueda ser útil como prueba.

Existen otros procedimientos fotográficos especiales de valiosa importancia judicial, por ejemplo, la cinematografía en blanco, y negro así como en color, la microfotografía, la radiografía, la espectrografía, la fluorografía o fotografía con luz ultravioleta y la fotografía en infrarrojo.

Importante es destacar que en estricta técnica, el retoque es una maniobra prohibida, pues acaba con la exactitud que exige la fotografía.

La importancia judicial de la prueba fotográfica es inmensa, ya que por medio de ella el Juez obtiene el conocimiento sensorial, material y objetivo de hechos relativos a personas y cosas, sucedidos en el pasado, conllevando cierto poder de convicción para demostrar la exactitud o inexactitud de proposiciones alegadas. Así por ejemplo, con una fotografía se -

(1) Eduardo Pallarés Obra Citada Pg.620

puede poner una evidencia, un falso testimonio, una causal de infidelidad en un juicio de divorcio, hechos que demuestran la paternidad que se impugna, falsa identidad de un presunto heredero, etc,etc.-

2) VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE ESTE TIPO DE PRUEBA

Vista la importancia de la prueba fotográfica en materia procesal civil, consideraremos ahora las ventajas y las desventajas que caracterizan esta clase de prueba.

Primeramente, la fotografía ofrece la ventaja de traducir fielmente el hecho observado, es decir, que existe una exactitud perfecta entre el objetivo captado y la gráfica que lo representa. Así, una fotografía presentada en juicio, le está demostrando al Juez que tal o cual hecho sucedió en la forma y manera que aparece en el Instrumento.

Otra ventaja que ofrece la fotografía es la de conservar a perpetuidad la gráfica captada. Una impresión fotográfica se mantiene intacta indefinidamente sin que se deteriore; aunque puede suceder que, tal vez por la calidad del material empleado se desmejore un poco; por ejemplo, que adquiriera el característico color amarillento que proporciona el tiempo, pero la objetividad del hecho permanece inalterable. Puede suceder también que por incendio, pérdida u otra causa, las copias fotográficas se destruyan o pierdan,

pero siempre que se conserve el negativo, bastará con revelarlo y obtener así nuevas copias.

Pero, la prueba fotográfica, así como - tiene sus ventajas, tiene sus desventajas o inconvenientes, y una de ellas, la más peligrosa, es la de alterar o adulterar una fotografía por medio de trucos fotográficos -como a menudo se nota en revistas, periódicos, cine, etc. y representar así un hecho que nunca - existió, o deformarlo habiendo existido. Así, pueden obtenerse fotografías fraudulentas por medio del retoque, por la superposición de fotografías distintas, - por el recorte y unión de diferentes fotos, por las - manipulaciones mecánicas y físicas en la cámara, etc. etc. Este inconveniente plantea el delicado problema de la autenticidad de la prueba fotográfica y del que más adelante trataremos.

3) SU APLICACION PRACTICA Y VALORACION LEGAL

El desarrollo de este numeral se circunscribe al análisis de la prueba fotográfica dentro de nuestra legislación y a la consideración de los problemas que representa su aplicación práctica. Como -- premisa fundamental se puede afirmar la admisibilidad de esta prueba; y puede operar en cualquier circunstancia judicial en que sea pertinente. Veamos un caso: Juan, demanda un juicio de deslinde, reivindicación o de constitución de servidumbre a Pedro; debido a --

destrucción intencional de límites, usurpación o encierro de propiedades; la situación actual de los predios será de fácil establecimiento mediante testigos e inspección ocular; pero, cómo establecer la forma en que estaban antes de la destrucción, usurpación o cambio de linderos? O Cómo formarse una idea de los accesos fáciles o la propia situación de fuentes?. Juan podría recurrir perfectamente a los planos fotométricos de cartografía, en los que de manera cierta y auténtica muestra como eran los predios fotografiados y su fecha, de acuerdo con los Registros pertinentes.

Se dirá que la prueba en tal caso será también por inspección por peritos, que interpreten el plano fotométrico, pues la verdad es que esa fotografía es un verdadero documento, que por haber sido producido por un organismo gubernamental en legítimo uso de sus atribuciones, se convierte en auténtico. No debe desconocerse que pasarán muchos años para que en nuestros tribunales se llegue a aceptar una teoría como la expuesta, por lo que urge una regulación al respecto.

Con relación a la fotografía "privada", la cuestión es un tanto diferente, pues no tiene una equivalencia tan exacta como con la auténtica, y lo difícil es encontrar un ejemplo en el que pueda llegar a convertirse en elemento probatorio por sí solo; así,

habrá que probar con testigos la fecha de la toma, el lugar, etc; con peritos que analicen el negativo, se establecerá la ausencia de fraude; por que si la parte contraria la admite, se convierte en un hecho no discutido; pero aún en el caso que no se readguyera de falsa, la fotografía, carece de valor propio de prueba, pues como se dijo antes, le faltan elementos básicos para que por si sola pueda bastar para establecer un hecho.

Un hombre y un niño juntos, por si solos en una fotografía, nada probarían; pero si al pie aparece una dedicatoria en que se refiera a la foto y se mencione al niño como su hijo, es natural que -- contenga una verdadera manifestación inequívoca de la paternidad y podrá bastar para resolver, pero mezclada con la documental tradicional.

En ciertos aspectos negativos o mejor dicho, de negación o refutación o afirmaciones, si se mira más clara la función fotográfica. Por ejemplo, un testigo que hubiere negado conocer a una persona o haber alternado con ella; pudiera ser desmentido válidamente con una fotografía en la que se les mostrará -- juntos, departiendo amigablemente o aun peleando. También en un juicio de medianería o de propiedad de una pared en litigio podrá una de las partes, presentar -- fotografías mostrando el proceso de construcción de --

una de ellas o aun plenamente construida con el solar vacío en donde se edificó la otra con posterioridad. La pertenencia de la pared quedaría demostrada con -- ellas.

C A P I T U L O VIP R U E B A F O T O S T A T I C A

1) *Procedencia e improcedencia de esta prueba* 2) *Problemas que origina* 3) *Su apreciación.*

1) PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA DE ESTA PRUEBA

Como una técnica especial de la fotografía, se usa mucho la fotocopia o reproducción fotostática; y consiste en reproducir un documento, sin cámara, por medio de la impresión fotográfica por transparencia o reflexión, con papeles y aparatos adecuados. Existen varios procedimientos de reproducción fotostática, pero el más conocido es el llamado "Rectophot", nombre de uno de los aparatos más empleados. (1)

La prueba fotostática, es de naturaleza instrumental y se emplea única y exclusivamente para la reproducción de documentos de cualquier clase que sean, de manera que su campo de aplicación -procesalmente hablando- es más restringido que el de la prueba fotográfica. Por esta razón es que la prueba fotostática puede operar con eficacia en algunos casos, pero en otros no. Se puede obtener impresión fotostática de un documento público o privado, de documentos -

(1) *Criminalística de Luis Sandoval Smart. Pg.45*

mercantiles, administrativos, etc.etc., pero no siempre esa copia fotostática tendrá valor probatorio, como se demuestra en los tres casos siguientes:

a) Es inadmisibile una demanda ejecutiva cuando el documento base de la acción está representado en una copia fotostática, aún cuando esa reproducción sea de un testimonio o de un protocolo autorizado por notario y sea una copia fiel y exacta del instrumento. Así, Juan y Pedro celebran ante notario un contrato de mutuo con garantía hipotecaria; Pedro es el deudor. A Juan se le extiende el respectivo testimonio, pero temeroso de que se le pierda o destruya, lo reproduce íntegramente en una copia fotostática; o bien obtiene directamente del protocolo del notario, la fotocopia. Extraviado o destruido el testimonio, Juan demanda a Pedro (quien no cumplió con la obligación) en juicio ejecutivo, presentando como título la copia fotostática.- Esta demanda tiene que ser rechazada por el Juez por la razón siguiente: efectivamente la obligación se consignó en instrumento público y la copia fotostática es una reproducción nítida, exacta y fiel de ese instrumento; pero tal copia no está comprendida dentro del numeral primero del Art.588Pr., pues las copias posteriores sacadas del protocolo, para que tengan -- fuerza ejecutiva, deben ser hechas con las formalidades

establecidas en los artículos 43, 44 y 45 de la Ley de Notariado.

b) En cuanto a las pruebas del estado civil, es improcedente la prueba fotostática, ya que por una parte, el Art. 322C establece categóricamente la manera de probarse, aunque la fotocopia sea una reproducción literal de la respectiva partida; por otra parte, por contravenir la Ley de Papel Sellado y Timbres en sus disposiciones pertinentes.

c) La prueba fotostática no puede suplir la falta de instrumento público, como prueba de los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad. Art.1572C.

En cambio, pueden darse situaciones en que la prueba fotostática además de ser procedente, debería aportar en el proceso cierto poder de convicción respecto a los hechos controvertidos, tal como se puede apreciar en los siguientes ejemplos:

a) Cuando judicialmente se reclamare una prestación, el deudor debería poder probar la extinción de la obligación por la solución o pago efectivo, cuando el pago se haya hecho privadamente y el recibo correspondiente se reprodujo fotostáticamente, en --prevención de su pérdida o deterioro, lo que efectivamente sucedió; pero llenándose los requisitos de seguridad en la reproducción fotográfica.

b) Cuando se intente una acción de repetición, si por error se ha pagado lo indebido y consta en impresión fotostática el instrumento por el cual se entregó y recibió dicho pago. Arts. 2046C y 2049C Inc.2o.

c) Cuando se pida la notificación judicial de un crédito cedido, es lógico que se pueda probar la tradición del derecho personal, cuando consten fotostáticamente el título (si lo hubiere) y principalmente la nota de cesión de que habla el Art.672C.-

d) Cuando las cartas y documentos privados a que se refiere el numeral cuarto del Art.283C, se hayan reproducido fotostáticamente y con base en ellas se pida la declaratoria judicial de un hijo natural, y exista garantía de no alteración del original.

e) Se puede acreditar con prueba fotostática, el principio de prueba por escrito a que se refiere el Art.1582C. El tema de la procedencia o improcedencia de la prueba fotostática, no se agota en estas líneas, pues más que todo, es en cada caso concreto en que se debe analizar dicha prueba para establecer si procede o no; y admitida su procedencia, determinar el grado de eficacia probatoria que posee.

2).- PROBLEMAS QUE ORIGINA

Dentro del Proceso Civil Salvadoreño, la prueba fotostática acarrea la consideración de algunos

problemas de orden legal, que necesitan tratar de esclarecerse para la correcta estimación probatoria de esta prueba científica. Veamos tales situaciones:

Primeramente analicemos esta interrogante: Es admitido en nuestra ley procesal la sustitución de documentos legítimos por sus respectivas copias fotostáticas? Para tratar de contestar esta cuestión, veamos qué clases de documentos regula nuestro sistema jurídico civil, tanto sustantiva como adjetivamente.

Así el Código Civil al tratar de la --- prueba de las obligaciones y en el Art.1569, establece dos categorías de instrumentos; públicos y privados; por su parte, el Código de Procedimientos Civiles, al abordar la prueba por instrumentos y en el Art.254, los divide a éstos en públicos, auténticos y privados. Queda fuera de los límites de esta tesis el problema de cuál de las dos clasificaciones es la correcta. Pero con relación al problema que nos ocupa se puede formular la regla general de que para los documentos públicos o auténticos, no es admisible la sustitución de los mismos por copia fotostática, ya que el juez no tiene facultades expresas para hacerlo; por otra parte, por que en nuestro derecho, todo instrumento público o auténtico, para que valga como tal, procesalmente, necesita de ciertas y determinadas solemnidades, así como ciertos requisitos contemplados en leyes especia

les como la de Papel Sellado y Timbres y otras; sin embargo, si esas copias fotostáticas llevaran la razón de ser fieles transcripciones de los originales o matrices, adquirirían el valor de auténticos. Públicos, en razón de la fe notarial o de autoridad competente y no por su propia calidad de fotocopia.

En cuanto a los documentos privados, el aspecto cambia, pues respecto de ellos no existen archivos o registros especiales que garanticen su legitimidad respecto a los hechos contenidos en los mismos; ni están sujetos a solemnidades externas para su validez; de manera que la copia fotostática de ellos, puede admitirse en sustitución del original, ya que - destruido o extraviado éste, es casi imposible obtener uno nuevo. En estos casos la prueba fotostática surte efectos probatorios, toda vez que no se redarguya y - pruebe la falsedad del documento.

Otra interrogante que plantea la prueba fotostática es la siguiente: Puede verificarse la firma contenida en un documento privado reproducido fotostáticamente? Más claro aún. Puede verificarse una firma que aparece en una fotocopia? Indudablemente que no hay obstáculo alguno ni impedimento legal para que se practique la verificación, pues característica fundamental de la fotocopia es la de reproducir nítida, -- fiel y exactamente el documento; de manera que si la

letra y firma del instrumento aparecen en forma clara y perfectamente legibles, es procedente su verificación.

3) SU APRECIACION

Toca considerar en este numeral, la forma como el juez aprecia la prueba fotostática en los casos en que procede, qué fuerza de convicción es la que posee, qué grado de validez debe dársele, si debe apreciarla como una prueba perfecta o como una prueba imperfecta.

Naturalmente que no en todos los casos la prueba fotostática tendrá el mismo valor, pues su eficacia se puede estimar como un principio de prueba por escrito (caso del Art.1582C), como una presunción judicial e inclusive como una prueba plena. Veamos -- dos casos:

a) En un juicio de divorcio por la causal de separación absoluta, la parte demandada, para desvirtuar los hechos alegados, entre otras pruebas, presenta la copia fotostática de varios cheques fuertes cobrados, extendidos a su favor por el demandante y por diversas cantidades; prueba que por si sola no es suficiente para desestimar la demanda, pero sí constituye una presunción de que la separación alegada no ha sido absoluta, por presumirse la existencia de una ayuda económica, fuera de cualquier cuota normal obli

gatoria, continua entre los cónyuges.

b) *En un juicio ordinario de reconocimiento forzoso de hijo natural basado en el numeral cuarto del Art.283C, la prueba instrumental presentada, sen copias fotostáticas de cartas y documentos privados provenientes del supuesto padre en los cuales confiesa de manera inequívoca la pretendida paternidad; y dicha prueba no es objetada en el juicio. En este caso, el valor - de la prueba fotostática es pleno y por lo tanto procede la declaratoria judicial solicitada en la demanda, con base en los Art.1573C y 265 Nc.º,Pr.-*

En conclusión, no se puede formular una regla general respecto al valor probatorio de la prueba fotostática, pues ella deberá analizarse en cada caso concreto y su valoración, queda condicionada a la calificación del juzgador.

C A P I T U L O VIIPRUEBA FONOGRAFICA Y MAGNETOFONICA

1) Su naturaleza 2) Su autenticidad 3) Su legítima obtención 4) Su aplicación procesal y valor probatorio.

1) SU NATURALEZA

La expresión fonográfico, es un derivado de la palabra fonógrafo, la cual proviene etimológicamente del griego PHONE que significa VOZ y GRAPEHEIN (inscribir), o sea, el aparato que permite registrar y reproducir la voz y sonidos por medio de discos. (1)

La palabra magnetofónico, es un derivado de magnetófono, o sea el aparato que se utiliza para el registro y restitución de la voz y sonidos, por medio de una cinta cubierta de óxido magnético. (2)

Las expresiones fonográfico y magnetofónico se diferencian en razón del método técnico empleado, pero ambas responden a un mismo fin: registro o grabación y restitución de la voz y sonidos; por lo tanto, en el desarrollo de este capítulo, ya se emplee

(1) y (2) Diccionario Larousse pgs. 476 y 646 respectivamente.-

una u otra expresión, debe entenderse que quedan comprendidas ambas.

Aparentemente, la prueba fonográfica podría tomarse en cuanto a su naturaleza jurídica, como una prueba testimonial, por la razón de transcribirse en el rollo, cilindro, alambre, cinta o disco grabador, las palabras atribuidas a una de las partes o a un tercero; pero ni más ni menos, la prueba fonográfica o magnetofónica es en rigor, de índole estrictamente documental. En este último sentido y con el calificativo de prueba directa, es que la considera Carnelutti en sus libros "Sistema de Derecho Procesal Civil" y "La Prueba Civil".

La admisibilidad de esta prueba como de naturaleza documental, en cuanto al Procedimiento Civil Salvadoreño se refiere, se tratará en páginas posteriores.

2) SU AUTENTICIDAD

Determinada la naturaleza jurídica de la prueba fonográfica y magnetofónica, corresponde en este numeral abordar el problema de su autenticidad, es decir, de ser cierta y verdadera dicha prueba.

Por regla general, lo común y corriente en un proceso civil, es que la parte a quien se opone

(1) Citado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en *Clínica Procesal* pg. 326.

una prueba, rechace los hechos objetos de la misma y ponga a ésta en entredicho. En esta situación y en lo que respecta a la prueba que nos ocupa, corresponde al que la presenta la carga de la prueba, o sea, demostrar que las palabras recogidas en grabación, provienen efectivamente de la persona a quien se atribuyen. Pero, cómo acreditarlo? Podría hacerse mediante un cotejo vocal con la misma finalidad que el cotejo de letras? o inclusive, Podría tener aplicación la ficta - confessio frente a la negativa de prestarse al cotejo?

Aún cuando existe evidente semejanza entre las dos hipótesis anteriores de comprobación probatoria, en nuestro derecho procesal civil, el juez no puede valerse de la analogía con el objeto de cubrir la laguna; además, el cotejo vocal no puede establecer una seguridad absoluta en el resultado, por la circunstancia de que en los aparatos reproductores de sonido, la voz humana generalmente sale deformada, o experimenta actuaciones pasajeras o permanentes por obra de determinados padecimientos; por otra parte -- hay personas que imitan a la perfección el modo de hablar ajeno o que modifican el propio hasta el grado de hacerlo irreconocible; así mismo existen voces que se confunden con mucha facilidad. De manera que para acreditar la autenticidad de la prueba fonográfica y magnetofónica, a falta de admisión expresa o tácita -

de la parte a quien se opone, forzosa y necesariamente hay que recurrir a la prueba testimonial, o sea, la declaración o declaraciones de las personas que efectuaron o presenciaron la grabación, cuando ésto fuere posible.

3) SU LEGITIMA OBTENCION

Además de acreditar la autenticidad de la prueba fonográfica y magnetofónica, es requisito indispensable -para su eficacia- el justificar su legítima obtención; es decir, acreditar en virtud de -- que derecho se obtuvo la grabación, la forma como se realizó y los motivos por los cuales dicha prueba se encuentra en manos de la parte que la presenta. Justificar estos extremos, es sumamente importante en esta clase de prueba, por la circunstancia de que una grabación comprometedora, puede haberse obtenido mediante maquinaciones dolosas y aún hasta delictivas, tal sería el caso de una grabación adulterada; así también pudo haberse obtenido mediando sorpresa o no, por medios coactivos o por engaño. Tal sería el caso -bastante curioso por cierto- que cita el tratadista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁽¹⁾ y en el cual la confesión grabada se obtuvo por engaño, y es el siguiente: Un marido que dudaba de la fidelidad de su mujer, invtó

(1) Obra Citada Pg. 329

a dar un paseo en automóvil al que suponía, con sobrada razón, que era el amante, y sin rodeos, en plan de "hombre a hombre", le expuso sus sospechas. Ingenuo o vanidoso, el amante reconoció haber tenido relaciones íntimas con aquella en un par de ocasiones, sin sospechar, por su parte, que el ofendido iba provisto de un pequeño y oculto aparato, con el que fonograbó el diálogo a fin de presentarlo como prueba de adulterio ante los tribunales.

Ante la necesidad de justificar la legítima obtención de la prueba fonográfica y magnetofónica, se puede afirmar que el único medio idóneo para ello es el de la prueba testimonial, excepto cuando sea producida por autoridad competente.-

4) SU APLICACION PROCESAL

El desarrollo de este numeral se contrae a dos cuestiones fundamentales que presenta la prueba fonográfica y magnetofónica, dentro del proceso civil salvadoreño. En primer lugar, dilucidar el problema de su admisibilidad como medio de prueba; y en segundo lugar, determinar su eficacia probatoria.

Respecto a su admisibilidad, algunos tribunales extranjeros le han rechazado, amparándose en que no es un medio probatorio especialmente regulado por el legislador, y también por consideraciones de es

tricta interpretación literal, respecto al restringido criterio de la ley en cuanto a la prueba documental. Como ejemplo, el siguiente caso:⁽¹⁾ *En París, por el año de 1937 o 1938, un marido, más hábil mecánico que afortunado cónyuge, ocultó en una alacena un aparato de registro fonográfico conectado con el lecho matrimonial y que comenzaba a funcionar tan pronto como en éste se efectuaba la..... natural presión. Merced a dicho expediente, logró recoger las conversaciones amorosas de su mujer con el amante y las presentó como demostración de adulterio en juicio de divorcio, ante el tribunal. Pero el juzgador no le admitió tal prueba, por no hallarse expresamente prevista por la codificación napoleónica.*

Analícemos ahora, el mismo caso, conforme nuestro procedimiento civil, que al igual que el código napoleónico de aquella fecha, desconoce la prueba científica que comentamos.

Ante todo, dejamos establecido que la prueba fonográfica y magnetofónica se materializa o se objetiviza mediante el disco o cinta grabada, es decir, que el objeto presentado al tribunal, es aquel en el cual se encuentra la grabación; pero la cinta, disco, o alambre, por si solos no son suficientes, -- pues se necesita del respectivo aparato reproductor --

(1) Nicetto Alcalá, Obra citada Pg. 327

de sonido, para que la grabación pueda apreciarse auditivamente. Pues bien, instaurado el juicio de divorcio por la causal de adulterio de la mujer (Art.145C No.2a), el actor, en el correspondiente término probatorio, - presenta al Tribunal con el escrito de ley la cinta - grabada, y pide que con señalamiento de día y hora, - en audiencia pública y previa cita de partes, se desarrolle y agregue dicha cinta, consignándose en el acta respectiva, el contenido de la grabación, obligán-dose a proporcionar el respectivo aparato reproductor de sonido. Ante petición de tal naturaleza, y no ha-biendo impedimento legal que la prohíba, el juez re-suelve de conformidad a lo solicitado. De esta manera y mediante el acta respectiva, queda agregada al proceso la cinta comprometedora y el contenido de la misma. Hasta aquí, la prueba magnetofónica no surte nin-gún efecto probatorio, no **prueba** absolutamente nada, pues al juez lo único que le consta es que existe en el proceso una cinta grabada y el contenido de la misma, y nada más. No se ha demostrado que las conversa-ciones grabadas, efectivamente provienen de las personas a quienes se atribuyen; pueden provenir de ellas, como de otras personas; ni aún puede el juez proceder de oficio ni a petición de parte a un cotejo vocal; - de manera que en la sentencia definitiva, el juez tiene que desechar esa prueba, pero no por ser un medio

probatorio no previsto especialmente por la ley, sino por la razón de que dicha prueba, no posee el más mínimo poder de convicción racional.

Pero veamos ahora -siempre en el mismo caso- Qué sucedería, si además, se acreditara la autenticidad de la prueba y se justificara su legítima obtención? Ya vimos que para acreditar estos dos extremos, el medio adecuado es la prueba testimonial, -de manera que en el caso planteado, no habrían testigos que presentar, ya que la grabación la realizó únicamente el propio actor, y éste no puede ser a su vez, parte demandante y testigo. Pero en el supuesto caso de que hubieren testigos para probar los extremos mencionados, la prueba magnetofónica se degeneraría en otra clase de prueba, pues el juez valorizaría la prueba testimonial como prueba autónoma y no como coadyuvante de la prueba magnetofónica, con valor a lo sumo, de una confesión extrajudicial en su caso.

Igual cosa sucedería -degeneración de -prueba si la parte a quien se opone admite expresamente el contenido de la grabación, pues la cinta grabada únicamente funcionaría como medio para provocar la confesión; aún cuando en el caso que estudiamos esta confesión no haga fe (Art. 577 Pr.)⁽¹⁾, pero sí sería ope-

(1) "En los juicios de divorcio absoluto, no se dará fe a la confesión de las partes sobre la verdad de las causas alegadas".

rante en cualquier otra clase de juicio.

Como queda demostrado, la prueba fonográfica y magnetofónica, de acuerdo con nuestro derecho procesal civil, no posee un valor probatorio autónomo, pues siempre tiene que degenerar en la prueba testimonial o en la prueba por confesión. No posee ni el valor de una simple presunción judicial.

Lo que sucede es que antes sólo se conoció la reproducción escrita y de allí que toda la regulación de la prueba instrumental, se refiera al documento tradicional, legible y no al audible o palpable como lo serían las cintas magnetofónicas o grabaciones de ciegos.

C A P I T U L O VIIIPRUEBAS CIENTÍFICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

1) Naturaleza jurídica de estas pruebas. 2) Casos en que procede 3) Formas de investigación 4) Permisibilidad de estas pruebas 5) Valoración legal.

1) NATURALEZA JURIDICA DE ESTAS PRUEBAS

La cuestión de la investigación de la paternidad, no es nueva, desde tiempos remotos este tema ha preocupado a juristas, legisladores y científicos. El Estado, a través de sus instituciones jurídicas ha pretendido siempre la mayor protección a la familia -base fundamental de la sociedad- y en especial, ha legislado en su afán protector, respecto a la condición jurídica de los llamados "hijos sin padre", brindándoles las diferentes maneras para que puedan establecer su filiación paternal; y como consecuencia de ello, gozar de los derechos civiles que les corresponden y cumplir con las obligaciones que los mismos les imponen.

La investigación de la paternidad ha sido renovada por las investigaciones biológicas contemporáneas y se presenta como un problema de imputabilidad, es decir, como una relación de causa a efecto. -

El resultado puede recaer sobre la causa -el presunto padre; sobre el efecto- el hijo-; o sobre el lazo, es decir, la filiación.

Las pruebas científicas en la investigación de la paternidad son reconocidas en la ciencia -del derecho procesal, como de naturaleza jurídica estrictamente pericial; y esto es así, por que nadie -- más que los peritos, con verdaderos conocimientos técnicos en la materia, pueden pronunciarse sobre los resultados obtenidos en procedimientos de índole altamente científicos. No puede ser de otro modo. Invocada una prueba científica para establecer la paternidad o la negación de la misma, el juez necesariamente, de oficio o a petición de parte, tiene que recurrir - al peritaje.

2) CASOS EN QUE PROCEDE

Los problemas jurídicos de la investigación de la paternidad, se presentan en nuestra legislación a propósito de los casos siguientes: a) respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio y b) respecto a la negación de la paternidad.

a) La acción para el reconocimiento forzoso de hijo natural, corresponde solo al hijo por sí o por medio de su representante legal contra el supuesto padre, contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente, únicamente en los casos siguien-

tes: 1o.) Cuando el hijo se halle en posesión notoria de su estado civil como tal, debiendo probarse los hechos siguientes: que el padre lo ha tratado como hijo suyo, proveyendo a su crianza educación, y establecimiento; que lo ha presentado en ese carácter a sus herederos presuntos, a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio han reconocido dicho estado. La posesión notoria deberá haber durado diez años continuos por lo menos, salvo que el padre hubiere fallecido antes de vencerse ese término.

2o.) En el estupro, violación o raptó cuando la época en que estos hechos se consumaron coincide con la concepción, según el Art. 74C.

3o.) Si ha habido seducción de una mujer de buena fama, llevada a cabo con maniobras dolosas, abuso de autoridad o promesa de matrimonio, en la época correspondiente a la concepción. Pero en este último caso es necesario que exista un principio de prueba por escrito.

4o.) En el caso en que existan cartas y documentos privados de otra naturaleza provenientes del supuesto padre en los que haya confesado de manera inequívoca la paternidad que se pretenda establecer.

5o.) En el caso en que el pretendido padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante la época en que, según el Art. 74, pudo verificarse la concepción, si la madre ha observado durante el tiempo del

concubinato una conducta honesta. Art.283C.

b) La acción para el reconocimiento forzoso de hijo natural, es desestimada si el supuesto padre niega la paternidad y prueba:

1o.- Absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer durante todo el tiempo en que según el Art.-74C, pudiera presumirse la concepción. Art.194C último inciso y Art.217C inc.2o.

2o.- Conducta deshonesta de la madre en el caso del numeral 5o.del Art.283C.

También la paternidad puede impugnarse cuando el hijo legitimado no ha podido tener por padre al legitimamente, según el Art.74C (Art.228C regla la.) disposición que se hace extensiva a la impugnación de un reconocimiento voluntario de hijo natural, conforme el Art.-286C. regla la.-

La acción judicial para el reconocimiento de la paternidad es desechada, si el pretenido padre estaba en la imposibilidad física de tener acceso a la mujer durante el período legal de la concepción, es decir, entre el 300^o; día y el 180^odía antes del nacimiento.- Art.74C.-

Esta imposibilidad física, puede deberse a la impotencia orgánica del presunto padre, o la ausencia del mismo del hogar familiar.

La impotencia orgánica se presenta bajo dos formas: ⁽¹⁾a) ineptitud en el coito (*impotentia co cundi*); y b) ineptitud para la procreación (*impotentia generandi*).

a) La ineptitud en el coito (*impotentia co cundi*) consiste en la absoluta falta de erección; y procede de causas bastante conocidas como la impotencia fisiológica de los jóvenes y de los ancianos; impotencia psíquica, emotiva o neurasténica; impotencia de origen orgánico, transitoria o duradera en el curso de enfermedades infecciosas febriles, de enfermedades crónicas (exceptuando la tuberculosis) en estado caquético, en la diabetes, en la morfinomanía, en las afecciones medulares o cerebrales (salvo el principio de la Tabes); impotencia consecutiva a las lesiones del centro espinogenital, del nervio pudendo y del simpático, después de una fractura de la pelvis.

La ineptitud en el coito por obstáculo en la intromisión del pene en erección, procede de causas locales, ausencia congénita o mutilación del pene; infantilismo o elefantiasis del miembro; y por tumores voluminosos de las bolsas.

b) La ineptitud en la procreación (*impotentia generandi*), se basa en el hecho de que el esperma

(1) Simonín Obra Citada

no es fecundante debido a la ausencia de espermatozoides (azoospermia) o a su mala calidad (espermatozoides anormales, muertos o inmóviles); o bien el espermatozoides no puede ser eyaculado (aspermatismo).

La azoospermia se encuentra a menudo en los adolescentes y en los viejos.

Un hombre cuyo eyaculado contiene menos de veinte millones de espermatozoides, se considera prácticamente estéril. En el anciano, ninguna fecha puede ser señalada para la desaparición definitiva de los espermatozoides. El microscopio permite probar fácilmente la azoospermia.

En resumen, la impotencia es más a menudo dudosa que cierta, oculta que manifiesta, relativa que absoluta; puede ser precedente o consecutiva. En consecuencia, la investigación para establecer la impotencia del presunto padre, es de las más delicadas; y no proporciona habitualmente resultados concluyentes.-

Pero no solamente la impotencia del presunto padre es objeto de prueba judicial, pues lo es también la esterilidad fisiológica de la madre, ya que una seria presunción de imposibilidad fisiológica de procreación, puede proceder del hecho de que el único acercamiento sexual puesto en litigio, ha tenido lugar durante el período de esterilidad fisiológica de

la madre. Es posible, en efecto en tal caso, fijar muy exactamente la fecha de la cohabitación incriminada - en relación al principio de la última regla presentada antes del embarazo; es posible conocer igualmente el ciclo menstrual de la mujer. En estas condiciones se puede llegar a la conclusión de que probablemente el acercamiento sexual no ha sido fecundante, si se ha producido antes o después del período de fertilidad fisiológica.

3) FORMAS DE INVESTIGACION⁽¹⁾

Aparte de las pruebas científicas relacionadas en el numeral anterior (impotencia masculina y esterilidad fisiológica de la madre), en la investigación de la paternidad, existen otras formas de prueba derivadas de un factor esencial: los caracteres hereditarios del niño, como una aplicación de las leyes de la herencia descubiertas en 1885, por el monge Gregorio Mendel.

La transmisión de los caracteres hereditarios de padre a hijo, está asegurada por unas elementales partículas llamadas GENES, que pasan de padre a hijo.- Por intermedio de las células sexuales. Estos caracteres hereditarios son: morfológicos, fisiológicos, psíquicos, patológicos y sanguíneos.

(1) Simónin Obra Citada.

a) PRUEBA MORFOLOGICA O ANTROPOMORFICA

Engloba los elementos del retrato hablado de Bertillón, o sea, la conformación genética de la frente, de la nariz, orejas, ojos, boca, mentón, dientes, etc., etc.; así como las medidas antropométricas de las diversas partes del cuerpo (talla, diámetros, etc.) Un examen somático, sistemático, permite descubrir -- en el padre y en el hijo, rasgos comunes y detalles morfológicos superponibles.

Este método de investigación que explica las semejanzas atávicas es reclamada por los tribunales alemanes, como prueba positiva de la filiación paternal.

Pero esta prueba no es segura y absolutamente convincente, pues solamente proporciona elementos de probabilidad.

b) PRUEBA FISIOLÓGICA O PSÍQUICA

Se manifiesta por un conjunto de caracteres hereditarios bien determinados; por ejemplo, la tendencia de producir embarazos gemelares, el tono de la voz, las aptitudes profesionales, los dones musicales (BACH), artísticas (Tiziano, Holbein), las facultades intelectuales y morales, el carácter, las tendencias, los gustos, las pasiones, la duración de la vida, la clase de muerte, etc.

c) PRUEBA PATOLOGICA

Consiste en determinar la paternidad por el análisis de las enfermedades hereditarias transmitidas de padre a hijo.

d) PRUEBA HEMATOLOGICA O SANGUINEA

Consiste en la investigación de la paternidad por medio de la prueba de sangre, o sea, el análisis comparativo de los grupos sanguíneos del pretendido hijo y del supuesto padre.

De las formas de investigación mencionadas en este numeral actualmente y para investigar la paternidad, solamente se utiliza la prueba hematológica o sanguínea; dado que la transmisión de los caracteres morfológicos, fisiológicos, psíquicos y patológicos, se hacen de manera demasiado compleja para ser tomados en consideración; por otra parte, su presencia simultánea en el niño y en el padre, solamente constituyen indicios y no establecen más que una posibilidad de paternidad.

"Is est pater quem sanguis demonstrat"

(Se es padre cuando la sangre lo demuestra)

4) PERMISIBILIDAD DE ESTAS PRUEBAS

Tradicionalmente, la prueba de la paternidad o la negación de ella, en los diferentes ordenamientos jurídicos, se ha verificado principalmente a través de la prueba testimonial y de la prueba docu-

mental; lo cual se justificaba en épocas en que las investigaciones biológicas, químicas y físicas, no podían aportar el derecho, procedimientos de orden técnicos con resultados más o menos concluyentes, relativos al tema de este capítulo. Pero, en el mundo tecnificado de nuestros días, el derecho no puede desconocer los avances científicos de sus ciencias auxiliares y debe acogerlos en su seno en la medida en que le sean ofrecidos. Tal ocurre con las pruebas científicas que investigan la paternidad, permitidas en unos países, prohibidas en otros y silenciadas en algunos. Veamos a continuación, la repercusión jurídica que éstos métodos modernos han tenido en algunos países, incluyendo al nuestro.

En Francia,⁽¹⁾ al principio de la edad media, el hijo bastardo (ilegítimo) se consideraba fuera de la sociedad, y estaba a cargo de las parroquias; éstas para liberarse de tal cargo e invocando el principio de que "el que hace al niño tiene que alimentarlo", buscaban al presunto padre para que cumpliera con el principio mencionado. En materia de prueba el antiguo derecho Francés, admitía las pruebas conjeturales, testimoniales y hasta naturales. En la práctica el juez tenía muy extensos poderes.

(1) Simonín Obra citada.

La revolución Francesa, elevó al hijo i legítimo al mismo rango social del legítimo, y le con firió los mismos derechos, con la condición de que su filiación, tuviera el carácter de certeza.

En 1804, Napoleón hizo prohibir la inves tigación de la paternidad en el Art.340 del código Ci vil, pero en 1912, este artículo inicuo es modificado por una ley que restaura el derecho de definir la fi liación del niño, le da el derecho de llevar el nombre de su padre, de ser mantenido por él y con vertir se en su heredero. De donde nace la necesidad de pro bar la paternidad. Durante la discusión de la pre tendida paternidad, está permitido jurídicamente aportar la prueba sanguínea de la filiación. Los tribunales - empiezan en Francia a solicitar el concurso de métodos científicos para "descubrir y afirmar en ciertos casos, por lo menos la imposibilidad de lazos sup ues tos de filiación" o bien para "buscar si el alegato - de un pre tendido lazo de filiación entre X y el niño Y, no es desmentido por una certeza biológica.

En Alemania,⁽¹⁾ la ley facilita la inves tigación de la paternidad, volviéndola obligatoria y el juez tiene amplios poderes de apreciación.

(1) Simonín Obra Citada.

El padre puede excepcionarse probando - que la paternidad es imposible, sea por que no ha cohabitado con la madre durante el período legal de la -- concepción; sea por que es impotente; sea por que existe incompatibilidad sanguínea de la filiación; puede invocar también la "Exceptio plurium concubitum" demostrando que la madre ha tenido varios amantes durante el período legal de la concepción.

En la ley Alemana, la prueba de sangre ha sido declarada obligatoria, para controlar el testimonio de la madre que designa a determinada persona, como padre de su hijo ilegítimo.

En Rusia,⁽¹⁾ la mujer puede, tres meses antes de ser su alumbramiento, declarar **quién** es el padre del niño; éste tiene dos meses para **denegar** su paternidad, mediante cualquier clase de prueba, incluyendo las científicas.

Si varios hombres han cohabitado con la madre durante el período de la concepción, son solidariamente y pecunariamente responsables. Es la contrapartida, el freno necesario al amor libre legal, que en Rusia ata y desata los matrimonios con una facilidad desconocida hasta ahora.

(1) Simonín Obra citada

Bélgica y Suiza, han adoptado una legislación en la cual los efectos del reconocimiento de la paternidad, son proporcionales al valor de la prueba, Son permitidas las pruebas científicas.

En España, ⁽¹⁾ la investigación de la paternidad, reconocida bajo el imperio del antiguo derecho Castellano, interpretando la Ley de Toro, está -- prohibida en el Código Civil actual, por regla general, salvo los casos en que como excepción impone al padre la obligación de reconocer al hijo. En el Código civil Español, es más amplia la facultad de investigar la maternidad.

En México, ⁽²⁾ aún cuando en el código civil se encuentra autorizada la investigación de la paternidad, no existe ley especial que permita las pruebas científicas; pero los tribunales las han admitido como prueba pericial en lo que procesalmente ellos conocen como "providencias para mejor proveer". El Derecho Civil Salvadoreño, sustantivo y adjetivo, ha silenciado ante la admisibilidad de las pruebas científicas en la investigación de la paternidad; no existe artículo ni ley especial que expresamente autoricen la admisibilidad de dichas pruebas; pero por la naturaleza

(1) Simonín Obra citada

(2) Clínica Procesal Pg. 331

jurídica de éstas, perfectamente pueden admitirse como prueba pericial, ya que ésta, según el Art. 343Pr. es admitida en puntos de hechos facultativos o profesionales, y ésto, precisamente, es lo que constituye el objeto de las pruebas científicas que investigan la paternidad. Por otra parte y a tenor del Art. 364Pr. el juez puede de oficio acordar la prueba pericial - en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad; y por último, por ser medios de prueba no prohibidos expresamente por la ley. Art. 1238Pr. Inc. 3o.

5) VALORACION LEGAL

Como ya se dijo, la investigación biológica de la paternidad, se presenta como un problema de imputabilidad; y en el estado actual de los conocimientos científicos, ninguna investigación permite probar una paternidad dada; solamente es posible declarar que un niño "puede" tener tal padre presunto, o bien, demostrar que el presunto padre no es ciertamente el padre del niño. Por ejemplo, la filiación aparece biológicamente imposible en las dos circunstancias siguientes:

a) En caso de impotencia reconocida del presunto padre, durante el período legal de la concepción;

b) cuando los caracteres hereditarios del presunto padre no concuerdan con los del niño, teniendo en cuenta los caracteres hereditarios maternos.

En España, la prueba de grupos sanguíneos o cualquier otra de tipo científico, no obliga a los tribunales, pues éstos pueden apreciarla libremente; si bien en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, se advierte una marcada tendencia a conceder cada día, una mayor importancia a la prueba hematológica o de grupos sanguíneos y demás pruebas científicas complementarias.

En México,⁽¹⁾ las pruebas científicas que nos ocupan, quedan sometidas en cuanto a su valoración, a la prudente apreciación del juzgador, por que en México, la prueba pericial no obliga al juez.

En nuestro derecho, la valoración legal de las pruebas científicas que investigan la paternidad es la que nuestro Código de Procedimientos Civiles le otorga a la prueba pericial. Art. 363Pr.⁽²⁾ con las limitaciones propias de la paternidad legítima, en que solo admite la imposibilidad física de la cohabitación (impotencia o ausencia).

(1) *Clínica Procesal* Pg. 332

(2) "El dictamen uniforme de dos peritos o el de uno solo en los casos previstos por la ley, forma plena prueba en la parte facultativa o profesional."

C A P I T U L O IXOTROS MEDIOS CIENTIFICOS DE LA PRUEBA⁽¹⁾

Los medios científicos de prueba, no están limitados numéricamente, pues además de las pruebas relacionadas en los anteriores capítulos, existen otras que son de capital importancia dentro del moderno proceso civil, como por ejemplo:

1) PRUEBA POLIGRAFICA

Es el registro gráfico, durante el interrogatorio de un sujeto, de las variaciones fisiológicas del pulso, respiración, presión sanguínea, actividad de las glándulas sudoríparas que modifican -- por el sudor la resistencia eléctrica de la piel, permite saber si sus declaraciones son contrarias a la verdad. Bajo la influencia de las reacciones emocionales que provoca la mentira, los trazados registrados resultan perturbados en relación con la norma previamente establecida para cada sujeto.

(1) En este capítulo, me limito a indicar nominal y descriptivamente otras pruebas científicas, tomadas del autor C. Simonín, en su obra citada; prescindiendo de cualquier comentario o apreciación personal, debido a que las dos primeras que se describen, además de proporcionar resultados inseguros, han sido rechazadas unánimemente como medios de investigación judicial; y las restantes, son pruebas de naturaleza estrictamente pericial que no presentan mayores dificultades en su aplicación.-

En los EE.UU. el control de la sinceridad por el polígrafo, es admitido por algunos tribunales de justicia bajo ciertas condiciones:

- a) Consentimiento del sujeto sometido a la prueba.
- b) Acuerdo entre las partes y el tribunal.
- c) Técnico competente, experimentado y probado.
- d) Carácter relativo de los resultados que no deciden la sentencia.

2) NARCOANALISIS JUDICIAL

La inyección intravenosa lenta, a dosis subnarcóticas de derivados barbitúricos solubles-pentotal sódico (nesdonal), amital sódico- *sitúa* al sujeto en un estado crepuscular, intermedio entre la *vi*gilia y el sueño, una especie de segundo grado.

En este segundo estado, espontáneamente la persona habla y responde con sinceridad a las preguntas que le son formuladas.

Este es el sistema de los sueros de la verdad. Puede utilizarse el narcoanálisis como medio de investigación judicial? En qué medida este método, puede legítimamente servir para descubrir una *simulación*, provocar una confesión, una declaración, o *reve*lación de un secreto que interese a la justicia?

Estas preguntas han despertado en Francia considerable interés, importantes instituciones se han ocupado de ello. Así: a) El Consejo del Colegio -

de Abogados en el tribunal de París, ha denunciado en 1948, el narcoanálisis judicial como "una intervención corporal que constituiría, en tal circunstancia, un - intolerable ataque al principio de la inviolabilidad de la persona humana" y declara "contrario al derecho y a las garantías elementales de la defensa, el empleo del narcoanálisis y de una manera general, la utilización de todas las sustancias farmacodinámicas para una finalidad de información judicial, ya que se - priva a la persona de sus facultades de libre determinación". b) Consultada por los poderes públicos sobre el valor y legitimidad del narcoanálisis, la Academia Nacional de Medicina, ha adoptado el 22 de marzo de - 1949 una declaración formulada así: "El narcoanálisis o narcopsicoanálisis por productos farmacológicos, no debe ser empleado en materia judicial, porque constituye un ataque a la integridad psíquica, privando a la persona de su libre voluntad y por ser contraria a los legales derechos de defensa". c) La Sociedad de Medicina Legal de Francia, el 9 de Julio de 1945, recomienda no hacer uso de este método, sino por fracaso o imposibilidad de los medios corrientes de investigación.

Juristas y médicos, unánimemente rechazan el narcoanálisis como método de investigación judicial,

ya que la práctica demuestra el valor relativo y limitado de este método. En España, si bien no existe ninguna disposición legal que prohíba expresamente el narcodlisis judicial, éste no es admitido en la práctica de los tribunales como medio de prueba.

3) PRUEBA GRAFOLOGICA

Es un método de identificación escrituraria, y se utiliza: a) Para identificar al que escribe, cuando éste deforma o modifica su escritura para hacerla irreconocible. El ejemplo típico es el de un autor de una carta anónima.

b) Cuando un individuo imita un grafismo dado.

La escritura es el registro gráfico de los gestos automáticos ordenados por el sistema nervioso central y condicionados por constantes anatómicas, fisiológicas y psicológicas que imponen al grafismo caracteres personales y permanentes.

Las formas de este método se reducen a dos:

a) La Grafología: utiliza los datos proporcionados por el estudio de los caracteres generales de la escritura por la comparación de formas literales y por la búsqueda de particularidades individuales, características del grafismo.

b) La Grafometría: es cuantitativa, consiste en medir en los textos, agrandados por la fotografía, series -

de tamaño del mismo orden y representarlos por curvas: relaciones y variaciones de alturas, de las minúsculas; altura de lo que sobresale; gladiolaje; separación de los rasgos; relaciones de los valores angulares; para lelismo gramático, frecuencia y posición de los puntos, etc. La concordancia o el paralelismo de las gráficas, marca la identidad de origen de los textos auténticos; su discordancia indica que los textos proceden de personas distintas.

4) PRUEBA CINEMATOGRAFICA

Si rige por los mismos principios de la prueba fotográfica.

5) PRUEBA SEXOLOGICA

Para determinar el verdadero sexo de una persona, en un juicio de rectificación de estado civil, cuando el sexo es incierto o equívoco. Así también en cuestiones de validez de matrimonio, o nulidad y divorcio -- por la misma causa.

6) PRUEBAS:

CLINICA. RADIOGRAFICA. BIOLOGICA. BIOQUIMICA. HISTOLOGICA. HIDROSTATICA Y MACROSCOPICA

Muy útiles en materia civil, para:

- a) Demostrar la vida extrauterina de un niño recién nacido.-
- b) Demostrar la viabilidad y edad del feto.

- c) *Demostrar la fecha de la muerte de una persona.*
- d) *Diagnosticar el embarazo de una mujer.*
- e) *Determinación de partos (reciente, prematuro, antiguo, precoz y tardío.)*
- f) *Diagnósticos Psíquidtricos.*

7) PRUEBA PERIODISTICA

Aún cuando no es una verdadera prueba científica, se le considera como tal; y opera como una presunción judicial, así la considera la jurisprudencia mexicana.

NOTA FINAL

Como nota final de estos apuntes, transcribo a continuación, los artículos pertinentes de nuestro Proyecto de Código Procesal Civil que reglan la prueba científica; y la forma con que las ha adoptado el nuevo Código de Procedimiento Civil Guatemalteco, en las palabras del comentarista Aguirre Godoy.- Esto, con la intención de evidenciar la manera como los modernos métodos de investigación científica, en materia de prueba, son incorporados al proceso civil.

PROYECTO

Prueba científica
y documental.

Art.528.- El juez admitirá la prueba innominada que proponga cualquiera de las partes, conforme al inciso segundo del Art.370.⁽¹⁾

También admitirá toda clase de documentos, tales como planos, copias dactiloscópicas, versiones - taquigráficas, talones, contraseñas, emblemas, uniformes, distintivos, -

(1) "Las partes podrán proponer además, cualquier otro medio que sea moral y racionalmente apto para demostrar la verdad de los hechos y producir la convicción del juez".-

periódicos, fotografías, películas cinematográficas, fonografías, - inscripciones en edificios o monumentos y en fin todo medio que contribuya a formar la convicción de: juzgador y que sean legal y moralmente procedentes.

La apreciación de cualquiera de esas pruebas se hará según su naturaleza y semejanza con los demás medios probatorios y las reglas de la sana crítica.

Ejecución de
dichas pruebas.

Art. 529.- El juez ejecutará las pruebas indicadas en artículo anterior, aplicando las formas en que convinieren las partes y en su defecto aplicará por analogía la forma de ejecución de otros medios de prueba semejantes, decidiendo de acuerdo con su experiencia profesional. En todo caso, la parte que proponga la prueba - suministrará el personal e instrumentos que fueren necesarios para su producción, sin perjuicio de - que en la sentencia definitiva se

resuelva lo pertinente sobre las costas.

PROCEDIMIENTO CIVIL GUATEMALTECO

Dice Aguirre Godoy⁽¹⁾: "Véase la amplitud del artículo 191 del nuevo Código: "De oficio o a petición de parte, pueden disponerse calcos, relieves, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares. Es permitido, así mismo, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el juez lo considerare necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o cinematográfica. En caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopías, análisis hematológicos, bacteriológicos u otros y, en general, cualesquiera experimentos o pruebas científicas".

En los casos en que se registren hechos valiéndose de medios científicos, éstos deben aportarse al proceso en forma que no pueda dudarse de su autenticidad. Por eso dice la primera parte del artículo 192 del nuevo Código que, certificada su autenticidad por el secretario del Tribunal o por un notario, pueden las partes aportar fotografías y sus copias, cintas cinematográficas y cualesquiera otras producciones fotográficas y similares; re

(1) La prueba en el Proceso Civil Guatemalteco Pg. 157

gistros dactiloscópicos y fonográficos; versiones taquígráficas, siempre que se acompañe la traducción de ellas y se exprese el sistema empleado; y cualesquiera otros - medios científicamente reconocidos.

La norma para las comunicaciones telegráficas, radiográficas y telefónicas, consiste en que harán prueba, cuando se hayan observado las disposiciones de las leyes y reglamentos respectivos. (Art. 192 párrafo segundo).

La última norma del Código, en relación a esta materia, se refiere a dos aspectos: el de la apreciación de los medios científicos y el de los gastos que ocasione su producción. En cuanto al primer aspecto, se comprende que no siempre estará el juez en capacidad de apreciarlos adecuadamente, sin el concurso de expertos. Por ello, el primer párrafo del artículo 193, faculta al juez para que acuda al dictamen de peritos, si lo considerare necesario. De todas maneras, debe recordarse que no estamos en presencia de una prueba con valor tasado y que, en consecuencia, el juez puede apreciar los diferentes medios científicos de prueba, aportados al proceso, conforme a las reglas de la sana crítica.

Finalmente, en materia de gastos, dispone el párrafo segundo del artículo 193 del nuevo Código, que los que se produzcan con motivo de la rendición de medios

científicos de prueba, serán a cargo de quien los proponga. Se entiende, desde luego, que cuando el juez pida el dictamen de expertos para la mejor apreciación de los medios científicos llevados al proceso, en lo que toca al pago de los gastos, debe aplicarse lo dispuesto respecto a la prueba de expertos".-

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

TRATADO DE LAS PRUEBAS CIVILES

Por: Rafaél de Pina

LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL GUATEMALTECO

Por: Mario Aguirre Godoy

CLINICA PROCESAL

Por: Niceto Alcalá-Zamora y
Castillo.

MEDICINA LEGAL JUDICIAL

Por C. Simonín

MEDICINA LEGAL

Por: V. Balthazard

DICCIONARIO DE DERECHO USUAL

Por: Guillermo Cabanellas

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Por: Eduardo Pallarés

TEORIA GENERAL DEL PROCESO CIVIL

Por: Hugo Rocco

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

Por: Eduardo J. Couture

INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL

Por: Rafaél de Pina y
José Castillo Larrañaga

CRIMINALISTICA

Por: Luis Sandoval Smart.