

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2010
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**TRABAJO DE GRADUACIÓN DENOMINADO:
“INNOVACIONES DERIVADAS DE LA ORALIDAD EN LA PRODUCCIÓN DE LA
PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**ESMERALDA BEATRIZ ESCOBAR DE GUCH
MARVIN ADALBERTO GUCH MAJANO**

**DIRECTOR DE SEMINARIO:
LIC. NAPOLEÓN ARMANDO DOMÍNGUEZ RUANO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE DE 2010

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

MSC. RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO

MSC. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

MSC. ÓSCAR NOÉ NAVARRETE

FISCAL GENERAL

DR. RENÉ MADECADEL PERLA JIMÉNEZ

SECRETARIO GENERAL

LIC. DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. JOSÉ HUMBERTO MORALES

VICE-DECANO

MSC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DR. JULIO OLIVO GRANADINO

COORDINADOR DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

ING. DANNY WILLIAM GUTIERREZ RECINOS

DIRECTOR DE SEMINARIO:

LIC. NAPOLEÓN ARMANDO DOMÍNGUEZ RUANO

AGRADECIMIENTOS

Dedico este logro:

A Jehová, Dios Todopoderoso, Creador de los cielos y de la Tierra; mi Señor, mi Padre, mi Salvador

Agradezco:

A **Jehová** por sus infinitas misericordias y bendiciones; por colocar en mi camino a quienes han sido fundamentales en el desarrollo y culminación de mi carrera; a su hijo **Jesucristo** por ser mi amigo, apoyo y ejemplo; al **Santo Espíritu de Dios**, por sostenerme, motivarme y llenarme de la paz que sobre pasa todo entendimiento.

A los Escobar y a los Rubio, mi familia de sangre, por estar todos siempre pendientes y orgullosos de mí. En especial a **Beatriz Rubio**, mi madre, quien me ha servido de ejemplo y guía; a **Daniel Escobar**, mi hermano, por su apoyo incondicional y su ayuda pronta hasta en la más pequeña circunstancia de mi vida; a **Susana Escobar**, mi tía por ayudarme a sentirme motivada, por su apoyo constante y por confiar en mi; a **Susana Velásquez** y **Francisco Escobar**, mis abuelos, por estar siempre alerta ante cualquier solicitud.

A mi familia política por adoptarme, amarme y apoyarme. Especialmente a **Marvin Guch**, mi esposo, hermano en Cristo, compañero y amigo; con quien he formado el mejor equipo de toda mi carrera, le agradezco por arriesgarse a vivir junto a mí la aventura de la Tesis, y de la vida... Gracias mi amor por toda tu entrega, comprensión y sacrificio, si no fuera por vos jamás habría logrado esto. A **Elena Majano** y a **Rolando Guch**, mis suegros, por su ayuda y confianza.

A todos los miembros de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, por trabajar arduamente por entregar a la sociedad salvadoreña a los mejores profesionales del derecho del país. En especial al **Lic. Napoleón Domínguez Ruano**, nuestro asesor de contenido, por su integridad y profesionalismo, por tenernos paciencia y darnos de su tiempo; al **Lic. Miguel Ángel Paredes**, nuestro asesor metodológico, por su ayuda desinteresada y amable.

Muchas gracias a todos
Br. Esmeralda Beatriz Escobar de Guch

AGRADECIMIENTOS

A **Dios**: Cuyo amor de da fuerzas para seguir adelante. Romanos 5:8.

A mis **Padres**: Quienes me guiaron desde mi nacimiento, les debo todo mi amor y cariño, por haberme cuidado, protegido, educado, enseñado, proveído y a veces hasta aguantado...les dedico este logro académico...Gracias.

A mi **Esposa**: Por ser mi mano derecha, porque te amo, porque me haces feliz, porque me apoyas, aguantas, quieres, pero sobre todo porque me amás. Gracias por ser mi inspiración y mis fuerzas cuando más lo necesitaba.

A mi **Familia**: Gracias mil por su apoyo y amor. Especialmente, agradezco a mi abuelito, quien ha sido mi maestro, mi padre y mi amigo, por todo el amor y cariño que me dio, por su tiempo y sus consejos. Te amo abuelo, aunque ya no te tenga cerca.

A mis **amigos**: Gracias, que Dios les bendiga grandemente por correr esta carrera de la vida a mi lado. Ya sea estando en la Iglesia, Universidad, Bufete y Juzgado. Gracias.

A **Pocho**: Adiós querido amigo.

Br. Marvin Adalberto Guch Majano

ÍNDICE

Pag.

INTRODUCCIÓN I

1.EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD 1

1.2 DERECHO GRIEGO	5
1.3 DERECHO ROMANO	8
1.4 DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL	18
1.5 ORÍGENES DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL SALVADOR	25
1.6 LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1881	28
1.7 ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010	37

2.TEORÍA DE LA PRUEBA Y PRUEBA TESTIMONIAL 39

2.1 TEORÍA DE LA PRUEBA	39
2.1.1 Generalidades	39

2.1.1.2	Definiciones de Prueba	39	
2.1.1.3	Naturaleza Jurídica de la Prueba	41	
2.1.1.4	Objeto de la Prueba	42	
2.1.1.5	Carga de la Prueba	46	
2.1.1.6	Clasificaciones de la Prueba	51	
2.1.1.7	Sujetos de la Prueba	53	
2.1.1.8	Procedimiento Probatorio según el CPCyM	54	
2.1.1.9	Sistemás de Valoración de la Prueba	60	
2.1.2	<i>Principios que rigen la actividad probatoria</i>	65	
2.2.	ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE LA PRUEBA TESTIMONIAL	69	
2.2.1	<i>Definición de Prueba Testimonial</i>	69	
2.2.2	<i>Naturaleza Jurídica de la Prueba Testimonial</i>	70	
2.2.3	<i>Importancia de la Prueba Testimonial</i>	71	
2.2.4	<i>Objeto de la Prueba Testimonial</i>	72	
2.2.5	<i>Requisitos para que exista procesalmente un testimonio</i>	72	
2.2.6	<i>Características del Testimonio</i>	73	
2.2.7	<i>Sujetos de la Prueba Testimonial</i>	74	
2.2.7.1	Definición de testigo	74	
2.2.7.2	Clasificación de los Testigos	75	

3.TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD 77

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DEL SISTEMA ORAL 77

3.2	PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES A LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	80	
3.2.1	<i>Principio de Oralidad</i>	80	
3.2.1.1	Oralidad y Escrituralidad	80	
3.2.1.2	Definición del Principio de Oralidad	82	
3.2.1.3	Función de la Escritura en el Proceso Oral	84	
3.2.1.4	Principios Procesales derivados de la Oralidad	86	
3.2.2	<i>Principio de Inmediación</i>	87	
3.2.2.1	Definición de Inmediación	87	
3.2.2.2	Inmediación y Oralidad	88	
3.2.2.3	Inmediación en la actividad probatoria	89	
3.2.2.4	Inmediación y Mediación	90	
3.2.3.1	Definición del Principio de Concentración	91	
3.2.3.2	Concentración y Oralidad	92	
3.2.3.3	Función Práctica de la Concentración en el Proceso Oral	93	
3.2.3.4	Principio de concentración en la actividad probatoria	94	
3.2.3.5	Concentración y Dispersión	95	
3.2.4	<i>Principio de Publicidad</i>	95	
3.2.4.1	Definición del Principio de Publicidad	95	
3.2.4.2	Publicidad Interna y Externa	97	
3.2.4.3	Publicidad y Oralidad	98	
3.2.4.4	Publicidad y Secreto	99	
3.2.5	<i>Principio de Libre Valoración de La Prueba</i>	99	
3.2.5.1	Definición de Sana Crítica	99	
3.2.5.2	Características de la Sana Crítica	100	
3.2.5.3	Elementos de la Sana Crítica	102	
3.2.5.4	Sistema Mixto de Valoración	103	

4. INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DERIVADOS DE LA ORALIDAD EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL 105

4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	105
4.2 REGULACIÓN DEL INTERROGATORIO DE TESTIGOS EN EL CPCYM SALVADOREÑO.	109
4.2.1 <i>Generalidades</i>	109
4.2.1.1 Definición y Objeto	109
4.2.1.2 Capacidad de los Testigos	112
4.2.1.3 Obligaciones y Derechos de los testigos	114
4.2.2 <i>Proposición del Interrogatorio de Testigos</i>	116
4.2.2.1 Oportunidad procesal el ofrecimiento y proposición.	116
4.2.2.2 Forma de proposición del Interrogatorio de Testigos	118
4.2.2.3 Número de Testigos	120
4.2.3 <i>Admisión del Interrogatorio de Testigos</i>	120
4.2.4 <i>Práctica del Interrogatorio de Testigos</i>	122
4.2.4.1 Generalidades	122
4.2.4.1 Comparecencia e incomparecencia de los testigos	124
4.2.4.2 Interrogatorio del Testigo	126
4.2.4.3 Objeciones.	133
4.2.4.4 Impugnación de la Credibilidad del Testigo	137
4.2.4.5 Introducción de prueba material o tangible	140
4.2.4.6 Repetición del Interrogatorio Anticipado	141
4.2.4.7 Interrogatorio de Testigos fuera de la Sede del Tribunal	143
4.2.5 <i>Valoración del Interrogatorio de Testigos</i>	145
4.2 DIFERENCIAS EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL ENTRE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1881 Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010	148
4.3.1 <i>Generalidades</i>	149
4.3.1.1 Diferencias en cuanto al sujeto de la Prueba Testimonial	149
4.3.1.2 Diferencias en cuanto al objeto de la Prueba Testimonial	149
4.3.1.5 Diferencias en cuanto al número de testigos	152
4.3.2 <i>Diferencias en cuanto a la proposición de los testigos</i>	152
4.3.3 <i>Diferencias en cuanto a la admisión de testigos</i>	153
4.3.4 <i>Diferencias en cuanto a la práctica de la Prueba Testimonial</i>	154
4.3.5 <i>Diferencias en cuanto a la valoración de la Prueba Testimonial</i>	159
4.3.6 <i>Otras diferencias entre el CPCyM y el PrC.</i>	160
4.4 INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DERIVADOS DE LA ORALIDAD EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	164
4.4.1 <i>Incidencia del Principio de Oralidad en la producción de la prueba por de Testigos</i>	164
4.4.2. <i>Incidencia del Principio de Inmediación en la producción de la prueba por Interrogatorio de Testigos</i>	169
4.4.3 <i>Incidencia del Principio de Concentración en la producción de la prueba por Interrogatorio de Testigos</i>	173
4.4.4 <i>Incidencia del Principio de Publicidad en la producción de la prueba por Interrogatorio de Testigos</i>	176
4.4.5 <i>Incidencia de la Libre Valoración de la prueba en la producción de la prueba por Interrogatorio de Testigos</i>	179

5. LA PRUEBA TESTIMONIAL SEGÚN EL DERECHO COMPARADO 183

5.1 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES MODELO PARA IBEROAMÉRICA	183
5.1.1 <i>Historia</i>	183
5.1.2 <i>Texto</i>	184
5.1.3 <i>Estructura</i>	185

5.1.4 <i>Principios Generales</i>	185
5.1.5 LA PRUEBA TESTIMONIAL	187
5.2 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	191
5.2.1 <i>Europa</i>	191
5.2.1.1 Ley de Enjuiciamiento Civil Española	191
5.2.2 <i>Países Latinoamericanos</i>	198
5.2.2.1 Código General del Proceso de Uruguay	198
5.3 LEGISLACIÓN NACIONAL	215
5.3.1 <i>Código Procesal Penal</i>	215
5.3.2 <i>Ley Procesal de Familia</i>	219
5.3.3 <i>Código de Trabajo</i>	222
5.3.4 <i>Ley Penal Juvenil</i>	223

CONCLUSIONES 227

RECOMENDACIONES 230

BIBLIOGRAFÍA 232

INTRODUCCION

No fue tarea fácil seleccionar el problema de investigación del presente trabajo, ya que en ese momento coyuntural, el derecho procesal civil salvadoreño se encontraba durante la *Vacatio Legis* del Código Procesal Civil y Mercantil. En ese momento aún se encontraba en plena vigencia el Código de Procedimientos Civiles del año 1881 (y hasta la fecha; aún está vigente para los procesos, procedimientos y diligencias que iniciaron de acuerdo a su normativa). Este último cuerpo normativo regulaba la Prueba Testimonial bajo las reglas del proceso escrito y principios procesales que respondían a las necesidades de justicia de otra época. Por tal razón la jurisprudencia y la doctrina salvadoreña habían realizado sus aproximaciones al tema de la Prueba Testimonial, desde un enfoque muy diferente al del Código Procesal Civil y Mercantil; por lo que no era extraño que no existiese información documental suficiente sobre el desarrollo de este medio probatorio en un proceso civil de naturaleza oral.

Identificando entonces que el estado de conocimiento sobre la regulación de la prueba testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil era casi nulo por la comunidad jurídica salvadoreña; es que nuestro equipo de investigación decidió realizar un estudio formal sobre los diversos campos de influencia del Principio de Oralidad en la producción de la Prueba Testimonial. Al planearse entonces, la investigación esperábamos obtener como resultado un aporte teórico que traería beneficios a otros estudiantes del derecho, quienes no han contado con suficiente material bibliográfico respecto a los nuevos tópicos derivados del Código Procesal Civil y Mercantil.

Aún cuando de la redacción de las presente líneas, ya se ha vislumbrado nuestro problema de investigación, en concreto, éste se resume en la identificación de cuáles son las innovaciones del Código Procesal Civil y Mercantil en relación al Código de Procedimientos Civiles en materia de prueba testimonial, así como el estudio de la forma en que la oralidad incide en la producción de este medio probatorio.

En el presente documento consideramos que hemos resuelto esa problemática, y que desde el planeamiento de la investigación, aislamos los tópicos que consideramos necesario investigar, analizar y procesar para efectos de lograr los mejores resultados.

Por esa razón el capítulo primero representa un estudio longitudinal sobre la evolución histórica de la prueba testimonial en el marco del principio de oralidad en los diversos sistemas procesales de la Historia. Analizando la incidencia de la presencia o no de este principio procesal, en cada uno de los procesos históricos. Iniciando desde los pocos datos que se poseen sobre el tratamiento de la Prueba Testimonial, en la época antigua; pasando por su concepción en los procesos griegos y romanos antiguos; para pasar luego los diversos tratamientos que recibió en el derecho procesal español hasta la época de la colonización de América; y en último lugar el breve recorrido histórico del derecho procesal civil en las legislaciones de El Salvador como estado independiente.

En el segundo capítulo, se realiza una aproximación a diversos aspectos teóricos de la figura de la prueba procesal civil y específicamente la Prueba Testimonial, de la cual se hace un estudio más detallado. Más no solamente se abordan aspectos teóricos de la figura de la prueba, sino también se relaciona con las disposiciones referidas a este tema en el texto del Código Procesal Civil y Mercantil; identificando también, a cual de las diversas posiciones teóricas se adhiere el espíritu de la mencionada legislación, en cada aspecto que regula.

Seguidamente, el tercer capítulo también es de índole teórico y hace un análisis del

Principio de Oralidad en contraposición al de Escrituralidad; como ha sido entendido por diferentes procesalistas, y cual es su influencia en el proceso. En el mencionado análisis no se omite desarrollar también, el campo de acción de los demás principios procesales que naturalmente coexisten con el principio de oralidad (inmediación, concentración, publicidad, libre valoración de la prueba), por formar parte junto a este último del proceso por audiencias.

A continuación, en el capítulo cuarto, se encuentra el corazón del presente trabajo de investigación; ya que es allí donde se realiza el desarrollo de la regulación del Interrogatorio de Testigos en el Código Procesal Civil y Mercantil; comenzando con la mención del fundamento constitucional de este medio probatorio; prosiguiendo luego con la identificación del sujeto y objeto del Interrogatorio de Testigos, mencionado los novedosos criterios de evaluación de capacidad de los testigos así como sus obligaciones y derechos. Luego se hace un estudio del tratamiento de la prueba testimonial desde el momento de su proposición y admisión, con especial fijación en la oportunidad y la forma procesal en que deben hacerse. Se hace un desarrollo de tallada de todos los aspectos de la práctica en la Audiencia Probatoria; finalizando con su valoración judicial.

Siempre en el mismo capítulo, se realiza un análisis hermenéutico entre el Código de Procedimientos Civiles y el Código Procesal Civil y Mercantil, con especial atención a los principios que dirigen los procesos que ambos cuerpos normativos regulan, y por supuesto las diferencias en el tratamiento de la prueba testimonial.

Finalizando el cuarto capítulo con un estudio sobre la incidencia de cada uno de los principios procesales derivados de la oralidad en los aspectos más relevantes de la producción de la Prueba Testimonial o el Interrogatorio de Testigos en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreños.

En el último capítulo, o sea el número cinco, se realiza un estudio comparado de la Prueba Testimonial, con las principales legislaciones de Derecho Procesal Civil de Iberoamérica que ya adoptaron el proceso oral; así como los demás procesos orales en diferentes materias del derecho en El Salvador.

El cuerpo del trabajo, finaliza con un capítulo dedicado a las conclusiones y recomendaciones; en donde se realiza un análisis sobre lo investigado, así como el logro de los objetivos de la investigación, y las sugerencias sobre las nuevas líneas de investigación que podrían partir de la presente investigación.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD

Antes de comenzar un estudio serio sobre cualquier fenómeno ya sea jurídico o extrajurídico, es necesario realizar una revisión de sus antecedentes para poder comprenderlo de manera integral. En el caso específico de la figura de la Prueba Testimonial, es preciso revisar su evolución histórica desde los principios de la vida humana en sociedad, que es cuando inician también los conflictos, y por ende las formas primitivas del proceso, hasta su concepción actual; por lo que se presenta una breve aproximación cronológica de su evolución.

A grandes rasgos el autor DEVIS ECHANDÍA, nos presenta un resumen de la historia de las pruebas judiciales, historia dividida en cinco fases las cuales denomina por su orden cronológico: Primitiva, religiosa, legal, sentimental y científica.

La fase primitiva o étnica, corresponde a todas las sociedades en formación en donde solo podía existir un sistema procesal rudimentario aunque con características diferentes en cada lugar, cuando en cada una de estas no existía aún un sistema probatorio judicial, las pruebas se abandonaban al empirismo de las impresiones personales.

En la fase mística o religiosa, la cual surge del antiguo Derecho Germánico y de la influencia del Derecho Canónico, cuya base es el fanatismo religioso donde los juicios de Dios (duelos, pruebas de agua, etc.) predominaban como sistemas probatorios.

Durante la fase de la tarifa legal, se sometió a la prueba (incluyendo a la testimonial) a una rigurosa tarifa previa de valoración que actualmente ya no se justifica^[1].

La fase sentimental o de íntima convicción se basa en la libertad para valorar la prueba sin sujeción a ninguna regla, por jurados de conciencia incultos y sin preparación. Se aplicó en el Derecho Penal.

Por último la fase de la Sana Crítica, la cual deja la apreciación de la prueba a jueces capacitados e impera en los Códigos Procesales modernos^[2] (dentro de los cuáles figura el actual Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, ya que en su Artículo 416 Inc. 1º establece que el Juez o Tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la Sana Crítica).

1.1 Época antigua

El proceso civil ha sido un producto cultural, íntimamente determinado por las condiciones histórico-políticas que imperan en la comunidad que lo adopta. En ese sentido a través de la historia se ha buscado un sistema procesal idóneo que arroje resultados justos.^[3]

Respecto a la primera fase primitiva o étnica se ha dicho que el medio verbal fue la primera forma de comunicación natural del hombre, y por ende los problemas los solucionaba de esa forma. “En la edad antigua los procedimientos para juzgar a una persona eran dictados por un grupo de jefes que dirigían a las tribus, que tomaban decisiones de forma verbal. Casi de la misma manera se procedió en el tiempo del antiguo testamento, en donde el profeta Moisés estableció ciertas reglas de conducta en nombre de Dios, y el que las incumplía era juzgado sobre un sistema oral”^[4].

Respecto a las pruebas, MÁXIMO CASTRO, opina que la prueba testimonial ha sido en el orden en que han surgido las pruebas, la primera en aparecer después de la confesión; ya que, debido al estado rudimentario de la civilización, forzosamente los hechos a esclarecer consistían en un ataque a la persona o a sus bienes, si el autor no confesaba, tan solo podía recurrirse al testimonio de quienes lo habían presenciado^[5]. VÍCTOR DE SANTO, opina también lo mismo, ya que los demás medios de prueba necesitaban un grado de

desarrollo de los pueblos que no es necesario para la prueba de testigos y la confesión; añadiendo que la prueba testimonial es tan antigua como el más antiguo de los ordenamientos jurídicos humanos, que nació a la vida con el derecho mismo y que todas las estructuras jurídicas la legislan con la misma relevancia, siendo, junto a la prueba por confesión los principales para administrar justicia, hasta gran parte de la edad moderna; y que sobre este medio de prueba pueden hallarse normás expresas en el Código de Manú, el Antiguo Testamento, las Constituciones griegas antiguas y en todas las épocas del Derecho Romano^[6]. IHERING también opina: “El oficio de los testigos era más esencial en la época de la formación del derecho que en las fases subsiguientes...cuando la parte realizaba por sí misma su derecho, la misión del testigo tenía que ser distinta de cuando la realizaba el Juez. En este caso al testigo le basta con deponer lo que sabe y ha presenciado, pero en aquella época anterior el testigo ha de estar convencido del derecho de quien le llama a ayudar a realizarlo en forma activa. “*Testis*”, según la etimología quiere decir el que asiste. Tal es así, que en el caso de la celebración de actos solemnes, podían intervenir en calidad de testigos los parientes de las partes, dado que el valor de los mismos no residía en lo que sabían, sino en que estuvieran dispuestos a garantizar el negocio que se estaba realizando todo ello, porque en estos casos de testimonios solemnes no tenía importancia que la persona sea digna de fe. En última instancia hasta podía sostenerse que en los casos en que se celebraban actos jurídicos solemnes que requerían la presencia de testigos éstos se desempeñaban y utilizaban con una finalidad distinta a la del procedimiento, sino como garantes, fiadores públicos, de los negocios así celebrados^[7].

LOUZAN DE ZOLIMANO, opina respecto a la Prueba Testimonial: “Desde la época Antigua fue el medio de prueba más importante debido a la casi exclusiva **oralidad** de los actos y el valor atribuido a los *fides*^[8]”. De la misma manera TORRENT escribió sobre la Prueba Testimonial: “En la época arcaica, fue casi el único medio de prueba, ya que la escritura no tenía importancia...se concedía gran honorabilidad a las declaraciones de los testigos...^[9]”

De los datos anteriores se pueden realizar las siguientes conclusiones: La palabra hablada ha sido la primera forma de comunicación que inicialmente han usado todas las sociedades; por lo tanto los conflictos que surgían entre los miembros de tales sociedades únicamente podían ser resueltos de manera oral; los posibles conflictos únicamente podían causarse por un daño realizado a una persona o a sus bienes; consecuentemente únicamente la confesión del agresor o un testigo podían probar la existencia del daño. Probándose de tal manera, que en la época antigua, por no haberse ya sea inventado o difundido la palabra escrita, la Prueba Testimonial nació ligada al sistema oral de resolución de conflictos.

1.2 Derecho Griego

La democracia clásica griega, también se extendió hacia la manera en la cual se solucionaban los conflictos, creando uno de los más documentados sistemás procesales antiguos, que de acuerdo a AZULA CAMACHO, “corresponde a un grado avanzado de cultura”, ya que en el “puede observarse la democratización y **publicidad** en la administración de justicia griega”^[10]. Lo anterior se manifestó en el hecho de que eran los mismos ciudadanos del pueblo los que juzgaban todo tipo de causas; eligiendo de

entre los mismos a un número determinado para formar parte de un Tribunal colegiado, el cual algunas veces se reunía en pleno día en las plazas **públicas**.^[11] Aunque tal democratización fue restringida para los ciudadanos en quienes se hizo residir la soberanía, todo el pueblo era testigo activo del proceso, el cual se desarrollaba de manera **pública, contradictoria y oral**^[12]; por consiguiente, las **presentación de las pruebas**, los alegatos, y la sentencia debía hacerse de manera **oral**...aunque la demanda era escrita, así también su contestación.^[13] En estos procesos, no era admitida la intervención de extraños más que para asesorar los alegatos de la defensa, y puesto, que se rendía culto a la elocuencia, el ofendido exponía de viva voz su querrela y en igual forma debía defenderse el imputado.^[14]

Afines a la oralidad estaban otros principios dentro de los cuales se encontraba la **inmediación**, ya que existía contacto directo entre las partes, el Juez, los hechos, las pruebas y los alegatos, esto se concluye de lo expuesto en el “Juicio contra Sócrates” en el año 399 A.C., de Jesús García Tolsá, quien describe: “A la derecha del presidente había una plataforma para el acusado, y a la izquierda, otra para el acusador. En medio, sobre bancos cubiertos de esteras, se sentaba el jurado, compuesto por quinientos ciudadanos elegidos a la suerte”^[15]. Como se puede observar el juicio griego contenía características del proceso oral como lo son la **inmediación**, la **contradicción** y la **oralidad**, características propias del Proceso regido por las reglas de la oralidad.

El proceso griego, estaba compuesto por tres fases. La primera iniciaba con la presentación de la demanda o acusación, en el mismo acto debía entregar el demandante la caución que garantizaba las expensas del proceso; posteriormente, venía la contestación por medio de un escrito que presentaba el demandado, y en ese mismo acto se discutía el día y la hora en que debía celebrarse la vista pública que se desarrollaba de tal forma que concentraba varios momentos procesales: prueba, alegatos y sentencia^[16]. En lo que se refiere al campo civil, el Tribunal competente fue el llamado Phrintaneo, integrado hasta por quinientos miembros.

En cuanto a la forma de la prueba, en Grecia se rigió la Oralidad tanto en el proceso civil como en penal^[17]. Los principales medios de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento; teniendo el Juez una **libre valoración** de las probanzas^[18].

En cuanto al sistema de valorar la prueba es importante destacar que “existió la **crítica lógica y razonada de la prueba**, sin que al parecer rigiera una tarifa legal que determinara su valor”^[19]. Ya que, por la naturaleza del proceso y por su forma de desarrollarse, se infiere que una clase de sistema de libre valoración de la prueba fue utilizado, ya que el proceso griego, era presidido por jurados, quienes eran personas particulares o ciudadanos comunes, los cuáles resolvían con libertad y no estaban sujetos a ninguna norma^[20].

De lo anteriormente escrito, podemos realizar las siguientes conclusiones: El sistema democrático que rigió en la antigua Grecia influyó en la manera en la cual se desarrollaba el proceso; el sistema democrático del proceso civil exigía que fuera un Tribunal el que resolviera los conflictos en audiencias **públicas**; el hecho de que fuera una pluralidad de personas las encargadas de juzgar, exigía que el proceso se sustentara **oralmente**, y que necesariamente existiera contacto directo entre las partes y los miembros del tribunal, dando lugar a la **inmediación**; el hecho de que el proceso se sustentara en únicamente tres audiencias, exigía que se **concentraran** en estas el mayor número de diligencias, el hecho de que fuesen hombres comunes los que

presidieran las audiencias, no permitía que se valorara la prueba mediante una tarifa, siendo más propia la **libre valoración**. Por lo tanto, la prueba testimonial como medio probatorio, se producía de manera oral, públicamente, en la misma audiencia en donde se dictaba la sentencia, y se valoraba de manera libre de acuerdo al razonamiento de sus destinatarios, prácticamente un sistema procesal por audiencias.

1.3 Derecho Romano

El estudio del Derecho Romano es fundamental a la hora de profundizar en cualquier área del Derecho Procesal Civil, incluyendo el tema de las pruebas. Sobre este punto, LUZ MELÉNDEZ expresó lo siguiente: “En el mundo antiguo clásico, la evolución del derecho Procesal Civil,... fue sorprendente, ya que puede afirmarse que en la segunda mitad del S. XX... todavía no han sido superadas las concepciones jurídicas que en materia de régimen probatorio existieron en la antigua Roma”^[21].

De acuerdo a JORGE HERNÁNDEZ^[22], el Derecho Romano podría dividirse en cinco épocas, las cuáles se esquematizan a continuación:
[pic]

Evolutivamente, el “Proceso Romano” (No el “Derecho Romano”) se dividió en tres grandes épocas; “*Legis Actionis*” (Acciones de Ley), Período Formulario y “*Extraordinare Cognitiones*” (Proceso Extraordinario o de Cognición Oficial). De acuerdo a ROBERTO FERMÁN, “la descomposición del proceso en tres épocas indica que en Roma el proceso estuvo sujeto a continuas transformaciones, y muchas de ellas referidas a la implementación de la oralidad en los procedimientos^[23]”; afirmación que se analizará a continuación.

La primera época va desde los orígenes de Roma hasta la segunda mitad del S. II A.C., su nombre deriva del hecho que solo podían ejercitarse las acciones reconocidas en la Ley de las XII Tablas. Las cuáles eran cinco: *Sacramentum*, *Iudicis Postulatio*, *Condictio*, *Manus Iniectio* y *Pignoris Capió*^[24]. El proceso de las “**Legis Actiones**”, se dividía en dos fases; *in jure* y *apud iudicem*, la primera ante el Pretor o Magistrado que era un funcionario con el poder de imperio y la otra ante un Juez privado, ciudadano común y corriente elegido por las partes, de una lista de todos los ciudadanos. Durante la fase *in jure* el actor exponía a viva voz, sin formalismo alguno la pretensión que intenta hacer valer en el juicio, citando la acción^[25] y la norma del *ius civile* que concede su derecho. Se intimaba privadamente al demandado aún usando la fuerza.

Vistas las alegaciones del actor y el demandado, el magistrado concedía o no la acción, después de haber analizado los presupuestos procesales de forma. En el caso de concederse la acción, si el demandante no se allanaba, debía realizar la *litis contestatio*, el cual era un contrato que fijaba los términos del litigio^[26]. Tal acuerdo se realizaba solemnemente ante el Magistrado y testigos presenciales, y ambas partes se comprometían a cumplir lo que el Juez ordenase. Convirtiéndose así, ambas partes en actores. La *litis contestatio* consistía en un “trueque de fórmulas orales y movimientos solemnes ante testigos”^[27].

La fase *apud iudicem*, comenzaba cuando las partes elegían al Juez y se comprometía a comparecer frente a él, garantizando tal presencia con fiadores. Esta

fase, era también totalmente oral, se comenzaba exponiendo los términos de la litis con la ayuda de los testigos presenciales de la *litis contestatio*. Luego intervenían los oradores exponiendo el caso, posteriormente se recibían a los testigos sobre las alegaciones de hecho, dejando las alegaciones jurídicas a los jurisconsultos, sobre la base de toda esta información el Juez formaba libremente su criterio y emitía la sentencia^[28].

“Durante la vigencia del sistema de las Acciones de Ley, la declaración de quien había sido propuesto por las partes como testigo no era obligatoria. Sin embargo, quien había intervenido como testigo en un acto libral o en la redacción de un documento, no podía negarse a testimoniar los hechos que había presenciado. En tal caso, la Ley de las Doce Tablas (VIII,) le imponía la tacha de infamia y la sanción de no poder en futuro ser testigo o que se atestiguara para él”^[29]. “Encontramos a los testigos, antes y en el mismo proceso judicial, así por ejemplo, en la etapa denominada “*in ius vocatio*” por la que comenzaba el proceso regulado por las XII Tablas - empleados ya inicialmente como fuentes o medios para la acreditación de haberse dirigido por el actor la citación al demandado a objeto de que este se constituyera en el juicio, frente a cuya incomparecencia habría de traérselo por la fuerza “*si in ius vocat, ito. Ni it antestaminor; igitur em capito*” (si llama a juicio, que vaya. Si no va, testigos; después, échale mano)”^[30]. “Los testigos servían incluso para acreditar el hecho de que el actor ya había cursado la correspondiente citación de la parte demandada^[31]”.

Dado el excesivo formalismo que prevaleció en la etapa de las *Legis Actiones* y la cantidad de nuevas situaciones jurídicas no previstas, el Derecho Romano tomó el *Ius Civile* y lo vertió en breves fórmulas escritas: **Procedimiento Formulario**, que duró hasta el siglo III después de Cristo^[32]. Fue introducido por la Ley “*Aebutia*” promulgada en el año 130 A.C., la cual no suprimió la *Legis Actiones*^[33]. Este procedimiento también se dividía en las fases: *In Jure* y *Apud Iudicem*. Durante la primera fase el Pretor podía denegar ya sea la acción o la excepción, escuchando las alegaciones de las partes. Si no se daba lugar a la acción, se resolvía la controversia; en caso contrario se redactaba la fórmula que debía entregarse al Juez y se abría la fase *Apud Iudicem*. A diferencia de la *Legis Actiones*, aquí el magistrado podía crear fórmulas previstas según el caso^[34]. Aquí la *litis contestatio* se realizaba cuando el actor le entregaba la fórmula escrita al demandado quien debía tomarla^[35], supliendo, por lo tanto, mediante la escritura la intervención de testigos presenciales. En esta segunda fase, a pesar de que era el *Judex* quien apreciaba y valoraba la prueba, era el pretor quien fiscalizaba los actos procesales y respondía las consultas jurídicas del Juez. En esta etapa la prueba se recibía oralmente regulándola el Juez, quien la valoraba libremente; los medios de prueba eran casi los mismos de las *Legis Actiones*: Confesión, Documentos, Peritos, Testimonios, Inspección Judicial y Presunciones, aunque “por regla general, la prueba estaba sujeta a la discrecionalidad del Juez”^[36]. Los debates se realizan en lugares públicos, comenzando por la mañana y terminando en una sola sesión, aunque se permitió continuarlos en otras sesiones^[37].

“La prueba testimonial, fundamental en el periodo de las acciones de ley, reinaría también a todo lo largo de esta etapa caracterizada por una amplísima libertad probatoria, tanto a favor de las partes como del mismo Juez. No existía por ello, al menos en el periodo formulario, ninguna regla de exclusión en torno al número de testigos que las partes podían proponer, era el Juez quien habría de valorar la eficacia de la declaración”^[38]. El procedimiento formulario constaba de dos fases: *In jure* y *Apud iudicem*. La primera fase

tenía como objeto la redacción de la fórmula de la acción; la segunda se realizaba ante un Juez, quien apreciaba y valoraba libremente la prueba, la cual se recibía oralmente, en un debate público, el cual comenzaba por la mañana y se procuraba que terminara en una sola sesión^[39].

Las personas que fueran citadas para ser interrogadas se encontraban obligadas a cumplir con dicha carga...aunque eran rechazados los insanos, los furiosos, los mentecatos, los parientes, el impúber, el pródigo, la mujer, etc. Los testigos eran apreciados en Roma no según el número, sino según el valor de los testimonios^[40]. Para realizar esta última tarea tenían en cuenta la condición social del testigo, sus condiciones personales y morales, así es como valía más el testimonio de una persona honesta que el de diez esclavos^[41]. Respecto a la actuación de las mujeres como testigos, Ihering, sostiene que no podían ser testigos, pues aunque fueran dignas de crédito, se consideraba que les faltaba fuerza física para confirmar sus palabras en caso de necesitarlo^[42]. El mejor testimonio provenía de la persona que había visto el hecho, teniendo escaso valor el testigo de oídas por referencias. Los testigos propuestos por cada parte eran discutidos por orden de preferencia: el de cierta edad era preferido al joven, el rico al pobre, el de *visu* al de *auditus*^[43].

Ya en el período postclásico para la valoración de la prueba testimonial no solo se tenía en cuenta la exactitud del testimonio si no también las cualidades personales del testigo. Su condición social: si es decurión o plebeyo; si es persona de vida honesta o intachable, o de mala fama o indigno. Su situación económica, en el sentido de si podía fácilmente cambiar su testimonio llevado por el lucro. Como así también la relación del testigo con las partes, su condición de amistad o enemistad.

Sobre el tema es trascendente lo expresado por ADRIANO en un rescripto dirigido a VIBIO VARO en el que el emperador expresa “nadie mejor que el que juzga puede saber si los testigos son fidedignos. Nadie mejor que el Juez, que ha examinado personalmente a los testigos puede observar si se trata de un discurso preparado o si realmente responde a la realidad. De este rescripto surge la imperiosa necesidad de la pluralidad de testigos, respondiendo al principio que está vigente en el procedimiento extraordinario: “*unus testis nullus testis*” que invalida la declaración del testigo único. Ello por la comparación que debe efectuar el Juzgador sobre las distintas declaraciones testimoniales^[44].

Sobre el punto ULPIANO entiende que no es necesario que los testigos sean muchos sino que bastan dos. El mismo ADRIANO en otros escritos resalta la importancia de la Prueba Testimonial por sobre las pruebas escritas. Asimismo una ley Julia sobre la violencia dispone que no depongan los testigos cuando se trate de impúberes, de condenados en juicio público sin haber sido rehabilitados, de los que se encuentren en prisión, o de gladiadores. PAPIANO^[45], afirma que “no puede ser testigo de un testamento el que ha sido condenado por adulterio, tanto en los testamentos del derecho civil como en la posesión de los bienes en el Derecho pretorio”. En esta época la citación al demandado, perdió su carácter oral y nace la “citación por libelo^[46]” que es intrínsecamente escrita.

Esta situación se habría de mantener por un cierto tiempo todavía en el periodo del **Procedimiento Extraordinario** (desde el S. III D.C. hasta el final del imperio), en el que poco a poco se restringiría esa libertad probatoria a través de la limitación de los medios de prueba y de la graduación de su valor o eficacia. Y es que el proceso “ya es de carácter público^[47]”. Aunque en todas las épocas romanas habían existido juicios extraordinarios excepcionales, la *Extraordinarie Cognitione* entró en apogeo en el

período de la Roma Imperial, bajo el control del Emperador Diocleciano^[48]. Desde que Roma se convirtió en imperio, los pretores (funcionarios públicos quienes no eran jueces) comenzaron a recibir la prueba y fallar en asuntos extraordinarios, aunque paulatinamente su proceso se convirtió en ordinario, en el cual las partes no eligen al *Judex* sino que este es un funcionario público, desapareciendo por lo tanto las dos etapas. El sistema de prueba era legal, perdiendo la libertad del *Judex* sobre la apreciación de la prueba, se prefería la prueba documental a la testimonial, aparecen las presunciones de hecho y de derecho, se le da al magistrado el poder de investigar independientemente de las partes.

Era el magistrado, “quien además señalaba a cual... (de las partes)... incumbía la carga de la prueba”^[49]. Aparece el recurso de apelación y por lo tanto las instancias procesales^[50]. Con el nombre de *litis contestatio* se designó el momento procesal en que actor y demandado acuden ante el magistrado y el actor hace una narración oral; aunque “la *litis contestatio* pierde su carácter contractual y ya no se necesita al demandado”^[51]. Aun cuando subsistía el principio de oralidad en el procedimiento, fue utilizándose paulatinamente la escritura, levantándose actas de las sesiones y llegando a formularse por escrito la demanda^[52]. “Se empezó a aplicar el secreto en el proceso, porque el Juez resolvía con base a escritos que revisaba a solas y en secreto, en donde las partes no estaban presentes”^[53]. La *exceptio* pierde su carácter, denominándose como tal cualquier acción defensiva. Hasta la citación se hacía por escrito, esta pérdida de la oralidad también es mencionada por Jaime Guasp, cuando escribe “Las operaciones probatorias, en esta etapa, acentúan un formalismo que primitivamente no tenían, debilitándose asimismo los antiguos principios de oralidad, intermediación y publicidad”^[54].

En esta etapa, las partes podían cuestionar la credibilidad (alegar acerca de su idoneidad y de los dichos) de los testigos, y ofrecer a su turno otros testigos en contraposición a los propuestos por la contraria, pudiendo dirigirles preguntas y solicitarles aclaraciones, sin que la ausencia de aquellas impidiese la práctica de la prueba^[55]. Se impusieron restricciones a la prueba testimonial, se le resto valor al testigo único, no podía aceptarse cualquier persona como testigo, comenzó a darse más importancia a la prueba documental^[56]. Y en “cierta clase de documentos cobró un valor preponderante frente a los testimonios”^[57]. Dado que no resultaba sencillo construir un sistema que permitiera dejar de lado los “testimonios infieles”, la utilización de la prueba testimonial comenzó a decaer, abriendo paso,...a la prueba documental”^[58]. Es más, el sistema de valoración de la prueba de los romanos, que en primer término fue el de la libre apreciación, con el transcurso del tiempo son las pruebas tasadas las que inciden en la valoración, poniéndole fin al sistema de libre valoración como regla general y tarifa legal como excepción.^[59] De acuerdo a Vescovi, aquí “el procedimiento se hace escrito, la publicidad cede paso al secreto, la mediación sustituye a la intermediación y el acontecimiento judicial se documenta”^[60].

Como puede observarse, en cada una de sus etapas el proceso Civil Romano fue cambiando paulatinamente. Cambió no solo en la forma en la que se realizaban los procedimientos sino también en la apreciación y tratamiento que se les daba a los testigos.

Concluyendo, en la época de las Acciones de Ley, el proceso desde la interposición de la demanda ante el magistrado, hasta la emisión de la sentencia, era totalmente oral; a tal punto que eran necesarios los testigos quienes eran los únicos medios que podían ocuparse para verificar los extremos de la “*litis contestatio*” la cual se realizaba oralmente. La oralidad en

esta etapa, permitía entonces la intermediación obligatoria entre el Juez y las partes, ya que el contacto directo entre los mencionados, era inevitable al realizarse todos los procedimientos, de manera exclusivamente oral. Así mismo la concentración de los procedimientos era obligatoria, ya que el Juez debía emitir su sentencia en la misma audiencia en donde se escuchaba a partes, testigos y expositores. El Juez valoraba libremente la prueba sin intervención de terceros. Estas características procesales, convertía en indiscutible, por lo tanto, la presencia de testigos quienes eran transportados a la fuerza, si es que era necesario, ante el tribunal. Concluyendo entonces, que en un sistema procesal completamente oral, la prueba testimonial recibe un trato preferencial en relación a los demás medios probatorios.

Durante el período formulario, aunque el proceso era estructuralmente similar al anterior, surgieron algunos indicios de la escrituralidad y sus consecuencias. Un ejemplo clave, es la introducción de las *fórmulas*, que modificó por completo la forma de la *litis contestatio*, eliminando la necesidad de testigos presenciales. De los datos respecto a la forma del procedimiento y la prueba testimonial durante el Período Formulario, se concluye que la eliminación de algunos elementos orales, influyó negativamente en la preeminencia que la prueba testimonial gozaba en el proceso.

Ya en el Procedimiento extraordinario los magistrados levantaban actas de las sesiones, admitían demandas por escrito, los Jueces revisaban los escritos en secreto, se citaba por escrito, se graduaba la eficacia de la prueba, nacieron las instancias procesales. En resumen, se estableció la escrituralidad, el secreto, la mediación, la dispersión, y la tarifa legal. Lo que provocó un cambio brusco en la recepción de la prueba testimonial: Se crearon criterios de admisibilidad de testigos, se rechazó la declaración del testigo único, los testimonios no se realizaban ante el Juez, sino ante un Magistrado que resolvía en secreto, se prefería la prueba documental, el Juzgador no era libre al valorar los testimonios, ya que debía darle más importancia a los documentos cuando estos eran más importantes. Todo lo anterior nos permite afirmar por lo tanto, que el cambio en la forma del proceso, afectó la manera en que se realizaba la prueba testimonial, la cual terminó disminuida frente al continuo auge de importancia que se le confería a los documentos.

En conclusión, la forma en que se realizaron los procedimientos en el derecho romano, determinó el tratamiento que se le dio a la prueba testimonial en cada época histórica mencionada.

1.4 Derecho Medieval Español

Ya que “el proceso civil salvadoreño... (Ha sido)... inspirado en los movimientos codificadores españoles de principios y mediados del siglo XIX...^[61]” y quien lo redactó admitió haberse basado en las ideas liberales de la Constitución Española de la época^[62]; es necesario estudiar, por lo tanto, la historia de la prueba testimonial en los procesos de la madre patria, antes de la existencia de leyes procesales civiles propias de El Salvador y desde su derivación del derecho romano.

De acuerdo a lo expuesto por Leonardo Pietro Castro; España, se apartó evolutivamente del proceso civil de otros pueblos. El Proceso Romano tuvo vigencia inmediata en la península, mientras España fue una provincia romana^[63], y más tarde el proceso romano penetró (reelaborado por los juristas medievales) nuevamente influenciado por el Derecho Canónico, convirtiéndose en el fondo esencial del ordenamiento procesal. Lo

anteriormente expuesto, respecto a las fases del proceso romano y particularmente a las regulaciones respecto a la prueba testimonial, también se aplicó territorialmente en España.^[64]

La unidad jurídica del Derecho Romano, terminó en España cuando fue invadida por los pueblos nórdicos (visigodos, germanos)^[65], quienes poseían un derecho procesal consuetudinario y formalista, sin separaciones entre el Derecho Civil y Penal. El tribunal era conformado por una asamblea pública de ciudadanos y era presidida por un Conde. El demandante citaba al demandado y si este se negaba, se pasaba a la práctica de ciertas formalidades denominadas pruebas, que no iban dirigidas al tribunal, sino a la parte contraria. Consistían en testigos rogados, juramento con conjuradores (garantizaban que los testigos eran buenos), y Juicios de Dios (Ordalías de fuego, de agua caliente, duelos, etc.) donde un resultado formal y extraño a la lógica, determinaba la prueba de lo afirmado^[66].

Se cree que fue en el año 654, donde nació la *Lex Visigothorum (Liber Iudiciorum o Fuero Juzgo)*, código que unifica el derecho de los hispano-romanos con el de los germanos o visigodos, y que incluía también el Derecho Canónico. Este Código, fue el primer monumento legislativo español en materia procesal, y perduró muchos siglos. Se considera que poseía un sentido antiformalista; como ejemplo, una norma que hoy se estima como lo más avanzado en lo mejores códigos procesales: “Solo se acudirá al medio formal del juramento, cuando no existan otros medios de prueba, porque lo fundamental es que el Juez se convenza efectivamente de la verdad real de los hechos”. Su procedimiento era expedito y simple, **oral y público**, con **comunicación directa** entre las partes y el Juez. Los medios de prueba utilizados eran: Documentos, **testigos** y juramentos.

Luego de esto, el Derecho Español, sufrió un paréntesis de ocho siglos (VIII-XIII) por la invasión árabe en la península^[67]. Debido a que todas las fuerzas nacionales estaban entregadas a las reconquistas del territorio, los reyes premiaban las conquistas de los señores feudales, entregándoles privilegios, como el derecho de administrar justicia, privilegio entregado también a los representantes del Rey, señores o dignatarios eclesiásticos. Debido a este desorden, y al desconocimiento del Fuero Juzgo, se regresó a las instituciones y prácticas germanas antiguas, y rigió la autotutela: Pérdida de paz y venganza de sangre, asamblea judicial y procedimiento formalista, ordalías como medios de prueba, etc.^[68].

Alfonso X compiló en 1265 la colección de las Siete Partidas^[69], el cuál era un cambio radical. Era un sistema jurídico nuevo romano compuesto por elementos romanos, canónicos, feudales y privados, que formaron el sistema llamado Derecho Común, el cual se halló vigente aún en la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855^[70]. Y es que las Partidas fueron por excelencia el monumento jurídico más importante de la historia jurídica española, superando la posterior codificación y permaneciendo vigentes por seis siglos. Aún cuando no fueron aceptadas por el pueblo (lo que impidió que fueran promulgadas como leyes vigentes), fueron utilizadas como normás de tribunales^[71]. Las Partidas tuvieron el inconveniente de ser concebidas en el plano teórico, dejando la apertura para corrupciones prácticas.

Tal situación intentó ser mejorada con nuevas legislaciones posteriores que regían a un mismo tiempo con los Fueros Municipales (Los cuáles habían sido otorgados en las épocas de las invasiones árabes), el Fuero Real y Las Partidas, todas estas legislaciones respondiendo a diversos y hasta antagónicos principios procesales, lo que generaba una gran confusión

legislativa. Los reyes Carlos IV y Felipe II intentaron ponerle fin a esta situación creando Recopilaciones de Leyes (1567 y 1805), que en vez de ayudar, colaboraron más con el desorden legislativo existente. Esta época de Derecho Romano-Canónico y de Derecho Común, se extendió desde el S. XIII hasta el S. XVIII de nuestra era^[72]. Respecto a la Prueba Testimonial se ha dicho que la prueba de testigos, ocupaba un lugar preferente, como pudo verse en el Fuero Juzgo y en Código de Partidas. Más con el tiempo se llegó a considerar como falible este medio probatorio, ya que por haberse debilitado el sentimiento religioso que imprimía al juramento un carácter sagrado, y también porque se consideró muy peligroso fiarse en la memoria siempre falible de los hombres^[73].

La Constitución Española del 1812 dedicó varios Artículos a la Justicia. Iniciando una evolución legislativa que intentaba acentuar el carácter público de la legislación. Hubo normás de legislación procesal especial en 1830, 1835, 1838 y 1844, pero ninguna logró darle celeridad y economía al engorroso proceso existente^[74]. Según este proceso, presentado el interrogatorio y citada la parte contraria, se procedía a examinar a los testigos, recibiendo su declaración separadamente en presencia del Escribano o Secretario, quien estaba obligado a guardar el más riguroso secreto. La parte contraria solo tenía derecho de presenciar el acto en que se les recibía juramento, y tanto los interrogatorios como las respuestas que a ellos daban los testigos, eran reservados en el Cajón de Secretos del Juzgado, hasta que se hacía la publicación de las pruebas^[75].

En 1853 el Marqués de Gerona, redactó la obra "Instrucción del Procedimiento Civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria", la cual fue revolucionaria para su tiempo. Aunque poseía principios que actualmente se consideran novedosos: Concentración, Evitación de Incidentes, Celeridad, Publicidad, Impulso Procesal, etc.; fue duramente criticada y reprobada por los prácticos del derecho de la época. Pero avivó el deseo de reformar el desordenado proceso, lo que provocó la vuelta al Derecho Común y sus características en La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855^[76]. Esta primera ley procesal civil, fue redactada por quienes se opusieron a la ley de 1838 y que consiguieron la derogación de la obra del Marqués de Gerona.^[77] "La entrada de este nuevo código produjo en España una evolución similar a la del Código Napoleónico de gran importancia, basada en el influjo del Derecho Romano y Canónico"^[78].

"En el mismo año de 1855 las Cortes Españolas, aprobaron una Ley de Bases denominada: "Para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles", por medio de la que se pretendía ordenar y agrupar leyes y reglas del enjuiciamiento civil, con el fin de restablecer en toda su integridad las reglas fundamentales de los juicios consignadas en las antiguas leyes. Es decir que no se trataba de cambiar sino de reforzar lo existente..."^[79]. En esta legislación prevaleció la escrituralidad, ya que "la ley proclamó la escritura como principio básico y la mantuvo con todas sus consecuencias de mediación y dispersión de los actos procesales. Reflejaba exactamente la concepción de que el Juez, para dictar sentencia, solo podía tomar como base aquello que se encontraba documentado. El procedimiento era secreto. La Ley mantenía parcelas importantes de secreto en las actuaciones, es decir, que si estaba instaurado el principio de publicidad pero no en toda su plenitud, sino más bien, en ciertas actuaciones que se realizaban. Ejemplo de ello es que si las vistas de los pleitos eran públicas, en la práctica de la prueba no se admitía: a) Ni la publicidad general, b) Ni la presencia de la parte contraria en las pruebas de confesión o testifical"^[80]. "Así en el procedimiento predominó la escritura; volviéndose este secreto,

especialmente en una de las fases más importantes como lo es la aportación de la prueba y que además significó una limitación a la contradicción.

Se promulgó la Ley de Bases el 21/ 06/ 1880, en la que se advierten simplemente reformás de detalle con relación a la LEC de 1855. A finales del S. XIX se dictó, pues la LEC de 1881 en la que se trataba también de mantener lo existente, sin introducir verdaderas reformás en el sistema procesal civil... (Los principios)...de la LEC de 1855 se reiteran en la de 1881, sin perjuicio de que en ésta se introdujo la publicidad general de los actos procesales y se aumentó la contradicción en la prueba...”^[81] La LEC de 1881 es únicamente una ampliación de la anterior, y constituyó un “islote” para la época, sin conexión siquiera con el Código Francés que influyó en los Códigos Modernos. Resucitó el Derecho Común, contenía residuos de la época medieval y poseía un desorden sistemático: Reglas de competencia, apelación y rebeldía dispersas, emplea términos sin definición, imprecisiones de léxico, aplica preceptos que únicamente corresponden a la LOJ, trata cuestiones impropias al derecho procesal civil, omite reglamentar cuestiones importantes como las excepciones, abandona el desarrollo de las normás procesales a otros cuerpos normativos (Por ejemplo la prueba)^[82]. Su Artículo 307 establecía que solo podía notificársele al contrario, el auto de presentación y admisión del interrogatorio, citándole en la misma notificación, para la práctica de la prueba, más no podía presenciarse la práctica de los interrogatorios, los cuales se reservaban cuidadosamente^[83].

Aunque estas leyes (LEC 1855 y LEC 1881), no solo poseían cuestiones negativas, ya que de acuerdo a **Couture**, la sana crítica como criterio de valoración de la prueba fue incorporada en el Artículo 136 de la LEC 1855, para regular la apreciación de la Prueba Testimonial, pero sus redactores no lo escribieron, porque ya existía en el Reglamento de lo Contencioso ante el Concejo del Estado Español^[84]. La LEC de 1855 y su ampliación de 1881 se han constituido en los Códigos Procesales más fructíferos del mundo, como ejemplo “basta recordar que muchos de los Códigos de Latinoamérica tuvieron su influencia en dicha ley. Se trata, por tanto, de una ley que determinó todo el desarrollo posterior de lo que ha sido el proceso civil de muchos países”^[85].

La LEC 1881 ha estado vigente en España hasta el año 2000, y ha sido sustituida por la LEC de 2001, que ha servido, entre otras leyes, de parámetro para la redacción del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño.

1.5 Orígenes de la prueba testimonial en El Salvador

Antes de la emancipación política de Centroamérica en 1821, las antiguas leyes españolas rigieron durante el coloniaje y los primeros años de vida independiente de El Salvador.

En el año de 1935, el autor salvadoreño RENE PADILLA expresó: “De las leyes españolas y de las indias, arrancan muchísimas, sino la mayor parte de todas nuestras leyes. Aún en la actualidad, para llenar los vacíos de nuestra legislación, se recurre al **antiguo Derecho Español**” (...) La ley **moderna** es la que nuestros legisladores han venido dando desde 1821; y la actual, la **contemporánea** se encuentra en los Códigos vigentes^[86].

Antes de los Códigos de Napoleón, ninguna legislación antigua poseía cuerpos de disposiciones expresas y específicas destinadas a los procedimientos judiciales. Después de la experiencia en Francia (Code de Procedure Civile de 1806) El proceso volvió a sus fuentes clásicas romanas, restableciéndose la libre valoración de la prueba testimonial y su admisibilidad con relación a personas que antes se excluían por su sexo, religión, parentesco, posición o

interés en la causa, entre otras facetas que han contribuido a dar a dicho medio su fisonomía actual^[87]; las demás naciones poco a poco, fueron codificando sus leyes.

Antes de la independencia de El Salvador de España, este último país, como ya se mencionó, no poseía un Código de Procedimientos Judiciales; más bien, nuestro país heredó el sistema de la Madre Patria: Sin número de leyes sobre las mismas materias^[88] y un doble laberinto legislativo entre las leyes Españolas y las coloniales. No fue hasta el año 1812, cuando en la Constitución salvadoreña se establecieron los principios sobre las codificaciones, especialmente las leyes sobre procedimientos.

Durante esta época (principios y mediados de siglo XIX), en España existían movimientos codificadores que intentaba arreglar el problema de la múltiple legislación, pero promulgaban, como arriba ya se mencionó, un proceso medieval basado en las Partidas de Alfonso X. Tales partidas, reflejaban un proceso antiguo del derecho medieval español basado en la escritura, lentitud, carestía, excesiva formalidad (la cual podía acarrear la pérdida de un derecho por una mala opción procesal, sin posibilidad de subsanación); una sucesión continuada de actos procesales cada uno de ellos destinado a solucionar un determinado momento del proceso. Este proceso era disgregado (sin concentración), mediato y escrito, todos los derechos eran igualmente relevantes y se ejercitaban a través de un único juicio ordinario con excepciones dilatorias extremadamente complejas, una fase de pruebas y alegaciones largas, complicadas y normalmente escritas. Generalmente se intentaba proteger la propiedad o la posesión y de allí derivaban las relaciones jurídico-materiales protegidas en la época^[89].

El primer trabajo de codificación de las leyes procesales salvadoreñas ocurrió en 1843. Isidro Menéndez fue comisionado para redactar el Código de Procedimientos Judiciales, basándose en las ideas de la Constitución Española vigente en la época^[90], e inspirándose en los movimientos codificadores con las características arriba mencionadas^[91]. Por decreto de las Cámaras Legislativas del 8 de marzo de 1846, se ordenó la divulgación del proyecto para que se le hicieran las observaciones; y por decreto del 26 de febrero de 1857, las Cámaras Legislativas facultaron al Gobierno para hacer revisar el proyecto por una comisión de tres abogados, (incluyendo a Menéndez) y además decretarlo como ley. Revisado el proyecto, el Gobierno encomendó a Menéndez, la redacción de un formulario general para uniformar la práctica judicial. Tales proyectos fueron declarados leyes de la República por Decreto Ejecutivo del 20 de noviembre de 1857, constituyendo el primer Código de Procedimientos Civiles y Criminales salvadoreño.

El 12 de enero de 1863, el Poder Ejecutivo, dictó un decreto teniendo por Ley de la República el Código de Procedimientos Judiciales (Código de Procedimientos Civiles y Código de Instrucción Criminal), para que armonizara con los códigos civiles y penales de la época. Aunque en esencia continuaba siendo el primer cuerpo legislativo redactado por Isidro Menéndez, promulgado el 31 de diciembre de 1881 con algunas reformás, y con el nombre de Código de Procedimientos Civiles^[92]. Este cuerpo normativo, ha estado vigente en El Salvador hasta el año 2010, y reguló la producción de la prueba testimonial bajo las características arriba descritas para la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, de las cuales se entrará en detalle en el siguiente apartado.

1.6 La prueba testimonial en el Código de Procedimientos Civiles de 1881

En este punto se debe mencionar, que al iniciarse la elaboración del presente trabajo, el Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño aún se encontraba en

vigencia; más, como posteriormente se ha de mencionar, el 1 de Julio de 2010, el Código Procesal Civil y Mercantil pasó a ser la nueva ley procesal civil vigente; por lo que resulta obvio estudiar la prueba testimonial ahora “Interrogatorio de Testigos” en el PrC desde una perspectiva histórica, aunque debe aclararse que aún regula los procesos que iniciaron mientras este se encontraba en vigencia, por lo que no puede considerarse completamente derogado.

Antes de entrar en materia se deben reiterar las principales características del proceso contemplado en el PrC, el cuál era: De índole predominantemente **escrita, prácticamente mediato, disgregado, de publicidad condicionada, con sobre dimensión del principio de disposición de las partes, usualmente lento, burocrático, formalista, etc.**; por supuesto, tales características tuvieron en su momento histórico su justificación. Y es que dicho cuerpo normativo, ha estado vigente por casi 130 años; encontrándose sin reforma alguna hasta la fecha todos aquellos Artículos que corresponden a la sección de la Prueba Testimonial; lo cual indica, que el método para proceder en el manejo de esta prueba ha sido el mismo por igual período de tiempo, y ha sido indiscutiblemente influenciado por las características del proceso arriba mencionadas.

El Código de Procedimientos Civiles, reguló la prueba testimonial desde el Artículo 292 hasta el 342; este conjunto normativo tenía como objetivo preservar la verdad que el testigo decía manifestar en el proceso. Por lo que la regulación de la prueba testimonial mereció, en el mencionado cuerpo normativo, una doble atención: Primeramente, que el testigo no se haya engañado en la percepción del hecho y en segundo lugar que, este, al declarar en juicio, no tratara de engañar al Juez.

Contra estas dos posibilidades el legislador del Código de Procedimientos Civiles estableció ciertas formalidades como son: El juramento, la exigencia de un interrogatorio, el control de las partes que deben ser citadas al acto, que el testigo sea concluyente en su dicho, las famosas “tachas” y por último la tarifa legal de la prueba (Arts. 321, 323, 324 y 415 PrC).

En primer lugar, el Código de Procedimientos Civiles al enumerar los requisitos de la demanda en el Artículo 193, y los de la contestación en el Artículo 224 y siguientes, no obligaba a las partes a determinar con que medios probatorios se pretendía probar la pretensión; por lo que no era obligación de las partes mencionar si iban a citar testigos o no; por lo que admitida la demanda, realizados los emplazamientos, y dejado correr el término para la contestación, comenzaba el plazo para que las partes pudieran solicitar (dentro de los ocho días de comenzado el término) que el juicio se abriera a pruebas (Art. 245 y 247 PrC). Ya recibida la causa a prueba (Art. 250 PrC), las partes podían solicitar que se les admitieran los medios probatorios a utilizar incluyendo la prueba testimonial (Art. 253).

Debe aclararse que no en todos los casos era admisible la prueba testimonial, sino que de acuerdo al Artículo 292, únicamente podía probarse mediante testigos: Las obligaciones, que nacían de cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y faltas^[93]; las obligaciones contraídas en casos de accidentes imprevistos en que fue imposible hacerlas constar por escrito; cuando por caso fortuito o fuerza mayor, se perdía el documento que hubiese servido de prueba literal; en los incidentes de falsedad civil y verificación de las escrituras; y en los casos no prohibidos por la ley. Por lo que el principio que primaba en la valoración de la admisión de la prueba testimonial en el PrC, era el de la tarifa legal, en donde la ley especificaba literalmente en que casos la prueba testimonial tenía valor probatorio, y en cuales no; no pudiendo admitir el Juez, dicha prueba en otros supuestos.

Ya abierto el Juicio a pruebas, y admitida la prueba testimonial, esta última, únicamente podía recaer sobre hechos litigiosos que hubieran sido relacionados por las partes en sus

respectivos escritos. También podía probarse mediante testigos la costumbre y el derecho extranjero. El testigo podía declarar siempre y cuando sus juicios lógicos no fuesen sobre conocimientos de naturaleza técnica^[94], sino común. A esto se reducía entonces el objeto de este medio probatorio.

Los Artículos 292 y 293 del PrC, establecía que personas tenían la capacidad para ser testigos en el proceso, estableciendo un listado de quienes eran incapaces para serlo: Los dementes, los sordomudos, los ciegos, los menores de catorce años, los que hubiesen sido menores de doce años cuando aconteció el hecho sobre el que declararían, los perjuros y falsarios, los ascendientes contra los descendientes y viceversa, los hermanos y cuñados en contra de sus hermanos y cuñados, el marido contra la mujer y viceversa, padrastro y madrastra en contra del hijo de su cónyuge, el Juez de la causa, abogados, tutores, etc. Estableciendo nuevamente la ley, quienes pueden considerarse capaces y quienes no, independientemente de lo que el Juez consideraba, ya que el principio de la tarifa legal era imperante incluso desde la etapa de la admisión de la prueba.

Ahora bien, habiéndose determinado que la prueba testimonial era admisible, aún quedaba pendiente el Incidente de Tachas, regulado desde el Artículo 330 al 342 del PrC; entendiendo por este la evaluación de las circunstancias en las cuales, aún cuando era admisible la prueba testimonial, esta debía excluirse por completo (en el caso de las tachas absolutas) o por lo menos limitar la eficacia probatoria de su declaración (en el caso de las tachas relativas) por adolecer el testigo un “defecto que destruía la fe”^[95] de su declaración, la cual podía o no darse en el proceso. Las tachas absolutas incapacitaban a las personas para que fueran testigos y el Juez la declaraba de oficio al realizar el Juicio de capacidad^[96]; en cambio, las tachas relativas no incapacitaban totalmente a la persona, pero si la inhibían para declarar en procesos determinados, y quienes debían alegarlas eran las partes interesadas. El Código, nuevamente determinaba taxativamente, un listado de causales, en el Artículo 332, en esta ocasión para señalar que testigos pueden ser tachados (debe recordarse que la “tacha” es un defecto dado por ley) en un proceso determinado.

Aunque lo más conveniente era que los testigos fuesen tachados antes de declarar, la ley, también permitía que esto se hiciera después de la declaración, Siempre y cuando fuese antes de los traslados para alegar buena prueba, y después de estos siempre y cuando se justificare con un documento preexistente^[97]. Por lo que la tacha podía interponerse en cualquiera de los tres momentos. Y por supuesto que la parte que tachaba a un testigo debía ofrecer la prueba y los motivos de la causal; debiendo probar la tacha dentro del término probatorio de la causa principal, pudiéndose tal término extenderse ocho días más^[98].Y podía darse el caso que se alegasen nuevas tachas habiendo transcurrido hasta tres días del vencimiento del término probatorio y antes de los traslados para los alegatos de buena prueba, el Juez podía conceder ocho días más de plazo para probarlas.^[99]

La regulación de todos estos plazos, lógicamente dieron lugar a una disgregación en la etapa probatoria, y especialmente un alargamiento del espacio temporal para la producción y apreciación de la prueba testimonial, situación que en reiteradas ocasiones afecto el derecho a una pronta y cumplida justicia. A esto debe agregarse el hecho que el Juez no se pronunciaba sobre la existencia o no de tachas durante el plazo probatorio de este incidente, sino mucho después, ya que las partes debían esperar hasta que el Juez sentenciase en la causa principal (Art. 342). Existiendo la posibilidad que hasta ese

entonces se supiese si se iba a tomar en cuenta o no el interrogatorio al testigo tachado, en quien se invirtió gran cantidad de tiempo, y que era probable que terminase desperdiciado.

Habiéndose mencionado entonces los requisitos de procedencia y admisibilidad de la prueba testimonial, es oportuno explicar el procedimiento probatorio de la prueba testimonial en el proceso.

De acuerdo al Artículo 298 PrC, los testigos podían ser presentados ya sea por la parte que lo propuso, o en caso de necesidad se podían hacer comparecer por medio de orden judicial, so pena de ser multado de no asistir por primera vez, e incluso llevado por apremio personal en caso de inasistencia (Art. 301); a menos, que su inasistencia fuese por enfermedad u otra imposibilidad, lo que le daba la pauta al Juez, ya sea de **ampliar** el término para la comparecencia del testigo, o incluso trasladarse el mismo, al lugar donde el testigo se encontrare.

Podía darse también el caso, que el testigo residiese fuera de la jurisdicción territorial del Juez de la causa, entonces el Artículo 305 PrC, permitía que este último Juez, solicitase al Juez con la jurisdicción donde se encontrara el testigo, que lo examinase; e incluso, la mencionada disposición permitía que una persona particular (en la práctica un notario) realizara el examen al testigo, si se daba el caso de que el Juez con jurisdicción tuviese impedimento legal o fuese incapaz para realizar tal examen. Esto evidentemente resultaba en un atentado directo en contra del principio de inmediación, ya que no era necesario que el Juez de lo principal tuviese contacto directo con el testigo, porque únicamente necesitaba leer el acta donde constaba la declaración testimonial que escuchó (o recibió por escrito) otro Juez o un particular, para emitir su fallo.

Compareciendo el testigo, el día y la hora señalada a su examen, o apersonándose el Juez en su residencia si este fuera el caso, se procedía a tomarle sus datos^[100] y el juramento. De acuerdo al Artículo 311 PrC, los testigos debían responder “*Si juro*” a la pregunta “*¿Juráis por Dios decir la verdad en lo que fuereis preguntados?*”. Aun cuando todo testigo era obligado a jurar o prometer, el Artículo 300 PrC, exceptuaba de la obligación de prestar juramento e incluso comparecer al tribunal como testigos, a determinados dignatarios y funcionarios estatales, quienes podían enviar su declaración por certificación jurada. Evidentemente tal certificación jurada, era un testimonio por **escrito**, y válido en un proceso predominantemente escrito; tampoco aquí el Juez podía valorar la manera en que tales testimonios eran producidos, ya que la misma Escrituralidad en la producción de este medio probatorio, evitaba la inmediación.

Luego, de juramentados, se les recibía su declaración de acuerdo al Artículo 309 PrC: “*Los testigos serán examinados y oídos cada uno por sí y separadamente, pena de nulidad*”. El Artículo 300 PrC, obligaba al Juez a realizar el examen de los testigos, más en la práctica de los tribunales, esto era tarea de los colaboradores jurídicos del Tribunal, sin que importase la presencia o ausencia del Juez, afectando la inmediación entre este último y los medios probatorios.

El Artículo 314 PrC, regulaba la forma en que se practicaba la prueba testimonial: “El testigo declarará sin que le sea permitido leer ningún apunte. Su deposición se [**asentara**] en el proceso (expediente escrito donde se consignaba el proceso) **a la letra** sin mudar palabras, o [podía] el mismo testigo **escribirla o redactarla** y en todo caso le [era] **leída** para que la [ratificara] o [enmendara], **haciéndose constar** en la declaración...”. De la lectura de esta disposición, se entiende que el sistema predominantemente escrito del Código de Procedimientos Civiles, fue influyente en la normativa de la práctica de la prueba testimonial, ya que, el Código permitía incluso que el testigo **escribiera o redactara** su deposición (aunque en la práctica debido a la falta de oralidad en su

interrogatorio, únicamente se limitaba a responder “sí” o “no” a preguntas consignadas en un interrogatorio preelaborado). Cabe agregar que el mencionado Artículo, obligaba a **asentar a la letra** la declaración testimonial; esto se realizaba a través de la redacción de un acta (en donde se escribía la declaración del testigo), documento que posteriormente se anexaba al expediente. Dicha acta, según el Artículo 313 PrC contenía “la fecha entera con expresión de la hora y [era] firmada por el Juez, el secretario y el declarante...”, al finalizar la redacción del acta se daba lectura a esta, de acuerdo al Artículo 315 PrC: “Al tiempo de la **lectura** podrá el testigo hacer las alteraciones y enmiendas que juzgue oportunas. Estas se **escribirán** a continuación haciéndose mención de todo por el Juez y también le serán **leídas**, pena de nulidad...”

Como arriba se mencionó, en la práctica de los tribunales, la recepción de la prueba testimonial, era a menudo tarea de los colaboradores jurídicos del Tribunal, sin que importase la presencia o ausencia del Juez; tal situación violatoria del principio de inmediación, era posibilitada por la predominancia de la Escrituralidad en el PrC, ya que este último disponía que la declaración testimonial se consignara por completo en un acta, la cual perfectamente podía ser leída por el Juez posteriormente, sin necesidad de presenciar la declaración del testigo, y sin infringir la esencia escrita del proceso.

Habiendo repasado las tres primeras etapas procesales de la prueba testimonial (proposición, admisión y producción), debe finalizarse con la valoración de la prueba testimonial en el Código de Procedimientos Civiles.

De acuerdo al principio de valoración legal de la prueba predominante en este proceso escrito, un solo testigo, por honesto y veraz que fuese, no constituía más que prueba semiplena, un indicio, que podía servir en otras materias, pero nada en un proceso civil^[101]. De acuerdo al Artículo 321 Inciso Primero del PrC, para que la prueba testimonial pudiese ser considerada “plena prueba”, debía provenir de “dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempo lugares y circunstancias...”. En este punto, debe aclararse que de acuerdo a la normativa del PrC el Juez, no podía derivar su convencimiento de la declaración de un solo testigo, aún cuando este le pareciese suficiente, ya que la ley impedía la crítica razonada en este y otros supuestos, al especificar el mínimo de testigos que constituían una prueba completa.

El hecho anterior se agravaba aún más cuando debía probarse mediante testigos, la falsedad de un instrumento público o auténtico, ya que de acuerdo al Inciso Segundo del Artículo 321 PrC, eran necesarios cuatro testigos (aún cuando el Juez no lo considerase necesario), y peor aún el Juez podía desestimar la declaración de estos cuatro testigos, dependiendo de la “antigüedad de los documentos, concordancia con el protocolo y la buena o mala conducta del Notario”. De lo anterior, puede concluirse que en el proceso de índole escrita contemplado en el PrC, un documento (prueba escrita) impugnado por falsedad, emanado de un Notario de buena conducta, podía darle más convencimiento a un Juez, que cuatro testigos contestes y uniformes, que dijese lo contrario.

Para finalizar, debe hacerse una remisión al Artículo 415 PrC, el cual realiza una enumeración de las pruebas que preferirá el Juez: “Cuando por ambas partes se produzca en juicio plena prueba, se estará a la más robusta según el orden siguiente:

- 1º. La presunción de derecho
- 2º El juramento decisorio
- 3º La confesión judicial

- 4º La inspección personal
- 5º Los instrumentos públicos y privados
- 6º Los privados fehacientes
- 7º La confesión extrajudicial escrita
- 8º La confesión extrajudicial verbal con otra (prueba) semiplena
- 9º La prueba pericial en los casos que tiene lugar
- 10º **La prueba testimonial** (por supuesto si era el número de testigos requerido)
- 11º Las semiplenas pruebas de diverso género que hacen prueba perfecta
- 12º Las presunciones cuando hacen plena prueba

Respecto a lo anterior, no se necesitan demasiadas palabras para demostrar que en el Código de Procedimientos Civiles, el sistema de valoración de las pruebas, incluyendo la testimonial, era la tarifa legal. Y debe observarse que este mismo sistema de valoración, limitó la producción de la prueba testimonial, hasta casi neutralizarla; ya que la prueba testimonial estaba prácticamente en los últimos lugares de la lista de robustez. Por supuesto que la tarifa legal, era consecuente con el sistema escrito del Código, y por lo tanto, no se permitió el adecuado desenvolvimiento de este medio probatorio en el Proceso Civil regulado en el Código de Procedimientos Civiles.

1.7 Antecedentes del Código Procesal Civil y Mercantil de 2010

Como la sociedad del Siglo XX, no es la misma del siglo XIX, debido a la necesidad de dar seguridad a las relaciones mercantiles en el mundo, se ha provocado en Europa y Latinoamérica un movimiento reformador; en esta última región se producen, a partir de finales de los 80, movimientos reformadores de características comunes en Brasil, Uruguay, México, Argentina, Paraguay y Colombia. Destaca en 1988 la publicación del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el cual es un cambio absoluto respecto del histórico Código de Procedimientos Civiles salvadoreño, y el cual es en buena parte, la base del actual Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador^[102].

En este nuevo cuerpo normativo, se han pretendido recoger las corrientes más modernas en cuanto al pensamiento procesal actual a nivel internacional, sin menoscabo de la adecuación de los procedimientos judiciales al cada vez más creciente y pujante movimiento de constitucionalización del debido proceso. Dentro de las corrientes procesales que se han tomado en cuenta, no solo está la actual Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2001, sino los más modernos códigos procesales sudamericanos y las reglas de la evidencia del sistema anglosajón; así como los procesos orales en materia Penal y Familiar de El Salvador.

En el año 2000 se dio a conocer el proyecto que contenía el documento de Bases Minuciosas y Detalladas para el Código Procesal Civil de la República de El Salvador, con el objetivo de que este último diese respuesta a numerosos problemás de imposible o difícil resolución que existen en la realidad procesal civil actual. Los principios contenidos en las Bases Minuciosas y detalladas son una copia fiel del Código Tipo Modelo para Iberoamérica

Auspiciado por la Corte Suprema de Justicia, el proyecto comenzó a configurarse a partir del mes de enero de 2001, a través de dos comisiones. La primera comisión, quien se encargó de la redacción, estuvo conformada por un equipo nacional y uno internacional: El equipo nacional estaba integrado por: Manuel Montesino, Guillermo Parada y Salvador Amaya; y el internacional por Víctor Moreno Cateria y Vicente Guzmán Fluja. La segunda comisión, quien tuvo a cargo la revisión del anteproyecto redactado, estaba integrada exclusivamente por un equipo nacional, cuyos integrantes eran: Aldo Cader, Carlos Amílcar Amaya; Rommel Sandoval y José Luis Arias; sin embargo, no se culminó completamente la elaboración del Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, ya que implicaba un cambio radical, pues se trataba de

implementar el sistema oral en el Derecho Procesal Civil y Mercantil, haciéndose necesario hacer una revisión referente a experiencias procesales, así también de un mejor conocimiento de sistemas procesales que han sido implementados en otros países

El Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, fue entregado a la Corte Suprema de Justicia a principios del año 2003, y resultó ser un cuerpo jurídico inspirado en un modelo procesal dispositivo-adversativo. Teniendo como su principal característica el principio de oralidad como pilar de las actuaciones judiciales, es por ello que su estructura se sustenta en un régimen de audiencias; además, responde al designio político de agilizar y modernizar la administración de justicia en nuestro país, potenciando al mismo tiempo, la protección del derecho al debido proceso.

Tal proyecto de Ley fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 18 de septiembre del año 2008 por decreto legislativo N° 712, y después de una prórroga para su entrada en vigencia, está en vigor en la República de El Salvador, a partir del día 1 de Julio de 2010.

2. TEORÍA DE LA PRUEBA Y PRUEBA TESTIMONIAL

2.1 Teoría de la Prueba

2.1.1 Generalidades

2.1.1.1 Origen etimológico del vocablo “Prueba”.

De acuerdo a SANTIAGO SENTIS, la palabra prueba es de origen latino, al respecto escribió: “Se origina de la palabra *probo*, que a su vez se deriva de la voz latina “*probus*” que traducido al castellano significa, lo bueno, lo honrado, así pues lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico^[103]”.

2.1.1.2 Definiciones de Prueba

De acuerdo a JAIME GUASP debe verse en la prueba “un intento de conseguir el *convencimiento psicológico* del Juez con respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad, o la falsedad de los datos mismos, por lo cual el sentido fundamental de los actos de prueba que sirve para definirlos ha de venir dado en función de la obtención de esta convicción psicológica del Juzgador: la prueba será, por lo tanto, el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo^[104]. La definición anterior, es quizás una de las más apropiadas para explicar la concepción de la figura de la prueba en el CPCyM, ya que le da realce a la prueba como actividad que persigue como fin, no la demostración de la verdad real, sino la verdad procesal, o en otras palabras el convencimiento psicológico del Juzgador. Esta última idea, también se identifica en la definición que de prueba realiza MONTERO AROCA quien dice que la prueba es “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo Juez y en otro de las normas legales que fijan los hechos^[105]. Hugo Alsina y Couture, definen el concepto prueba desde enfoques ligeramente diferentes a los anteriormente descritos. ALSINA define la prueba

como “la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende^[106]”; siendo por lo tanto, el objeto de la prueba, comprobar la verdad de un hecho, y no la verdad de una afirmación. COUTURE por su parte, señala que la prueba civil es un método para “comprobar, demostrar y corroborar la verdad o la falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio”^[107]; Couture aunque no menciona el convencimiento psicológico del Juzgador, sí señala que la verdad que se demostrará se derivará de las proposiciones realizadas al interior del proceso. A pesar de que no existe aquí una aproximación profunda sobre el concepto de prueba, cabe afirmar que consideramos la primera definición como la más apegada a la actual realidad procesal civil en El Salvador.

2.1.1.3 Naturaleza Jurídica de la Prueba

Existen dos clases de prueba: Una material y una procesal o judicial, en sentido estricto; tal clasificación es importante para determinar la naturaleza jurídica de la prueba ya que ayuda a comprender a cuál sector jurídico básico pertenecen las pruebas. La primera “es aquella institución que, en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograr la convicción psicológica del Juez...

()..., sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir proporcionar en definitiva legitimaciones para el tráfico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercusión procesal en que ulteriormente pueda pensarse”^[108]. En términos más sencillos la prueba material está constituida por todos aquellos elementos que tienen por objeto legitimar las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho, los cuáles, no necesariamente deben encontrarse en un conflicto ante los tribunales.

“En cambio, la prueba procesal es como antes se ha dicho, la que se dirige a producir la convicción psicológica del Juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. En este caso ya no hay que hablar de justificaciones objetivas, sino de comprobaciones personalmente dirigidas a un sujeto particularizado. La prueba procesal puede utilizar, físicamente, los mismos medios de la prueba material, pero, en todo caso, la función del medio probatorio es radicalmente distinta en uno y otro supuesto”^[109]. Debe entenderse entonces, que los elementos que los sujetos de derecho utilizan para legitimar sus relaciones jurídicas de derecho material, pueden utilizarse también al interior del proceso (cuando los sujetos se convierten en partes procesales) y dirigir la prueba que estos elementos producen, a lograr el convencimiento del Juez sobre los datos que desean probarse; esto sin perjuicio de producirse otros elementos de prueba concebidos original y únicamente para lograr el convencimiento arriba mencionado. Como conclusión puede afirmarse, que dependiendo de la función que realiza la prueba en cada caso, así se determinará si la naturaleza jurídica de la prueba es de derecho material o de derecho procesal.

2.1.1.4 Objeto de la Prueba

Doctrinariamente existen clasificaciones sobre el objeto de la prueba; las cuáles son acordes a lo establecido en la mayoría de legislaciones procesales civiles.

Comúnmente, se entiende que el objeto de la prueba, está constituido por los hechos, la costumbre y el derecho extranjero. Dentro de los hechos existe la subclasificación de los que son objeto de la prueba y los que están exentos de ésta; entre estos últimos se enumeran: los irrelevantes, los no controvertidos, los notorios o evidentes, y los favorecidos por una presunción.

El Artículo 312 del CPCyM establece que “las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos...” Los hechos controvertidos son aquellos sobre los cuales no hubo acuerdo entre las partes, cuando estos son expuestos al Juez, durante la audiencia preparatoria (Art. 309 CPCyM). Las partes y el Juez fijarán los hechos sobre los que exista disconformidad, así como los que resulten admitidos (los cuáles quedarán excluidos de la Audiencia Probatoria). Sobre los hechos en que exista disconformidad entre las partes, éstas deben proponer las pruebas que les convengan. De la redacción textual del CPCyM se determina que el objeto de la prueba serán las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos, pero también lo serán la costumbre y el derecho extranjero (Art. 313 CPCyM).

Respecto al primer objeto de prueba mencionado, debe citarse a JORGE OLASO, quien manifiesta que desde el punto de vista procesal, el objeto de la prueba está constituido por las **“afirmaciones de los hechos”** ^[110], ya que de acuerdo a este autor la prueba que se deriva de un proceso no se orienta a la averiguación de la verdad real, sino que su finalidad es, más bien la de crear un estado de certeza en la mente del Juzgador en relación con los **“hechos afirmados por las partes”**; posición que consideramos acorde al espíritu del CPCyM. Esta opinión también es compartida por ESCRIBANO MORA, el cuál opina que consecuentemente al principio de aportación de parte, aquello que debe probarse, “estará integrado por **las afirmaciones** de hecho realizadas por las partes de cuya certeza depende que el Juez aprecie la consecuencia jurídica correspondiente”^[111]. Este autor explica que de la anterior definición se derivan las siguientes consecuencias: la prueba debe referirse a los hechos aportados por las partes al proceso y no a otros aunque existan en la realidad extrajurídica; las afirmaciones de hecho que han de ser probadas en el proceso han de ser exclusivamente aquellas que se han realizado en el momento procesal oportuno, de lo contrario se violarían los principios de contradicción y de igualdad de armas; la prueba de las afirmaciones exige la existencia de una controversia. Esta es la razón por la que no necesitan ser probados ni los hechos admitidos, ni los notorios^[112].

Sobre esta última clase de hechos, el CPCyM en su Artículo 314 los regula bajo el título “Excepción de Prueba”, el cuál textualmente dice:

“No requieren ser probados:

1º. Los hechos admitidos o estipulados por las partes.

2º. Los hechos que gocen de notoriedad general.

3º. Los hechos evidentes

4º. La costumbre, si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afecten el orden público.”

El numeral primero del anterior Artículo se encuentra íntimamente relacionado con el Artículo 309 CPCyM, ya que desde aquí se establece que si no existiesen hechos controvertidos, ni siquiera se fijará fecha para la Audiencia Probatoria, sino que inmediatamente se abrirá el plazo para dictar sentencia.

En este punto se debe hacer notar que el Artículo 314 CPCyM, no menciona las

presunciones como supuestos de excepción de prueba. Sería aplicable en este caso entonces, el criterio de JAIME GUASP, quien explica que “por razones referentes al objeto quedan fuera del tema de la prueba determinados datos de hecho dispensados por la ley de su demostración en razón al esfuerzo desproporcionado o ineficaz que ello exigiría, lo que les hace ser sustituidos generalmente por circunstancias afines de prueba más sencilla. Este es el caso de la presunción; naturalmente, de la presunción *iuris*, o de derecho, admita o no prueba en contrario, y no de la presunción *ominis* o judicial, que es un verdadero medio de prueba. Las presunciones legales no son, en efecto, ni reglas especiales sobre la carga de la prueba ni normás particulares sobre los efectos de la prueba, sino alteraciones excepcionales del objeto probatorio por exención de la prueba de los datos que normalmente lo integrarían”^[113]. En este sentido son reguladas las presunciones legales y las judiciales en los Artículos 414 y 415 CPCyM; la primera disposición indica que cuando la ley establezca una presunción, la persona a la que favorece quedará dispensada de la prueba del hecho presunto, siempre que queden probados los indicios en que se base; la segunda disposición indica que el Juez podrá presumir la existencia de un hecho a partir de los hechos probados durante la Audiencia Probatoria.

Ahora bien, respecto a la costumbre como objeto de prueba el numeral 2º del mencionado Artículo 313 CPCyM establece: “La prueba tendrá por objeto...La costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido.” (En palabras más sencillas: Cuando exista controversia). En la legislación salvadoreña, la costumbre es una de las fuentes del derecho, el Art. 2 del Código Civil establece que “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”, entendiéndose entonces, que en defecto de la ley aplicable, es de ella de donde se deriva el derecho.

Respecto al derecho extranjero, el Artículo 315 CPCyM establece que “la parte que sustente su pretensión en norma de derecho extranjero deberá probar su contenido y vigencia, sin perjuicio de que el Juez pueda valerse de cualquier medio para su averiguación”. ESCRIBANO MORA opina al respecto, que el Juez no tiene porque conocer ni el derecho extranjero ni la costumbre, pero este aspecto no debe verse superficialmente porque “cuando las normás nacionales reenvían a las normás de derecho extranjero para obtener la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho determinado, el Juez está obligado a aplicar el derecho correspondiente que, en este caso, no es una norma nacional que deba conocer. La doctrina, por ello ha basculado entre la afirmación de que la aplicación del derecho extranjero es un tema de prueba, y por lo tanto la carga procesal absoluta corresponde a la parte, y la de que el Juez no puede ser ajeno al contenido de las normás de modo que doctrinalmente se impone la necesidad de que el órgano judicial, no solamente con la intervención de las partes sino con su propia intervención de oficio, han de averiguar, la existencia, contenido y vigencia de la norma extranjera...”^[114]. Por lo que se puede observar, la regulación del CPCyM en este aspecto, aunque obliga a la parte que lo alega, la prueba del derecho extranjero, también faculta al Juez para que este lo averigüe de oficio. Aun cuando, en virtud del principio de aportación, es a las partes a quienes corresponde probar, la actividad del Juez en la averiguación del derecho extranjero, es justificable, ya que, “no puede serle indiferente al Órgano Judicial, la aplicación indebida de una norma alegada y probada por las partes, cuando personalmente le consta a quien dicta la sentencia que el derecho aplicable es otro”^[115].

2.1.1.5 Carga de la Prueba

Previo a desarrollar el tema específico de la “Carga de la Prueba”, es necesario definir la noción de “Carga Procesal”; DEVIS ECHANDÍA ofrece la siguiente definición de carga procesal: “La Carga es un poder o una facultad (en sentido amplio) de ejecutar libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio e interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”^[116]. El autor agrega que tales consecuencias adversas, pueden ser más o menos graves, como la pérdida de las oportunidades para su defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables, e inclusive la pérdida del proceso^[117]. La carga procesal de probar, por lo tanto no es una obligación ni un deber, todo lo contrario, es un derecho subjetivo, más si no se ejecuta las partes se acarrearán las mencionadas consecuencias adversas.

La noción de la carga procesal tiene un origen histórico muy antiguo aún cuando estuvo limitada en el siglo pasado a la actividad probatoria; cabe agregar, que ha sido una tarea difícil y controvertida precisar su contenido y distinguirla de las nociones de obligación y deber^[118]. La noción de la carga de la prueba, específicamente, data del antiguo derecho romano, como puede observarse en el procedimiento de la *legis actionis*, en donde la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. Ya en el período clásico existieron normás que asignaban indistintamente las cargas con un criterio práctico de equidad, o le dejaban esa tarea al Juez, a manera de árbitro. También se suele sostener por la doctrina las siguientes máximas sobre la carga de la prueba consideradas como fundamentales en el derecho romano: “Incumbe la prueba a quien afirma, no a quien niega. La prueba incumbe al actor. No es preciso probar los hechos negativos”. Respecto a esto la doctrina resalta, que éstas normás estaban pensadas para acciones en concreto, y por lo tanto, trataban de ofrecer la solución para un determinado supuesto, pero aplicadas de modo general, no solucionaban los múltiples problemás que surgían^[119]. Posteriormente en el derecho Justiniano surgieron principios generales y en particular el fundamental que ponía a cargo del que afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho como base de su acción o excepción, la prueba de él, ya sea actor o demandado^[120]. En la Edad Media, y por obra especialmente de los juristas de Bolonia que reviven el derecho romano, reaparece el concepto de la carga de la prueba basado en el principio de que incumbe al actor, pero se le da ese carácter al demandado cuando excepciona. La doctrina romana pasó también en términos generales al derecho canónico. En España aparecen estos principios en las Partidas^[121]; de las cuáles ya se realizaron los comentarios respectivos.

La carga de la prueba se define entonces como “una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cuál se le indica al Juez como debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte”^[122]. Esta definición contiene todos los elementos que deben considerarse para entender el contenido de la carga de la prueba, ya que señala que la carga de la prueba no recae necesariamente sobre quien presente la prueba del hecho en que fundamenta su pretensión o

excepción; sino que señala a quien interesa la demostración de ese hecho en el proceso; no importando quien sea el que haya invocado la prueba sobre él; señala entonces quien tiene interés jurídico en evitar que falte la prueba de cierto hecho si es que pretende obtener una decisión favorable basada en él.

De acuerdo a DEVIS ECHANDÍA, la importancia de la noción de la carga de la prueba radica en que si no existiera esta regla de juicio que faculta al Juez para evitar el *non liquet*, cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el estado y las partes, pues podría plantearse de nuevo.

El tema de la regla de distribución de la carga de la prueba tiene diversos criterios de autores y legisladores; pero es fácilmente comprensible que el Código Procesal Civil y Mercantil se somete a la teoría acogida ya sea en forma expresa o tácita por muchos procesalistas, entre los que se incluyen: GUASP, PIETRO CASTRO, CARNELUTTI y COUTURE, y talvez el mismo ECHANDIA. Dicha teoría parte de la base de que es imposible elaborar una regla general únicamente contemplando la situación procesal de las partes (demandado o demandante) o tomando aisladamente el hecho objeto de la prueba (afirmaciones, negaciones, constitutivos, extintivos, impeditivos, etc.) sino que debe considerarse “la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte y con la norma legal que la contempla como presupuesto de su aplicación”^[123]; en palabras más sencillas significa que a cada parte le corresponde la carga de probar los supuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable. Esta teoría estaba redactada de manera casi literal en el Inciso primero del Artículo 321 del **Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil en** donde se expresaba: *“Corresponde a la parte probar los hechos que alegue y que sean presupuesto para la aplicación de la norma o normas que en definitiva resulten determinantes para la decisión de su pretensión, defensa o excepción”*. Por lo tanto a diferencia del Código de Procedimientos Civiles, se pretendía que no fuese únicamente al actor a quien correspondiera producir la prueba, ni que fuese al demandado a quien correspondiese probar la excepción, o su negación cuando contuviese afirmaciones. Sino que cualquiera de las partes tenía la carga de probar los hechos que alegase, independientemente fuese demandante o demandado, o si estaba buscando fundamentar ya sea su pretensión, defensa o excepción. A pesar de lo acertada de la redacción original del mencionado Artículo 321 CPCyM, esta regla sobre la carga de la prueba fue eliminada poco antes que el Anteproyecto entrase en vigencia, y no se sustituyó por ninguna regla de la carga de la prueba, situación que ha sido criticada por algunos procesalistas salvadoreños.

Ahora bien, una situación que cabe resaltar es la que deriva del principio de adquisición procesal, el cual implica que el resultado de las actividades procesales son comunes a las partes; y en el campo del derecho probatorio, implica que todas las pruebas son del proceso y están destinadas al Juez, de modo que éste puede valerse de ellas independientemente de la parte que haya logrado llevar la acreditación a su ánimo. Esto guarda coincidencia con la teoría sobre la carga de la prueba arriba mencionada, ya que aunque a cualquiera de las partes corresponda probar los supuestos de hecho que integran la norma en que fundamentan su pretensión; esto no impide que el Juez ocupe la prueba producida para favorecer a la parte contraria; cuando la prueba así lo indique. Ya que, la regla de la carga de la prueba indica quien debe presentar la prueba; pero cuando la prueba entra en la comunidad del proceso, ésta podría aprovechar incluso a quien, aunque no tuviese la obligación de producirla, su falta de incorporación al proceso le resultase desfavorable.

Habiendo explicado lo anterior, debe aclararse que al reformarse el Artículo 321 CPCyM,

se dejó al Juez sin ninguna Regla de Juicio a la cual apegarse en caso de no encontrar la prueba de los hechos sobre los cuáles debe basar su decisión, y así evitar un *non liquet*^[124]. La redacción original del Inciso 2 del Artículo 321 del Anteproyecto de CPCyM, establecía que: “*Cuando un hecho sometido a pruebas quede dudoso o incierto para el Juez y fuera relevante para la decisión del litigio éste decidirá respecto al hecho en sentido desfavorable respecto del litigante que tenía la carga de probarlo*”. Esta regla de juicio se apegaba exactamente al concepto de carga de la prueba y es que, aparte de indicarle al Juez cómo debía resolver, también indicaba a las partes cuál sería el perjuicio de no probar el supuesto de hecho para la aplicación de la norma que le resultaba favorable. Establecía también que se decidiría desfavorablemente respecto al hecho que cualquiera de las partes no probó, cuando éstas tenían la carga de probarlo. Lastimosamente, esta Regla de Juicio fue eliminada y no sustituida en el CPCyM, por lo que existe aquí un vacío legal.

2.1.1.6 Clasificaciones de la Prueba

La siguiente lista es de las diversas clasificaciones de los temas más importantes relacionados con la prueba:

- a) *Los elementos de la prueba* “son aquellos factores lógicos particularmente aplicables a los problemas del derecho probatorio, pero que, lo mismo que en otras cuestiones procesales, se resuelven en la determinación de los sujetos, objeto, actos, procedimientos y resultados, que responden a la división, constantemente empleada, de requisitos contenido y efectos, lo que en su aplicación, a la prueba en general, lleva, por la diversidad de cada uno de estos elementos, a clasificaciones distintas. **Por razón de los sujetos**, cabe distinguir entre prueba del órgano jurisdiccional y prueba de las partes^[125]... ()... **Con relación al objeto** se puede hablar de prueba necesaria o innecesaria, pertinente o impertinente, útil o inútil. **Con relación a los actos** se separa, en ocasiones, la prueba oral de la escrita^[126], la mediata de la inmediata, la pública de la secreta o a puerta cerrada^[127]. **Con relación al procedimiento** se perfilan los dos conocidos tipos de la prueba simple y la prueba preconstituida, por un lado, y de la prueba estricta, la justificación o acreditamiento y la prueba libre por otro. Por último, **con relación a los resultados** difiere la prueba de apreciación facultativa o prueba libre de la de apreciación taxativa o prueba tasada.
- b) ...(*Las fuentes de prueba*)... son aquellas operaciones mentales de las que se obtiene la convicción judicial, distinguiéndose aquí, fundamentalmente, entre percepción y deducción, aunque haya especies intermedias entre una y otra, como la representación y la indicación, lo que lleva a clasificar las pruebas, a este respecto, en **pruebas directas**, donde existe una unificación entre el hecho a probar y el hecho que prueba, y en las que predomina la percepción, y **pruebas indirectas**, donde el hecho a probar es distinto del hecho que prueba, y en las que predomina la deducción, subclasificándose, todavía, la prueba indirecta en **prueba histórica y prueba crítica**, según que el medio de prueba sea apto o no para la representación del hecho a probar.
- c) ...(*Los medios de prueba*) ...son aquellos instrumentos que, por el conducto de la fuente de prueba, llevan eventualmente a producir la convicción del Juez, determinando

la clasificación de las pruebas más importantes...(Como estos medios pueden consistir)...en una persona, una cosa o una actividad, de aquí que pueda hablarse de la **prueba personal**, a la que pertenecen la confesión, el testimonio y la pericia; de **prueba real**, a la que pertenecen la documental y...(el)... reconocimiento judicial, y de prueba actual, o por **acaecimientos**, en la que se alojan como especie única las presunciones judiciales.

d) ...(*Las materias de la prueba*)... son aquellas sustancias a las que el medio va incorporado, por ejemplo, la persona física del testigo o el papel del documento, lo que produce una distinción interesante, según la disponibilidad jurídica de la materia probatoria, entre pruebas cuya materia pertenece a las partes y aquellas que pertenecen a terceros.”

e) ...(*Los motivos de prueba*)... son las especiales razones por las que el Juez, ante quien la prueba se practique, cree o no cree en su resultado, lo que permitiría hablar de pruebas ciertas, con certeza física o material, pruebas veraces, pruebas verosímiles y pruebas inverosímiles.

g)... (*Los resultados de las pruebas*)...son las consecuencias que con la prueba se obtienen, y que permiten diferenciar entre prueba plena y las restantes pruebas ordinarias....^[128]”

2.1.1.7 Sujetos de la Prueba

“En la prueba aparecen tres clases de sujetos; el activo, o persona de quien proceden las actividades probatorias; el pasivo, o persona que soporta o sobre quien recaen tales actividades, y el destinatario, o persona a quien van funcionalmente dirigidas.

Sujetos activos, de la prueba son, normalmente y en términos generales las partes... ()...es a las partes y no al Juez quien teóricamente y prácticamente se atribuye toda iniciativa en materia de actividades de prueba... ()... Las partes tienen, evidentemente un derecho de probar: Por su condición jurídica de partes se les atribuye la facultad o serie de facultades correspondientes^[129]..

Sujetos Pasivos: “Lo será la parte contraria a aquella por cuya iniciativa la prueba se practica.

Destinatario de la Prueba es siempre el Juez... ()... aunque excepcionalmente, asuma la iniciativa de la prueba^[130], no quiere decir que no sea su destinatario, pues las calidades de sujeto activo y receptor pueden conjugarse perfectamente... ()...en el derecho moderno, la prueba no se hace para satisfacer al adversario, sino para convencer al Juez^[131]”

2.1.1.8 Procedimiento Probatorio según el CPCyM

Respecto al procedimiento probatorio en general (Más adelante se explicara el procedimiento probatorio del Interrogatorio de Testigos), únicamente se mencionarán las notas más destacables del CPCyM, por constituirse innovaciones en el campo probatorio del derecho procesal civil salvadoreño-

Paso I. Proposición de la Prueba: El Artículo 317 del CPCyM, establece que la prueba debe ser propuesta por las partes, a quienes, les corresponde la carga de la prueba. Aún

cuando la prueba se ofrece en los escritos de las Alegaciones Iniciales, su proposición se realizará durante la Audiencia Preparatoria (en el proceso común), la cuál se realizará de manera oral, pública y ante la presencia del tribunal (Artículo 200 CPCyM). Durante la mencionada audiencia, el momento oportuno para proponer los medios probatorios, será a continuación de la fijación del objeto de la prueba, procedimiento que tiene como fin limitar al mínimo la cantidad de hechos alegados que deban probarse, eliminando los hechos respecto a los cuáles exista conformidad. El Artículo 310 CPCyM establece que las partes, por su orden comunicarán al Juez las pruebas de las que intentarán valerse en el acto de la Audiencia Probatoria; debiendo singularizar el medio a utilizar, especificando su contenido y finalidad a la parte contraria. La parte que propone la prueba podrá establecer inicialmente que ésta no ha sufrido modificaciones o alteraciones durante el tiempo en que se ha encontrado bajo su custodia o poder, y que se trata del mismo objeto, sustancia, documento u otra prueba material, sobre los cuales, en su caso, se hubieran realizado análisis periciales (Artículo 322 CPCyM).

Para algunos medios probatorios específicos, el CPCyM regula particularmente la manera en que estos deben ser propuestos:

En el caso de la prueba por interrogatorio de testigos, la proposición deberá contener la identidad de estos, con indicación, en lo posible, del nombre y apellido de cada uno, su profesión u oficio, así como cualquier otro dato que se reputa necesario para su más completa identificación. En el momento de proponerlos, la parte podrá solicitar que los testigos sean judicialmente citados (Artículos 359 y 360 CPCyM). Los testigos también serán necesarios para el caso de la acreditación de la prueba material o tangible que no deba acompañar la demanda o su contestación, figura regulada en el Artículo 325 del CPCyM. En este caso, la parte al proponer la prueba deberá acreditar previamente su pertinencia con el hecho controvertido, así como su suficiencia para apoyar el hecho que se busca probar, también deberá solicitar que se autorice la identificación de la prueba material correspondiente, mostrará a la parte contraria la prueba identificada y lo hará también al testigo, para que éste, previo interrogatorio, establezca las bases necesarias para su admisibilidad.

Para el caso de la proposición como prueba de los medios de reproducción del sonido o de la imagen, así como los soportes magnéticos o informáticos donde se almacena información, el proponente indicará el lugar donde el material se encuentra para que el Juez lo requiera o se apersona en dicho lugar (Art. 398).

En el caso de la prueba pericial y el nombramiento de perito judicial, la parte indicará la especialización que ha de tener el perito y propondrá los puntos de pericia (Art. 382 CPCyM). Ahora bien, cuando la parte pretenda el nombramiento de perito judicial *in limine litis*^[132], y la urgencia del caso lo requiera, deberá indicarlo en el correspondiente escrito de alegación inicial, con identificación del objeto de la prueba. Las partes también podrán proponer la prueba pericial por perito nombrado judicialmente durante la audiencia preparatoria (Art. 381 CPCyM).

Como anteriormente ya se ha apuntado, el Juez estará posibilitado a proponer prueba según el Inciso 2º del Artículo 390, y el Inciso 3º del Artículo 7 del CPCyM, en el primer caso será cuando para el esclarecimiento de los hechos sea necesario que el Juez realice reconocimiento judicial, si las partes no lo solicitan y el Juzgador lo considera necesario; y el segundo caso es cuando el Juez desee esclarecer algún punto oscuro o contradictorio de las pruebas que fueron propuestas y controvertidas por las partes, puede ordenar de oficio el Reconocimiento Judicial..

En el caso del anticipo de prueba, la proposición de esta diligencia puede hacerse cuando por las circunstancias del caso sea de temer la pérdida de un medio de prueba por la imposibilidad de reproducción de los hechos en la Audiencia Probatoria, sea por la situación de

la persona o el estado de las cosas (Artículo 326 Inc. 1º). El anticipo de prueba puede proponerse, antes de iniciarse el proceso, en ese caso, el solicitante debe designar a la persona a quien pretenda demandar, quien será citada a una audiencia extraordinaria (Artículo 329 CPCyM); también puede proponerse, cuando encontrándose en trámite el proceso, no se estuviera en la etapa oportuna para producir la prueba (Artículo 326 Inc. 2º CPCyM).

También debe estudiarse el fenómeno de la proposición de la prueba sobre hechos nuevos o de nuevo conocimiento regulados en el Artículo 307 del CPCyM. Para proponer prueba sobre estos hechos deben cumplirse los siguientes requisitos: Los hechos deben haber ocurrido con posterioridad al momento en que se formularon las alegaciones iniciales o, si sucedieran antes, las partes deberán conocerlos con posterioridad a las alegaciones mencionadas.

Paso II. Admisión de la Prueba: Una vez propuesta la prueba por las partes, el acto procesal subsiguiente es el pronunciamiento judicial sobre su admisión o inadmisión; tal pronunciamiento tendrá lugar según lo establecido en el Artículo 310 CPCyM, durante la Audiencia Preparatoria. El Juez debe evaluar las solicitudes de las partes y debe declarar que pruebas resultan admitidas y cuáles rechazadas; debe admitir todas las pruebas que sean útiles y pertinentes (Artículo 317 Inc. 3º CPCyM). El rechazo de la prueba debe acordarse en resolución debidamente motivada, no existirá recurso para tal decisión, pero las partes pueden solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, con el objeto de interponer recursos futuros contra la sentencia definitiva (Artículos 317 Inc. 3º y 320 CPCyM).

El Juez no podrá admitir: Prueba sobre hechos y costumbres que no tengan carácter controvertido (Artículo 314 Ord. 1º y 4º CPCyM); los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, así como los hechos notorios y evidentes (Artículo 314 CPCyM); las fuentes de prueba que se obtengan de forma ilícita (Artículo 316 CPCyM); la prueba que no guarde relación con los hechos controvertidos, o sea impertinente (Artículo 318 CPCyM); la prueba inidóneas que no contribuya a la averiguación del hecho alegado o a su esclarecimiento (Artículo 319 CPCyM); las pruebas que aunque fuesen conducentes resulten inútiles, dilatorias o repetitivas para los fines del proceso (Artículo 320 Inc. 2º CPCyM).

En el caso del Artículo 390 Inc. 2º CPCyM, el pronunciamiento de admisión o inadmisión de la prueba no será necesario, ya que, la prueba propuesta por el propio Órgano Judicial ha de ser considerada admisible por naturaleza, al emanar de quien es precisamente el único sujeto llamado a pronunciarse sobre dicha admisibilidad.

En el caso del anticipo de prueba, la admisión de ésta se sujetará a las reglas arriba mencionadas, añadiendo el hecho de que las partes deben solicitar el anticipo de prueba justificando la necesidad de su realización, debiendo aducir las circunstancias que razonablemente conlleven a la pérdida de la prueba; si la solicitud no reúne estos requisitos, el Juez rechazará la proposición (Artículo 328 Inc. 1º CPCyM).

Paso III. Práctica de la Prueba: Siguiendo un esquema procedimental lógico, tras la proposición de la prueba por las partes procesales y de su admisión por parte de la autoridad judicial, únicamente resta ya proceder a su práctica o ejecución, es decir, a la realización efectiva de la actividad en que consista cada uno de los medios de prueba de que se trate. Respecto a este punto el Artículo 403 CPCyM, establece: *“Las pruebas se producirán en audiencia pública, salvo las excepciones que este código prevé, en cuyo caso se adoptarán las medidas necesarias, para su adecuada documentación a los efectos oportunos. Así mismo, deberán practicarse concentradamente, salvo que sea imposible por la naturaleza del medio probatorio.”* La regla general en esta materia, es que la prueba propuesta y admitida se practique en *audiencia pública, en la sede del Órgano Judicial* que esté conociendo del asunto, y bajo la inmediación (Art. 10 CPCyM) del Juez.

Respecto al tema de la Audiencia Probatoria, el Artículo 402 CPCyM establece que tendrá por objeto la realización de forma oral y pública de los medios de prueba que se hubieran

admitido. La Audiencia Probatoria es la última de las fases en que se desenvolverá el proceso común; entre sus finalidades está la de ser el momento procesal idóneo para la práctica de prueba (Artículo 403 CPCyM). El hecho de que la práctica de la prueba se realice en una audiencia oral permite que su ejecución tenga lugar en un solo acto, esto como resultado del principio de concentración (Artículo 11 CPCyM). Con todo, sin embargo, en la regulación procedimental del proceso común se prevé expresamente la posibilidad de que en determinadas circunstancias, la práctica de la prueba pueda tener lugar con anterioridad a la celebración de la Audiencia Probatoria, tales como, por ejemplo: Las pruebas que deben producirse anticipadamente^[133] (Artículo 326 CPCyM); y el reconocimiento judicial fuera de la sede del tribunal^[134] (Artículo 390 CPCyM). El Artículo 404 CPCyM dispone que cuando la prueba deba realizarse separadamente de la Audiencia Probatoria, el tribunal anunciará a las partes con la debida antelación el día y la hora en que se procederá a producir la prueba; cuando la prueba no pueda producirse en el acto de la audiencia se procurará, si ello es posible, producirla antes de que se celebre ésta.

Concerniente al hecho de que la prueba propuesta y admitida, deba practicarse en la sede del tribunal, debe hacerse referencia a lo dispuesto en el Artículo 140 CPCyM el cual establece: *“la actividad procesal se llevará a cabo en la sede donde este radicado el tribunal que conozca de la pretensión...”*. Sin embargo, excepcionalmente prevé la norma citada que los tribunales puedan constituirse en cualquier lugar del territorio de su circunscripción (*“...sin embargo, para el mejor logro de los fines del proceso, y si se trata de actuaciones que requieran la presencia del Juez, este podrá acordar, por resolución motivada, constituirse fuera de su sede habitual, a fin de presenciar por sí la práctica de pruebas...”*). En este caso, el tribunal determinará y notificará a los interesados el lugar, de que se trate, así como el día y la hora en que se procederá a producir la prueba debiendo practicarse fuera de la sede del tribunal, se procurará practicarla con anterioridad de la Audiencia Probatoria (Artículo 404 CPCyM). Ejemplo de lo anterior son los casos del interrogatorio domiciliario de parte (Artículo 352 CPCyM)^[135]; y la declaración del testigo fuera de la sede del tribunal (Artículo 373 CPCyM)^[136];

Paso IV. Valoración de la Prueba: En lo relativo a este último paso del procedimiento probatorio, nos remitimos a lo expuesto en el INFRA.

2.1.1.9 Sistemás de Valoración de la Prueba

Uno de los aspectos más importantes de la función del Juez, es la valoración de la prueba producida en el proceso; esta valoración “constituye toda una actividad intelectual desplegada por el Juzgador que consiste en analizar y ponderar las distintas pruebas traídas y evacuadas con la finalidad de determinar la certeza o incertidumbre de los hechos que sustentan las distintas pretensiones sometidas al escrutinio del tribunal”^[137]. De acuerdo a MONTERO AROCA citado por JORGE OLASO, existen dos actividades distintas, denominadas respectivamente interpretación y valoración de la prueba. La interpretación se produce cuando el Juzgador, sin valorar el resultado de los distintos medios de prueba, establece lo que se extrae de cada uno de ellos; o sea determina cuál es el resultado que se desprende de la prueba; el Juez no atiende al valor probatorio de los medios producidos, sino que únicamente fija los hechos que de tales medios se extraen. En cambio en la valoración, el Juez decide si la prueba es

creíble o no; se determina el valor concreto que debe atribuirse a cada medio de prueba en la producción de la certeza, o sea una decisión sobre su credibilidad.

La doctrina procesal ofrece distintos sistemás de valoración de pruebas, el sistema que deriva de la tarifa legal, y los sistemás que derivan del principio de Libre Valoración de la Prueba.

Respecto al sistema de la tarifa legal o prueba tasada, debe decirse que es el que ha imperado por siglos en la legislación procesal civil salvadoreña; aunque para ser correctos debe aclararse que las bases de este sistema no sólo se encontraban en el Código de Procedimientos Civiles^[138], sino también en el vigente Código Civil salvadoreño^[139].

El sistema de la tarifa legal se fundamenta en la idea de que es al ordenamiento jurídico al que le corresponde establecer el valor que el Juzgador debe asignarle a un determinado medio de prueba^[140]. Este sistema fue desconocido entre los antiguos romanos, en donde se admitían todos los medios de prueba que pudieran iluminar al Juez en el pronunciamiento de su sentencia^[141]. Su origen se encuentra en el derecho canónico como una consecuencia de la ignorancia y falta de preparación de los jueces que aplicaban ese derecho. Esto llevó al legislador eclesiástico a establecer reglas sobre la forma en que debían valorarse las pruebas, utilizando tradiciones romanas junto con principios tomados de la Biblia. Posteriormente esas reglas se incorporan en los llamados sistemás de prueba apriorística, que fueron concebidos en los estados absolutistas como una forma de control al Juez, aunque también pudo ser un instrumento de defensa del acusado.

Durante la Edad Media se fue creando un sistema de reglas que determinaban en que casos el Juez debía considerar probado un hecho; por ejemplo, cuando las pruebas no reunían las condiciones exigidas por la ley se dividían en fracciones: pruebas semiplenas que podían unirse para formar prueba completa^[142]. La prueba legal estaba presente en el Código Civil Francés que sirvió de base para el Código Civil de Andrés Bello, que a su vez (como ya es muy conocido) inspiró el actual Código Civil Salvadoreño, redactado por Gerardo Barrios; razón por la cual, históricamente, el sistema de la tarifa legal está regulado en dos legislaciones salvadoreñas. En la actualidad, los sistemás que se basan en la prueba legal no encuentran su justificación en las concepciones sociales anteriormente mencionadas, sino en la seguridad jurídica y en las llamadas "Máximas de la Experiencia". A pesar de esto, este sistema está siendo abandonado paulatinamente por diversas legislaciones procesales. GUASP, opina al respecto: "Tiene que ser científicamente rechazado... (El sistema de prueba legal)... Las normás de derecho son inidóneas para ordenar una eficacia probatoria, dada el sentido de la prueba misma... ()... el fenómeno de la prueba legal constituye una anormalidad jurídica, ya que, destinadas, por esencia, todas las operaciones probatorias a convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de dichas operaciones, se prescinde de tal convicción y se les sustituye por un imperativo legal"^[143].

Ahora bien, referente a los sistemás derivados del principio de Libre Valoración de la Prueba, debe señalarse que difieren en las diversas legislaciones^[144]; aunque básicamente se adhieren a dos sistemás principales: Íntima Convicción y Sana Crítica. Respecto al primero debe aclararse que no se utiliza en la legislación salvadoreña, pero si en los procesos penales de los países anglosajones, especialmente se utiliza en los procesos por jurados, quienes al no tener conocimientos jurídicos por ser escogidos de forma aleatoria entre la población, juzgan de acuerdo a su convicción y no

necesariamente basan su decisión en los hechos alegados y probados en el juicio, por lo tanto ni siquiera están obligados a motivar sus resoluciones.

Acerca del sistema de la Sana Crítica, debe decirse que se encuentra en la legislación procesal salvadoreña por ejemplo, en materia de familia y materia penal. Desde que el CPCyM entró en vigencia también se aplica en materia procesal Civil; esto de acuerdo al Artículo 416 CPCyM el cuál establece: *“El Juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la Sana Crítica”*.

A diferencia del sistema de prueba tasada, en el de Sana Crítica la valoración no se realiza sujetándose al valor que le otorga el ordenamiento jurídico a cada uno de los medios de prueba, tampoco se resuelve sin razonar el fallo, como sucede en el sistema de la Íntima Convicción; sino de acuerdo con la libre apreciación razonada de la prueba. Conforme a este sistema, el Juez debe expresar sus conclusiones sobre la valoración de la prueba, indicando el porqué determinan la verdad de lo acontecido de acuerdo a las reglas de la sana critica.

El término Sana Crítica se comenzó a utilizar en el Artículo 317 de la LEC de 1855, con respecto a las funciones del Consejo Real. Específicamente, esta norma establecía que: *“los jueces y los tribunales apreciarán según las reglas de la Sana Crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”*^[145]. Llama la atención el hecho de que sea específicamente la Prueba Testimonial la única que había de valorarse de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica; reconociendo los legisladores de esa época, la incoherencia de medir la fuerza probatoria de los testimonios, basándose únicamente en valoraciones impuestas por la norma, sino en el sano criterio de los Jueces. Para algunos autores como DEVIS ECHANDÍA y SENTIS MELENDO, esa norma rompía todos los principios del sistema tarifado legal de la prueba, ya que permitía al Juzgador valorar prudencialmente la declaración de los testigos, pudiendo llegar a la conclusión de tener por probado un hecho con sólo la deposición de uno de ellos, a pesar de la existencia de dos o más que declarasen lo contrario. Esto, claro está, dando siempre las declaraciones por las que llegaban a esa conclusión, como por ejemplo, las facultades psíquicas del testigo, su moralidad, el contenido de su declaración, su probidad, etc.^[146] Tal disposición, que en principio sólo se refería a la valoración de la Prueba Testimonial, fue implementada a su vez en otras normativas, lo que permitió la aplicación de la Sana Crítica racional para la valoración de otros medios de prueba.^[147]

A pesar de que la doctrina procesal se ha enfrentado con el problema de definir que es la Sana Crítica, puede resumirse como el conjunto de reglas que *“conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la sana razón”*^[148].

Como conclusión debe señalarse que la Sana Crítica influye directamente en la Prueba Testimonial en el CPCyM, ya que, ni siquiera existe en este cuerpo normativo mención alguna sobre las causales de tacha de los testigos; la credibilidad del testigo únicamente dependerá de las circunstancias o hechos que corroboren o disminuyan la veracidad de sus declaraciones, y esto no lo determina la ley sino el Juez racional.

2.1.2 Principios que rigen la actividad probatoria

En este punto, cabe aclarar que al hablar de los principios generales de la prueba judicial, no se está hablando de los principios generales del proceso (o del procedimiento como prefieren denominarles algunos), ya que los primeros únicamente

son directrices en materia probatoria, y los segundos legislan encauzan el proceso en general.

No obstante las diferencias que existen entre los procesos civiles y penales y la distinta regulación que legislativamente suele darse a ambos, la institución de la prueba judicial conserva su unidad en lo fundamental y en sus principios generales, de los cuáles se enumeran a continuación algunos de los enumerados por ECHANDÍA:

- 1) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez sobre los hechos: Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el Juez, si este tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos.
- 2) Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba: La prueba debe tener eficacia jurídica para llevarles al Juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio o a la pretensión voluntaria o a la culpabilidad investigada. El Juez debe considerar la prueba como el medio para llegar a una conclusión sobre la existencia y modalidad de los hechos afirmados.
- 3) Principio de la Unidad de la prueba: El conjunto probatorio del proceso forma una unidad, la cual debe ser examinada por el Juez para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o no, y concluir su convencimiento que de ellas globalmente se forme.
- 4) Principio de Adquisición o comunidad de la prueba: La prueba no pertenece a quien la aporta, y no se puede pretender que únicamente beneficie a quien la aportó; por eso no se puede renunciar o desistirse de la prueba ya recibida.
- 5) Principio del interés público en la función de la prueba: A pesar de que cada parte, persiga con la prueba su propio beneficio y la defensa ya sea de su pretensión o excepción; también existe un manifiesto interés público en la función que la prueba desempeña en el proceso: Ese interés es alcanzar la justicia.
- 6) Principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba: La prueba no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al Juez al engaño; sino que debe producirse con lealtad y probidad, no importando de quien provenga. Por lo que se hace indispensable una eficaz labor de crítica de los medios de prueba.
- 7) Principio de contradicción de la prueba: La parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, que la prueba debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes.
- 8) Principio de igualdad de oportunidad para la prueba: Aun cuando se relaciona con el anterior, no se identifica con el, ya que significa que las partes deben disponer de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas y para contradecir las de la contraparte.
- 9) Principio de formalidad y legitimidad de la prueba: Este principio implica que dependiendo de la clase de proceso, la prueba debe estar revestidas de los requisitos extrínsecos e intrínsecos que exige la ley para su producción.
- 10) Principio de preclusión o eventualidad de la Prueba: Es una formalidad de tiempo y oportunidad consistente en impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertirlas es por ello, que existe un momento para ofrecer y determinar las pruebas, un momento para aportarlas y otro para que el Juez las admita)..
- 11) Principios de imparcialidad del Juez en la dirección y apreciación de las pruebas: El Juez debe estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando se decretan pruebas oficiosamente o a solicitud de partes, como cuando valora los medios llegados al proceso.
- 12) Principio de originalidad de la prueba: La prueba en lo posible, debe referirse al hecho por probar, para que sea prueba de este, pues, si apenas se refiere a hechos que a su vez se relacionan con aquel, se tratará de pruebas de otras pruebas.

13) Principio de la libertad de prueba: Significa que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al Juez tal calificación; el segundo indica que puede probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en él.

14) Principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de las pruebas: El tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y partes no debe perderse en la recepción de medios que por sí mismos o por su contenido, no sirvan en absoluto para los fines propuestos.

15) Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana: Este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención no espontánea de la prueba, y toda prueba obtenida de manera contraria debe ser considerada ilícita y sin valor jurídico.

16) Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba: Los documentos, las cosas, y las personas físicas (en caso de ser necesario) cuando son objeto de prueba, deben ponerse a disposición del Juez cuando se relacionan con los hechos del proceso.

17) Principio de la inmaculación de la prueba: Por razones de economía procesal debe procurarse que los medios allegados a proceso, estén libres de vicios que los haga ineficaces o nulos.

18) Principio de la carga de la prueba: Cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto de la norma jurídica que la parte ha invocado a su favor, el Juez debe fallar de fondo y en contra de esa parte quien no probó. Otro aspecto de este principio, es la auto responsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer este principio, que si no aparece en el proceso la prueba de los hechos que las benefician, o no aparece la contraprueba de los hechos perjudiciales comprobados a su vez por el contrario, recibirán una decisión desfavorable.

19) Principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas: El Juez debe tener facultades para decretar y practicar las pruebas oficiosamente, y que es un deber suyo ejercitarlas cuando sean necesarias o convenientes para verificar la realidad de los hechos alegados o investigados^[149], situación regulada en el Artículo 390 CPCyM.

2.2. Aspectos teóricos sobre la Prueba Testimonial

2.2.1 Definición de Prueba Testimonial

Existen muchas definiciones en torno al concepto de la Prueba Testimonial, algunas más completas que otras, por lo que a continuación se presentan las que de acuerdo a nuestra discreción son las que mejor definen la naturaleza de este medio probatorio.

Según JORGE OLASO, la Prueba Testimonial “es aquella actividad procesal producida por la declaración de un tercero, distinto de las partes. Se rinde, previo juramento, ante un Órgano Jurisdiccional. El objeto del interrogatorio se concreta en los hechos que el deponente ha percibido por medio de sus sentidos”^[150]. Los elementos consistentes en que el testigo debe ser un tercero y que la declaración se concreta en hechos percibidos directamente, también se encuentran en la definición encontrada en la Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, en donde se lee: “La Prueba Testimonial es aquella que se basa en la declaración de una persona, ajena a las partes sobre los hechos relacionados con la litis que hayan sido conocidos directamente y a través de sus sentidos por ella”^[151].

JAIME GUASP ofrece una definición procesalmente más aceptable, al enumerar los elementos necesarios para la construcción de una definición: “Tres elementos integran, la

definición del testimonio: Ser una declaración procedente de un tercero, recaer sobre datos que no eran procesales para el declarante el momento de su observación y emitirse con la finalidad, común a todas las pruebas, de influir en la convicción judicial^[152]. Por lo que no puede considerarse testimonio como tal las declaraciones del testigo al interior del proceso, que no tengan por finalidad llevar al Juez a un convencimiento.

De acuerdo al tratadista VICTOR DE SANTO, en sentido estricto, el testimonio es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa, que un tercero hace a un Juez, con fines procesales, sobre lo que dice saber, respecto de hechos de cualquier naturaleza^[153]. De esta definición llama la atención el hecho de rechazar la idea consistente en que el testimonio, tenga por objeto la declaración de hechos percibidos por el testigo; ya que este puede declarar acerca de hechos que no ha conocido directamente, puede también fingir que conoce un hecho, o simplemente limitarse a dar su opinión. Por lo que esta última definición nos parece más acertada.

2.2.2 Naturaleza Jurídica de la Prueba Testimonial

La Prueba Testimonial como figura del derecho puede ubicarse como:

Medio de Prueba.

Medio de Prueba Procesal.

Medio de Prueba Personal.

“El testimonio es, en primer lugar, una prueba, puesto que se trata de un acto que tiende, por esencia, a provocar la convicción de alguien sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos... ()..., en segundo lugar, el testimonio es una prueba procesal, ya que la convicción que tiende a provocar es la de un órgano jurisdiccional; los datos sobre que recae son datos procesales en el momento de la declaración y de la utilización del testigo se verifica dentro de un proceso... ()..., en tercer y último término, el testimonio es por naturaleza, un medio de prueba personal, ya que el medio que lo integra tiene indudablemente este carácter. Figura, pues, en la categoría general de la prueba personal al lado de los otros dos tipos de la misma que constituyen la confesión y la pericia”^[154].

2.2.3 Importancia de la Prueba Testimonial

Como se ha podido observar en el análisis histórico de la Prueba Testimonial, éste medio de prueba ha pasado de ser el único medio de prueba en materia civil, hasta llegar a ser prácticamente confinado a probar cuestiones accesorias en los procesos civiles escritos, debido al evidente auge de la escritura en detrimento de la antigua confianza que se poseía en la palabra hablada.

Para todos es conocido que la mejor forma de probar las obligaciones y los derechos en materia civil es a través de los documentos escritos, ya que en esta época no es de alta estima la palabra de honor de las personas, debido a los obvios peligros.

No obstante los riesgos que implica la Prueba Testimonial, ésta no puede menospreciarse; ya que no sólo podría resultar indispensable cuando no se ha obtenido otro medio de prueba, sino que es imposible desconocer la importancia que en la vida tiene la fe en el testimonio ajeno^[155]. Como argumento de confirmación, basta recordar que la mayor parte de las nociones y verdades que guían nuestra conducta tienen como origen la creencia en el testimonio de los hombres. Advertimos también que todos los conocimientos humanos, científicos e históricos tienen su fundamento en el testimonio de los hombres.

La Prueba Testimonial no obstante sus grandes deficiencias y a pesar de las severas críticas de que ha sido objeto, subsiste en todos los códigos como uno de los medios necesarios para el conocimiento de la verdad legal.^[156]

2.2.4 Objeto de la Prueba Testimonial

El objeto de la prueba por testigos son únicamente las percepciones no las opiniones o presunciones del testigo, este aspecto debe vincularse con la materia que será la sustancia de la declaración, con los hechos concretos, o sea todo acontecimiento susceptible de producir efectos jurídicos, provenga de la naturaleza o del hombre, se trate de un acto o una omisión, sea lícito o ilícito.

Los hechos deben tratarse de acontecimientos pasados aunque, puedan subsistir en el momento de la declaración, calidad que no depende que sean previos al proceso sino de la declaración que se rinde.

En el caso del testimonio de oídas, el objeto es el hecho percibido de la narración que se escucho a otra persona.

Por lo tanto, el objeto del testimonio lo constituyen los hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos del testigo.^[157]

2.2.5 Requisitos para que exista procesalmente un testimonio

Para que exista procesalmente un testimonio, la declaración debe^[158]:

- Ser personal,
- Provenir de un tercero,
- Ocurrir en un proceso,
- Versar sobre los hechos,
- Ser posterior a los hechos,
- Ser representativa,
- Ser consciente,
- Tener significación probatoria,

2.2.6 Características del Testimonio

La Prueba Testimonial posee las siguientes características:

a) Representación del hecho: Además del elemento objetivo del hecho, en la definición de testigo y de testimonio debe comprenderse el elemento funcional de la representación, porque si la declaración no es la representativa de algún hecho no puede ser testimonio^[159]. El Juez, por consiguiente, debe hallar siempre en la declaración la representación de un hecho.

b) El hecho representado debe tener existencia antes del acto del testimonio pero no es indispensable que acontezca antes del proceso, pues puede ocurrir después de promovido éste.

c) Es un medio de prueba: el testimonio es un medio de prueba comprendido en las categorías de las pruebas indirectas, personales e históricas.

Prueba indirecta: Reviste este carácter en cuanto no se identifica con el hecho por probar que es su objeto, de modo que el Juez llega al conocimiento de éste de forma mediata, por el testimonio del cuál lo induce, y no en forma directa o inmediata por su propia percepción. El Juez percibe

solamente el testimonio.

Prueba histórica: con ella se reconstruyen o reproducen hechos pasados o aún subsistentes, pero cuya existencia tuvo comienzo antes de existir el testimonio.

d) Es un acto jurídico: Como el testimonio es una declaración consciente de una persona, es un acto jurídico y no un simple hecho jurídico. Las declaraciones emitidas fuera del proceso, no destinadas a producir efectos procesales no constituyen testimonios ni confesiones judiciales.

2.2.7 Sujetos de la Prueba Testimonial

Como ya se mencionó en el capítulo 2.1.2.7 referido a los sujetos de la prueba, en esta aparecen tres clases de sujetos: Los activos, los pasivos y el destinatario. En el caso concreto de la Prueba Testimonial el sujeto activo es la parte quien ofrece al testigo; el sujeto pasivo, es la parte contraria a aquella por cuya iniciativa se practica la Prueba Testimonial; y el destinatario de la prueba, es el Juez, a quien se desea llevar a determinado convencimiento por medio de la declaración del testigo.

Puede hablarse también de sujeto declarante y sujeto destinatario del testimonio, el primero lo compone el testigo y el segundo el Juez.

2.2.7.1 Definición de testigo

A continuación se presentan tres definiciones del concepto testigo, las cuáles comparten en común la opinión consistente en que el testigo debe ser una persona distinta de las partes y externa al proceso, la cuál declara acerca de los hechos pasados que ha percibido directamente:

ROLAND ARAZI, los testigos son “personas físicas, distintas de las partes y del Órgano Judicial,... (Quienes declaran)...acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o lo que han visto y oído sobre éstos”^[160].

GIUSEPPE CHIOVENDA: “El testigo es una persona, distinta de los sujetos procesales, a quien se llama para exponer al Juez las observaciones propias de hechos ocurridos importantes para el proceso”^[161].

MANUEL DE LA PLAZA y HUGO ALSINA lo definen así: “Testigo es la persona capaz, extraña al juicio que es llamada a declarar sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos”^[162].

A pesar de la unanimidad del pensamiento en los procesalistas anteriores, es el español ESCRIBANO MORA, quien define el concepto y la naturaleza del testigo de manera más completa: “Es, en primer lugar (el testigo), una persona física... ()...ajena al proceso... (que)... declara sobre los hechos, tanto percibidos por el directamente, como referidos por otro...la cualidad de testigo implica que bien de forma causal, bien de forma intencionada, la persona ha percibido unos hechos producidos normalmente antes del proceso y fuera de él... ()... y que al haber sido afirmados por cualquiera de las partes tienen relevancia para la resolución del litigio...”^[163]”.

2.2.7.2 Clasificación de los Testigos

Pueden dividirse en dos grandes grupos, los llamados instrumentales y los que declaran en el juicio para dar origen un medio de prueba. De los testigos instrumentales se puede decir que son aquellos que exigen la ley para la validez e incluso la mera existencia de un acto jurídico, que se lleve a efecto ante la presencia de determinado número de testigos a fin de

dar al acto autenticidad. Los testigos judiciales se han clasificado históricamente de la siguiente manera:

a) Testigos abonados: Los que no tienen tacha legal alguna, y también aquellos que no pudiendo ratificar su dicho por estar ausentes o estar muertos, son sin embargo considerados fidedignos y veraces.

b) Testigo de oídas: Es el que no conoce el hecho sobre el cual declara por haberlo presenciado, sino que sabe de él porque otras personas le han informado a su respecto.

c) Testigos mudos: Por extensión del lenguaje, a las cosas materiales e inanimadas “que sirven para inferir de ellas la existencia del hecho a probar”.

d) Testigos singulares: Son aquellos que difieren en sus declaraciones “sea en el hecho, en la persona, en el lugar, tiempo o circunstancias esenciales”.

e) Testigo necesario: Era el que, siendo inhábil para declarar como testigo, sin embargo de ello la ley lo admitía en las causas de delitos graves como los de lesa majestad y pecado nefando de tal manera que el legislador incurría en el error de servirse de su testimonio en los juicios en que se imponía la pena de muerte, y en cambio le negaba todo el valor en los demás juicios.

f) Testigo de apremio: Llamábase así al testigo que se negaba a comparecer y se obligaba a hacerlo por medio de la policía^[164].

+

3. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD

3.1 Antecedentes históricos de los principios procesales del sistema oral

Aún cuando ya se trató abundantemente la evolución histórica del Principio de Oralidad al interior del proceso griego antiguo y los procesos romanos antiguos, en el presente capítulo se realizará un breve recordatorio de estas épocas, para posteriormente centrarnos en la evolución de la oralidad en las posteriores legislaciones europeas (con una línea procesal diferente a la legislación ibérica) en donde este principio fue retomado históricamente.

Tal y como ya se ha mencionado con anterioridad, el proceso civil y el penal poseen un origen común y se aplicaban las mismas reglas para ambos. El sistema acusatorio se manifestó dentro de la democracia clásica griega: Así en Atenas ante un hecho considerado delito, cualquier ciudadano ateniense podía formular la acusación y a éste le correspondía reunir y ofrecer las pruebas ante el Tribunal. El juicio era “oral, público y contradictorio; después del debate entre el acusador y el acusado, el tribunal resolvía. Más tarde, en Roma este sistema se modificó y hasta cierto punto se perfeccionó; y fué llamado la “*acusatio*” romana; siendo según la historia un antecedente del denominado *sistema mixto*. La “*acusatio*” romana reconoció una etapa preparatoria donde un “pretor”, recibía la denuncia y nombraba a un acusador y lo investía de poder suficiente para investigar el hecho. Una vez concluida la investigación, el pretor fijaba fecha para el juicio, el cual se realizaba en forma oral y pública. Dentro de las principales características del Sistema Acusatorio se reconocen: La igualdad entre las partes, oralidad, publicidad y contradicción.

Siglos después, ya en el sistema inquisitivo, se minimiza la importancia de la fase oral y

pública del proceso. La “Santa Inquisición” o Sistema Inquisitorial, de índole escrita, tuvo un largo período de dominio desde su introducción en el siglo XII hasta su decaimiento en el siglo XIX. De ahí que los primeros Códigos Latinoamericanos conocieran entre sus disposiciones rasgos de este sistema.

Este decaimiento, no fue sino hasta que se dio la Revolución Francesa a partir de 1789, cuando sobrevino una profunda transformación política y social; que así mismo, transformó el sistema jurídico-procesal (aunque debe aclararse que el retorno a la oralidad inicialmente se realizó en materia penal para posteriormente introducirse en materia civil). Para este período se quería abolir las monarquías e implantarse un régimen democrático republicano. Al aparecer la mencionada Revolución Francesa, fue que se adoptó el sistema procesal inglés, el cual era de corte acusatorio, puesto que Inglaterra no había recibido influencia del Sistema Inquisitorial durante la Edad Media.

“Esa recepción del modelo acusatorio anglosajón, radical para las condiciones históricas y sociales en Francia, duró poco y los vaivenes del proceso revolucionario culminaron con la codificación Francesa^[165]. Y es que el aire individualista, burgués y laico, que sopló en la revolución francesa, chocó con la tarifa de prueba tasada (remanencia del sistema escrito)), y por lo tanto, no dio el paso total hacia una libre apreciación de la prueba. Sin embargo, impuso la publicidad en los procesos, como medio de fiscalización popular sobre el desempeño judicial, e impulsó el principio de la oralidad, aunque en forma parcial, ya que solo el debate, y el contradictorio eran orales y tenían lugar en la vista. Por esta razón, el Código de Procedimientos Civiles Francés, siempre se consideró como el más deficiente del quinteto napoleónico. Sin embargo, tiene el mérito de haber dado el primer paso hacia la oralidad y publicidad, y haber influido en el Código de Procedimiento Civil de Hannover^[166] en 1850. Esta última ordenanza, poseía un gran defecto, y fue caer en el exceso contrario, en consecuencia, para que procesalmente existieran las demandas las excepciones y los documentos, debían haber sido leídas en la audiencia.

Estos excesos fueron eliminados por sucesivas reformás, al igual que algunos resabios, tales como el juramento decisorio y la concepción del proceso civil como cosa de partes. A pesar de esto, el que la propaganda a favor del proceso oral pasara, hacia mediados del s. XIX, al campo del proceso civil se debe principalmente a la acción de los procesalista privatistas alemanes. Después de unos treinta años de estudios y polémicas, se llegó a la publicación de la Ley Procesal Civil del Imperio Alemán (1877), inspirada por el principio de la “oralidad”, consecuente y racionalmente entendido y aplicado). Esta obra legislativa ejerció tanta influencia en las legislaciones posteriores, que hoy casi la totalidad de los estados europeos ha adoptado la “oralidad” aún en el proceso civil.

Más tarde, y siempre en el mismo sentido, otro gran cambio también lo representó el Código e Procedimientos Austríaco de 1895, ya que superó los defectos del mencionado Código Alemán y estableció la oralidad sin excesos ni fanatismos. El Juez durante todo el curso del proceso, estaba dotado de poderes de dirección suficientes para garantizar un desarrollo rápido^[167].

Ahora bien, no hay que olvidar que mucho tiempo antes de esta reformás ya existían dos procesos de carácter oral: El proceso inglés (y estadounidense) y el proceso francés. En este último, la oralidad ha sido uno de los principios fundamentales. La gran obra doctrinal de los alemanes (arriba citada), que condujo al triunfo de la “oralidad” en los diferentes estados alemanes encontró su arranque en los principios del *Code de Procédure Civile français*. Pero, aún cuando su influencia ayudó a no solo preparar las

grandes reformás en los procesos alemanes, sino en los procesos civiles austríacos, húngaros y otros que han derivado de estos; debe reconocerse que la oralidad no alcanzó la plenitud con la cual se desarrollo en materia procesal penal. A pesar de esto, los principios derivados de la oralidad contemplados en los anteriores cuerpos normativos, inspiraron los Códigos Danés, Noruego, Polaco, Sueco, Japonés, Suizo y Español^[168]. Y posteriormente, esta ola de reformás terminó alcanzando a los Procesos Civiles Latinoamericanos, hasta la fecha.

3.2 Principios procesales aplicables a la producción de la prueba testimonial

3.2.1 Principio de Oralidad

3.2.1.1 Oralidad y Escrituralidad

El principio de la oralidad al igual que el de escritura, suelen ser referidos a la forma que predomina en el proceso. Así se afirma que rige el principio de oralidad en aquellos procesos en que predomine la palabra hablada sobre la escrita; y que rige el principio de escritura en los procesos en los que predomina el empleo de la palabra escrita sobre la palabra hablada. En ambos casos se trata de predominio en el uso y no de uso exclusivo;^[169] ya que, si se atiende sólo al elemento externo de la oralidad y del procedimiento escrito, es fácil equivocarse sobre la índole del proceso. Por ejemplo, partiendo del hecho de que un determinado código permita la vista y discusión oral, podría creerse que es un proceso oral, aún cuando sea predominantemente escrito, al contrario, el que una ley admita los escritos, puede hacer creer que el proceso es escrito, aunque sea predominantemente oral. Es difícil imaginar hoy un proceso oral que no admita en mayor o en menor grado actos escritos^[170].

Tal situación debe tomarse en cuenta al realizar un análisis crítico del Código Procesal Civil y Mercantil en relación al Código de Procedimientos Civiles, ya que, a pesar de que en este último cuerpo normativo, se encontraban figuras tales como: El juicio extraordinario verbal^[171], el juicio conciliatorio^[172] y el examen de los testigos^[173], etc.; de ninguna manera sería lógico concluir que el proceso civil salvadoreño era oral; ya que todas esas diligencias se realizaban a través de procedimientos generalmente escritos. Por ejemplo para el caso del examen de los testigos el cuál debía ser oral por naturaleza, en el PrC resultaba siendo un acto procesal evidentemente escrito; ya que, las preguntas realizadas al testigo constaban en un pliego preelaborado el cuál se leía textualmente, ya sea por el Juez o su delegado, limitándose el testigo a responder “sí” o “no”; a continuación la deposición del testigo se asentaba en un acta del expediente, debiendo firmarla el Juez, el secretario y el declarante, acta que era examinada posteriormente (no en el acto) por el Juez al momento de analizar las pruebas para dictar su fallo.

De igual manera sólo por que el CPCyM permite en su Artículo 352 que las partes entreguen al Juez sus preguntas por escrito, en el caso del interrogatorio domiciliario, no significa que el acto de recepción de pruebas sea de forma escrita y mucho menos la naturaleza del proceso. Estas situaciones han dado lugar a que los procesos se clasifiquen en orales, escritos y mixtos; siendo equívoco este último término, ya que todo proceso moderno es mixto; pero un proceso mixto deberá ser llamado oral o escrito según el sitio que reserve a la oralidad o

a la escrituralidad.

De acuerdo a Chiovenda, “el principio de oralidad no exige prescindir de la escritura en el proceso como su nombre podría hacer pensar al inexperto; como medio perfecto de expresar el pensamiento y de conservar duraderamente la expresión, no podía dejar de tener en el proceso la escritura el lugar que le corresponde en todas las otras relaciones humanas. Pero precisamente de lo que se trata es de darle el sitio que le corresponde, de acuerdo con las condiciones de la vida moderna y según el rendimiento útil que puede prestar en los negocios.

Ahora bien, en todos los casos en que hay que valorar las declaraciones de algunos, sea parte, testigo, o perito, lo cierto es que la viva voz coloca al Juez en mejores condiciones de apreciar la declaración. Cuando la verdad de los hechos resultado de una controversia, es de las partes, sea de testigos o de peritos, la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce. Y aún en las cuestiones puramente jurídicas y en aquellas que el material de hecho resulta todo de documentos, la discusión oral entendiendo por tal el enfrentar concisamente razones a razones, puede conducir a una resolución más rápida y probablemente más acertada, que la que madura en la mente del Juez con la única guía de los escritos”^[174].

3.2.1.2 Definición del Principio de Oralidad

Es aquel que surge de un derecho positivo, en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencias, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable^[175].

Según los procesalistas modernos, la oralidad de los procesos exige que se tramiten de acuerdo con las siguientes normas:

- a) La fijación de la litis debe hacerse oralmente ante tribunal;
- b) Que se respete el principio de inmediación, según el cual, los debates, las pruebas y alegatos deben llevarse a cabo ante el Juez, procurando este tener durante el proceso el mayor contacto posible con las partes;
- c) Ha de respetarse el principio de concentración que exige que las cuestiones litigiosas sobre las que ha de recaer la sentencia no se formulen separadamente sino que se reúnan, y como lo dice el principio, se concentren para su examen, prueba y decisión en una sola audiencia y si esto no es posible en las que sean necesarias, pero que tengan lugar en fechas aproximadas y en el menor plazo;
- d) En el juicio oral la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia tiene, por lo mismo, la mayor importancia en el proceso ya que constituye su núcleo y el medio fiado por la ley para que aquel realice plenamente su finalidad;
- e) Por virtud del principio de concentración, en el juicio oral no deben admitirse Artículos de previo y especial pronunciamiento, ni atribuir a los recursos que se interpongan, efectos suspensivos del procedimiento. También ha de respetarse en el juicio oral el principio de publicidad y procurar que las pruebas se rindan oralmente, en cuanto sea posible, así como los alegatos. Exige el principio de oralidad que el Juez y los Magistrados ante los cuáles se inició y desarrolló el proceso, sean los mismos que pronuncian la sentencia definitiva, porque solo ellos están en condiciones de hacerlo con pleno conocimiento de causa. Si debido a cualquier circunstancia no se satisface, está facultado para decretar que ante el se repita la rendición de pruebas y producción de alegatos.
- f) No obstante, que el juicio oral, debe predominar la forma verbal sobre la escrita en los diversos actos procesales, sin embargo, esta regla general tiene sus limitaciones y entre las figuran como muy importantes las relativas a los escritos fundamentales del juicio y a los llamados de documentación, o sean las actuaciones judiciales en las que se haga constar la fijación del debate, el resultado de las pruebas, las promociones de las partes durante la audiencia, etc.^[176]

3.2.1.3 Función de la Escritura en el Proceso Oral

Por lo tanto, no se excluye la necesidad de la escritura, ya que ésta cumple una doble función en el proceso oral. La primera es la de preparar la sustanciación de la causa. El primer escrito preparatorio es el que contiene la demanda judicial y debe indicar los elementos de la demanda y los medios de prueba de un modo preciso y determinado^[177], para poner al demandado en situación defensiva; en caso contrario la demanda sería desestimada como inepta para proceder. A su vez, el demandado debe de anunciar sus declaraciones de hecho, sus excepciones y los medios de prueba de que intente servirse, en un escrito preparatorio^[178].

Estos escritos preparatorios recuerdan a primera vista los escritos del proceso escrito; pero en realidad se diferencian mucho de ellos. En el proceso escrito son la forma de las deducciones; una demanda, una excepción, una proposición de prueba, no es válida si no se hace por escrito. Los escritos preparatorios del proceso oral en cambio, con excepción del que contiene la demanda inicial no son la forma de las declaraciones, sino sólo el anuncio de que se van a hacer en audiencia. Las declaraciones con eficacia jurídica sólo se hacen en audiencia; en esta, si se pretende mantenerlas, deben ajustarse oralmente a las declaraciones anunciadas, pero se pueden modificar, rectificar o abandonar esas declaraciones y hacer otras no anunciadas. A menudo la declaración oral no será sino una alusión a la declaración escrita, una referencia a los escritos; pero una declaración no se considera hecha si no se hace oralmente, virtualmente o por referencia en audiencia. Los escritos preparatorios son anteriores a la audiencia; es un verdadero contrasentido utilizar la audiencia para la comunicación de tales declaraciones; la escritura sirve para que se comuniquen los ausentes, los presentes utilizan la oralidad.

La segunda función que cumplen los escritos en el proceso oral es la documentación de lo que tiene importancia en el juicio, particularmente de lo que ocurra en la audiencia. A esto tienden tantos los apuntes que toman los jueces durante la sustanciación de la causa, así también las actas; en estas se consignan las respuestas de las personas interrogadas como partes, como testigos, o como peritos, las deducciones no contenidas en los escritos preparatorios, las resoluciones, distintas de la sentencia, dictada por el Juez. Las actas no sirven tanto de ayuda de la memoria del Juez que debe fallar, cuando de documentación de la actividad procesal por si el proceso pasa a instancias posteriores^[179].

De acuerdo al magistrado costarricense Olmán Argueda, la oralidad no debería aplicarse en todo caso y para toda contienda. Debe verse la utilidad práctica que de ello pueda derivarse, pues de no ser así, es preferible sacrificar el principio doctrinario.^[180] Esta afirmación se manifiesta en el CPCyM, cuando en un proceso, por ejemplo se discuten cuestiones de mero derecho.

3.2.1.4 Principios Procesales derivados de la Oralidad

El término mismo de “oralidad”, adoptado por la necesidad de expresar de una forma simple y representativa un complejo de ideas y características, puede conducir a error si no se analizan los principios distintos, si bien estrechamente relacionados entre sí, contenidos en esa fórmula y que dan al proceso oral su aspecto específico. Estos principios, aún cuando a veces han sido contemplados en cuerpos normativos de procesos escritos únicamente pueden surtir efectos prácticos en un proceso predominantemente oral; y de igual manera el principio de oralidad no pudiera aplicarse

sin la presencia de éstos mismos.

Por tanto el proceso oral se descompone en la aplicación de los siguientes principios:

La inmediación, o relación directa entre el Juzgador, las partes y los sujetos de la prueba (testigos, peritos, etc);

La concentración del debate en una o dos audiencias;

La publicidad de las actuaciones judiciales, particularmente de las audiencias, a las cuáles debe tener acceso cualquier persona, con la salvedad de las previstas en la ley; y

La libre valoración de la prueba.

Los anteriores poseen a su vez, principios alterativos derivados de la escrituralidad, los cuales son: Mediación, Dispersión, Secreto y Sistema de Prueba Legal^[181]; de los cuáles también se realizará mención posteriormente.

3.2.2 Principio de Inmediación

3.2.2.1 Definición de Inmediación

Este principio procesal es uno de los más emblemáticos del proceso oral, al respecto se ha dicho que talvez es más importante su predominio en los procesos de naturaleza penal, afirmación no del todo correcta, ya que la cercanía del Juez a las partes y a las pruebas, es garantía de una resolución más apegada a la verdad y a la justicia.

Respecto a este principio existen innumerables conceptualizaciones, de las cuáles se han escogido las más completas. El magistrado costarricense RICARDO VARGAS, por ejemplo, define el principio de inmediación de la siguiente manera: "... Hablar de oralidad es hablar forzosamente de inmediación y concentración. Lo fundamental de este principio es que durante el desarrollo de las audiencias en el proceso, las partes se comuniquen directamente entre sí y con el Juzgador y que este a su vez se comunique con las partes y con las demás personas que intervienen el proceso.^[182]". Anteriormente a él, BENTHAM opinó al respecto: "Este principio corresponde a las relaciones entre el Juzgador y el material fáctico. En estrecha relación con el principio de oralidad se encuentra el de inmediación, significa dicho principio que el juicio y la realización de los medios probatorios debe ser a presencia del Juez, tanto así que se afirma que sólo quien ha presenciado la totalidad del procedimiento, oídos los alegatos de las partes y quien ha asistido a la práctica de la prueba, está legitimado para pronunciar sentencia...^[183]

Por lo tanto es fácil concluir que la oralidad está incluida en el concepto de inmediación, pero hay que aclarar que aún cuando la inmediación implica el contacto directo del Juez con las partes en cada una de las fases del proceso, nunca es más importante como lo es en la etapa probatoria, ya que es ahí donde la inmediación es absolutamente necesaria y más eficaz. Por lo que autores como CHIOVENDA definen la inmediación como un principio de la etapa probatoria: "El principio de inmediación, quiere que el Juez que debe pronunciar la sentencia, haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales cabe derivar su convencimiento, esto es, que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, los peritos, y con los objetos de juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, etc., a base de la inmediata impresión recibido de ellos, y no con base a la relación ajena".^[184]

3.2.2.2 Inmediación y Oralidad

Como arriba se mencionó, el principio de inmediación es un componente para la aplicación efectiva del Principio de Oralidad; ya que, un proceso oral no puede desarrollarse sin la inmediación entre el Juez y las partes; y es poco probable que tal contacto exista en un proceso predominantemente escrito.

Esta es también la opinión de autores, quienes al definir el concepto de inmediación lo ligan con el de oralidad, definiendo la inmediación como sub-principio de la oralidad. Tal situación presenta dos aspectos importantes:

El Juez debe estimar preferentemente aquellos medios de prueba que se encuentran en la más directa relación con las afirmaciones del hecho objeto de la misma.

La valoración de la prueba debe realizarse lo más pronto posible una vez finalizado el Juicio.

El Juicio Oral está presidido por el Principio de Inmediación. El Juez ha de preguntar a las partes si se pronunciarán sobre las pruebas, informes o conclusiones, lo cual debe realizarse necesariamente frente al Tribunal.

3.2.2.3 Inmediación en la actividad probatoria

Como anteriormente se ha apuntado, al definirse la inmediación, algunos autores han circunscrito su actividad únicamente a la etapa probatoria; respecto a este punto son interesantes las consideraciones que al respecto emite BENTHAM, las cuáles confirman la afirmación acerca de la incidencia de la inmediación en esta actividad procesal: "Al igual que la oralidad, para la calificación de un proceso como inmediato o mediato, lo fundamental es la fase probatoria. Un proceso está precedido por la inmediación del Juez que deba conocer de los actos, presenciar la práctica de las pruebas. El juicio oral está presidido por el principio de inmediación. El Juez ha de preguntar a las partes si se pronunciarán sobre las pruebas, informes o conclusiones los cuales deben realizarse necesariamente en la audiencia.

Y es que para la eficacia de la prueba, para el cumplimiento de sus formalidades, para la legalidad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el Juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego sobre su recepción. Este principio contribuye a la legalidad, autenticidad, pertinencia y validez de la prueba; de lo contrario, el debate probatorio se convertirá en una lucha privada, y la prueba dejaría de tener el carácter procesal. La inmediación permite al Juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de interrogatorios, reconocimiento judicial, declaración de parte, etc.; pero significa también este principio que el Juez no debe permanecer inactivo, no hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar investido de facultades para intervenir activamente en su práctica. Sólo así puede decirse que el Juez es el director del debate probatorio, es el complemento indispensable de la inmediación"^[185]. Es de hacer notar, que el autor resalta la importancia de la inmediación en la apreciación de la prueba en materia de interrogatorios, y es quizás en esta práctica es en donde este principio es más necesario.

3.2.2.4 Inmediación y Mediación

A manera de conclusión debe hacerse mención de la predominancia de la

“mediación” en el anterior Proceso Civil Salvadoreño. Que aún cuando regulaba la obligación del Juez de tener contacto con las partes y la prueba, esto únicamente quedaba en el plano teórico; ya que la predominancia de la escrituralidad permitía que el Juez se desligara del contacto con las partes o los medios de prueba, sin mayor obstáculo. El autor español MANUEL GARCÍA y el italiano MARIO DEVEALI opinan al respecto: “El principio de inmediación, coloca al Juzgador en una situación idónea para valorar las pruebas que ante su presencia se están realizando, por ello se viene manteniendo su exigencia y virtualidad práctica, desterrando viejos usos y corruptela que habían convertido en habitualidad, la práctica de las pruebas ante otros funcionarios: Secretarios, Oficiales, Auxiliares”^[186]. “Evidentemente, la inadecuada práctica de delegar la recepción de los elementos probatorios es violatoria de este principio, salvo excepciones absolutamente necesarias”.^[187] Lastimosamente, estos autores sin saberlo, describían la realidad que en el Proceso Civil salvadoreño se dio por casi siglo y medio, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles.

3.2.3 Principio de Concentración

3.2.3.1 Definición del Principio de Concentración

El procesalista EDUARDO COUTURE ofrece una sencilla y a la vez práctica definición del Principio de Concentración, expresando que “es aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos”^[188]. La definición del salvadoreño OSCAR CANALES CISCO guarda similitud con el anterior, de acuerdo a él, el principio de concentración “pretende que la realización de los actos procesales guarde proximidad temporal entre ellos, tanto en la intervención de las partes como el Juez respecto a sus resoluciones judiciales, todas en una sola audiencia, si fuere posible”.^[189] El elemento común entre ambas definiciones consiste en la proximidad de los actos procesales con el objeto de reducir el tiempo, lo que es básicamente la finalidad del referido principio.

En un proceso oral, este principio significa que el Juez debe conocer el mayor número de hechos que se relacionen entre sí, en una sola audiencia, con lo que se procura una visión más completa de la litis. El Juez debe concretar toda la actividad en un espacio de tiempo lo más pronto posible, logrando esto a través del acortamiento de los plazos.^[190]

En conclusión el principio de concentración se define como aquel que procura que el proceso se desenvuelva de la manera más reunida posible, primeramente a través del acercamiento temporal de los actos procesales y en segundo lugar, la concreción del mayor número de estos mismos en una sola audiencia.

3.2.3.2 Concentración y Oralidad

Como anteriormente se ha apuntado, el principio de concentración es una consecuencia del principio de oralidad, ya que es a través de un proceso por audiencias, predominantemente oral, es como puede lograrse la aplicación de tal principio. Así lo expresa el magistrado español MANUEL GARCÍA PRADA, quien es de la opinión que el principio de concentración está inexorablemente conectado y relacionado con el principio de oralidad, facilitando la brevedad y economía de los procesos, mediante la concentración de trámites en un mismo acto. Supone igualmente reunir en un solo acto las cuestiones incidentales con las de fondo, opina en cambio,

que en el proceso escrito, se puede dar una dispersión de trámites, como cuando se promueven incidentes, que se tramitan en pieza separada, no impidiendo la continuación del pleito principal.^[191] Por lo dicho anteriormente se puede decir que solo en los procedimientos orales tiene aplicación adecuada este principio, ya que en las audiencias se presentan todas las excepciones y se plantean todos los incidentes, además de alegarse las pruebas y formularse los alegatos y por regla general en la sentencia se resuelven todos estos problemás, sin que pueda suspenderse el curso del proceso para darle previa solución a uno de ellos.^[192]

3.2.3.3 Función Práctica de la Concentración en el Proceso Oral

El magistrado costarricense ORMÁN ARGUEDAS es de la opinión que no solo existe la concentración de la actividad procesal, sino que también, el principio de concentración se enfoca desde el ángulo de la concentración del contenido del proceso. Lo primero se analiza no solo desde el punto de vista antes mencionado, esto es, la concentración de los medios de prueba en una sola audiencia si fuera posible, sino también desde el punto de vista de si las actuaciones han de quedar encomendadas a un solo Juez, o si por el contrario la tramitación quedará encomendada a un Juez y la decisión a otro. Lo segundo, concentración del contenido, alude al rechazo que debe hacerse de peticiones improcedentes e impertinentes, y a lo que debe discutirse como fundamento de un recurso.^[193] Añadiéndose a las funciones mencionadas por Arguedas, debe mencionarse que la concentración también permite acelerar el proceso y dar facultades amplias al Juez en la dirección del mismo, tendientes a evitar aquellas diligencias que estime innecesarias, inútiles o inconducentes.^[194] También se busca resolver, en un solo acto diversos momentos que integran el proceso. Pero lo fundamental de este principio es que constituye una garantía para la correcta función jurisdiccional, en tanto el Juzgador guardará mejor en su memoria lo actuado en menos y más concentradas audiencias que si, por el contrario, estas fueran numerosas y prolongadas^[195].

Y es como ya se mencionó, al crear una definición del principio de concentración, este principio procesal no solamente importa beneficios al reunir la actividad procesal, sino también el contenido del proceso; ya que, al dársele al Juez, la dirección del proceso oral, este puede ordenar las diligencias, contribuyendo así, tal como lo menciona JORGE OLASO, a una “correcta función jurisdiccional”.

3.2.3.4 Principio de concentración en la actividad probatoria

Nuevamente ORMÁN ARGUEDAS, resalta la incidencia positiva de la aplicación del principio de concentración en la actividad probatoria, exponiendo que “la concentración de las actuaciones, si bien debe ocurrir a través de todo el proceso, su plena manifestación lo es en la fase probatoria aunque se trate de proceso escrito, porque, ni siquiera una excelente documentación de los medios probatorios es más eficaz que una buena concentración de los medios de prueba”.^[196]

Y es que, en materia de prueba, la única forma de darle eficacia a este principio es desarrollando la actividad probatoria en una sola audiencia o de ser imposible, en varias

próximás en el tiempo, con el objeto que no desaparezcan de la memoria del Juez los actos orales que él ha presenciado, y una vez ya se ha evacuado la prueba, el Juez debe realizar una pronta resolución del proceso^[197].

3.2.3.5 Concentración y Dispersión

Como anteriormente ya se ha apuntado, el Juez debe concentrar toda la actividad en un espacio de tiempo lo más pronto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso; lo que en definición se contrapone al principio de eventualidad o dispersión, éste último principio presente permanentemente en los procesos de índole escrita.

La Concentración en un proceso por audiencias se logra a través del “acortamiento de los plazos y términos; la preparación del juicio, con la audiencia preliminar que se constituye como una etapa procesal de saneamiento y purificación de proceso; la oralidad, así los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia o audiencia próximás con el fin de que los celebrados no desaparezcan de la memoria del Juez: la preclusión, que además favorece la aceleración del procedimiento, descongestiona de nuevas pretensiones y resistencia, lo que contribuye a disminuir las costas procesales producidas a lo largo del tiempo.”^[198] Todas estas medidas consecuencia del principio de concentración (exceptuando la preclusión), únicamente son factibles de aplicación en un proceso oral; por lo tanto cuando un proceso es predominantemente escrito, es imposible aplicar tales medidas y por lo tanto se produce dispersión y con eso retardación de justicia.

3.2.4 Principio de Publicidad

3.2.4.1 Definición del Principio de Publicidad

Una de las ventajas de la aplicación del principio de oralidad en el proceso civil es la apertura al principio de publicidad; principio que como anteriormente se ha expuesto, históricamente se ha vinculado con la “esencia misma del proceso democrático de gobierno, y además constituye, el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre el poder ejercido por los jueces”^[199], y es a la vez una garantía para el acusado (o demandado), pues “impide la arbitrariedad de la justicia^[200]”.

Doctrinariamente, no existe un consenso generalizado en la definición de este principio, ya que cada descripción posee diferentes alcances, esto es debido a que la publicidad es entendida desde dos puntos de vista, que se explicarán en el subcapítulo siguiente. Las definiciones de Echandía y Ossorio presentan quizás, algunas de las descripciones que más se adaptan a los alcances de este principio.

DEVIS ECHANDÍA, por ejemplo, define el principio de publicidad como “aquel consistente en que las partes tienen derecho de presencia previo reconocimiento todas y cada una de las actividades que se realicen dentro del proceso; es decir, apreciar los diferentes medios probatorios que se presenten por las partes entre sí, examinar los autos y todos los escritos referentes al juicio. Significa que no debe haber justicia secreta ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones”.^[201] MANUEL OSSORIO, en su reconocido diccionario define así el concepto de publicidad: “Principio fundamental del procedimiento moderno, opuesto al secreto inquisitorial, que establece como suprema garantía de los litigantes, de la averiguación de la verdad y de los fallos justos, que en la

instrucción de la causa, con ciertas reservas en lo penal, la práctica de la prueba, los alegatos y los fundamentos de las resoluciones, sean conocidos no solamente de las partes y de los que intervienen en los procesos, sino de todos en general”.^[202]

3.2.4.2 Publicidad Interna y Externa

Anteriormente se mencionó que el principio de publicidad doctrinariamente, se entendía doctrinariamente desde dos diferentes alcances y que esto incidía en la definición del principio, estos alcances o versiones son: La publicidad interna y la externa.

La primera, se refiere a que las partes tengan conocimiento, mediante la notificación respectiva, de todos los actos desarrollados por el Juez durante el proceso, a fin de que puedan ejercer sus derechos pertinentes; ^[203] exige entonces la necesidad de vías de notificación y comunicación de los actos procesales y fijación de los sujetos que sean receptores de la notificación y comunicación. Los actos procesales deben ser notificados a las partes sin que puedan existir cortapisas a la publicidad interna. Así, expresamente lo consagra el Artículo 18 de la Constitución de El Salvador al reputar como derecho de toda persona el que se le resuelvan sus peticiones y se le haga saber lo resuelto. De ahí, que sea nulo por inexistencia todo acto procesal que no haya sido notificado. Por ello, es obligación del Juez procurar que se notifiquen las resoluciones a las partes, de tal forma que sean concedoras de la marcha procesal de su pretensión.

En cambio la segunda, comprende el conocimiento que puedan tener aquellas personas extrañas al proceso sobre las actuaciones realizadas dentro de él, por ejemplo la posibilidad de presenciar una audiencia. Esto con el propósito de brindar a la ciudadanía la posibilidad de fiscalizar la conducta de los jueces y litigantes. Por ello este principio sirve para elevar el grado de confianza de la comunidad en la administración de justicia.

Es de hacer notar que la publicidad contempla ciertas excepciones.^[204] Sobre este aspecto, la Constitución de El Salvador alude a la publicidad externa, al "Juicio Público", en el Artículo 12, al referirse a los juicios penales, debiendo de entenderse que no existe ningún elemento impeditivo para entender dicho principio constitucional al proceso civil. La publicidad externa es de necesidad evidente si queremos tener una justicia transparente, propia de una democracia, en la que por las personas que lo deseen, pueda efectuarse un control social sobre el desarrollo del proceso.

3.2.4.3 Publicidad y Oralidad

Desde luego que es en los procesos orales donde el principio de publicidad, especialmente la publicidad externa, puede alcanzar su máxima efectividad; ya que para ser sinceros no basta con abrir los expedientes escritos de un proceso civil al público, ya que sería imposible el control social que se ha venido mencionando; es necesario que el proceso se desenvuelva de una forma predominantemente oral, para que la publicidad pueda ser efectiva, gracias a la celebración de las audiencias, en donde la misma prueba, los mismos alegatos e interrogatorios que escucha el Juez, sean igualmente percibidos por la comunidad.

Y es que “la publicidad es un complemento de la oralidad, sirve para dar a conocer los

conceptos jurídicos a toda la sociedad, en lo cual desde luego, ésta tiene interés. Desde este ángulo, la opinión pública será un medio de control de los órganos jurisdiccionales, y también constituye un medio educativo en cuanto a lo jurídico. Pero debe advertirse que no se debe confundir la publicidad con espectacularidad, como no debe confundirse la oralidad con la oratoria”. [205]

4.2.4.4 Publicidad y Secreto

Arriba se ha mencionado, que la publicidad, tanto interna como externa están reguladas en la Constitución salvadoreña, a pesar de esto, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, la publicidad fue imposible, ya que el proceso era de orden escrito.. Así lo afirma Couture quien escribió: “Como es sabido, el método escrito que rige la mayoría de los países hispanoamericanos, disminuye la efectividad del principio de publicidad, debido a que este método hace prácticamente imposible la fiscalización popular aludida.”[206] Por lo tanto, es obvio concluir la relación existente entre publicidad y oralidad, y secreto y escrituralidad.

3.2.5 Principio de Libre Valoración de La Prueba

3.2.5.1 Definición de Sana Crítica

Ya en el capítulo anterior al hablar sobre la Teoría General de las pruebas, se mencionaron los sistemas de valoración de la prueba; recapitulando, se mencionó que existen dos grandes sistemas de valoración de la prueba: Prueba Legal o Tasada, y el sistema de la Libre Valoración que a su vez se dividía en: Intima Convicción y Sana Crítica; respecto a este último sistema se apuntó que se realizaría la explicación de este el presente subcapítulo. Debe aclararse que la libre valoración de la prueba, no es solamente un sistema de valoración, sino que a la vez, también es un principio procesal. Esta afirmación deriva de la definición de principios procesales, entiéndase por estos, aquellas directrices que guían al Juez y a las partes procesales en el desarrollo del proceso. Y es que, la libre valoración, en el caso del CPCyM, Sana Crítica, dirige las valoraciones del Juez respecto a diferentes cuestiones, por ejemplo: Credibilidad del testigo, admisión de probanzas, la prueba misma, etc. Por lo tanto, puede señalarse que en el CPCyM, la Sana Crítica como sistema de Libre Valoración de la Prueba, es un principio procesal que guía las decisiones del Juez, especialmente en la actividad probatoria.

Anteriormente se señaló que la doctrina procesal se ha enfrentado con el problema de definir que es la sana crítica, y que esta puede resumirse como el conjunto de reglas que **“conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la sana razón”**[207].

3.2.5.2. Características de la Sana Crítica

Las características de la sana crítica se pueden deducir de sus diferencias con otros sistemas de valoración de las pruebas. En primer lugar, a diferencia del Sistema de la Tarifa Legal en donde existe la preferencia de pruebas, las pruebas plenas y semiplenas; en la Sana Crítica, únicamente será el convencimiento del Juez lo que determine si un medio probatorio es suficiente para probar uno o los hechos alegados. En segundo lugar, el Juez únicamente puede derivar su convencimiento de la prueba que haya sido producida en el juicio de manera legal y oportuna, por lo tanto, a diferencia del sistema de la Íntima Convicción, no puede basar su fallo en el conocimiento adquirido fuera del proceso^[208]. En tercer lugar, el Juez puede obtener la prueba producida de manera legal y que no vaya contra la moral o la libertad personal de las partes o de terceros, no importando de cual medio probatorio se extraiga.^[209], situación imposible en un sistema de Prueba Tasada en donde por ley se determina cuáles medios probatorios son admitidos y para cuáles casos. En cuarto lugar, es muy importante resaltar que el Juez se encuentra obligado a motivar las resoluciones que tome en cuanto a la valoración que de la prueba realice^[210], por lo tanto no puede emitir su fallo sin explicar las razones que lo llevaron a su convencimiento, como lo hacen los jurados en el Sistema de la Íntima Convicción, debe explicar sus motivos con el objeto de garantizar la legalidad de la sentencia^[211].

3.2.5.3. Elementos de la Sana Crítica

De acuerdo a Osvaldo Gozaini, las reglas de la sana crítica no son normas de contenido lógico, porque si lo fueran significarían permanecer en el desconcierto o si pertenecen al campo del sentido común, la experiencia de la vida perspicacia normal de un hombre juicio y reposado, lo que las ubicaría en un plano normal de conducta y responsabilidad. Como lo afirma Couture, la sana crítica, está compuesta por las “reglas del correcto entendimiento humano”, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia; y tales reglas son: Las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y las reglas de la psicología.

En primer lugar las máximas de la experiencia, son aquellas “definiciones y juicios hipotéticos de contenido general procedentes de la experiencia”; y tal como agrega RUTH AGUILLÓN, dentro de la experiencia común se recogen conocimientos psicológicos, sociológicos, políticos, históricos, éticos, económicos, artísticos, literarios, etc.; por lo que las máximas de la experiencia no pueden considerarse rígidas e invariables, pues se transforman a través del tiempo, ya que tienen como fuente los hechos de la vida que vienen de diferentes acontecimientos sociales y económicos.

En segundo lugar debe decirse que las reglas o principios lógicos son cuatro: principio de identidad, de contradicción, de terceros excluidos y de razón suficiente. El principio de identidad establece, que la identidad determina la diferencia entre las cosas, o sea lo que es igual a si mismo es diferente a otro. El principio de contradicción enuncia que “una cosa no puede ser a la vez y no ser”. El principio de tercero excluido afirma que dos juicios contradictorios no pueden ser falsos simultáneamente ya que uno de los dos debe ser verdadero. En último lugar el principio de razón suficiente, establece que un elemento aislado, por si sólo no prueba nada, debe estar probado por otros elementos probatorios.

Las terceras reglas de la Sana Crítica son las de la psicología, entendiendo como ésta, la ciencia empírica del pensamiento; de acuerdo a Fernando de la Rúa, no es necesario que indique cuál sea el procedimiento psicológico que emplee, aún así debe aplicar un procedimiento de este tipo.^[212]

3. 2.5.4 Sistema Mixto de Valoración

En este punto debe aclararse, que de acuerdo al Artículo 416 CPCyM, el Juez deberá valorar las pruebas conforme a las reglas de la Sana Crítica, no obstante en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado; significando lo anterior que el sistema de valoración de la prueba en el proceso civil salvadoreño, será mixto.

En teoría no hay un sistema mejor que otro y que los casos que la ley establece prueba tasada, no pueden ser considerados como manchas o atrasos en la legislación procesal, la valoración legal que se hace en la prueba de confesión es absolutamente lógica, la que se hace en la prueba de documentos responde a principios y necesidades que implican la existencia y la estabilidad del tráfico jurídico; de modo que en nada empaña un buen sistema de valoración de la prueba, el hecho de que en casos determinados, concretos y contrastados a lo largo de los siglos se utilice un criterio de valoración en el que las máximas experiencias son ofertadas e impuestas por el legislador.

Frente a este sistema de prueba legal se impone el la Sana Crítica en los medios probatorios en los que la ley lo determina, de modo que podemos decir que nos encontramos con un sistema de valoración de la prueba muy eficaz y en que las máximas experiencias que necesita el Juez para la valoración vienen dadas por la ley, por las partes, o por el propio Juez según los casos y supuestos.^[213]

4. INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DERIVADOS DE LA ORALIDAD EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

4.1 Fundamento Constitucional de la Prueba Testimonial

La Constitución de la República de El Salvador, es una norma rodeada de una serie de características que le hacen especial respecto a las demás, es una norma cualitativamente distinta en la medida en que incorpora una serie de valores que informarán el resto del ordenamiento jurídico salvadoreño. Dentro de sus características esenciales está su *supremacía* es decir, que “ocupa la cima del ordenamiento jurídico del Estado. Es la Ley suprema. A ella se encuentran subordinadas todas las demás normás jurídicas”^[214]. Esta característica constitucional se debe a que “dicho cuerpo normativo cumple una función política estabilizadora, es un pacto entre los diferentes sectores sociales, económicos y políticos (...) para conformar al Estado de determinada manera y someterse a las reglas discutidas y acordadas. Se espera así, que ningún sector, aún cuando disponga del poder para ello, tenga interés en sobrepasar las normás de la Constitución, pues de hacerlo estaría poniendo en peligro el equilibrio obtenido en ella y se expondría a perder las ventajas adquiridas”^[215].

Aunado a lo anterior cabe mencionar que “la Constitución en su carácter de suprema, es la principal fuente del ordenamiento jurídico de donde se derivan las restantes”^[216] lo cual le proporciona un puesto privilegiado y único.

De la Constitución emanan una serie de derechos fundamentales, así como de garantías a dichos derechos encontrándose entre ellas a la Garantía de Audiencia también llamada “Garantía del Debido Proceso Legal” o “De la Ley de la Tierra” en los países anglosajones “implica el derecho que tiene todo gobernado de obtener la protección de los tribunales contra las arbitrariedades del poder público y cuyo objetivo es tutelar la seguridad y certeza jurídica, y por consiguiente mantener el orden público”^[217] dicha garantía se estatuye en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8.1 al enunciar que “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La Constitución vigente recoge dicha garantía en su artículo 11 inciso primero al enunciar: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”

Respecto a la naturaleza de la Garantía de Audiencia la Sala de lo Constitucional ha manifestado según sus criterios jurisprudenciales que: “esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados; y, en segundo lugar, es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente”^[218]

La Garantía de Audiencia da la apertura para que exista el debido proceso así como el derecho de defensa quienes entre sí guardan una íntima relación además es Indubitable sostener respecto a la naturaleza del derecho de defensa que es al igual que al del debido proceso de naturaleza meramente procesal, puesto que “su violación no puede generarse en nuestro caso fuera de un proceso judicial, por lo tanto el derecho de defensa goza de plena protección, en cualquier nivel jurisdiccional (...)”^[219] la Sala de lo Constitucional sistematiza su criterio jurisprudencial respecto a este tema al enunciar: “...El derecho de defensa está íntimamente vinculado al conocido como derecho de audiencia, pues cuando este

establece que todo juzgador, antes de solucionar la controversia, tiene que haber posibilitado – de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la Constitución- al menos una oportunidad procedimental para oír la posición del demandado – principio del contradictorio -, y sólo puede privarlo de un derecho después de haberlo vencido, no cabe duda que todas las oportunidades de defensa a lo largo del proceso también son manifestaciones o aplicaciones in extremis de este último derecho, convirtiéndose el derecho de defensa en un derecho de contenido procesal que no puede disponerse a voluntad de los sujetos procesales, pues sus elementos y manifestaciones deben respetarse forzosamente por su naturaleza constitucional...”^[220]

Conservando el orden, de ideas la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en sus líneas y criterios jurisprudenciales ha manifestado que “el derecho de defensa pretende que cada una de las partes pueda refutar las argumentaciones de su contraparte, que constituyen la base de su pretensión o resistencia. En otras palabras, el mencionado derecho les otorga a las partes la posibilidad de expresar su punto de vista, de manera que se permita a éstas defender su respectiva posición procesal, garantizándose así su intervención efectiva dentro del proceso”^[221]

Partiendo de la idea precedente, una de las etapas procesales más importantes del proceso es la fase probatoria. Al estudiar la normativa constitucional con la finalidad de identificar el fundamento sobre el cuál descansa el derecho a la prueba; se “nos permite expresar, que no existe tal disposición jurídica en nuestra Constitución salvadoreña que haga referencia expresa a la misma. Ésta carencia legal de carácter constitucional no impide que el derecho a la prueba sea tutelado o protegido ante una vulneración del mismo por alguna autoridad, mediante un proceso de amparo, como último instrumento, en caso que la competencia ordinaria deje insatisfecho al agraviado”^[222].

Es necesario encajar dentro de la norma constitucional de carácter procesal al derecho de prueba incluyendo dentro de éste a la Prueba Testimonial, con la intención de evitar cualquier desprotección, enmarcándose el mismo dentro derecho de defensa contenido en el artículo 11 de la Carta Magna.

Siendo a partir del anterior precepto constitucional que “la autoridad en un proceso judicial deberá respetar el mandato constitucional, consistente no sólo en escuchar a la persona que se le vincula con la posible pérdida de sus derechos, sino además debe tener la oportunidad de demostrar y desvirtuar cualquier alegación en su contra; para ello la legislación secundaria desarrolla el procedimiento inducido por el imperativo constitucional probatorio”^[223].

En conclusión puede establecerse que el derecho a probar mediante Interrogatorio de Testigos en un Proceso Civil, tienen su fundamento en la libertad probatoria derivada, del derecho de defensa contemplado en el Artículo 11 de la Constitución de la República de El Salvador.

4.2 Regulación del Interrogatorio de Testigos en el CPCyM Salvadoreño.

4.2.1 Generalidades

Habiendo hecho mención, en la parte histórica del presente documento, de la regulación de la Prueba Testimonial en el Código de Procedimientos Civiles; de la teoría general de la prueba, el procedimiento probatorio en el Código Procesal Civil y Mercantil; y las cuestiones teóricas atinentes a la Prueba Testimonial; es necesario desarrollar lo relativo a la producción de la Prueba Testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil, desde

el momento de su proposición hasta el momento de la valoración. El CPCyM regula la Prueba Testimonial en su sección tercera, del capítulo cuarto, en el título segundo, bajo el epígrafe “INTERROGATORIO DE TESTIGOS”.

4.2.1.1 Definición y Objeto

Al desarrollar los aspectos teóricos de la Prueba Testimonial, se estableció que al realizar una definición de este medio probatorio debían tomarse en cuenta los siguientes elementos: El testigo debía ser un tercero; la declaración debía concretarse en hechos percibidos, o que el testigo afirmaba haber percibido directamente. Así también se señaló, que el objeto de dicho medio probatorio lo constituían los hechos que habían caído bajo el dominio de los sentidos del testigo.

Ahora bien, el Artículo 354 del CPCyM establece que los testigos son “*personas que, sin ser partes, pudieran tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de prueba*”. Llama la atención que la definición de Prueba Testimonial ofrecida por esta ley, establece que la declaración ofrecida se basa en los hechos de los cuáles el testigo “pudiera tener conocimiento”, lo que indica que el legislador reconoce que no todos los testigos “conocen” realmente sobre los hechos acerca de los cuáles están declarando. Esto concuerda con el tenor del Art. 357 del CPCyM el cuál establece que el testigo está en la obligación de “*dar razón de su dicho*”, explicando la forma y las circunstancias por las que obtuvo el conocimiento de los hechos. Si se comprueba que el testigo no tiene un conocimiento personal sobre los hechos objeto de la prueba, simplemente su declaración no hará fe.

El epígrafe del mencionado Artículo 354 se lee: “Objeto de la Prueba de interrogatorio de testigo”. Esto se debe, a que dicha disposición menciona el objeto sobre el cuál recaerá la Prueba Testimonial: “Las partes podrán proponer, como medio de prueba, que presten declaración en el proceso las personas que, sin ser partes, pudieran tener conocimiento de los hechos controvertidos que son objeto de la prueba”. En realidad, la totalidad de los medios de prueba admisibles en el Derecho Procesal, recaen sobre hechos controvertidos. Las declaraciones de los testigos, por lo tanto, deben estar referidos necesariamente a datos o hechos que, por conformar los temás y cuestiones debatidas en el pleito deberán ser tenidos en cuenta por el Juez a la hora de emitir su pronunciamiento. Por lo que, con base a lo dispuesto en el CPCyM, debe entenderse que la declaración que realizará el testigo, constará únicamente de hechos, y no apreciaciones, opiniones, “hipótesis o máximas de la experiencia^[224]” y que los hechos sobre los cuáles declarará, son los que han sido controvertidos por las partes.

A pesar de esto, existe una excepción respecto al contenido de la declaración del testigo, la cual le permite que declare, no solamente sobre los hechos controvertidos, sino también que emita sus opiniones respecto a estos. Esta situación es permitida solamente cuando se trata de un Testigo con conocimiento especializado^[225]. El Artículo 358 CPCyM, establece que: “*Si el declarante se refiere a hechos cuyo conocimiento requiere un saber científico, artístico o práctico, solo se tomará en cuenta su declaración, cuando acreditare fehacientemente ser conocedor en el área de que se trate*”. Si un testigo, emite opinión sin haberse comprobado que es un especialista en el área, sus respuestas, podrán ser objetadas, de acuerdo al Artículo 409 CPCyM, sobre esto se expondrá con mayor detalle

posteriormente.

A manera de conclusión la diferencia entre el testigo en sentido estricto y el testigo con conocimiento especializado, radica, en el objeto de sus declaraciones; ya que el primero declara únicamente sobre los hechos que ha percibido directamente, mientras que el segundo, puede añadir también sus opiniones en virtud de su titulación o experiencia práctica, fehacientemente comprobadas.

4.2.1.2 Capacidad de los Testigos

De manera general, puede ser testigo “cualquier persona salvo los que estén permanentemente privados de razón o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de la prueba” (Artículo 355 CPCyM), es decir, tanto aquellas personas incapacitadas mentalmente para declarar, como las que estén privadas del sentido concreto a través del cuál deba adquirirse el conocimiento de los hechos controvertidos por las partes. Por tal razón, un ciego puede declarar como testigo acerca de hechos que puedan ser conocidos a través del oído, el tacto, el gusto o el olfato.

En los casos en que la incapacidad de los sentidos, sea parcial, se ha dicho que el control de esta situación debería operarse en la fase de la valoración judicial, “ponderando los datos recabados a favor y en contra de la credibilidad del testigo^[226]”, por un déficit en la aprehensión de los hechos.

Existe la opinión (sostenida por los redactores del CPCyM comentado) que la incapacidad únicamente debe probarse mediante certificación judicial o administrativa; mientras que otros procesalistas, opinan que tal circunstancia puede probarse al Juez, mediante la desacreditación que la contraparte realice al testigo a través del interrogatorio. Para efectos prácticos, mientras se sienta la jurisprudencia respecto a este punto no regulado en el CPCyM, en la presente investigación se manejará una teoría ecléctica, en donde se entenderá que si no se comprueba la incapacidad por medio de acreditación médica, la parte interesada en probar tal circunstancia, tiene la opción de desacreditar al testigo por medio del interrogatorio respectivo.

En la práctica, las únicas dos causales de incapacidad contempladas en el CPCyM son las arriba mencionadas, ya que de acuerdo al referido cuerpo normativo, no existe límite en la edad del testigo para que este pueda comparecer; esto se infiere del Inciso segundo del mencionado Artículo 355: “Los menores de doce años podrán prestar declaración como testigos si poseen el suficiente discernimiento para conocer y declarar sobre los hechos controvertidos en el proceso”.

Referente a este punto el CPCyM no expresa quién será el encargado de evaluar el discernimiento de los menores de doce años; aunque en razón del principio de dirección y ordenación del proceso (Art. 14 CPCyM), es obvio que será el Juez quien lo determinará. Ahora bien, el CPCyM, no contiene una regulación expresa sobre el modo en que el Juez calificará el discernimiento de los menores de doce años, una solución sería que de acuerdo al Artículo 390 CPCyM, el Juez podría realizar Reconocimiento Judicial sobre objetos, lugares, y personas. En el caso de las personas, el Artículo en mención se está refiriendo a los testigos menores de doce años. El Juez, por lo tanto, estaría facultado para interrogar al menor, con el objeto de calificar su discernimiento. La parte interesada debería, en este caso, ofrecer junto a la Prueba de Interrogatorio de Testigo, el Reconocimiento Judicial; Otra opción, la ofrece el Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, en donde se propone que el Juez en la Audiencia Probatoria, una vez comenzado el interrogatorio, decida si el menor ofrece “visos de aptitud mental y sensorial”

para haber podido percibir los hechos y transmitir una versión comprensible de ellos. Independientemente del camino práctico que decida cada tribunal, la capacidad del menor, será evaluada por el Juez de la causa, de acuerdo a su Sana Crítica.

En este punto debe aclararse que tampoco pueden comparecer como testigos, las personas que hayan comparecido al proceso como partes procesales o sus representantes en los términos de los Artículos 346 y 347 CPCyM; ya sea que tenga la calidad de demandante o demandado. Ya que, la declaración de una parte procesal es un medio de prueba diferente, la cuál se encuentra regulada a partir del Artículo 344 CPCyM. Las partes no pueden declarar como testigos ya que no tienen la obligación de decir la verdad y esto afectaría al interrogatorio desnaturalizándose con ello la Prueba Testimonial.

4.2.1.3 Obligaciones y Derechos de los testigos

De acuerdo al Artículo 362 del CPCyM las obligaciones del testigo son tres:

- a) Comparecer a la Audiencia Probatoria;
- b) Responder a las preguntas que se le formulen; y
- c) Decir Verdad.

a) *“El testigo tiene la obligación de comparecer al acto de la Audiencia Probatoria para la que fue citado...”* (Artículo 362 Inc. 1º CPCyM). Esta citación se hace a través de una esquila, la cuál puede ser entregada por la parte que propuso al testigo o mediante auxilio judicial, de acuerdo a lo establecido en los Artículos 360 y 311 Inc. 3º y 4º del CPCyM.

Puede darse el caso que el testigo no comparezca a la audiencia y esto puede dar cabida a diversas situaciones, dependiendo de si su ausencia se debe a una causa justificada o no, o si fue citado, por una de las partes o mediante auxilio judicial. La forma de proceder se explicará de manera más detallada en el Infra. 4.2.4.1

b) *“También está sujeto el testigo a la obligación de responder a las preguntas que se le formulen, bajo pena por desobediencia a mandato judicial...”* (Art. 362. Inc. 2 CPCyM). Respecto a este punto únicamente puede decirse que tal obligación deriva de la naturaleza misma del testimonio, aunque no en todos los casos el testigo está obligado a declarar. Los Artículos 370, 371 y 372 del CPCyM, establecen las exenciones al deber de responder a las personas que por razón de su profesión, tengan el deber de confidencialidad respecto a asuntos tocantes a sus clientes, el CPCyM menciona a: Las partes y sus abogados respecto de una comunicación sostenida entre ellos, en los casos en los que la ley lo permite; el paciente y el médico en lo referente a la relación profesional, en los casos en que la ley lo permite; el sacerdote y el ministro religioso en lo tocante a asuntos de conciencia o la confesión; el contador público y el auditor, respecto a las comunicaciones sostenidas con sus clientes, a menos que se les obligue por mandato de ley u orden judicial cuando la información sea pertinente y útil a los efectos del proceso; el dueño de un secreto comercial o de negocio y el propietario de una patente o su licenciataria, o el empleado de estos que conozca el secreto, están exentos en los casos en que la ley se los permite; todas aquellas personas que en razón de su profesión u oficio tengan la obligación de guardar secreto.

Debe aclararse que las exenciones son derechos que la ley le otorga a las personas arriba mencionadas, para que decidan si guardarán o no la confidencialidad a que están obligados. Si no declaran, respecto a estos puntos, no serán condenados por desobediencia al

mandato judicial; si declaran se arriesgan a ser perseguidos judicialmente por los perjudicados. Si a pesar de éstas exenciones, se obtiene prueba violando el deber de guardar secreto profesional tal prueba será excluida del proceso y carecerá de valor probatorio, de acuerdo a lo regulado por el Art. 374 CPCyM.

c) Según lo ordena **literalmente** el Art. 362 Inc. 3° CPCyM: “Igualmente, el testigo tiene obligación de decir verdad, con apercibimiento previo a su declaración de las penas en que pudiera incurrir como autor de falso testimonio. Para tal efecto se le deberán leer los preceptos correspondientes del Código Penal...”. Tal obligación se garantiza a través del juramento o promesa de decir verdad, que el Juez tomará al testigo previo a su declaración (Art. 364 CPCyM).

Por lo antes dicho, sobre el testigo se cierne la obligación de no quebrantar dicho juramento o promesa, con la advertencia de las penas en que podría incurrir si comete el delito de falso testimonio contemplado en el Artículo 305 del Código Penal, el cuál reza: “*El que en declaración como testigo ante autoridad competente, afirmar una falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiere acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuáles fuere interrogado será sancionado con prisión de dos a cinco años...*” debe tenerse en cuenta que cuando el testigo que incurra en falso testimonio sea menor de edad, la pena será en proporción a lo que la Ley Penal Juvenil determine.

Respecto a los derechos de los testigos, su regulación se encuentra en el Artículo 363 del CPCyM. Básicamente se reduce al reconocimiento pecuniario, que la parte o partes que lo propusieron, debe o deben realizar en virtud de los perjuicios económicos ocasionados al testigo, debido a su comparecencia en el proceso. Si el testigo, no recibe tal indemnización en el plazo de 15 días, podrá demandar en proceso ejecutivo a quien lo propuso en el proceso.

4.2.2 Proposición del Interrogatorio de Testigos

4.2.2.1 Oportunidad procesal el ofrecimiento y proposición.

Como anteriormente ya se ha establecido, es a las partes a quienes corresponde la carga de la prueba^[227]; por lo tanto, el Interrogatorio de Testigos debe ser propuesto por cada una de éstas. De acuerdo al Código Procesal Civil y Mercantil, en el proceso declarativo común, el ofrecimiento y determinación del Interrogatorio de Testigos, debe realizarse en las alegaciones iniciales, o cuando pretendan la declaración de un testigo: En el escrito de la demanda (Art. 276 Ord. 9°), en la contestación de la demanda (Art. 284 Inc. 1°), en la reconvencción (Art. 285 Inc3°), y en la contestación de la reconvencción (Art. 286). De acuerdo al Artículo 290 CPCyM, al evacuarse los trámites correspondientes de las alegaciones iniciales, el Juez convocará a las partes a la Audiencia Preparatoria, la cual tendrá por objeto entre otras cuestiones: “...*fijar en forma precisa la pretensión y el tema de la prueba, proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la Audiencia Probatoria...*”, y excepcionalmente recibir prueba anticipada (Art. 292 CPCyM). Es entonces, durante la Audiencia Preparatoria, que las partes tienen la oportunidad de proponer los testigos que serán objeto del interrogatorio; Cabe aclarar que el concepto de ofrecimiento y el de proposición del Interrogatorio de Testigos son distintos; ya que el primero se refiere a la señalización de los posibles testigos que serán llamados a declarar, y la proposición es la individualización de los testigos previamente ofertados, quienes serán los únicos citados a la Audiencia Probatoria.

De acuerdo al Art. 309 CPCyM, al fijarse el objeto de la prueba, se propondrán los

testigos que declaren sobre los hechos respecto de los cuáles haya disconformidad. Las partes “por su orden procederán a comunicar al Juez las pruebas de las que intentarán valerse en el acto de la Audiencia Probatoria...” (Art. 310 CPCyM). Durante la misma Audiencia Preparatoria, las partes pueden solicitar que los testigos sean citados por la oficina judicial (Arts. 311 Inc. 3º y 360 Inc. 2º CPCyM), señalando el lugar en que puede practicarse la citación, la cual se practicará con antelación suficiente respecto de la fecha de inicio de la Audiencia Probatoria. Si no se solicita la citación por auxilio judicial, debe entregarse la esquila judicial al procurador que lo propuso, para que este se encargue de entregársela a su testigo.

El Artículo 326 regula el Interrogatorio Anticipado de Testigos y enuncia que: “cuando por las circunstancias del caso sea de temer la pérdida de un medio de prueba por la imposibilidad de reproducción de los hechos en la Audiencia Probatoria, sea por la situación de las personas o el estado de las cosas, y aún no se hubiera iniciado el proceso en que habría de producirse ésta, el futuro demandante, o demandado, que pretenda establecer la existencia de un hecho podrá acudir al Juez competente a efecto de que sea practicado anticipadamente...”. El Interrogatorio de Testigos, puede ser propuesto antes de iniciar el proceso o ya iniciado, siempre que sea antes de la audiencia de prueba, y esto es en el caso de la “prueba anticipada”. Esta práctica es procedente en el caso de que la situación de los testigos sea de tal gravedad, que haga muy probable su inasistencia futura a la Audiencia Probatoria. De acuerdo al Inciso 2º del Artículo 328 del CPCyM, si el proceso al cual tendría que incorporarse la prueba que se esté anticipando, no está en trámite, debe iniciarse dentro del mes posterior a la práctica anticipada del Interrogatorio de Testigos, si ese es el caso.

4.2.2.2 Forma de proposición del Interrogatorio de Testigos

La redacción original del CPCyM, establecía que al momento de proponerse la prueba durante la Audiencia Preparatoria debía singularizarse el medio de prueba que debía utilizarse, con la debida especificación de su contenido y finalidad a la parte contraria (Arts. 310 Inc. 2 y 317 Inc. 2 CPCyM) y hasta la fecha la redacción continua igual. Sin embargo el Art. 276, el cual se refiere al contenido de la demanda, en su ordinal 9º, establece que “la demanda debe contener”... “el ofrecimiento y determinación de la prueba”. Se ha dicho que existe una contradicción entre los Artículos que establecen que la determinación de la prueba se realizara hasta la Audiencia Preparatoria, y el Artículo 276 Ord. 9º que establece que tal determinación se realizara desde la demanda. Respecto a este punto, y en lo referente al Interrogatorio de Testigos, somos del criterio que el Juez, puede realizar una integración de las normás y solucionarlo de la siguiente manera: Al realizar el ofrecimiento de la Prueba Testimonial en el escrito de la demanda, contestación, reconvencción o la contestación de ésta; únicamente deben determinarse los sujetos y contenido del Interrogatorio de Testigos. Posteriormente, en la proposición de este medio probatorio, la solicitud deberá contener “la identidad de los testigos, con indicación, en lo posible, del nombre y apellido de cada uno, su profesión u oficio, así como cualquier otro dato que se repute necesario para su más completa identificación. También podrá indicarse el cargo que ocupare o cualquier otra circunstancia que permita identificarlo, así como el lugar en el que pudiera ser citado, en su caso” (Art. 359 CPCyM).

Independientemente del momento en que se determine la identidad y ubicación del testigo, es muy importante que se detalle el contenido del interrogatorio, así como la finalidad de cada punto de este, haciendo referencia a los hechos sobre el cual este recaerá, todo con el fin de motivar su pertinencia. Ya que si el Juez, declara inadmisibile la declaración de un testigo, puede hacerse constar en acta la disconformidad de la parte que lo ofreció y apelar de la sentencia definitiva (Arts. 317 Inc. 3 y 510 Ord. 4º). Además tal determinación es también importante, ya que en virtud del principio de defensa y contradicción (Art. 4 CPCyM)), la contraparte debe saber con qué armás cuenta el oferente de la prueba, para preparar una defensa adecuada.

Respecto a la forma en que debe proponerse el Interrogatorio de Testigos como prueba anticipada, su regulación se encuentra en los Artículos 328 y 329 del CPCyM. El proponente, presenta al Juez, una solicitud en la que deberá alegarse y justificarse la necesidad de la realización del interrogatorio, haciendo referencia a las circunstancias que razonablemente llevarían a la pérdida de la declaración del testigo. Ahora bien, debe aclararse que la diligencia de prueba anticipada puede realizarse antes del proceso, o bien, ya habiendo iniciado este, hasta antes de la Audiencia Probatoria.

También, puede darse el caso, que posteriormente al momento en que se formularon las alegaciones iniciales, se hubiesen conocido por las partes, hechos que sean relevantes para la determinación de la causa de pedir de la pretensión o para la fijación de los términos del debate. Respecto a estos hechos, ya sea que sean nuevos o de nuevo conocimiento, las partes pueden proponer Interrogatorio de Testigos de acuerdo con las reglas arriba explicadas. Esta figura está regulada en el Artículo 307 CPCyM.

4.2.2.3 Número de Testigos

El Código Procesal Civil y Mercantil, no establece un límite a la cantidad de testigos que pueden proponerse, más bien lo deja al arbitrio del Juez quien deberá decidir limitar la cantidad de testigos con el objeto de evitar la práctica de diligencias acumulativas, esto en virtud de los principios de concentración y de dirección y ordenación del proceso. Además el Juez puede obviar las declaraciones testimoniales sobre un determinado punto cuando se considere suficientemente ilustrado sobre él, lo anterior se regula en el Art. 361 CPCyM, sin embargo, en el caso de la sustanciación de las cuestiones incidentales reguladas en el Art. 268 CPCyM, no podrán proponerse más de cinco testigos por cada parte.

4.2.3 Admisión del Interrogatorio de Testigos

Luego de propuesto el Interrogatorio de Testigos en el momento procesal oportuno, mediante una solicitud que cumpla los requisitos de ley, el Juez evaluará tales solicitudes y declarará si el interrogatorio es admitido, más si le resulta que el Interrogatorio de Testigos es impertinente o inútil, lo rechazará (Art. 317 Inc. 3º CPCyM), mediante resolución debidamente motivada (Art. 320 CPCyM). De acuerdo a los Artículos 318 y 319 CPCyM, el Juez no admitirá el Interrogatorio de Testigos, cuando éste no guarde relación con el objeto de la prueba. Tampoco admitirá el interrogatorio en cuestión cuando éste sea inidóneo o superfluo para comprobar los hechos controvertidos; de allí deviene, la necesidad de la determinación del contenido y la finalidad del Interrogatorio de Testigos, ya que debe justificarse su idoneidad y necesidad. También, de acuerdo al Artículo 314, no se admitirá Interrogatorio de

Testigos, ni ningún otro medio probatorio, para probar: Hechos admitidos por las partes, los notorios, los evidentes y la costumbre cuando las partes estén de acuerdo sobre esta.

En el proceso declarativo común, la prueba se admitirá durante la Audiencia Preparatoria, luego de que esta se ha propuesto, sin embargo, en el caso de la práctica anticipada del Interrogatorio de Testigos, la admisión se realizará en un momento diferente: Desde un mes antes de iniciado el proceso, hasta antes de la Audiencia Probatoria. De acuerdo al Inciso cuarto del Artículo 329 CPCyM, *“la Prueba Testimonial anticipada será admisible si en la práctica de la misma, hubiese existido la posibilidad real de contrainterrogar al testigo”*. De la redacción, se observa que la admisión del Interrogatorio de Testigos, se realizará posteriormente al momento de su práctica, supeditando la decisión de admisión a la existencia del principio de contradicción, reflejado en la posibilidad de la práctica del contra-interrogatorio. Por supuesto, que el Juez no admitirá el interrogatorio anticipado de testigos, si en la solicitud no se justificó la necesidad de su realización de acuerdo a los requisitos anteriormente mencionados.

4.2.4 Práctica del Interrogatorio de Testigos

4.2.4.1 Generalidades

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 403 CPCyM, *“las pruebas se producirán en audiencia...”*, por lo tanto, el Interrogatorio de Testigos se practicará precisamente durante la celebración de la Audiencia Probatoria del juicio declarativo común, o en la audiencia respectiva en otra clase de procesos. El Artículo 402 Inc. 1º del CPCyM establece, que la Audiencia Probatoria *“tendrá por objeto la realización, en forma oral y pública, de los medios de prueba que hubieran sido admitidos”*.

En efecto, la audiencia comenzará con la lectura de aquella parte de la resolución dictada de la Audiencia Preparatoria en la que quedaron fijados el objeto del proceso, los hechos controvertidos, y la prueba admitida (Art. 402 Inc. 2º CPCyM). Posteriormente se procederá a la práctica de las pruebas. El CPCyM no establece un orden para la práctica de los medios probatorios, sino que deja esta decisión al criterio de las partes (Art. 406 CPCyM), debiendo presentarlas primero el demandante. Por supuesto que el Juez director tendrá la posibilidad de regular el orden, con el objeto de salvaguardar el derecho de defensa de las partes y que el desarrollo del proceso se realice de la mejor forma.

El interrogatorio de los testigos es uno de los medios de prueba que ha de practicarse bajo la intermediación del Juez (Arts. 10,200 y 368 CPCyM), lo que exigirá la presencia efectiva en la Audiencia Probatoria del Juez que esté conociendo del conflicto y que deba resolver el mismo mediante la emisión de la correspondiente resolución definitiva. La Prueba Testimonial, a diferencia de otros medios probatorios no puede encomendarse a otro Juez cuando deba realizarse fuera de la circunscripción territorial del tribunal que conoce (Art. 10 CPCyM); sino que, el Juez debe trasladarse al lugar donde se encuentra el testigo, situación que se tratará más adelante. Lo importante es, recalcar que la Prueba Testimonial debe realizarse bajo la intermediación del Juez so pena de nulidad insubsanable.

Así como es fundamental que la práctica del Interrogatorio de Testigos se realice en una

audiencia oral, es también fundamental que se realice con la publicidad requerida en los Artículos 9, 200 y 402 Inc. 1º CPCyM. Artículos cuya vigencia hará posible que las actuaciones de la fase probatoria puedan ser presenciadas físicamente por cualquier miembro de la sociedad, sin la intermediación de algún medio de comunicación, sin embargo, y con la evidente finalidad de procurar la espontaneidad del testimonio de los testigos, cuando sobre unos mismos hechos controvertidos, hayan de declarar dos o más de ellos, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que se comuniquen entre sí, y que puedan asistir presencialmente alguno o algunos de ellos a las declaraciones de los otros (Art. 365 CPCyM). En el caso citado, no puede decirse que la audiencia se celebra, ni para los testigos incomunicados, ni para nadie, a puerta cerrada; tan sólo puede hablarse de una mínima, temporal y justificada restricción por razón de la persona, a la vigencia del Principio de Publicidad.

Otra cuestión interesante, es que el CPCyM, permite que se continúe la Audiencia Probatoria, el día o días siguientes hasta su conclusión, con el objeto de asegurar su continuidad y concentración, en el caso de que no se pueda terminar lo previsto para cada una de ellas, por ejemplo, cuando no haya sido posible terminar de interrogar a los testigos.

Durante la Audiencia Probatoria, las partes pueden objetar la prueba que se pretenda introducir violando las disposiciones del CPCyM. En el caso del Interrogatorio de Testigos podría ser que las partes pretendan introducir testigos cuando no fueron correctamente propuestos y admitidos en la Audiencia Preparatoria. Quien objete la introducción de un testimonio al proceso, debe hacerlo de manera fundamentada, específica y oportuna. Si no lo hace oportunamente en audiencia, *“se entenderá que ha renunciado a ejercer este derecho”* (Art. 407 Inc. 1 CPCyM). La admisión o rechazo de la objeción, se realizará por el Juez mediante resolución motivada, la cual admite recurso de revocatoria (Art. 407 Inc. 2 CPCyM).

4.2.4.1 Comparecencia e incomparecencia de los testigos

Tal y como anteriormente se mencionó, luego de la lectura de la resolución de la Audiencia Preparatoria, las partes procederán a presentar las pruebas que hubieran propuesto. Ahora bien, de la misma forma en que la práctica del Interrogatorio de Testigos requiere de la presencia física del Juez, también precisa de la presencia de las partes, fundamentalmente de quien hubiera propuesto los testigos; también es necesaria, por supuesto, la presencia de los propios testigos (Art. 203 Inc. 2 CPCyM)

Ya se ha apuntado, que quienes hayan sido citados a la Audiencia Probatoria en calidad de testigos tienen la obligación de comparecer en la sede del órgano judicial en el día y hora señalados; ya que de acuerdo al Artículo 140 CPCyM, la actividad procesal se llevará a cabo en la sede del tribunal que conozca de la pretensión.

Si incumplen esa obligación, deberán ser sancionados, primero pecuniariamente y después incluso penalmente por el delito de desobediencia a mandato judicial. Según lo regula el Artículo 362 CPCyM, la pena pecuniaria consistirá en una multa cuyo monto se fijará entre uno y tres salarios mínimos, urbanos, más altos, vigente^[228]; mientras que la pena para el delito de falso testimonio está contemplada en el Artículo 313 del Código Penal, cuyo rango es de treinta a sesenta días multa.

Puede darse el caso, en que el testigo no comparezca a la audiencia por razones de fuerza mayor, por lo cuál la ley permite que a criterio del Juez, se suspenda la audiencia y se re programe una nueva, con el objeto de realizar la práctica del interrogatorio.

La regulación que el CPCyM realiza en el caso de la incomparecencia de los testigos, se encuentra de manera dispersa, lo que podría causar confusión, si los Artículos llegaren a interpretarse como contradictorios.

Por tal razón, se esquematizan las posibles formás de proceder en el cuadro de la

izquierda.

Debe aclararse que el Juez en virtud del Principio de Concentración (Art. 11 CPCyM), obviamente no permitirá que las audiencias se suspendan una y otra vez. El, en su papel de director del proceso, valorará las circunstancias en cada caso, y evaluará la necesidad de volver a citar a un testigo o no.

Por el contrario, si el testigo comparece ante el Órgano Judicial en el día y hora señalados, lo que deberá hacerse de inmediato, es adoptar aquellas medidas que resulten necesarias para evitar que los diferentes testigos se comuniquen entre sí o que puedan presenciar el interrogatorio de los demás (Art. 365 Inc. 1º CPCyM), situación en la que permanecerá hasta que sean llamados a declarar de manera separada y sucesiva, por el orden en que vinieron consignados en las propuestas probatorias, salvo que el Juez encuentre motivos para alterar dicho orden, situación prevista en el Art. 406 Inc. 1º CPCyM.

4.2.4.2 Interrogatorio del Testigo

a) Juramentación y acreditación del testigo. Forma de las preguntas

Llegado el momento procesal oportuno, y habiéndose constatado la comparecencia física del o los testigos, se procederá a llamar a los testigos, según el orden que las partes proponentes hubiesen dispuesto; habiendo permanecido hasta entonces los testigos, en el lugar en donde se aseguro su incomunicación con los demás testigos o al acceso a los interrogatorios. Una vez apersonado el testigo en la sala donde se está llevando a cabo la Audiencia Probatoria, el Juez le tomará *“juramento o promesa de decir verdad”* (Art. 364 CPCyM), *“con apercibimiento previo a su declaración de las penas en que pudiera incurrir como autor de delito de falso testimonio”* (Art. 362 Inc. 3 CPCyM); debiendo leerle, por lo tanto, los preceptos correspondientes del Código Penal, en donde se impone la pena respectiva.

Existe la opinión en que este debería ser el momento oportuno para que el Juez preguntara si el testigo se encuentra en algunas de las situaciones de exención del deber de declarar previstas en el CPCyM; así como para que se practicara la posible Inspección Personal del Juez, sobre la persona del Testigo, cuando este fuese menor de doce años (para evaluar si posee el suficiente discernimiento para conocer y declarar sobre los hechos controvertidos en el proceso) aunque, tal y como arriba mencionamos, la ley no dice nada del procedimiento de evaluación del menor, y puede ser que el Juez decida evaluarlo durante el interrogatorio de las partes. Tampoco precisa la ley, el momento en el cual el testigo *“deberá dar razón de su dicho, con explicación de las formás y circunstancias por las que obtuvo conocimiento sobre los hechos”* (Art. 357 Parte primera) sobre los cuales declarará, por lo que este espacio temporal podría ser apto también para que el testigo ofrezca tal explicación.

Luego del juramento, el Juez le cederá la palabra a la parte que lo hubiera ofrecido como medio de prueba para que le realice al testigo la acreditación correspondiente, antes de proceder al interrogatorio directo, y posteriormente al contra interrogatorio de la contraparte.

La identificación y acreditación del testigo, corresponderá a la parte quien lo propuso. Y se realizará mediante interrogatorio en donde se le preguntará: Nombre, edad, estado familiar, domicilio y ocupación (Art. 364 CPCyM).

b) Interrogatorio directo

Una vez acreditado, el testigo será examinado mediante Interrogatorio Directo por la parte que lo hubiera propuesto. La formulación de dichas preguntas deberá acomodarse a lo

dispuesto en el Artículo 366 CPCyM, el cual se lee: *“Las preguntas se formularán oralmente, con la claridad y precisión debidas... (debiendo responder los testigos)... en forma oral, directa, y concreta a las preguntas que se le formulen, y sobre aquello de lo que tengan conocimiento personal... (no pudiendo utilizar)... borradores ni notas aunque pueden consultar apuntes y documentos cuando la naturaleza de la pregunta lo exigiera o hubiese autorización del Juez...”* (Art. 366 Inc. 1 CPCyM). “El interrogatorio directo es el que dirige al testigo la parte que lo propuso, y procura obtener un relato descriptivo de los hechos, a modo de narración de lo acontecido. Se comprende entonces que no se permitan las preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo”.^[229] Ahora bien el testigo “contestará a ello también de manera oral, bien con un monosílabo si ese es el fin de la pregunta, bien narrando hechos aunque ciñéndose siempre al contenido de la pregunta en cuestión” ^[230]. Se ha dicho que el interrogatorio directo posee dos propósitos concretos: Primeramente busca probar las alegaciones iniciales y en segundo lugar, convencer al Juzgador.

El abogado de la parte, que haya propuesto el Interrogatorio de Testigos debió seleccionar este medio probatorio, al final del proceso de preparación para el juicio, luego de haber identificado los problemás, entrevistado a los clientes y posibles testigos, construido su teoría del caso, entonces está listo para seleccionar y preparar a sus testigos. Al seleccionarlos debe organizar la manera en que les realizará el interrogatorio directo debiendo , por lo tanto, preparar a cada uno de los testigos, establecer su orden de presentación así como el orden de cada uno de los testimonios y establecer el método que utilizará^[231]. Este último punto es importante ya que al presentar el testimonio debe hacerlo de manera efectiva, lógica y persuasiva para poder comprobar los hechos de manera coherente, destacando los puntos clave y lograr el convencimiento del Juzgador, esto se logra ocupando cualquiera de los siguientes métodos:

Método Cronológico: Los hechos deben presentarse y narrarse de forma detallada, conforme sucedieron en el tiempo, el modo y el lugar

Método de Primacía y Novedad: El Juez debe recordar los hechos más relevantes

Método de Testimonio Creíble: Deben declarar los testigos con los testimonios más verosímiles desde la óptica del grupo social.

De la lectura del Ordinal 5º del Artículo 276 del CPCyM, se entiende que la ley en cuestión se apega al método cronológico, ya que solicita que las partes “enumeren” los hechos que redactan en la demanda.

Ahora bien el interrogatorio directo como antes se mencionó, debe ser escrupulosamente planeado desde el momento mismo en que se está construyendo la Teoría del Caso y posteriormente, en las entrevistas previas donde se prepara al testigo; con el objeto de ocupar adecuadamente las técnicas del interrogatorio directo^[232]. De acuerdo a QUIÑONEZ VARGAS, el abogado al realizar el interrogatorio directo debe: Demostrar confianza y seguridad; procurar que el testimonio sea descriptivo, sencillo e interesante; controlar el ritmo y la velocidad del interrogatorio; cuidar de su apariencia, presencia y estilo; definir el vocabulario que utilizará con el testigo, y organizar adecuadamente el interrogatorio.

En virtud de esta última técnica el abogado debe presentar los hechos al Juez de una manera cronológicamente correcta (Método Cronológico): Primeramente, debe realizar las preguntas de acreditación del testigo (con el objeto de dar al Juzgador elementos de juicio necesarios para convencerle que es un testigo creíble e imparcial), posteriormente le cuestionará con interrogantes dirigidas a describir la escena (el lugar donde se produjeron las evidencias de los acontecimientos, el lugar donde sucedieron los hechos objeto del interrogatorio), luego le formulará las preguntas que exponen la ocurrencia del evento, y

posteriormente las que exponen los efectos de la acción (estos dos tipos de preguntas son el eje central del testimonio, y buscan que el testigo exponga lo que percibió como acción), finalmente le efectuará las preguntas de conclusión. Por supuesto que estas preguntas deben realizarse en forma sencilla y breve, evitando las preguntas en formato negativo, aun cuando pueden realizarse preguntas abiertas y cerradas, debe respetarse el formato pregunta-respuesta cuidando guardar un ritmo adecuado^[233].

La forma de realizar las preguntas es de suma importancia, ya que si no se formulan de manera adecuada al tipo de interrogatorio, o el testigo responde fuera de lo dispuesto en el Artículo 366 CPCyM, preguntas y respuestas pueden ser objetadas por la contraparte.

La parte que realizó el interrogatorio directo al testigo que propuso, está posibilitado a interrogarlo de nuevo, luego de concluido el conainterrogatorio, pero únicamente sobre materias nuevas derivadas de los primeros interrogatorios (Art. 367 Inc. 2 CPCyM).

c) Contra interrogatorio

“Finalizado el interrogatorio directo, si la parte contraría manifiesta su deseo de contra interrogar al testigo, el Juez o Presidente del Tribunal le concederá la palabra al efecto, permitiendo las preguntas sugestivas” (Art. 367 Inc. 1). Como la anterior disposición indica, luego del interrogatorio directo, la contraparte de quien propuso al testigo puede realizarle al mismo, otro interrogatorio pero con propósitos distintos al interrogatorio directo. Estos propósitos pueden ser defensivos y ofensivos. Los propósitos defensivos buscan ya sea desacreditar al testigo o desacreditar su testimonio; en cambio los ofensivos, buscan limitar el interrogatorio directo y sentar las bases para apoyar el alegato final^[234]. El abogado que posea derecho a conainterrogar, debe determinar si es conveniente o no realizarle al testigo un conainterrogatorio, y si es conveniente, cuál sería el propósito a alcanzar, ya que en su interrogatorio, debe limitarse interrogar sobre la materia del interrogatorio directo y cuestiones de credibilidad del testigo.

El Inciso segundo del mencionado Artículo 367, continúa señalando “Durante el conainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes”. El abogado por lo tanto puede confrontar al testigo con otra versión de los hechos mediante una serie de preguntas, pudiendo usar incluso sugestivas^[235]. Esta confrontación, tiene el propósito de hacer resaltar ante los ojos del Juez, causales de desacreditación del testigo (la incapacidad parcial de uno de los sentidos del testigo le impidió conocer los hechos de manera incuestionable, el testigo estaba incapacitado mentalmente cuando ocurrieron los hechos, el menor no tiene suficiente aptitud mental, el testigo aunque no es parte tiene intereses comunes a ésta, etc.) o de su testimonio (el testigo no tiene un conocimiento personal sobre los hechos objeto de la prueba, el testigo no comprobó fehacientemente poseer conocimiento especializado, el testigo se contradijo con una declaración anterior, etc.)

En la práctica, para que el interrogatorio cumpla sus propósitos, las preguntas que se realicen al testigo deben ser: Breves y sencillas, pueden ser sugestivas o abiertas, deben dirigirse a un solo hecho, no deben incluir la interrogante ¿Por qué? (ya que demandan una explicación), y deben respetar una secuencia definida. Así mismo, el abogado debe escuchar atentamente las respuestas del testigo, evitando escribir las preguntas que realiza, y (ya sea interrumpiéndolo, ignorándolo, o pidiendo auxilio del Tribunal) que el testigo explique sus respuestas.^[236] Para lograrlo, la técnica recomienda al abogado que clasifique sus

preguntas en: “muy seguras”, “de seguridad media”, y “de seguridad mínima”; para que al momento de concontrinterrogar evalúe cuales serían las más convenientes. También, es conveniente tomar en cuenta los principios generales del concontrinterrogatorio sugeridos por QUIÑONEZ VARGAS:

- | | |
|----------------------------------------------------------|------------------------------------|
| 1-No repetir el interrogatorio directo de la contraparte | 5-Escuchar las respuestas |
| 2-Seguridad y firmeza | 6-Respeto y cortesía |
| 3-Hacer preguntas cerradas y aseverativas | 7-Observar las reacciones del Juez |
| 4-Mantener el contacto personal | 8-No rematar al testigo |

Para concluir este punto, debe mencionarse que, así como la parte que propuso al testigo, tiene la posibilidad de realizarle otro interrogatorio directo, luego de concluido el contra-interrogatorio; también la parte contraria, puede someter al testigo a otro concontrinterrogatorio, luego de concluido el anterior, debiendo limitarse a “preguntar sobre materias nuevas que deriven del interrogatorio anterior” (Art. 276 Inc. 3).

d) Interrogatorio aclaratorio

Ahora bien, el Código Procesal Civil y Mercantil, también contempla otro tipo de interrogatorio que puede realizarse al testigo, pero quienes lo llevaran a cabo, no serán los abogados de las partes, sino el Juez o los miembros del Tribunal, el Artículo 369 parte primera de la ley en mención se lee: “*El Juez o los miembros del tribunal podrán formular preguntas aclaratorias al testigo, con las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone...*”. La ley no determina en qué momento de la Audiencia Probatoria, tendrá lugar este interrogatorio, es de suponer por el orden de redacción del CPCyM, que se realizará al terminar los correspondientes interrogatorios de las partes; aunque, si se toma en cuenta el orden de redacción, los escritores del Código Procesal Civil y Mercantil comentado, ubicaron el interrogatorio aclaratorio entre el interrogatorio directo y el concontrinterrogatorio.

La parte segunda del Artículo en mención continúa “Las partes podrán objetar las preguntas que el Juez o los miembros del tribunal formulen y, en su caso, se dará la oportunidad a las partes para interrogar sobre la pregunta aclaratoria”. Aun cuando, la ley les impone a los jueces el deber de imparcialidad, algunos son de la opinión que esta se verá afectada al permitir que el Juez que únicamente está encargado de “moderar el examen del testigo” (Art. 368 CPCyM) asuma una actividad de las partes. De acuerdo al principio de aportación (Art. 7 CPCyM), el Juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer (Art. 321 Inc. 1), sobre la prueba que ya fue diligenciada por las partes, no pudiendo excederse, por lo tanto, de los extremos probados por estas, por lo que puede concluirse que este interrogatorio es coherente con el espíritu mismo de la Ley. También se ha criticado el hecho que sea el mismo Juez que realiza la pregunta, el que resuelva la objeción que cualquiera de las partes le hiciere (Art. 368 CPCyM^[237]), en todo caso, la ley faculta a las partes a hacer constar en el acta de la audiencia su protesta en contra de la resolución del Juez respecto de las objeciones (Art. 349 Inc. 2 CPCyM).

4.2.4.3 Objeciones.

Siguiendo la misma línea de ideas, no solamente están posibilitadas las partes para objetar las preguntas del interrogatorio aclaratorio, sino también, las de los interrogatorios directos, las del concontrinterrogatorio, las respuestas de los testigos, la

conducta de la contraparte al realizar sus interrogatorios, e incluso la introducción del testigo mismo al proceso.

Se ha dicho que las objeciones “son el instrumento que tienen los abogados para no permitir que se filtre información perjudicial para su caso^[238]”, tal definición expresa directamente cual es el fin específico de las objeciones en la práctica, más debe agregarse que la objeción es un mecanismo de control de la prueba testifical, al igual que la impugnación de la credibilidad del testigo y los poderes de dirección del Juez.

Como anteriormente se mencionó, las partes pueden objetar incluso al testigo mismo, cuando la contraparte “*pretenda introducirlo en las audiencias con violación a lo establecido en... (el CPCyM)...*” (Art. 407 Inc. 1 parte primera CPCyM). Este Artículo se refiere al posible irrespeto a cuestiones procedimentales ya determinadas por el CPCyM. Para el caso, un ejemplo podría ser que el abogado pretende practicar el Interrogatorio de Testigos en la Audiencia Probatoria, a la persona del testigo, cuando este no fue debidamente ofrecido en la demanda; o se ofreció pero no se determinó adecuadamente; o si fue ofrecido debidamente, no se propuso en la Audiencia Preparatoria, ya sea por descuido o porque sobre el hecho controvertido sobre el cual declararían, dejó de existir controversia al determinarse las pretensiones, o el objeto de la prueba. Si esto sucede entonces la contraparte puede objetar el interrogatorio de testigo, si no lo hace, “*se entenderá que se ha renunciado a ejercer este derecho*” (Art. 407 Inc. 1 parte cuarta CPCyM). Este tipo de objeciones deben interponerse de manera oportuna y específica, expresando los fundamentos correspondientes.^[239] El Juez, vistos los fundamentos, tiene la opción de rechazar o admitir la objeción; pero, independientemente de su decisión, la parte que se considere afectada puede interponer “*recurso de revocatoria a la decisión del Juez o Tribunal*” (Art. 407 Inc. 2).

Ahora bien, si el testigo fue introducido correctamente al proceso y es interrogado en la Audiencia Probatoria, la contraparte de cualquiera que interroge al testigo (ya sea demandante o demandado) podrá objetar las preguntas, que ya sea su contraparte e incluso el Juez, realicen, en el caso que dichas preguntas sean: Impertinentes, sugestivas, repetitivas, capciosas, compuestas, especulativas, ambiguas o que asuman hechos. Por supuesto que estos son ejemplos de preguntas objetables, ya que el CPCyM, da apertura para cualquier otro tipo de objeción (Art. 408 CPCyM).

Sin dejar de tomar en cuenta la enumeración del Artículo 408, las técnicas de litigación oral, aconsejan al abogado que realiza el interrogatorio directo, no realizar además de las anteriores, preguntas que sean valorativas, calificativas, o las que pidan su opinión (a excepción de que se hubiese comprobado que es un testigo con conocimiento especializado y que la opinión que se pida recaiga sobre los hechos controvertidos). Estas mismas consideraciones deben retomarse también cuando la parte que presentó al testigo, le cuestione en un segundo interrogatorio (Art. 367 Inc. 3).

Ahora bien durante los contra interrogatorios, la parte que propuso al testigo, no puede objetar cuando su contraparte le realice preguntas sugestivas al testigo (Art. 367 Inc. 1), pero si puede hacerlo en los demás casos del Artículo 408 CPCyM.

Respecto a las objeciones a las preguntas que el Juez realice en el interrogatorio aclaratorio, ya establecimos que pueden realizarlas cualquiera de las partes, por las mismas razones ya expuestas, y que será el mismo Juez quien resuelve sobre la admisión o rechazo de la objeción.

Independientemente, el tipo de objeción o de interrogatorio, el Juez será el facultado para resolver sobre la admisión o rechazo de la objeción. Algunos son de la opinión de que no existe recurso en contra de esta resolución, y que la única opción que poseen las partes es la de hacer constar en el acta de la audiencia la correspondiente protesta ya sea porque hubo lugar a la objeción y se rechazó la pregunta, o porque se rechazó la objeción y la pregunta que perjudica fue admitida (Art. 349 CPCyM). Es importante hacer constar esta protesta, para efectos de fundamentar el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva que resulte adversa.

Como ya se comentó, el Artículo 409, faculta a las partes a objetar las respuestas de los testigos “cuando consistan en una prueba de referencia, cuando se emita opinión sin haber sido cualificado como perito o experto el que la vierte, o cuando el testigo conteste más allá de lo que se le ha preguntado”. Como ya se ha manifestado, el testigo, está obligado a dar razón de su dicho, explicando las formás y circunstancias por medio de las cuáles obtuvo el conocimiento de los hechos (Art. 357 CPCyM). Los redactores del Código Procesal Civil y Mercantil comentado, son de la opinión que el Juez debe preguntarles directamente a los testigos la “Razón de su Dicho”, inmediatamente después de su juramentación y antes de su acreditación (aunque la ley nada dice al respecto). Respecto a este punto somos de la opinión muy personal de que esta obligación del testigo se cumple al objetar la contraparte sus repuestas, si es que ha identificado que al testigo declarante no le constan los hechos de los que declara de una forma directa, entonces el testigo puede rendir las explicaciones pertinentes en el interrogatorio aclaratorio.

En el caso de que el Juez admite la objeción, la ley nada dice sobre si el testigo puede replantear la respuesta, sin embargo, su credibilidad puede verse afectada. En todo caso, quien interroga puede también formular preguntas dirigidas a obtener tal explicación. En el caso de la objeción a la inclusión de opiniones en las respuestas de los testigos, únicamente pueden excepcionarse los testigos especializados cuando comprueben su especialización; y debe agregarse también, cuando su opinión recaiga sobre los hechos controvertidos que le constan de primera mano, ya que otra clase de opiniones si pueden ser objetadas.

En último lugar, en los casos en que alguna de las partes faltando a su deber de buena fe y probidad, realicen conductas tendientes a manipular la finalidad de los interrogatorios, el Artículo 410 CPCyM faculta también a las partes, a objetar la conducta de la parte contraria, si ésta no cita correctamente lo que hubiera declarado un testigo (durante el conainterrogatorio o los alegatos finales por ejemplo); si se comporta de manera irrespetuosa con el testigo, o no permite que éstos contesten a la pregunta cuando su respuesta está acorde con aquella^[240]; o una parte comente las respuestas del testigo, o la parte contraria objete sin fundamento, o cualquier conducta similar. Quien objete deberá dirigir sus reparos ante el Juez en el momento oportuno (Art. 410 CPCyM). Todo esto sin perjuicio de la facultad que otorga al Juez el Inciso 2 del Artículo 204 CPCyM: *“El Juez o presidente mantendrá el buen orden en las audiencias y velará por que se guarde el respeto y la consideración debidos a todos los que se hallen en la sala de audiencias, amparándolos en sus derechos, para lo cual hará uso de las potestades de **corrección y disciplina** que le otorgan las leyes”*

4.2.4.4 Impugnación de la Credibilidad del Testigo

Tal y como ya se ha manifestado anteriormente, al igual que el sistema de objeciones, la impugnación de la credibilidad del testigo es otro sistema de control de la

prueba testifical. A diferencia de la legislación procesal anterior, en este cuerpo normativo no existe por ley un sistema de tachas que obligue a rechazar la deposición de un testigo, sino que deja la calificación correspondiente a la discreción del Juez.

El Inciso primero del Artículo 356 CPCyM, establece que *“la credibilidad del testigo dependerá de las circunstancias o hechos que determinen la veracidad de sus declaraciones”*. Desde el momento de la admisión, el Juez está facultado para evaluar las *“circunstancias y hechos”* que determinan la credibilidad de un testigo y puede también declarar admitir el Interrogatorio de Testigos, o rechazarlo cuando le resulte *“manifiestamente impertinente o inútil”* (Art. 318 Inc. 3). Pero el Artículo 356 se refiere específicamente a la situación en que un testigo ya admitido por el Juez, sea impugnado por la parte que resulte perjudicada por su declaración, alegando falta de credibilidad (Inciso primero).

La mencionada disposición contempla una serie de circunstancias y hechos que pueden ser alegadas por las partes, como determinantes de la supuesta falta de credibilidad:

- El comportamiento del testigo mientras declara o en la forma en que lo hace^[241].
- La naturaleza o carácter del testimonio^[242]
- El grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar los hechos sobre los que declara^[243]
- La existencia de cualquier prejuicio, interés o motivo de parcialidad que pudiera afectar el testimonio^[244]
- Manifestaciones o declaraciones anteriores del testigo^[245].

En este último caso, la ley establece que si se ha presentado un documento escrito donde conste dicha declaración, la parte que adversa tiene derecho a inspeccionarlo, a contrainterrogar al testigo sobre dicha declaración y a presentar prueba contra lo declarado por el testigo. Y es que la alegación de cualquier causal, deberá probarse mediante cualquier medio de prueba pertinente: Documentos, Interrogatorio de Testigos, Prueba Pericial, Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información, etc. Estos medios probatorios pueden ir también dirigidos a probar el carácter o la reputación del testigo, ya sea para sostener o impugnar su credibilidad; más no para probar sus creencias religiosas o convicciones políticas, en este caso el Juez declarará inadmisibles tales medios probatorios (Art. 356 Inc. 3 CPCyM).

Ha de suponerse que estas diligencias se realizarán en la Audiencia Probatoria, y lógicamente con posteridad a la práctica de los interrogatorios, ya que en estos es donde pudo observarse el comportamiento del testigo y el contenido de su declaración, aunque nada impide que se realicen en otro momento (en el caso de que se impugne la capacidad del testigo, su parcialidad o su reputación por ejemplo), ya que la Ley nada informa al respecto.

El procedimiento probatorio de la credibilidad del testigo, debe sujetarse a las normas que el Código establece para la actividad probatoria, debiendo valorar el Juez, mediante su Sana Crítica si el testigo es creíble o no.

4.2.4.5 Introducción de prueba material o tangible

El Código Procesal Civil y Mercantil prevé el caso de que se quiera introducir al proceso, medios probatorios que ya sea, ayudan a reforzar la declaración de un testigo o que ya sea por su fácil manipulación necesitan un mayor control en su introducción al proceso. El Artículo 325 CPCyM, denomina genéricamente a estos medios probatorios

“prueba material o tangible” y esta consiste en *“objetos, substancias, fotografías, videos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información, así como cualquier otra...que puedan aportar elementos de prueba”*; todos estos medios deben introducirse al proceso mediante Interrogatorio de Testigos y no pueden ser los medios probatorios que debieron señalarse y determinarse en las alegaciones iniciales.

Este interrogatorio se realizará también dentro de la Audiencia Probatoria, en donde la parte que ha ofrecido cualquiera de los medios arriba mencionados, al proponerlos deberá *“acreditar previamente su pertinencia con el hecho controvertido, así como su suficiencias para apoyar el hecho que busca probar”*. Significa, que como cualquier medio probatorio, la parte proponente debe establecer su pertinencia (Art. 318 CPCyM) y utilidad (Art. 319 CPCyM); así también debe solicitar *“que se autorice la identificación de la prueba material correspondiente”*(Art. 325 Inc. 3 CPCyM).

Para admitir esta clase de prueba, el Juez debe identificar la prueba material que se pretende introducir, luego ésta debe mostrarse a la contraparte de la proponente y al testigo, quien será interrogado con el objeto de establecer las bases para su admisión. La ley no especifica quien realizará este examen de identificación y bajo cual formato, aunque de la redacción de los Incisos cuarto y quinto del Artículo en mención, entendemos que es la parte proponente quien realiza el interrogatorio para identificar la prueba, al finalizar la identificación le solicita al Juez la determinación sobre su admisibilidad; si la contraparte no objeta^[246], el Juez declarará *“marcada y admitida la prueba identificada”* (Art. 325 Inc. 3 CPCyM), entonces la parte que la hubiera presentado *“continuará con el interrogatorio”*(Art. 325 Inc. 5 CPCyM).

Habiéndose admitido la prueba, el interrogatorio que la parte proponente le realice al testigo versará *“sobre el contenido sustantivo de la evidencia”* (Art. 325 Inc. 5 CPCyM). Es entonces en este momento en donde se introducirá el medio de prueba material al proceso, luego de haber pasado por los filtros correspondientes. Por supuesto que a este interrogatorio se le aplicarán todas las normas arriba explicadas para el Interrogatorio de Testigos.

4.2.4.6 Repetición del Interrogatorio Anticipado

Habiéndose ya tratado lo referente a la práctica del Interrogatorio de Testigos en la audiencia, debe hacerse referencia a uno de los casos en los que este medio probatorio se producirá fuera de la Audiencia Probatoria, y es el caso de interrogatorio anticipado de testigos contemplado en los Artículos 326, 327, 328 y 329 del CPCyM que regulan los correspondiente al anticipo de prueba.

Previamente ya se ha explicado la forma en que debe proponerse la práctica de esta diligencia, así como los supuestos en que el Juez procederá a su admisión. En cuanto a la práctica, el Inciso primero del Art. 329 CPCyM, establece que *“se realizará conforme a lo dispuesto en este código (CPCyM) para cada una de ellas”*; es decir, que también se sujetará en lo pertinente a lo que anteriormente se ha expuesto (presentación, identificación, juramentación, acreditación, interrogatorio directo, contrainterrogatorio, interrogatorio, aclaratorio, etc.) incluso en lo referente a su documentación de la audiencia extraordinaria en donde se produzca, ya sea que conste en acta (Art. 205 Inc. 1 CPCyM) o en medios audio visuales (Art. 206 CPCyM)

La figura del anticipo de prueba, respecto al Interrogatorio de Testigos toma un rumbo interesante, ya que respecto a los demás medios probatorios, la ley no obliga a que se repita su

producción en la audiencia. Más en el caso de la Prueba Testimonial el Inciso cuarto del mencionado Artículo establece: *“Si se hubiese obtenido Prueba Testimonial anticipada y el testigo estuviera disponible, éste comparecerá a la Audiencia Probatoria y verterá su conocimiento sobre los hechos en el correspondiente interrogatorio”*; por lo tanto si el testigo se encuentra disponible, está obligado a asistir nuevamente a rendir su declaración en audiencia, ya que el presupuesto para que se realizará su interrogatorio anticipado fue el temor de su posible pérdida, más si el testigo se encontrará en una situación fuera de peligro, nada impide que se produzca la prueba de manera normal.

La excepción a esta obligación, se encuentra en la parte segunda del mencionado Inciso, en donde se lee *“lo anterior no tendría lugar cuando el testigo no está disponible para declarar en la Audiencia Probatoria porque se halla en peligro de muerte o ya hubiera fallecido o está físicamente o síquicamente impedido para comparecer”*. En este caso, como el resultado del interrogatorio anticipado ya quedó bajo la custodia del Tribunal, éste procederá a valorarla junto a los demás medios probatorios vertidos en audiencia, y le dará el mismo valor de credibilidad, ya que se practicó conforme a las reglas del CPCyM.

4.2.4.7 Interrogatorio de Testigos fuera de la Sede del Tribunal

El otro caso en el cual se realizará el Interrogatorio de Testigos fuera de la Audiencia Probatoria, es cuando este se realiza en un lugar diferente a la sede del Tribunal. De acuerdo al Art. 403 CPCyM, *“las pruebas se realizarán en audiencia^[247], salvo las excepciones que este código prevé*. Una de esas excepciones es lo anteriormente mencionada, el Art. 373 CPCyM, dispone al respecto: *“Cuando por enfermedad u otra circunstancia especialmente justificada resulte imposible o demasiado gravoso para el testigo comparecer a la sede del tribunal, podrá acordarse de que declare en su domicilio en el lugar en que se encuentre, a instancia de quien lo ha propuesto”*.

Debe recordarse que es durante la audiencia en donde se garantiza la aplicación de los principios de oralidad, publicidad, intermediación y concentración necesarios para la adecuada producción de la prueba, en especial la testimonial; pero, existen circunstancias que hacen imposible este ideal, por lo que en virtud de proteger el derecho de defensa, resulta necesario modificar el formato de la producción de la prueba con el objeto de no perder el medio probatorio. Para estos casos el Artículo 404 Inciso primero CPCyM, regula de manera general: *“Cuando la prueba deba realizarse separadamente del acto de la Audiencia Probatoria, el tribunal anunciará a las partes con la debida antelación, el día y hora en que procederá a tal diligencia. Si además, tuviera que practicarse fuera de la sede del tribunal, se indicará el lugar...”*. El Juez está obligado por lo tanto, a señalar a las partes el día, la hora y el lugar en el cual se practicará la prueba. El Inciso segundo del mencionado Artículo 404 sugiere que de ser posible, la prueba se produzca antes de la celebración de la Audiencia Probatoria.

En el caso específico del Interrogatorio de Testigos, el Artículo 373 Inc. 2 CPCyM establece que *“si la persona cuya deposición se pretende se encuentra fuera de la circunscripción territorial del tribunal, el Juez deberá trasladarse al lugar respectivo”*; esta disposición resulta interesante, ya que obliga la presencia del Juez en la producción de este medio probatorio, porque en los otros casos en que la prueba se encuentra no solo fuera de la

sede del tribunal sino fuera de la circunscripción territorial de este, la ley faculta al Juez a delegar la práctica de la prueba.

El Inciso tercero del mismo Artículo 373 regula que para la práctica del Interrogatorio de Testigos fuera de la sede del tribunal *“se aplicará lo establecido para el supuesto de declaración domiciliaria de la parte”*. Esta declaración se encuentra regulada en el Artículo 352 Inciso 2 CPCyM, en donde se insta que el interrogatorio se practicará *“ante el Juez o Tribunal y podrán asistir las otras partes^[248] salvo que fuere imposible o que de la comparecencia pudieran derivar perjuicios graves, en cuyo caso las partes entregarán sus preguntas por escrito y las respuestas que diere el interrogado deberán ser precisas sobre los hechos a los que se refiera el interrogatorio”*. Este Artículo reafirma la obligación del Juez, de comparecer a la práctica, el derecho de las partes a asistir y realizar los interrogatorios correspondientes. Pero se ha criticado el hecho de que se permitan las preguntas por escrito cuando fuese perjudicial su presencia, ya que se atenta contra la oralidad. El código, sopesa la situación al darle más importancia a la búsqueda de la verdad, más que al procedimiento. En todo caso el interrogatorio se realizará bajo la intermediación del Juez, y de manera concentrada (Art. 403 CPCyM). El Artículo 352 CPCyM obliga a que *“de lo actuado se levantará acta que será firmada por todos los asistentes”*, ya que de acuerdo al Art. 403 CPCyM deben adoptarse las medidas necesarias para la adecuada documentación de las pruebas que no se produzcan en audiencia. Esta acta es necesaria para integrarla posteriormente a la valoración de las pruebas, y al realizarse de la manera establecida en el CPCyM, tiene el mismo valor probatorio que si se hubiese producido en audiencia

Concluyendo con el tema, debe mencionarse el caso planteado en el Artículo 394 CPCyM, referido al Reconocimiento Judicial, en donde se faculta al Juez, que si lo estima conveniente, puede ordenar la práctica conjunta del *“reconocimiento judicial junto con el reconocimiento pericial o la declaración de testigos”*. El problema que podría generarse deriva de la facultad que el Artículo 393 CPCyM, le da al Juez, para delegar la práctica del Reconocimiento Judicial cuando deba hacerse fuera de la circunscripción territorial del Tribunal, delegación que no podría llevarse a cabo, si se ha ordenado el reconocimiento junto al Interrogatorio de Testigos, caso en cual el Juez si está obligado a practicarlo personalmente.

4.2.5 Valoración del Interrogatorio de Testigos

Como conclusión al tema de la producción de la Prueba Testimonial en el CPCyM, debe hacerse referencia al tema de la valoración del Interrogatorio de Testigos, el cual es la última fase de este medio probatorio, luego de su proposición, admisión y práctica.

Después de producidos el total de medios probatorios, y los alegatos finales, el Juez *“...anunciará verbalmente el fallo...de la sentencia y una sucinta motivación...”* (Art. 222 Inc. 1 y 2 CPCyM); este fallo es el resultado de la valoración de la prueba. La valoración es tarea del Juez, y es la asignación de un determinado valor probatorio con base a la convicción sobre los hechos que le causó la práctica de las pruebas en el proceso.

En el caso puntual de Interrogatorio de Testigos, las partes al realizar los correspondientes interrogatorios buscan convencer al Juzgador del fundamento de sus pretensiones. Es por eso que el proceso de valoración no inicia al terminar el desfile de la prueba y al escuchar los respectivos alegatos finales de las partes; sino que inicia desde el

momento en que la Prueba Testimonial es propuesta; ya que el Juez, en la admisión debe tomar una decisión (Art. 317 Inc. 3 CPCyM) sobre su pertinencia (Art. 318 CPCyM) y utilidad (Art. 319 CPCyM) para probar los hechos controvertidos. Posteriormente, en la práctica del interrogatorio, el Juez observa y valora la conducta del testigo, la manera en que responde, el contenido de su respuesta, la relación de su testimonio con los hechos objeto de la prueba, entre otras cuestiones (Arts. 200, 361, 368, 406 Inc.1 y 410 CPCyM). Al producirse los demás medios probatorios, el Juez compara sus resultados con la convicción que le provocó el Interrogatorio de Testigos (Art. 416 Inc. 1). Al finalizar el desfile de la prueba, en los alegatos finales el Juez escucha la correspondiente valoración que hacen del Interrogatorio de Testigos cada una de las partes (Art. 412 Inc. 1 y 2 CPCyM), y allí también valora. Finalmente, en el momento en que el Juez debe formular su fallo, no puede evitar haber formado criterio sobre todas las pruebas con las que tuvo contacto directo desde su proposición y vio producirse ante sus ojos; por lo que aquí también valora el interrogatorio de los testigos (Art. 222 Inc. 1 y 2 CPCyM) y con base a eso junto a los demás elementos decide.

Ahora bien, a diferencia de otros medios probatorios en el CPCyM, en el caso del Interrogatorio de Testigos, no existe una disposición específica que determine qué sistema de valoración de la prueba utilizará el Juez para este medio probatorio; así que, la única opción es la aplicación del Artículo 416 Inciso primero CPCyM, el cual tendrá efectos generales sobre todos los medios probatorios, el cual se lee: *“El Juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la Sana Crítica...”*. Por supuesto que la Sana Crítica debe entenderse en los términos antes explicados, diferenciándose obviamente del otro sistema de libre valoración el cual es la íntima convicción.

Ya con anterioridad se han explicado las diferencias teóricas existentes entre la Sana Crítica como sistema de valoración predominante en el CPCyM, y el de prueba tasada contemplado en el PrC derogado, aunque posteriormente se compararán en su dimensión práctica. En ese momento, únicamente se analiza la valoración, como una etapa necesaria en el proceso de producción de la Prueba Testimonial según el CPCyM. Con base a esto, debe resaltarse que el hecho que el CPCyM obligue al Juez, a valorar el Interrogatorio de Testigos conforme a las reglas de la Sana Crítica, también lo obliga a motivar el fallo que dio en la Audiencia Probatoria. De acuerdo al Artículo 417 Inciso primero CPCyM, el Juez debe dictar su sentencia, con posteridad a los quince días luego de finalizada la Audiencia Probatoria, y en ella, expresará los motivos que fundamentaron la decisión contenida en el fallo; el cual, *“debe contener referencias específicas a la prueba en la que se apoyan las premisas fácticas de la sentencia”*^[249]. Significa, que si por ejemplo, el Juez consideró probado un hecho particular mediante el interrogatorio a un testigo, debe expresar puntualmente en la sentencia que aspectos de esa declaración, lo llevaron a tal conclusión y porque fue así^[250].

El CPCyM, es congruente respecto a este punto, ya que en el capítulo respectivo a las resoluciones judiciales se expresa: *“Salvo los decretos, todas las resoluciones serán debidamente motivadas y contendrán en apartados separados los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la fijación de los hechos y, en su caso, a la apreciación y valoración de las pruebas...la motivación será completa y deben tener en cuenta todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto, con apego a las reglas de la Sana Crítica”*(Art. 216 CPCyM).

Concluyendo, el Juez al ser director del proceso y gracias a los principios de oralidad inmediación, tiene acceso total y obligatorio a toda la producción del Interrogatorio de Testigos; siendo así, que el proceso de valoración de acuerdo a las normas de la Sana Crítica resulta

casi naturalmente; por supuesto, que para garantizar el derecho de defensa debe motivar sus conclusiones naturales derivadas de la prueba en general y del Interrogatorio de Testigos en particular, en el fallo contenido en la sentencia.

4.2 Diferencias en la producción de la Prueba Testimonial entre el Código de Procedimientos Civiles de 1881 y el Código Procesal Civil y Mercantil de 2010

Como ya se ha manifestado en la justificación de la presente investigación, la adopción del sistema por audiencias en el Código Procesal Civil y Mercantil, ha venido a constituirse en un substancial cambio en la forma de proceder en los conflictos de esta materia regulados en el Código de Procedimientos Civiles. La manera en que se diligenciaban los procedimientos ha sido la misma durante más de un siglo, tiempo suficiente para que surgiera abundante jurisprudencia, doctrina y costumbre respecto a cada aspecto procesal. De este fenómeno, no escapó la Prueba Testimonial, por lo que en este capítulo se abordarán las principales diferencias legislativas y prácticas, sobre la manera de producción de este medio probatorio, con base a los procedimientos respectivos para la Prueba Testimonial que se han abordado con anterioridad en cada uno de los mencionados cuerpos normativos.

4.3.1 Generalidades

4.3.1.1 Diferencias en cuanto al sujeto de la Prueba Testimonial

Primeramente es necesario hacer mención sobre las posibles diferencias porcentuales entre el PrC y el CPCyM en cuanto a la manera de concebir al testigo como sujeto de la Prueba Testimonial. Aunque en la práctica y doctrinariamente el sujeto de la Prueba Testimonial es entendido de la misma manera en todas las legislaciones; debe mencionarse que la definición de testigo es más cercana a la realidad en la redacción del CPCyM; en donde se aclara, que son testigos las personas que sin ser partes "*podieran*" tener conocimiento de los hechos controvertidos objeto de la prueba; en cambio el PrC, concibe al testigo en una manera más idealista al establecer que *testigo es la persona...que puede manifestar la verdad.*

4.3.1.2 Diferencias en cuanto al objeto de la Prueba Testimonial

Ya se ha expresado que de acuerdo al CPCyM el objeto del Interrogatorio de Testigos son los hechos controvertidos objeto de la prueba, pero que existe una excepción respecto al contenido de la declaración del testigo cuando se le permite que también vierta sus opiniones respecto a los hechos sobre los que declara; esta situación es permitida cuando es un testigo con conocimiento especializado, o como doctrinariamente se conoce: Testigo-perito. En cambio en el PrC, el testigo podía declarar siempre y cuando sus juicios lógicos no fuesen sobre conocimientos de naturaleza técnica, sino común, de lo contrario la prueba ya no sería testimonial sino "Relación de Peritos". Un ejemplo de esta afirmación aparecía en el Artículo 328 PrC en donde se establecía que la capacidad, idoneidad o ineptitud de un sujeto en cualquier profesión, arte u oficio, no podrá probarse por testigos sino por peritos en la materia.

4.3.1.3 Diferencias en cuanto a la capacidad del testigo

En el Artículo 294 PrC se establecía cuáles personas tenían la capacidad para comparecer como testigos en el proceso, y establecía un listado detallado de quienes eran incapaces para hacerlo, entre los que se encontraban: Los dementes, los sordomudos, los ciegos, los menores de catorce años, los que hubiesen sido menores de doce años cuando aconteció el hecho sobre el que declararían, los perjurios y falsarios, los ascendientes contra los descendientes y viceversa, los hermanos y cuñados en contra de sus hermanos y cuñados, el marido contra la mujer y viceversa, padrastro y madrastra en contra del hijo de su cónyuge, el Juez de la causa, abogados, tutores, entre otros. El CPCyM, en cambio, establece de manera general, quienes podrían estar excluidos de comparecer como testigos: Los permanentemente privados de razón, los que carecen del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos y los menores de doce años que no posean suficiente discernimiento. Quedando por lo tanto, un amplio espectro para que *“cualquier persona^[251]”* que no sea de los anteriormente mencionados declare como testigo. Debe aclararse que el CPCyM no establece de qué manera se establecerá la existencia de las causales de incapacidad, pudiendo ser el Juez quien las determine, tal y como se da en el caso de la evaluación de suficiente discernimiento del menor de doce años. En conclusión el CPCyM presenta una amplitud en cuanto a la capacidad para testimoniar, dejando las causales contempladas en el Artículo 294 del PrC, como simples criterios de credibilidad que podrían ser o no tomados en cuenta por el Juez.

4.3.1.4 Diferencias en cuanto a las obligaciones del testigo

De acuerdo al Artículo 362 del CPCyM entre las obligaciones de cualquier testigo (sin excepción se encuentra la de comparecer a la Audiencia Probatoria. Para garantizar esta obligación, el CPCyM establece un sistema coercitivo en caso de incomparecencia del testigo. Diferente regulación ha existido en el PrC donde no todos los testigos tenían la obligación de comparecer ante el tribunal. El Artículo 300 PrC, exceptuaba de la obligación de prestar juramento e incluso comparecer al tribunal como testigos, a determinados dignatarios y funcionarios estatales, quienes podían enviar su declaración por certificación jurada, sin necesidad de poner un pie en la sede del Tribunal. Entre las personas que en razón a sus cargos se encontraban exentos estaban: Los individuos de los Altos Poderes, los Ministros, el Obispo, los miembros del cuerpo diplomático, los Cónsules. Así también de acuerdo al Artículo 303, el Juez estaba obligado a ir a la residencia del testigo cuando fuese: Gobernador departamental, Jefes Militares, Jueces de Primera Instancia, personas de setenta años, viudas honestas y señoras de distinción. Por supuesto, que en la actualidad el Artículo 303 ya no se aplicaba de manera literal, por tal razón era necesario sustituir estas cláusulas obsoletas, de la manera en que ahora se encuentra: Cualquier persona citada para testimoniar debe comparecer a la audiencia en la sede del tribunal, salvo excepciones que no derivan de su calidad o cargo, sino de las circunstancias señaladas en la ley (Art. 362 CPCyM).

4.3.1.5 Diferencias en cuanto al número de testigos

Según el Artículo 322 del PrC, cada una de las partes podía presentar como máximo seis testigos por cada punto a resolverse; en cambio el Art. 361 del CPCyM, no establece un límite a la cantidad de testigos que pueden proponerse, más bien lo deja al arbitrio del Juez quien deberá decidir limitar la cantidad de testigos con el objeto de evitar la práctica de diligencias acumulativas.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta respecto a la cantidad de testigos, es que el CPCyM no establece que cantidad de declaraciones testificales, necesita el Juez para considerarse convencido de un asunto, pudiendo lograr convencimiento sobre determinado punto, basando en la declaración de un testigo único. Situación diferente a la regulada en el Artículo 321 Inciso Primero del PrC, en donde se establecía que para que la Prueba Testimonial pudiese ser considerada “plena prueba”, debía provenir de “dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempo lugares y circunstancias...”. Por lo que no importaba si el Juez se consideraba lo suficientemente ilustrado con un solo testigo, la ley establecía el número mínimo de dos testigos.

4.3.2 Diferencias en cuanto a la proposición de los testigos

Según el CPCyM, en el proceso declarativo común, el ofrecimiento y determinación del Interrogatorio de Testigos, debe realizarse durante las alegaciones iniciales (demanda, contestación de la demanda, reconvencción, contestación de la reconvencción). De acuerdo al Artículo 290 CPCyM, al evacuarse los trámites correspondientes de las alegaciones iniciales, el Juez convocará a las partes a la Audiencia Preparatoria en la cual las partes propondrán específicamente cuales testigos comparecerán a la audiencia. Otro aspecto importante es que en este momento las partes deben detallar la identidad y ubicación del testigo, así como el contenido del interrogatorio, la finalidad de cada punto de este, haciendo referencia a los hechos sobre el cual este recaerá, todo con el fin de motivar su pertinencia (Art. 359 CPCyM). En cambio, el Código de Procedimientos Civiles al enumerar los requisitos de la demanda en el Artículo 193, y los de la contestación en el Artículo 224 y siguientes, no obligaba a las partes a determinar con qué medios probatorios se pretendía probar la pretensión; por lo que no era obligación de las partes mencionar si iban a ocupar testigos o no, en la etapa probatoria; por lo que admitida la demanda, realizado el emplazamiento o agotado, el término para la contestación; comenzaba el plazo para que las partes pudieran solicitar que el juicio se abriera a pruebas (Art. 247 PrC). Ya recibida la causa a prueba (Art. 250), las partes podían solicitar que se les admitieran los medios probatorios a utilizar incluyendo señalamiento para recibir la Prueba Testimonial (Art. 253), lo que producía indefensión. Es más, los abogados han aprovechado esta situación para actuar de mala fe y esconder hasta el último momento el contenido del interrogatorio, la finalidad de este, e incluso la persona del testigo. Situación que se espera evitar con el nuevo Código, a obligar a las partes a ofrecer y determinar los testigos desde las primeras etapas del proceso.

4.3.3 Diferencias en cuanto a la admisión de testigos

Como ya es bien sabido, de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles, no en todos los casos era admisible la Prueba Testimonial, sino que de acuerdo al

Artículo 292, únicamente podía probarse la pretensión, mediante testigos en los siguientes casos:

Las obligaciones que nacían de cuasicontratos,

Las obligaciones que nacían de delitos, cuasidelitos y faltas de naturaleza civil;

Las obligaciones contraídas en casos de accidentes imprevistos en que fue imposible hacerlas constar por escrito;

Cuando por caso fortuito o fuerza mayor, se perdía el documento que hubiese servido de prueba literal;

En los incidentes de falsedad civil y verificación de las escrituras;

Y en los casos no prohibidos por la ley (por ejemplo pretender probar únicamente con testigos una obligación mayor de 200 colones que debía probarse por escrito según el código civil)

Este medio probatorio, por lo tanto, únicamente estaba limitado a probar plenamente en estos campos, y el Juez, aun cuando lo considerara necesario, no podía admitir la Prueba Testimonial por sí sola en otros casos diferentes a los enumerados en la ley. Ahora, con la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, no existen límites para la admisión del Interrogatorio de Testigos, el Juez únicamente le realiza como a cualquier medio probatorio, una evaluación sobre su pertinencia y utilidad (Art. 317 Inc. 3º CPCyM), si guarda relación con el objeto de la prueba (318 y 319 CPCyM), de lo contrario califica como no idóneo o superfluo para comprobar los hechos controvertidos.

4.3.4 Diferencias en cuanto a la práctica de la Prueba Testimonial

Las mayores diferencias en torno a la Prueba Testimonial o Interrogatorio de Testigos en las legislaciones ya mencionadas, se manifiestan de manera contundente en la práctica de este medio probatorio.

En primer lugar, de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles, como ya se menciono anteriormente no todas las personas estaban obligadas a comparecer a la sede del tribunal como testigos, por lo tanto, su examen podía realizarse ya sea en el edificio del tribunal o en la residencia u oficina del testigo; incluso, al permitir la ley que ciertos testigos rindieran y enviaran al tribunal su declaración por escrito, no era necesario por lo tanto su comparecencia al tribunal. Hoy en dia esta situación se maneja de diferente manera en el Código Procesal Civil y Mercantil en donde se obliga al testigo entre otras cosas a “*comparecer al acto de la Audiencia Probatoria para la que fue citado...*” (Artículo 362 Inc. 1º CPCyM), tal y como ya se ha mencionado en el presente capítulo, en todo caso la ley da lugar a una gama de soluciones para garantizar que la producción de la prueba se realice en la sede del tribunal en la respectiva Audiencia Probatoria.

Ahora bien, regresando al proceso recién derogado, si es que el examen de los testigos se realizaba en la sede del tribunal, el mismo sistema escrito, determinaba la manera en que se realizaba la producción de este medio probatorio. El PrC obligaba a “*asentar a la letra*” la declaración testimonial; esto se realizaba a través de la “*redacción de un acta*”, documento que posteriormente se anexaba al expediente. Dicha acta, era “*firmada por el Juez, el secretario y el declarante...*” (Art. 313 PrC), y de acuerdo al Artículo 315 PrC, al finalizar la redacción del acta se daba lectura a esta. Por lo que fácilmente se concluye que aún cuando las respuestas del testigo eran verbales, eso no significaba que existiese la oralidad tal y como doctrinariamente se conoce; es más, el PrC, permitía que el testigo pudiese si deseaba optar por rendir su declaración de manera escrita.

En cambio, el Artículo 402 Inc. 1º del CPCyM establece, que la Audiencia Probatoria *“tendrá por objeto la realización, en forma **oral y pública**, de los medios de prueba que hubieran sido admitidos”*. De acuerdo a lo que se ha expuesto con anterioridad, al explicarse el procedimiento probatorio en el actual proceso civil, se dijo que la producción del interrogatorio de las partes en audiencia, el desarrollo de los alegatos finales y la enunciación del fallo, se realizan de manera oral; pudiendo las partes, intervenir activamente en los interrogatorios, ya sea realizándolos, u objetando las respuestas de los testigos y las preguntas de la contraparte en una dinámica espontánea pero regulada por el CPCyM. Pudiendo ser espectador de esto cualquier persona que desee presenciarlos.

Esta obligación de realizar las audiencias de manera oral no es solamente una obligación de las partes sino también del testigo, el CPCyM, se refiere a este aspecto en los siguientes términos: *“Las preguntas se formularán oralmente, con la claridad y precisión debidas... (Debiendo responder los testigos)... en forma oral, directa, y concreta a las preguntas que se le formulen”*. Siendo tal obligación, por lo tanto, otra diferencia con el PrC, en donde (como arriba ya se ha mencionado) el testigo podía *escribir* o *redactar* su deposición.

Siempre en el marco del proceso oral, el CPCyM, trae prácticas novedosas en el derecho civil para el examen del testigo: el interrogatorio directo, el contra interrogatorio, el interrogatorio aclaratorio y las objeciones. Tradicionalmente, en el examen de los testigos de acuerdo al PrC, las partes, entregaban al Tribunal un cuestionario en donde se encontraba una serie de preguntas (la mayoría de redacción sugestiva) que el encargado de recibir la prueba debía leer literalmente al testigo y escribir sus respuestas (por supuesto que éstas únicamente se limitaban a un “sí” o “no” por la configuración acostumbrada de las preguntas que los abogados redactaban). No era costumbre que la contraparte (o terceros) asistiese, pero en todo caso si repreguntaban, la modalidad era la misma, y era extraño que el colaborador del tribunal realizara nuevas preguntas al testigo.

Todo este modelo se rompe al introducir en el CPCyM, figuras ampliamente descritas en la doctrina, y ya reguladas en las legislaciones procesales salvadoreñas en materia de menores, penal, familia, etc. Las principales mejoras en cuanto a la dinámica de los interrogatorios podrían ser: Asignación al Juez del rol de director de los interrogatorios (y del proceso por supuesto), participación activa del Juez al realizar sus respectivos interrogatorios aclaratorios y resolver objeciones, regulación del formato de las preguntas, oportunidad del Juez de evaluar la conducta de los testigos durante su examen, oportunidad de las partes de objetar las respuestas de los testigos y las preguntas de la contraparte y del mismo Juez, obligación del Juez de motivar la resolución que resuelve la interposición de objeciones (Respecto a las objeciones este es un sistema de control de la Prueba Testimonial desconocido en El Código de Procedimientos Civiles. Sistema de control amplio que va desde la admisión del Interrogatorio de Testigos cuando se irrespetan cuestiones procedimentales, la formulación de las preguntas que se les realizan, las actitudes de los abogados durante el interrogatorio y las respuestas de los testigos). Definitivamente un cambio radical, que imprimirá vida a la práctica de una prueba que había perdido su esencia a lo largo del tiempo en que rigió el proceso escrito.

En este mismo sentido, el CPCyM posee otra diferencia en relación al PrC, en cuanto al interrogatorio de los testigos, el cual es uno de los medios de prueba que ha de practicarse bajo la **inmediación** del Juez (Arts. 10,200 y 368 CPCyM), so pena de nulidad insubsanable. Y es que según la configuración misma del proceso bajo las reglas del Principio de Oralidad, es inconcebible que el Juez no presida la audiencia, que no controle el interrogatorio de los testigos (fuera del Juez nadie tiene potestad para juramentar al testigo, verificar si posee suficiente discernimiento o aptitud mental, si posee motivos de

desacreditación, si es interrogado de manera incorrecta, si sus respuestas no son espontáneas y naturales, si el interrogatorio guarda relación con el objeto de la prueba, si determinado punto ya se considera probado mediante los interrogatorios, etc.), que no valore la prueba. La Audiencia Probatoria es el corazón del proceso civil, y el interrogatorio de los testigos es el medio probatorio en donde se desarrollan a plenitud los principios del proceso oral y por audiencias.

Todo este desarrollo, resulta en marcado giro en la manera de proceder derivada de la costumbre y de la mala interpretación que daba lugar el PrC. De acuerdo a su texto, luego de juramentados los testigos, se les recibía su declaración de acuerdo al Artículo 309 PrC: “Los testigos eran examinados y oídos cada uno por sí y separadamente, pena de nulidad”. El Artículo 300 PrC, obligaba al Juez a presidir la producción de la Prueba Testimonial, más en la práctica de los tribunales, esto era a menudo tarea de los colaboradores jurídicos del Tribunal, quienes se encargaban de leer las preguntas del interrogatorio realizado por las partes, sin que importase la presencia o ausencia del Juez, esto derivaba de la interpretación de que el Juez podía delegar sus funciones a los colaboradores del Tribunal. Esta situación era posibilitada por la predominancia de la Escrituralidad, ya que se disponía que la declaración testimonial se consignara por completo en una acta, la cual perfectamente podía ser leída por el Juez posteriormente, sin necesidad de presenciar la declaración del testigo, y sin infringir la esencia escrita del proceso. Esta delegación del examen del testigo, será imposible en la Audiencia Probatoria, ya que las partes y la sociedad misma, podrían verificar la presencia o ausencia del Juez, sin el cual es imposible dar por abierta una audiencia.

Hablando siempre de las diferencias en cuanto a la intermediación existen las situaciones generadas cuando el testigo no puede comparecer al proceso y se encuentra fuera de la jurisdicción territorial del Juez de la causa. El Artículo 305 del Código de Procedimientos Civiles permitía que el Juez de la causa, solicitase al Juez con la jurisdicción donde se encontrara el testigo, que recibiese la declaración de este último; e incluso, permitía que un particular realizara el examen, si se daba el caso de que el Juez con jurisdicción tuviese impedimento legal o fuese incapaz para realizar el examen. Esto, como ya se explicó en el capítulo referido al proceso civil regulado en el PrC, evidentemente resultaba también en un atentado directo en contra del Principio de Intermediación. Hoy en día tal situación es salvada por la obligación que al Juez impone el Código Procesal Civil y Mercantil en el caso específico del Interrogatorio de Testigos. Según el Artículo 373 Inc. 2 CPCyM *“si la persona cuya deposición se pretende se encuentra fuera de la circunscripción territorial del tribunal, el Juez deberá trasladarse al lugar respectivo”*; esta disposición resulta interesante, ya que obliga la presencia del Juez en la producción de este medio probatorio, porque en los otros casos en que los medios probatorios se encuentran no solo fuera de la sede del tribunal, sino también fuera de la circunscripción territorial de este, la ley faculta al Juez a delegar en otro la práctica de estos medios.

4.3.5 Diferencias en cuanto a la valoración de la Prueba Testimonial

Habiendo agotado lo referente a la producción de la prueba en la audiencia es necesario abordar las diferencias entre el CPCyM y el PrC en cuanto la manera en que el Juez valora la Prueba Testimonial. De acuerdo al Artículo 416 Inciso primero CPCyM, *“el Juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la Sana Crítica”*. Tal valoración, por ley se expresa de manera oral durante

el fallo que el Juez hace al finalizar la Audiencia Probatoria; y este fallo se motiva de manera detallada en el texto de la sentencia que emite dentro de los quince días posteriores (Artículos 417 y 216 CPCyM). Por lo tanto, el Juez valorará particularmente cada prueba de acuerdo a la convicción que ésta le haya producido y no por criterios preestablecidos con los que podría no estar de acuerdo; y al mismo el CPCyM ofrece una protección a las partes en contra de posibles arbitrariedades, obligando al Juez a motivar su fallo.

Definitivamente toda esta regulación es definitivamente diferente a la contemplada en el PrC, en donde en consonancia con el sistema escrito la valoración de la Prueba Testimonial se hacía bajo parámetros escritos en el texto del Código de Procedimientos Civiles: Sistema de prueba tasada o tarifa legal. De acuerdo al principio de valoración legal de la prueba predominante en este proceso escrito, un solo testigo, por honesto y veraz que fuese, no constituía más que prueba semiplena, un indicio, que podía servir en otras materias, pero no en un proceso civil, situación ya superada en el CPCyM, en donde un testigo basta para que el Juez se considere suficientemente ilustrado. De acuerdo al Artículo 321 Inciso Primero del PrC, para que la Prueba Testimonial pudiese ser considerada “plena prueba”, debía provenir de “*dos testigos mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempo lugares y circunstancias...*”. Además el Artículo 415 PrC, realizaba una enumeración de la pruebas que debía preferir el Juez cuando por ambas partes se hubiese producido plena prueba (en el caso de la Prueba Testimonial: dos testigos), apareciendo la Prueba Testimonial en el décimo lugar de un listado de doce pruebas plenas. Tal era el desdén existente por la Prueba Testimonial que su eficacia quedo casi neutralizada a la hora de ser valorada.

4.3.6 Otras diferencias entre el CPCyM y el PrC.

Para concluir el presente subcapítulo, deben mencionarse tres diferencias más entre las legislaciones que se estudian en este documento: La primera es la eliminación de la figura de las tachas y su sustitución por la figura de la impugnación de la credibilidad del testigo, la segunda es la introducción de prueba material o tangible mediante Interrogatorio de Testigos y en último lugar la interrupción.

En cuanto a la impugnación de la credibilidad del testigo en el CPCyM es un nuevo sistema de control de la prueba testifical que viene a sustituir el sistema de tachas de los testigos en el PrC; ya que a diferencia de este, en el CPCyM no existe por ley un sistema de tachas que obligue a rechazar la deposición de un testigo, sino que deja la calificación correspondiente a la discreción del Juez. El Inciso primero del Artículo 356 CPCyM, establece que “*la credibilidad del testigo dependerá de las circunstancias o hechos que determinen la veracidad de sus declaraciones*”. Enumerando a continuación, las causas genéricas, las cuales pueden probarse por cualquier medio de prueba pertinente. Estas causas genéricas pueden ser invocadas por la parte que resulte perjudicada por la declaración de un testigo, quien deberá probarlas, por supuesto, el Juez deberá decidir sobre la concurrencia de estas causales durante la misma Audiencia Probatoria, motivando su resolución de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica.

Gracias a esta diligencia (Impugnación de la Credibilidad del Testigo) el proceso no se detiene, al contrario los posibles problemás en cuanto a la credibilidad de un testigo se resuelven **concentradamente** por el Juez en la misma audiencia, sin necesidad de consultar un listado preelaborado por legisladores a quienes les fue prácticamente imposible tener contacto directo con cada testigo y en cada caso en particular.

Este listado de circunstancias que determinaban la falta de credibilidad del testigo, si existía en el texto del Código de Procedimientos Civiles, y se evaluaban a través del Incidente de Tachas, regulado desde su Artículo 330 al 342 ; entendiendo por este Incidente la evaluación de las circunstancias en las cuales, aún cuando era admisible la Prueba Testimonial, esta debía excluirse por completo (en el caso de las tachas absolutas) o por lo menos limitar la eficacia probatoria de su declaración (en el caso de las tachas relativas) por adolecer el testigo de uno o varios “*defectos que destruían la fe*” (Art. 330 PrC) de su declaración, la cual podía o no darse en el proceso. Las tachas absolutas incapacitaban a las personas para que fueran testigos y el Juez la declaraba de oficio al realizar el Juicio de capacidad; en cambio, las tachas relativas no incapacitaban totalmente a la persona, pero si la inhibían para declarar en procesos determinados, y quienes debían alegarlas eran las partes interesadas. El Código, determinaba taxativamente, un listado de causales, en el Artículo 332, para señalar que testigos podían ser tachados en un proceso determinado. Una situación interesante respecto al incidente de tachas es que existían diversos momentos para provocarlo (como ya se ha explicado en el capítulo referente a la Prueba Testimonial en el Código de Procedimientos Civiles) que lógicamente dieron lugar a una disgregación en la etapa probatoria, y especialmente un alargamiento del espacio temporal para la producción y apreciación de la Prueba Testimonial. A esto debe agregarse el hecho que el Juez no se pronunciaba sobre la existencia o no de tachas durante el plazo probatorio de este incidente, sino hasta el momento de pronunciar la sentencia sobre la causa principal (Art. 342). Ahora bien, cualquiera podría decir que la diligencia de impugnación de la credibilidad del testigo también podría provocar retrasos y disgregación en la Audiencia Probatoria, esta situación se prevé en el CPCyM para cuando surja cualquier retraso durante la Audiencia Probatoria, y es que se permite que se continúe tal audiencia, el día o días siguientes hasta su conclusión, con el objeto de asegurar su continuidad y **concentración**; en el caso de que no se pueda terminar lo previsto para cada una de ellas.

El CPCyM, también permite una figura hasta entonces desconocida en la legislación procesal civil salvadoreña y es la introducción de prueba material o tangible mediante Interrogatorio de Testigos. Debe aclararse que tal práctica se realizaba en ciertas ocasiones cuando al abrirse el término probatorio en el proceso regulado en el Pr.C, y ya sea por olvido o por malicia, los abogados habían omitido ofrecer determinada prueba documental, entonces, la introducían al proceso a través de la declaración de algún testigo. Tal práctica generaba indefensión y rompía con los principios procesales; ya que esto permitía, introducir al proceso prueba que debió ofrecerse con anterioridad. En el texto del Código Procesal Civil y Mercantil, se regula minuciosamente esta posibilidad, regulando la forma en que se realizará esta clase de interrogatorio a testigos. Esta regulación expresa del CPCyM, ayuda a evitar vulneraciones en los derechos de las partes, en el caso de que se quiera introducir al proceso, medios probatorios que ayuden a reforzar la declaración de un testigo o que ya sea por su fácil manipulación necesitan un mayor control en su introducción al proceso. De acuerdo al Artículo 325 CPCyM, no pueden ser los medios probatorios que debieron señalarse y determinarse en las alegaciones iniciales.

En último lugar, es interesante la figura de la repetición del interrogatorio anticipado en el CPCyM, práctica que no se realizaba durante la vigencia del PrC. De acuerdo a la actual ley si se hubiese obtenido Prueba Testimonial anticipada y el testigo estuviera disponible, éste comparecerá a la Audiencia Probatoria y verterá su conocimiento sobre los hechos en el

correspondiente interrogatorio. Esta repetición, es un notable avance en cuanto a la aplicación de los principios procesales en la producción de la Prueba Testimonial.

Debe señalarse que en la legislación procesal civil anterior, el acta en donde constaba el examen anticipado del testigo, era leída por el Juez hasta el final del proceso cuando valoraba la prueba para redactar su sentencia.

A manera de conclusión sobre este tema, debe señalarse que a pesar de las diferencias entre ambas legislaciones, no debe entenderse que el proceso contemplado en una es mejor que el de la otra. Ambas legislaciones responden a momentos históricos distintos, en donde las necesidades de la sociedad salvadoreña eran diferentes. El tratamiento de la Prueba Testimonial en el Código Procesal Civil y Mercantil es novedoso y responde a principios procesales necesarios para las actuales relaciones de derecho privado en nuestro país, por lo que amerita su estudio comparado.

4.4 Incidencia de los principios procesales derivados de la oralidad en la producción de la Prueba Testimonial

4.4.1 Incidencia del Principio de Oralidad en la producción de la prueba por de Testigos

En el capítulo anterior nos centramos en describir como el Principio de Oralidad y sus derivados, eran entendidos en la doctrina y cuáles eran sus aplicaciones en orden general. En el presente subcapítulo, nos centramos exclusivamente en descubrir las implicaciones prácticas del Principio de Oralidad y los consecuentes principios de intermediación, concentración, publicidad y libre valoración de la prueba en el concreto desarrollo de la prueba por Interrogatorio de Testigos, no solamente en la Audiencia Probatoria sino en los procesos regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

En el presente subcapítulo, se comenzará estudiando la influencia del Principio de Oralidad en el medio probatorio que nos ocupa. Inicialmente debe señalarse que el capítulo primero del CPCyM, está dedicado a la presentación y explicación de los principios procesales bajo los cuales se regirán los procedimientos contemplados en su cuerpo normativo. Ya con anterioridad, se ha señalado que no es que algunos de estos principios no guiasen el anterior proceso civil, sino que simplemente no estaban elevados a la categoría de norma procesal. Si embargo, el Principio de Oralidad contemplado en el Artículo noveno del CPCyM si es una novedad, su texto se lee de la siguiente manera: *“En los procesos civiles y mercantiles las actuaciones se realizarán de forma predominantemente oral, sin perjuicio de la documentación, de los actos procesales que deban hacerse constar por escrito y de las aportaciones documentales que en este código se establecen”*.

Debe resaltarse el hecho de que se mencione la expresión *“predominantemente oral”*, significa que los redactores del CPCyM, estaban consientes que todo proceso es de alguna manera mixto (escrito y oral), con predominancia ya sea de la Escrituralidad u oralidad. Correspondiendo a nuestra materia procesal civil el predominio del oralidad, por disposición legal, es la regla de general aplicación en todo el proceso. El Interrogatorio de Testigos no escapa a esta disposición, incluso se afirma la predominancia de la oralidad en la producción de este medio probatorio en el texto del Artículo 147, el cual se lee: *“Las actuaciones procesales se habrán de realizar bajo el principio general de oralidad. Sin embargo, la demanda y su ampliación, la contestación*

de la demanda, la reconvencción y cualquier resolución que ponga fin al proceso o surta efectos materiales sobre la pretensión, serán siempre por escrito; y, salvo las excepciones legalmente previstas, las declaraciones de testigos y peritos serán en forma oral”.

Debe aclararse que no solamente en el momento preciso en que el testigo declare, predominará la oralidad, sino como bien se ha establecido en el último Artículo, las actuaciones procesales que tengan que ver con dicho medio probatorio, también se realizarán *“bajo el principio general de la oralidad”*. Por ejemplo, desde el momento preciso de la proposición del Interrogatorio de Testigos, la regulación de este medio probatorio se encuentra en el marco mismo del Principio de Oralidad. De acuerdo a la regulación del Artículo 310 del CPCyM, la proposición del Interrogatorio de Testigos, se realizará durante la Audiencia Preparatoria, en donde tiene aplicación el Artículo 8 CPCyM, disposición referida a la aplicación de la oralidad; ya que la forma en que los abogados de las partes propondrán a los testigos será de viva vos. Luego de haberse fijado los hechos controvertidos y el objeto de la prueba, los abogados le dirán al Juez cuales testigos, entre el total de los ofrecidos en las alegaciones iniciales, comparecerán a la Audiencia Probatoria a declarar.

Una cuestión interesante es la incidencia de la oralidad incluso en los actos previos a la demanda. Cuando se da el caso en que alguna de las partes solicitó el Interrogatorio de Testigos como prueba anticipada, el Artículo 329 CPCyM dispone que en lo relativo a su proposición y práctica, se esté a lo dispuesto en el mismo CPCyM para el Interrogatorio de Testigos. Anteriormente, ya se ha expuesto lo regulado por el Código para el mencionado medio probatorio, lo importante a recalcar en este punto, es que las reglas de la Audiencia Probatoria (oralidad, inmediación, concentración, publicidad y libre valoración) son las mismas para la audiencia donde se examine al testigo de manera anticipada. Por lo antes dicho se concluye que incluso afuera del proceso, la práctica de la Prueba Testimonial es alcanzada por las reglas de la oralidad.

Como ya antes se ha señalado, el Interrogatorio de Testigos, se vierte durante la Audiencia Probatoria. De acuerdo a la redacción del Artículo 402 CPCyM, la Audiencia Probatoria tendrá por objeto la realización en forma oral y pública de los medios de prueba que hubieran sido admitidos. Por lo tanto, la realización de la Prueba Testimonial y de cualquier otro medio probatorio, es imposible si no se hace de manera oral (el aspecto público se abordará en el apartado dedicado a la incidencia del Principio de Publicidad). Es importante recalcar que es en la audiencia en donde se desarrollará mejor la producción oral de la Prueba Testimonial, esta opinión surge de la redacción del Artículo 403 CPCyM, en donde se expresa literalmente que *“las pruebas se producirán en audiencia”*, salvo excepciones específicas del CPCyM: por lo tanto, el Juez procurará que las pruebas, mientras sea posible se desarrollen en una audiencia bajo las reglas del Principio de Oralidad.

La primera intervención del testigo en el proceso, se realizará durante esta Audiencia Probatoria, y consistirá en sus respuestas al interrogatorio con efectos de acreditación. Incluso desde el momento mismo de la identificación del testigo en la audiencia, opera la oralidad al regular el uso de la palabra hablada como recurso para conocer a la persona del testigo por parte de quienes presencien el acto de la Audiencia Probatoria. El Artículo 356 CPCyM, regula expresamente el formato de las preguntas en los interrogatorios que pueden realizarse al testigo. Expresa la mencionada disposición en su Inciso primero, que las preguntas se formularan oralmente, con la claridad y la precisión debidas, debiendo responder los testigos en

forma oral, directa y concreta a las preguntas que se les formulen. No teniendo ya los testigos, la posibilidad de enviar su declaración escrita bajo juramento (Art. 300 PrC) o escribir su declaración (Art. 314 Inc. 1 PrC) tal y como se permitía en el anterior proceso civil. Mucho menos los abogados, deben redactar un cuestionario para que fuese leído en el examen de los testigos.

EL CPCyM menciona figuras ya conocidas en la doctrina procesal: Interrogatorio Directo y Contrainterrogatorio; en ambos casos, las preguntas deben formularse de manera oral, espontánea, como ya antes se ha explicado, no debiendo los abogados apoyarse de apuntes o simplemente abandonando el examen del testigo a un empleado del Tribunal. La incidencia del Principio de Oralidad es evidente al proponer el mencionado cuerpo normativo, el uso de las técnicas propias de este principio.

Respecto al interrogatorio directo, es definido por las técnicas de oralidad como una “narración donde se busca probar las alegaciones iniciales y convencer al Juzgador”. Obviamente esta narración es expresada oralmente por el testigo. De igual manera la oralidad es el medio para conseguir los objetivos de contrainterrogatorio que son desacreditar al testigo y su testimonio mediante preguntas, evidentemente expresadas de manera oral. De igual manera el interrogatorio que realiza el Juez, o sea el Interrogatorio Aclaratorio, es regido por el mismo principio procesal. Ahora bien, también el testigo da razón de su dicho de manera oral, el Artículo 357 CPCyM, lo obliga a “explicar” las formás y circunstancias por las que obtuvo conocimiento de los hechos. Gracias a la implementación del Principio de Oralidad ahora es más fácil para el Juez asegurarse de que el testigo posea conocimiento personal de los hechos objeto de la prueba, lo único que hace es pedirle explicaciones. En el anterior sistema escrito, al testigo no se le solicitaba que brindase “razón de su dicho”, simplemente su declaración no hacía fe al valorar el Juez la prueba (Art. 318 PrC).

Como ya con anterioridad se ha apuntado, existe un completo sistema de objeciones para controlar diversos aspectos de la práctica del Interrogatorio de Testigos. Este novedoso sistema de control en el derecho procesal civil salvadoreño es consecuencia de la implementación de la oralidad en la práctica de este medio probatorio. La forma en que se realiza el examen del testigo, es espontánea, fluida, natural; por lo que se necesita una vigilancia también espontánea, natural y oral que permita la defensa de la legalidad, de los derechos de las partes y de la persona del testigo.

Una novedad existente en el CPCyM, respecto a la Prueba Testimonial es la introducción de prueba material o tangible mediante Interrogatorio de Testigos, según el ya citado Artículo 325 CPCyM, el Principio de Oralidad incide incluso en la obtención de prueba que naturalmente se ventila de otra manera. Según la disposición mencionada, pueden incorporarse de manera oral a la audiencia los objetos, las fotografías, videos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información así como cualquier otra prueba material o tangible que no debía ofrecerse durante las alegaciones iniciales. Esta incorporación se realiza mediante interrogatorio **oral** a los testigos, con las mismás reglas de producción para este medio probatorio ya anteriormente expresadas.

En último lugar, aun cuando el CPCyM, obliga a que las audiencias se documenten en Acta por las actuales limitaciones tecnológicas y económicas de los tribunales. Limitaciones que no permiten por ahora una documentación del cien por ciento de las audiencias mediante medios audiovisuales. A pesar esa situación, el Artículo 206 CPCyM, permite que el desarrollo de cualquier audiencia pueda registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. Por lo tanto, si el Interrogatorio de Testigos se desarrolla bajo el Principio de Oralidad en la Audiencia Probatoria, es importante que se permita guardar para la posteridad las intervenciones orales en un formato idóneo que capte la esencia de la producción de este medio probatorio.

A manera de conclusión, debe mencionarse que la incidencia del Principio de Oralidad, también se ve reflejado en la aplicación de los demás principios procesales que son su consecuencia y de los cuales se hará referencia a continuación y de los cuales es tan importante su estudio; ya que, como ya se ha expresado; en el Juicio Oral la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia tiene mayor importancia en el proceso, ya que constituye su núcleo y el medio fiado por la ley para que aquel realice su finalidad.

4.4.2. Incidencia del Principio de Inmediación en la producción de la prueba por Interrogatorio de Testigos

Entre los principios derivados de la oralidad o el sistema procesal por audiencias, el Principio de Inmediación, es el que quizás más influencia posee en la actividad probatoria, ya que nunca es tan importante y eficaz como lo es en esta etapa del proceso. Esto se transluce de la lectura del mismo Código Procesal Civil y Mercantil el cual eleva a categoría de norma el Principio de Inmediación en el Art. 10, el cual se lee: “ El Juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de las audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia preparatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el Juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el Juez delegado presidir la práctica de la misma.”

Ahora bien, el Principio de Inmediación no solo incide en la actividad probatoria durante la audiencia de pruebas, sino que en todo el proceso. De acuerdo a la regulación del Código Procesal Civil y Mercantil el Juez debe intervenir desde la admisión de la prueba por Interrogatorio de Testigos, en su recepción y hasta su valoración.

En la sección correspondiente al Régimen de las Audiencias en el CPCyM, específicamente en el Artículo 200, se regula que las audiencias de los procesos regulados en el mencionado cuerpo normativo, se realizarán, bajo pena de nulidad insubsanable, en presencia del Juez, y bajo los términos del Artículo 10 CPCyM, el cual contempla el Principio de Inmediación. Por lo tanto, la Audiencia Preparatoria en donde se admite a los testigos y la Audiencia Probatoria en donde se producirá el interrogatorio de estos, debe realizarse por lo tanto, bajo las reglas del Principio de Inmediación. Principio que asume tanta importancia en el nuevo proceso civil y mercantil salvadoreño, que su ausencia produce nulidad insubsanable. Esta importancia del Principio de Inmediación en el Interrogatorio de Testigos destaca en la redacción de la parte primera del Artículo 368 CPCyM, el cual se lee: “*El Juez moderará el examen del testigo...*”. Por lo tanto es imposible que otro sujeto se haga cargo de dirigir las actividades relacionadas con este medio de prueba.

Ya se ha mencionado que podría darse el caso que por diversas circunstancias sea imposible que el testigo cumpla con su obligación de apersonarse a la sede del tribunal y a la vez se encuentre fuera de la circunscripción territorial de este. En el caso de otros medios probatorios regulados en el CPCyM (reconocimiento judicial por ejemplo) el Juez puede encomendar mediante comisión procesal al Juez con jurisdicción en el lugar practique la prueba (Art. 10 CPCyM); más como ya arriba se expresó tal delegación es inadmisibles para el Interrogatorio de Testigos. Los Artículos 373 y 352 CPCyM regulan lo referente a la declaración fuera de la sede del tribunal y el interrogatorio domiciliario respectivamente. Como ya se ha explicado con anterioridad el contenido de estas diligencias, únicamente

cabe apuntar que tales diligencias se originan de la necesidad de que el Juez reciba directamente la prueba que origine el interrogatorio de los testigos, estando imposibilitado entonces para comisionar a otro Juez. Debe mencionarse también que cuando el Interrogatorio de Testigos se realiza fuera de la sede del tribunal, las partes también pueden asistir y también tener contacto con la persona del testigo.

El Artículo 203 CPCyM, está referido a la forma en que se celebrarán las audiencias de los procesos. Llama la atención que una de las primeras actividades que se llevarán a cabo durante las audiencias, será verificar la asistencia de las partes, los Abogados y los testigos. Por lo que se resalta la influencia del Principio de Inmediación incluso en el formato de actuación de las audiencias. No solamente en este sentido influye el Principio de Inmediación, sino también en las obligaciones mismas de los testigos. De Acuerdo al Artículo 362 CPCyM, el testigo tiene la obligación de comparecer al acto de la Audiencia Probatoria para la que fue citado, so pena de ser multado o caer incluso en el delito de desobediencia al mandato judicial. Esta obligación surge de la necesidad de que el Juez entre en contacto directo con la persona del testigo y su declaración. Tal necesidad ha originado una simplificación en las diligencias de citación a los testigos. Según los Artículos 311 y 360 CPCyM, ya no solamente puede citarse al testigo con auxilio de la oficina judicial, sino también mediante esquila que pueden entregar los procuradores de las partes a los testigos.

Interesante resulta, que es tal el contacto del Juez con la persona del testigo, que según el Artículo 364 CPCyM, es el Juez quien debe tomarle personalmente al testigo, la promesa o el juramento de decir la verdad. Ya durante la práctica del interrogatorio, el Principio de Inmediación cobra relevancia, ya que el Juez debe evaluar diferentes circunstancias ya contempladas en el Código Procesal Civil y Mercantil, las cuáles no pueden ser averiguadas y calificadas sin que el Juez tenga contacto con la persona del testigo y su testimonio. Ejemplo de tales circunstancias son: Testigo que posee alguna exención a su deber de declarar (El Juez debe evaluar si se ha constituido tal exención); testigo de referencia, testigo sin discernimiento suficiente por razón de edad o enfermedad mental, etc.

El Juez no solamente evalúa estas circunstancias únicamente observando las reacciones del testigo (por ejemplo turbaciones, gestos y manifestaciones espontáneas, su comportamiento y sus respuestas como un simple espectador desde una tribuna. Sino que entre sus funciones de moderar el Interrogatorio de Testigos están las de pedir explicaciones y realizar preguntas aclaratorias al testigo (Art. 369 CPCyM), y resolver de manera inmediata las objeciones (Art. 368 CPCyM); también debe mantener el buen orden de las audiencias (Art. 204 CPCyM) por ejemplo si el abogado es irrespetuoso con el testigo o este último es responsivo (Arts. 409 y 410 CPCyM). Es tan importante la función del Juez durante el Interrogatorio de Testigos, que el mismo CPCyM le otorga poderes disciplinarios. Según la parte primera del Artículo 357 CPCyM, el testigo siempre debe dar razón de su dicho, con explicación de las formas y circunstancias por las que obtuvo conocimiento sobre los hechos. Se entiende entonces que si el testigo da razón de su dicho, es porque obviamente el Juez le ha pedido tal explicación por lo que es lógico que esté presente, ya que será ante él quien se rinda tal explicación.

A manera de conclusión sobre la incidencia del Principio de Inmediación debe mencionarse una circunstancia que llama la atención; y es que aun cuando el interrogatorio anticipado de testigos, se realiza bajo la intermediación del Juez, ya que se hace bajo las reglas para cualquier audiencia, el CPCyM obliga a repetirlo en la Audiencia Probatoria a menos que sea imposible. Esto es importante ya que obliga a que el Juez revise con más detenimiento y atención el interrogatorio para fundamentar de mejor manera su convencimiento. Debe resaltarse que la ley no obliga a repetir ningún otro medio de prueba que se hubiese realizado

de manera anticipada.

4.4.3 Incidencia del Principio de Concentración en la producción de la prueba por Interrogatorio de Testigos

Otro de las consecuencias del Principio de Oralidad o el proceso por audiencias, es el valiosísimo Principio de Concentración, el cual garantiza el cumplimiento de una pronta y cumplida justicia. Tal principio está también elevado a categoría de norma, en el Artículo 11 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual se lee:

“Los actos procesales se realizarán con la mayor proximidad temporal entre ellos, debiendo el Juez concentrar en una misma sesión todos los actos que sea posible realizar; asimismo, procurará decidir en una misma resolución todos los puntos pendientes”

Si una audiencia requiere más de una sesión se llevará a cabo en los días subsiguientes hasta darla por concluida pudiéndose ordenar por el Juez que la misma continúe en días no hábiles.” (Art. 11 CPCyM).

Desde el momento mismo de su proposición, el Interrogatorio de Testigos está influenciado por el Principio de Concentración. De acuerdo al Artículo 292 CPCyM, es en la Audiencia Preparatoria en donde se propone este medio probatorio. Lo interesante es que durante la Audiencia Preparatoria también se aprovecha el espacio para: Intentar la conciliación de las partes, intentar sanear los defectos procesales, fijar la pretensión y el tema de la prueba y hasta producir prueba en casos de urgencia. Por lo tanto, resalta el hecho que es una misma sesión en donde se propone de manera concentrada la prueba por Interrogatorio de Testigos.

Pero, aún antes de propuesto el Interrogatorio de Testigos ya está incidiendo el Principio de Concentración. En realidad incluso antes de iniciado el proceso, en el caso del interrogatorio anticipado de testigos. De acuerdo al Artículo 328 Inciso 2 referido a la solicitud de anticipo de prueba, cuando cualquier medio de prueba se produce antes de que el proceso esté en trámite, deberá iniciarse dentro del mes posterior a la práctica de la prueba. Esta regulación está relacionada con el Principio de Concentración, ya que los actos procesales de interrogatorio anticipado de testigos (o cualquier otro medio de prueba) y la interposición de la demanda están próximos temporalmente.

Regresando a la Audiencia Preparatoria, se ha dicho que es aquí en donde el Juez admitirá la prueba. Con el objeto de evitar dilaciones innecesarias en el proceso el Artículo 361 CPCyM, establece que el Juez puede limitar el número de testigos que puedan comparecer a la próxima audiencia, cuando considere que los testimonios son acumulativos. También en virtud del Principio de Concentración, el Juez puede in admitir el Interrogatorio de Testigos cuando únicamente pruebe hechos ya admitidos por las partes, o se propongan para probar hechos notorios o evidentes, cuando se dirijan a probar la costumbre cuando sobre ella exista acuerdo de las partes (Art. 314 CPCyM), o sea impertinente o inútil (Arts. 318 y 319 CPCyM). Y es que el objeto de la Audiencia Preparatoria es sanear el proceso, incluyendo determinar los hechos que deben tenerse por probados para no perder tiempo en la Audiencia Probatoria. Estas causales de inadmisión, evitan que el proceso se alargue de manera injustificada, lo que provocaría una disgregación en el proceso, cuestión que intenta superarse al cambiar los principios de la legislación procesal civil salvadoreña.

Como ya anteriormente se ha mencionado, cuando el testigo no pueda comparecer a la sede del tribunal por las razones enumeradas en el CPCyM, el Juez debe trasladarse al lugar donde este se encuentre para recibir su testimonio. En virtud del Principio de Concentración, se procurará que esta diligencia se realice antes de la Audiencia Preparatoria de acuerdo al Inciso

segundo del Artículo 404 CPCyM. De esta manera se evita alargar la fecha de finalización de la Audiencia Probatoria, asegurando a las partes una justicia pronta.

Si no hubiesen más inconvenientes y habiendo avanzado entonces, el proceso a la Audiencia Probatoria, debe analizarse la incidencia del Principio de Concentración ya en la práctica del Interrogatorio de Testigos. De acuerdo al Art. 403 CPCyM, las pruebas se producirán en audiencia y deberán practicarse concentradamente. El Artículo 203 CPCyM, agrega que cuando no fuesen suficientes las horas hábiles de un mismo día para finalizar una audiencia, se podrá habilitar más horas del mismo día, en una o más sesiones con el objeto de concluir la. También podrá continuarse el día o días siguientes hasta su conclusión, incluso días no hábiles (Art. 11 Inc. 2). Estas regulaciones evitan que la práctica del Interrogatorio de Testigos, se realice de manera disgregada al perder su continuidad y no se cumplan los objetivos de la audiencia, al perder el Juez el contacto temporal con la prueba practicada. Puede también darse el mencionado caso en el cual un testigo no comparezca a la Audiencia Probatoria, entonces la audiencia puede reprogramarse como ya antes se explicó; pero, si el testigo no puede comparecer ya sea por una causa justificada o no, el Juez debe rechazar el testimonio (Art. 406 Inc. 2 CPCyM), ya que en virtud del Principio de Concentración no puede estar suspendiendo y reprogramando las audiencias una y otra vez (209 Inc. 2 CPCyM).

En la Audiencia Probatoria el Juez debe pugnar por acercar unos a otros los actos procesales para realizarlos todos en una misma sesión si fuera posible. Debe concretarse toda la actividad en un espacio de tiempo corto; por tal razón, es que es en la misma Audiencia Probatoria en donde se resuelven todas las excepciones, incidentes y objeciones no solo sobre el Interrogatorio de Testigos sino sobre cualquier materia.

Por tal motivo, todas las actuaciones son encomendadas a un mismo Juez, desde la proposición del Interrogatorio de Testigos hasta su valoración, con el objeto de no perder la continuidad y el tiempo en alegatos iniciales [252] que pretendan explicar a un nuevo Juez lo sucedido anteriormente en el proceso. Es más, es tal la incidencia del Principio de Concentración que el Juez debe anunciar un fallo en la misma Audiencia en donde se practicó el Interrogatorio de Testigos. El Principio de Concentración permite que el Juez resuelva teniendo aún frescas en su memoria las impresiones causadas por los interrogatorios a los testigos, así como los demás medios probatorios practicados.

4.4.4 Incidencia del Principio de Publicidad en la producción de la prueba por Interrogatorio de Testigos

El Principio de Publicidad está contemplado en el Artículo 9 del Código Procesal Civil y Mercantil y su texto expresa:

“Las audiencias de todos los procesos previstos en este Código serán públicas, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, disponga lo contrario por razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes,

La restricción de la publicidad de las audiencias deberá acordarse en resolución debidamente motivada, en la que se precisen de manera expresa y clara las razones de dicha restricción, así como la determinación de quienes además de las partes, sus apoderados o representantes, podrán estar en las mismas.

Las partes, sus apoderados, representantes, los abogados y cualquiera otra persona que alegue algún interés jurídicamente protegido, tendrán acceso al expediente judicial.”

Antes de pasar al análisis que nos compete, es necesario comentar que en la nueva legislación procesal civil salvadoreña, la publicidad es la regla general y el secreto es la excepción. Tal es la importancia de la publicidad, que el Juez está obligado a fundamentar los motivos por lo cuales limita la aplicación de este principio.

La incidencia del Principio de Publicidad (también consecuencia del sistema por audiencias) en la prueba por Interrogatorio de Testigos no debe subestimarse. Pues como ya muchas veces se ha repetido, la proposición de los testigos se realizará durante la Audiencia Preparatoria; y de acuerdo al Artículo 200 del Código Procesal Civil y Mercantil, las audiencias en los procesos regulados en su texto serán públicas, según lo previsto en el ya mencionado Artículo 9 CPCyM. Por lo que debe entenderse que todo el proceso de proposición, admisión y demás incidentes que pudiesen recaer sobre la prueba por Interrogatorio de Testigos (objeción a su admisión, práctica anticipada, etc.), se realiza bajo la tutela de todos aquellos que deseen presenciarlo.

Ahora bien, en el apartado anterior, se mencionó que el interrogatorio anticipado de testigos puede realizarse dentro de un mes antes que inicie el proceso. El Inciso primero del Artículo 329 CPCyM establece que la proposición y práctica de las pruebas anticipadas se realizará conforme a lo dispuesto en el CPCyM para cada una de ellas. En el caso específico del Interrogatorio de Testigos, el CPCyM dispone que su proposición y práctica se realice en una Audiencia Pública, por lo que también en el Interrogatorio Anticipado de Testigos deberá existir publicidad. Todo lo anterior sin perjuicio, que, a menos que fuese imposible, se repita todo lo actuado en la Audiencia Probatoria de manera pública.

La afirmación anterior tiene su fundamento en el Inciso primero del ya mencionado Artículo 402 CPCyM, en donde se establece que la Audiencia Probatoria tendrá por objeto la realización en forma oral y pública, de los medios de prueba que hubieran sido admitidos. Entonces el Interrogatorio de Testigos, se realizará no de la manera secreta en la que se ha venido haciendo en el último siglo, sino que su práctica se someterá al control de la sociedad.

Ahora bien, la publicidad en la práctica de los medios probatorios, no incide únicamente desde el punto de vista externo sino también el interno. Según el Inciso segundo del Artículo 203 CPCyM, lo primero que se realizará al constituirse el Tribunal en la Sala de Audiencias será verificar la presencia de los sujetos que participarán en esta, entre quienes se incluyen las partes y los testigos. Las partes tienen derecho de presenciar los interrogatorios que se realicen a cada uno de los testigos; y la única restricción a la publicidad interna es el aislamiento que se realiza a las personas de los testigos, con el fin de mantenerlos incomunicados.

Por supuesto, que a la hora en que se exprese el fallo al finalizar la Audiencia Probatoria, también existirá la fiscalización popular en la manera en que se valoró el interrogatorio de los testigos. Lo que obliga al Juez a dar su fallo de acuerdo a los hechos probados durante la Audiencia, ya que no debe existir justicia secreta ni procedimientos ocultos. Esto permite aplicar de manera correcta la crítica razonada, de la cual se hablará a continuación en el Artículo correspondiente al Principio de Libre Valoración.

4.4.5 Incidencia de la Libre Valoración de la prueba en la producción de la prueba por Interrogatorio de Testigos

Aun cuando el Principio de Libre Valoración de la Prueba no se eleve a categoría de norma en el texto del Código Procesal Civil y Mercantil, no significa que no sea un Principio Procesal[253]; ya que, constituye una directriz más que guía al Juez y a las partes en el desarrollo del proceso. La libre valoración de la prueba inspira a la Sana Crítica como método de valoración en cada uno de los actos relacionados con los medios probatorios.

Primeramente según el Artículo 216 CPCyM, salvo los decretos, todas las resoluciones serán debidamente motivadas y contendrán apartados en donde se expresarán los

razonamientos que conducen a la fijación de los hechos, la apreciación y valoración de la prueba y la interpretación del derecho ; en especial cuando el Juez se aparte del criterio sostenido en casos similares. Este precepto da la pauta para entender que no será la ley, sino el Juez quien determina que criterio tomar en cada caso específico, pero tal criterio no debe surgir arbitrariamente sino que debe apegarse (según el Inciso segundo del mencionado Artículo) a las reglas de la Sana Crítica, motivando completa y detalladamente todas sus resoluciones.

Esta obligación del Juez, es aplicable incluso desde el momento en que se propone el Interrogatorio de Testigos. Según el Artículo 317 CPCyM, la prueba debe ser propuesta por las partes en la Audiencia Preparatoria y el Juez declarará cual es admitida y cual rechazada. Ahora bien, según el Artículo 320 CPCyM, el rechazo de la prueba deberá acordarse en resolución debidamente motivada. De acuerdo al CPCyM el Juez no admitirá el Interrogatorio de Testigos cuando le resulte manifiestamente impertinente o inútil (Art. 318 Inc. 3), en este caso la Ley le da la libertad para evaluar si el Interrogatorio de Testigos se adecua a los criterios de pertinencia y utilidad expresados en los Arts. 318 y 319 CPCyM), por lo que el Principio de la Libre Valoración incide desde el momento mismo en que se pretende introducir prueba por Interrogatorio de Testigos al proceso.

Las partes, por supuesto puede que no estén de acuerdo con resolución, ya sea de admisión o rechazo, ante tal situación deben esperar para recurrir de la sentencia definitiva. Más también puede darse el caso que sea admitido un testigo que no se ha ofrecido en las alegaciones iniciales; o si fue debidamente ofrecido, no fue propuesto durante la Audiencia Preparatoria y se pretende introducir en audiencia, en estos casos el CPCyM permite objetar la introducción de los testigos (Art. 407 Inc. 1 CPCyM). El Juez debe pronunciarse sobre esta objeción, y ya sea que la admite o rechace, también debe motivarla (Art. 407 Inc. 2 CPCyM). Este es otro ejemplo de la incidencia del principio de la libre valoración en relación al Interrogatorio de Testigos

Pero, respecto a este último medio de prueba, existen otras cuestiones que el Juez debe calificar, y son las que recaen en la persona del testigo. Es posible, que las partes propongan como testigos a personas con defectos en su capacidad de aprehensión, ya sea por su grado de madurez o por deficiencias sensoriales e intelectuales. Hasta la fecha no existe un único criterio sobre el método que el Juez tomará para realizar la calificación de capacidad (Reconocimiento Judicial en la persona del testigo, evaluación del contrainterrogatorio o mediante la impugnación de credibilidad) de los testigos, lo importante es que la Ley le otorga a él la facultad de decidir y no le impone ninguna decisión (Arts. 355 y 356 CPCyM).

Habiéndose ya constituido la Audiencia Probatoria, y llegado el momento de interrogar a los testigos, puede surgir que uno de los interrogados sea además un especialista en el área sobre la cual declara (Art. 358 CPCyM) y emita sus opiniones profesionales acerca de los hechos que relata. Los testigos no deben emitir sus opiniones durante los interrogatorios, ya que se corre el riesgo que sus respuestas sean objetadas por la contraparte (Art. 409 CPCyM). Si el testigo es un especialista debe, por lo tanto, comprobarlo con cualquier medio de prueba. El Juez bajo su crítica razonada debe decidir entonces, si la prueba presentada para comprobar tal conocimiento especializado, es admisible, y si admitirá opiniones profesionales del perito sobre los hechos que le constan. También puede ser que el testigo no pueda comprobar su nivel de conocimiento de un oficio, entonces el Juez valorará su declaración verificando si acredita fehacientemente su conocimiento en caso de que no presente acreditación.

Debe mencionarse también que el CPCyM deja al criterio del Juez, la valoración sobre la admisión o no de la Introducción de prueba material o tangible mediante Interrogatorio de Testigos al proceso. El Juez debe calificar si ese material debía o no acompañar la demanda, o si es pertinente y útil, o si se ofrece de legal forma bajo las reglas del principio de Buena Fe y Lealtad Procesal. La resolución acerca de su admisión puede ser objetada por las partes, y aquí debe también el Juez evaluar si ha lugar o no la objeción, por supuesto que al igual que toda resolución, también debe motivarse y regirse bajo las reglas de la Sana Crítica según los

dispuesto en el Artículo 216 CPCyM.

Ahora bien, habiendo mencionado los aspectos anteriores es momento de entrar en materia, y es la valoración en si del Interrogatorio de Testigos. El Artículo 416 CPCyM, establece que el Juez o Tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la Sana Crítica, el cual es uno de los sistemás de la Libre Valoración de la Prueba.

El Inciso segundo del mencionado Artículo se lee de la siguiente manera: “El Juez o Tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento.”

De la lectura de este Artículo se entiende que es el Juez quien le atribuirá el valor y el significado a la prueba por Interrogatorio de Testigos. Han dejado de existir los criterios predeterminados escritos en la Ley, que obligaban a Juez, quizás aún en contra de su convencimiento, a adoptar una postura (y en caso de la Prueba Testimonial con desventaja) en relación a la robustez de los medios de prueba. Será ahora únicamente el convencimiento del Juez lo que determine si el Interrogatorio de Testigos es suficiente para probar o no los hechos alegados, ya sea por si mismo o en conjunto con otros medios de prueba. Lo importante aquí es que el Juez puede obtener la prueba producida de manera legal y que no vaya en contra de la moral o la libertad personal de las partes, no importando de cual medio probatorio se extraiga. El valor que le asigne entonces al Interrogatorio de Testigos, debe motivarse el fallo. El Juez debe expresar su razonamiento, con el objeto de garantizar la legítima defensa de las partes.

Concluyendo entonces esta temática, debe afirmarse que no es únicamente en la etapa de valoración de la prueba en donde incide el Principio de Libre Valoración de la Prueba. Su incidencia inicia desde el momento de su admisión, e influencia en las decisiones sobre la credibilidad, capacidad y conocimiento del testigo, así como la decisión sobre la veracidad de sus declaraciones. Por supuesto, que sería casi imposible que este principio pudiese desenvolverse en un sistema procesal escrito, tal y como está presente en el CPCyM. Únicamente resta esperar la manera en que los principios derivados del Sistema Procesal Oral son aprovechados por quienes participan en el complejo mecanismo de la Justicia Salvadoreña.

5. LA PRUEBA TESTIMONIAL SEGÚN EL DERECHO COMPARADO

5.1 Código de Procedimientos Civiles Modelo para Iberoamérica

5.1.1 Historia

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI) es el resultado de la ardua labor jurídica efectuada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, institución fundada en Montevideo en las primeras jornadas latinoamericanas de Derecho Procesal llevadas a cabo en el año de 1957, en memoria del connotado procesalista Eduardo J. Couture^[254].

El Instituto convocó a una serie de jornadas, en las cuáles se habló inicialmente de temás de la preferencia del procesalista Eduardo J. Couture siendo éstos: a) Garantías

constitucionales del proceso; b) Proceso y regla moral; también temas de gran interés como c) Proceso administrativo y d) Cooperación judicial internacional.

A partir de la cuarta jornada la cuál se realizó en Venezuela para el año de 1967, se comienza a gestar la idea de la elaboración de un Código Procesal Modelo para Iberoamérica lo cuál se robusteció con la resolución tomada por el instituto de preparar las “Bases” para el mismo, continuando consecuentemente su realización en las jornadas posteriores hasta finiquitarlo con la entrega de sendos Anteproyectos de Código Procesal Civil y Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica; ya en la XI jornada de mayo de 1988 celebradas en Río de Janeiro, la idea principal de la elaboración de los códigos era que los mismos fuesen instrumentos que sirvieran de base a las reformás procesales que encarnaban todos los países de Latinoamérica.

5.1.2 Texto

El CPCMI compuesto de 393 Artículos además de ser un texto de contenido novedoso y concreto, es un instrumento jurídico que despierta y ha despertado cierto interés que fácilmente trasciende el área geográfica de unos cuantos países para proyectarse a otras áreas territoriales, su texto sirve de base a las reformás de todos los países iberoamericanos y su inspiración proviene tanto de la necesidad de mejorar la justicia como de la incansable búsqueda de la unificación de un documento comunitario.

Este cuerpo normativo prevé en sus primeros once Artículos una serie de principios procesales, tales como: la iniciativa en el proceso (Art. 1), Dirección del Proceso (Art. 2), Impulso procesal (Art. 3), Igualdad Procesal (Art. 4), Buena fe y lealtad procesal (Art. 5), Ordenación del Proceso (Art. 6), **Publicidad del Proceso** (Art. 7), **Inmediación Procesal** (Art. 8), Pronta y eficiente administración de justicia (Art. 9), **Concentración procesal** (Art. 10) y el Derecho al proceso (Art. 11). Principios de los que no cabe duda informarán el resto del cuerpo legal, sean éstas las partes procesales, etapas, actos, pruebas, resoluciones judiciales así como sus respectivos medios de impugnación, etc.

Una de las relaciones existentes entre el CPCMI y el CPCyM salvadoreño en materia de principios procesales versa en que ambos cuerpos normativos poseen principios en común como lo son: Publicidad, Inmediación, Concentración, Dirección y Ordenación del proceso.

5.1.3 Estructura

La estructura de esta normativa codificada contempla apartados donde se desarrollan instituciones jurídicas procesales que son de interés para el presente estudio, tales como: los ya mencionados PRINCIPIOS GENERALES; los cuáles se encuentran previstos desde el Art. 1 al 11; por otra parte el apartado de “LA DECLARACION DE TESTIGOS o PRUEBA TESTIMONIAL” del Artículo 144 al 154.

5.1.4 Principios Generales

El Artículo primero del CPCMI regula la Iniciativa en el proceso disponiendo que, la misma incumbir a los interesados; el Tribunal lo hará de oficio sólo cuando la ley lo establezca expresamente.

El Artículo 2 establece el principio que abarca la Dirección del proceso la cuál está

confiada al Tribunal, quien deberá ejercerlas de acuerdo con las disposiciones del Código. Nuestro CPCyM sanciona de igual forma dicho principio en su Art. 14, el impulso procesal es otro principio establecido en dicho Código y se encuentra sancionado en el Artículo tercero que establece que una vez promovido el proceso, el Tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible. El principio de igualdad se encuentra previsto en el Artículo 3 del Código el cuál enuncia *“El Tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso”* principio que se encuentra previsto en el Artículo 5 del CPCyM.

La buena fe y la lealtad procesal es el siguiente principio que regula el CPCMI, pues éste se encuentra en su Art. 4, el cuál establece que: *“Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe”*. Continúa el Código con el Principio de Ordenación del Proceso que establece: *“El Tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso”*.

La **publicidad** procesal como principio que informa el CPCMI se encuentra regulado en el Artículo 7 de la siguiente forma: *“Todo proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el Tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes”* el CPCyM lo acoge de igual forma en su Artículo 9. El principio de la **inmediación** procesal se prevé en el Artículo 8 del CPCMI ya que a través de él ordena al tribunal realizar por si mismo las audiencias así como recibir la prueba so pena de nulidad. Actividad que reconoce de igual forma el Artículo 10. Por otra parte el Artículo 9 del CPCMI establece el principio de la pronta y eficiente administración de justicia mientras que el Art. 10, prevé la **concentración** procesal, enunciando que *“Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos cuando se faculta para ello por la ley o por acuerdo de partes y de concentrar en un mismo acto todas las diligencias que sea menester realizar”*. Principio que de igual forma se encuentra previsto en el CPCyM en su Artículo onceavo.

Cabe hacer mención que como ya se ha expresado en párrafos anteriores las similitudes entre el CPCyM, y el CPCMI radican en que este último, ha servido de modelo para la reforma procesal civil en casi todos los países importantes de Latinoamérica y España. Reforma basada principalmente en la introducción de la oralidad y novedosos principios procesales en el área procesal civil.

5.1.5 La prueba Testimonial

Concerniente al presente estudio relativo a la institución jurídica de la prueba testimonial o *“declaración de testigos”* ésta se encuentra enmarcada en los Artículos 144 al 154 del CPCMI, donde se establece que dicho medio probatorio siempre es admisible, salvo que la ley disponga lo contrario (Art. 144).

El Art. 145 CPCMI establece los casos de incapacidad para intervenir como testigos en el proceso:

- “1. Los menores de catorce años;
2. Los que por enfermedad o debilidad mental en el tiempo al cual debe referirse su declaración,

eran incapaces de percibir el hecho a probar;

3. Los que por debilidad o enfermedad mental al tiempo de la declaración, son incapaces de comunicar sus percepciones.”

El Artículo 146 regula las exenciones para el deber de testimoniar:

1. La facultad de abstenerse de testimoniar el cónyuge, aún separado, los parientes consanguíneos hasta el segundo grado y los afines en el primer grado y los padres e hijos adoptivos, salvo, para todos ellos, que el proceso refiera a cuestiones de estado o filiación y, en general, a cualquier hecho íntimo de la familia.

2. Pueden rehusarse a contestar preguntas. Que violen su deber ó facultad de reserva, aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley deban guardar secreto

El Art. 355 del CPCyM bajo el título “Capacidad del testigo” establece que “podrá ser testigo cualquier persona, salvo los que se estén permanentemente privados de razón o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de prueba”. El Inciso segundo establece que: “Los menores de doce años podrán prestar declaración como testigos si poseen el suficiente discernimiento para conocer y declarar sobre los hechos controvertidos del proceso”. Lo cual constituye una diferencia en relación con el Artículo 145 del CPCMI en el sentido de las permisiones o restricciones para ser testigo ya que éste último utiliza un criterio más restringido.

Por otra parte, el Artículo 147 CPCMI contempla las declaraciones jurídicamente valoradas como sospechosas (por parte del testigo), siendo éstas las de aquellos que, en concepto del Tribunal, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos e interés en relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas similares. Nuestro CPCyM no regula dichas circunstancias de la misma forma, pero si trata las razones que pueden dar la pauta para atacar la credibilidad del testigo (Art. 356 CPCyM).

El Artículo 148 CPCMI, establece lo atinente a la forma en que las partes podrán acreditar las circunstancias que afectan la credibilidad e imparcialidad de los testigos, la cuál es por medio de cualquier medio idóneo en la etapa de producción de la prueba. En relación a lo anterior el CPCyM establece en su Artículo 356 que: *“La credibilidad del testigo dependerá de las circunstancias o hechos que determinen la veracidad de sus declaraciones”*. En el Inciso 2ª del mismo, también establece *“La parte que resulte perjudicada por la declaración de un testigo, podrá alegar falta de credibilidad, mediante cualquier medio de prueba pertinente...”*.

El Artículo 149 CPCMI regula la Petición de la Prueba Testimonial, decretando que para este tipo de prueba se deberá indicar el nombre, edad, domicilio y profesión de los testigos y enunciarse, sucintamente, el objeto de la prueba. No siendo posible la proposición de más de cinco testigos para cada hecho a probar. En el Artículo 359 del CPCyM establece que: *“La proposición deberá contener la identidad de los testigos, con indicación, en lo posible, del nombre y apellido de cada uno, su profesión u oficio y su dirección, así como cualquier otro dato que se repute necesario para su más completa identificación”*.

El Artículo 150 CPCMI establece la Citación del testigo la cuál deberá realizarse con por lo menos tres días de anticipación y por cédula en la que se señalará el deber de comparecer, así como la correspondiente sanción en caso de desobediencia. Se prescindirá de la citación de un testigo cuando la parte que lo propuso asumiere la carga de hacerlo comparecer. Este Artículo también contempla la utilización de la fuerza pública ante la situación en la cuál el testigo que citado por el Tribunal rehúse comparecer, de igual forma el tribunal puede imponer arresto hasta por cinco días al testigo que rehúse declarar. Respecto a la citación del testigo, y especialmente en el punto referido a la utilización de la fuerza pública ante su incomparecencia, nuestro CPCyM regula de manera similar en los Arts. 360 y 362, pero con las siguientes

diferencias: Serán a las partes a quienes se les entregará la citación, del testigo, quienes también deberán presentarlos en la audiencia; realizándose por defecto, la citación judicial a petición de parte. Así también, en caso de incomparecencia del testigo, únicamente se le impondrá una multa, y en caso de reincidencia se procederá penalmente contra él.

El Artículo 151 CPCMI regula la Audiencia de declaración y le establece una serie de reglas para su realización:

El Tribunal interrogará al testigo, en primer lugar, acerca de los datos que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha; a continuación ordenará al testigo que haga un relato de los hechos objeto de su declaración.

El Tribunal exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de sus dichos, con explicación de las circunstancias en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento.

Las partes podrán también, interrogar libremente al testigo por intermedio de sus abogados, bajo la dirección del Tribunal, que en todo momento podrá hacer nuevas preguntas, y dirigir los interrogatorios.

El testigo no podrá leer notas ni apuntes, a menos que el Tribunal lo autorice cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas o en los demás casos que se considere justificado. Concluida la declaración, el testigo sólo podrá ausentarse de la sede del Tribunal cuando éste lo autorice.

En nuestro CPCyM, el Interrogatorio de Testigos, se producirá en la Audiencia Probatoria, bajo circunstancias análogas a las arriba escritas. Tal procedimiento se encuentra desde el Art. 364 hasta el 372 CPCyM.

Por su parte, el Artículo 152 CPCMI establece que podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, careos de los testigos entre sí o de éstos con las partes, con fines aclaratorios. Así también, el Artículo 153 CPCMI regula la declaración de las autoridades gubernamentales y funcionarios por medio de informe. Por su lado el Artículo 154 prevé lo relativo a los testigos falsos pudiendo disponer el tribunal su arresto inmediato, sometiéndolo dentro de las veinticuatro horas siguientes, con todos los antecedentes, al Tribunal competente del orden penal. Tales figuras no están reguladas en nuestra legislación.

La similitud entre el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y el Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto a la Prueba Testimonial radica en la forma del procedimiento de producción del mencionado medio probatorio, en vista de que ambos procedimientos se rigen por la Oralidad, y siendo que las declaraciones de los Testigos se desarrollan por medio de la palabra hablada y en audiencias las cuáles tienen el carácter de públicas, donde se observa la inmediatez del Juez, así como la concentración de los actos al momento de presentar la prueba.

5. 2 Legislación Internacional

5.2.1 Europa

5.2.1.1 Ley de Enjuiciamiento Civil Española

La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, pudo vivir su centenario para 1981 sin que fuese derogada o sustituida por otra más actual, sin embargo muchos comentarios en su entorno se encontraban dirigidos en el sentido de mantenerla como norma aplicable a la cuál era necesario realizarle pequeñas reformas, “esta situación

con todo esto, se hizo insostenible en la realidad, sobre todo como consecuencia del aumento extraordinario en el número de asuntos”. La LEC de 1881, “no pudo hacer frente a una situación en la que la realidad era predominantemente rural y los conflictos eran propios de la misma, pero se manifestó profundamente inadecuada para solucionar los conflictos propios de una sociedad urbana”^[255], exigiendo las nuevas realidades consecuentemente una nueva normativa que se apegue a éstas, sin embargo los legisladores de ese entonces prefirieron una serie de reformas parciales, siendo hasta el 7 de enero del año 2000 que se crea una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la cuál a comparación de la de 1881, regula un proceso oral, implementa una publicidad general en vez de una publicidad parcializada, así como una ampliación de la contradicción de la prueba.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 es un cuerpo normativo novedoso el cuál recolecta la experiencia recogida por más de un siglo respecto a la LEC 1881, teniendo como uno de sus objetivos la efectividad de la tutela judicial civil, la cuál “debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal (...) en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e intermediación. Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran”^[256].

Las innumerables discordancias existentes entre la realidad que vivía España en materia de justicia civil en relación a la LEC de ese entonces (1881) hizo necesaria la aparición de una nueva Ley que afrontara y diera respuesta a numerosos problemás de imposible o muy difícil resolución con la ley del siglo pasado, pero, sobre todo, acentuó la necesidad de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que materializara el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por una efectiva tutela judicial, siendo la LEC de 2000 la normativa creada para dichos fines.

Las circunstancias que predominaron en España, anteriormente a la vigencia de la LEC de 2000, son obviamente similares a las que han existido en el campo Procesal Civil salvadoreño durante el último siglo, ya que como antes se explicó, el Código de Procedimientos Civiles ha evolucionado desde las mismás raíces del la LEC 1881 y con el tiempo cosechó sus mismos problemás. Aunque también hay que reconocer que en el presente del derecho procesal salvadoreño, se ha manifestado una esperanza, a través del proceso oral contemplado en el nuevo CPCyM, el cual curiosamente también está inspirado en la legislación de la Madre Patria: La nueva LEC de 2000. A efectos de preparar el presente trabajo, resulta obvia la relevancia que tiene para nosotros el estudiar la figura de la Prueba testimonial en esta legislación.

El tema del presente estudio: la Prueba Testimonial, se encuentra regulada en el Capítulo V de la LEC de 2000, y se divide en las cuatro secciones siguientes:

Del objeto, necesidad e iniciativa de la prueba;

De la proposición y admisión;

De otras disposiciones generales sobre práctica de la Prueba;

De la anticipación y del aseguramiento de la prueba.

La prueba testimonial conocida para este instrumento jurídico como “*interrogatorio de testigos*”, consta de veintiún Artículos entre los cuales encontramos que el contenido de la prueba serán los hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio ello según el Art. 361. El siguiente Artículo establece la idoneidad para ser testigos,

pudiendo serlo todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos, también regula la idoneidad de los menores de 14 años siempre y cuando a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente. Lo anterior en relación al Artículo 355 del CPCyM se diferencia solamente en la edad por la cual se tiene capacidad de ser testigo, ya que en el CPCyM se establece que podrán ser idóneos para brindar testimonio los menores de doce años si poseen el suficiente discernimiento para conocer y declarar sobre los hechos controvertidos del proceso.

La designación de los testigos (Art. 362 LEC), es una serie de expresiones de identidad del declarante así como del cargo que ostenta a efectos de obtener información respecto a aquellos testigos a ser propuestos como medio probatorio, también regulado en el CPCyM en el Artículo 359. El número de testigos no se encuentra limitado a más que un criterio de economía procesal que recae sobre la parte proponente, teniendo el tribunal la libertad de poder obviar después de escuchar las declaraciones de tres testigos el escuchar las de los testigos que faltaren (Art. 363 LEC), en este sentido el CPCyM establece algo similar en su Artículo Art. 361.- *“La Ley no limita el número de testigos que pueden comparecer en audiencia; sin embargo, el Juez podrá hacerlo a efecto de evitar la práctica de diligencias innecesarias o acumulativas”*. El Juez preferirá a los testigos directos sobre los indirectos o de referencia., permitiendo además la ley la toma de declaraciones en el domicilio del testigo, dadas ciertas circunstancias específicas previstas en el Art. 364 LEC y 373 del CPCyM.

Los testigos a declarar en audiencia realizarán juramento previo a emitir su declaración, pudiéndose eximir de dicho juramento a los menores de edad (Art. 365 LEC).

De acuerdo a la LEC, la declaración por parte de los testigos se sujetará a dos formalidades: La declaración de los testigos se realizará de forma separada y sucesiva, salvo que el tribunal encuentre motivo para alterarla; además, los testigos no se comunicarán entre sí ni podrán unos asistir a las declaraciones de otros (Art 366 LEC). Casi en los mismos términos, regula el Art. 365 Inc. 1 CPCyM.

Respecto al interrogatorio de testigos, el tribunal realizará unas preguntas en forma general las cuales se prevén en el Art. 367 LEC, por su parte el siguiente Artículo establece el contenido y la admisibilidad de las preguntas que se formulen, siendo éstas orales, en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión. Privándose de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaran, se tendrán por no realizadas. Pudiendo el tribunal decidir sobre las preguntas planteadas en el mismo acto del interrogatorio, admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio. (Art. 368), por otra parte se le otorga en el Art. 369 potestad a las partes para que éstas puedan también impugnar respecto a la admisión de las preguntas. Tales aspectos están regulados desde el Art. 366 hasta el 369 CPCyM.

El Art. 370 LEC regula lo referente al examen de testigos sobre las preguntas admitidas, partiendo de las generales del mismo, prosiguiendo por el interrogatorio que le hará la parte que lo propuso y en caso de que ambas partes lo hayan propuesto se iniciará su examen por la parte demandante, respondiendo el testigo por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas y solamente cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder. Respecto a este punto, de acuerdo al Art. 366 del CPCyM, la consulta de documentos debe realizarse bajo autorización del Juez. Siguiendo con la

LEC: el testigo en cada una de sus respuestas, debe expresar la razón de ciencia de lo que diga. Ahora bien, en caso de que el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. Tales circunstancias el CPCyM las regula en Artículo 358 bajo la figura del "Testigo con conocimiento especializado".

Existe también, el caso especial de las personas con el deber de guardar silencio y que prevé el Art. 371 LEC al enunciar los siguientes casos:

Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.

Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter.

De acuerdo a los Arts. 370, 371 y 372; serán los abogados, los médicos, los ministros religiosos, los contadores públicos, los dueños de secreto comercial o de negocio, los propietarios de patente y los empleados de estos últimos; quienes tendrán la facultad de negarse a declarar en los casos previamente estipulados por la Ley.

Respecto a la intervención de las partes en el interrogatorio y su aplicación, el Art. 372 LEC lo establece al enunciar que el abogado de la parte que propuso la prueba testifical una vez haya evacuado sus preguntas por parte del testigo, podrán los abogados de cualquiera de las demás partes plantear nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. Debiendo el tribunal repeler aquellas preguntas que sean impertinentes o inútiles. Pudiendo de igual forma interrogar al testigo en caso de necesitar obtener aclaraciones o adiciones. Lo anterior se conoce en el CPCyM como contra interrogatorio e interrogatorio aclaratorio y se sanciona en el Art. 367 y 369 del mismo.

Si en el momento en que los testigos emiten sus declaraciones incurrir en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que éstos sean sometidos a careo. Se podrá de igual manera acordar que, en razón de las respectivas declaraciones, se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos. El careo de testigos podrá solicitarse al término del interrogatorio según el Artículo 373 LEC. Como anteriormente ya se mencionó, la figura del careo no está contemplada en la legislación Procesal Civil salvadoreña.

La valoración de las declaraciones de los testigos de acuerdo al Art. 376 de la LEC se realizará de conformidad a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos (hechos) concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado. De igual forma el CPCyM adopta el mismo criterio de valoración en cuanto al interrogatorio de testigos, conforme a su Art. 416.

Los testigos podrán ser tachados por las causales contenidas en el Art. 377 de LEC, el tiempo de interposición de dichas tachas es desde el momento en que se admita la prueba testimonial hasta que comience el juicio o la vista (Art. 378). Una vez alegadas las tachas éstas podrán ser sometidas a pruebas conducentes, y si se diera el caso en que formulada la tacha, las demás partes no se opusieren, se tendrá por probada. El Art. 379, regula el procedimiento probatorio de las tachas, los medios válidos para probarlas (en el cual se excluye la prueba testifical) y el criterio de valoración (sana crítica). Aún cuando en el CPCyM, no es regulada la figura procesal de la tacha como tal, es regulada la circunstancia de la falta de credibilidad del testigo (Art. 356), aunque con algunas variaciones: No existe un catálogo que enumere las

causales de impugnación del testigo, la falta de credibilidad se puede probar con cualquier medio probatorio, incluyendo la prueba testimonial y no está determinado un criterio de valoración de las pruebas sobre la falta de credibilidad. Esto último hace suponer, que se aplicará lo establecido en el Art. 416 CPCyM, respecto a la valoración de los medios probatorios.

Los Artículos 380 y 381 de la LEC regulan los procedimientos que deben seguirse ante los siguientes casos: El interrogatorio acerca de los hechos que consten en informes escritos y las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas. Tales procedimientos no serán detallados por no encontrarse similares en el CPCyM.

Las similitudes entre el Código Procesal Civil y Mercantil en relación a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en materia de Prueba Testimonial se derivan predominantemente de la adopción de principios procesales como el de la oralidad, inmediatez, publicidad y concentración. Aún cuando, la LEC de 2000 no posea un articulado que especifique los principios procesales a los cuáles se apegarán sus procedimientos, es obvio por la lectura del mismo, que son los arriba mencionados los que dirigen el proceso. Tal situación, se extiende hacia el procedimiento de interrogatorio de testigos, ya que de acuerdo a la manera en que este se realizará, se pueden deducir los principios procesales básicos, por ejemplo: La declaración de éstos se hará al interior de una audiencia, la cuál sería imposible llevar a cabo, si no predominase el principio de oralidad. Así mismo, un proceso por audiencias es obviamente público, mostrándose así la publicidad a la hora de producirse la prueba testimonial. Así también el principio adversativo se refleja en la oportunidad que tienen las partes, de realizar los interrogatorios directos y contra interrogatorios, así como, el interrogatorio aclaratorio el cuál da lugar a la inmediatez. Otro ejemplo sería el Art. 376 LEC, el cuál especifica que la valoración de las declaraciones testificales se realizarán de conformidad a las reglas de la sana crítica.

Lo anterior es más que suficiente para demostrar, la determinante influencia de la legislación española en las directrices que posee el nuevo Proceso Civil salvadoreño.

5.2.2 Países Latinoamericanos

5.2.2.1 Código General del Proceso de Uruguay

El Código General del Proceso de Uruguay, fue aprobado en el mes de octubre de 1988 y se encuentra conformado de 550 Artículos, algunos de los cuáles son reflejo de sus principios procesales, que son básicos en los procedimientos regulados en el CPCyM; especialmente, el procedimiento de producción de la prueba. A continuación se realizará un breve análisis comparativo entre ambas legislaciones.

Los Artículos del 1 al 10 del Código General del Proceso de Uruguay exponen cuáles principios procesales sirven como directrices en los procedimientos del Código, entre los cuáles están los siguientes: **Publicidad** del proceso, **Concentración** procesal, **Inmediatez** procesal. Principios que también están expuestos en la nueva normativa Procesal Civil Salvadoreña. Es interesante observar que el CPCyM también contiene un apartado dedicado a la explicación de los principios procesales que guiarán el proceso, al igual que este Código General del Proceso Uruguayo.

Aún cuando la oralidad no es mencionada entre los demás principios procesales, se deduce de la presencia de éstos últimos; así como, de los Artículos 100 al 102 donde se regula lo relativo al proceso por audiencias, que aún y cuando lo acontecido en las audiencias se documente (tal como lo dispone el Artículo 102 de la Legislación en cuestión), es obviamente oral. La presencia de la oralidad derivada de un proceso por audiencias que se traduce en una

gran similitud con lo dispuesto en la nueva ley Procesal Salvadoreña.

De los tres numerales del Artículo 118 se concluye que los actos de proposición y determinación de los medios probatorios al interior del proceso, coinciden en gran medida con las disposiciones referentes a estos mismos actos en el CPCyM (Artículo 288 y 317). Una de las situaciones más interesantes que se observan en el Artículo 118 del CGPU es la tendencia a la concentración, en los procedimientos relativos a la prueba, y específicamente a la prueba testimonial (Artículo 118.2); ya que al presentarse la prueba en la demanda se agiliza el tiempo de duración del Proceso. Es interesante porque aún en este caso la oralidad beneficia a la agilidad del proceso, ya que sin la presencia de un proceso oral por audiencias, sería muy difícil el desarrollo del principio de concentración.

Otro ejemplo del principio de concentración en la producción de la prueba (incluyendo la testimonial) en los procesos uruguayos, es lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 306 el cuál posibilita el anticipo del diligenciamiento de la prueba que pudiera perderse si se esperase la etapa posterior a la etapa preliminar. Así también el Artículo 309 del mismo cuerpo normativo contempla la posibilidad de realizar como diligencias preparatorias: La práctica de pruebas en los casos en que una cosa pudiere alterarse o perecer, o la práctica del interrogatorio cuando se tratare de testigos de avanzada edad o gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país. También de acuerdo al primer Inciso del Artículo 341 se establece que en la audiencia preliminar se realizará la fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba, se admitirá esta última, disponiéndose su ordenación y diligenciamiento; se recibirán los medios probatorios que fueren posibles diligenciar en la propia audiencia y se fijara la audiencia complementaria para el diligenciamiento de los restantes. Tal situación es similar a las disposiciones contenidas en los Artículos 309 al 311 del CPCyM, en donde se establece que será durante la audiencia preparatoria, cuando se fijarán: los medios de prueba, el objeto de la prueba y la fecha de la audiencia probatoria. Incluso se determinará el nombre y el lugar en donde los testigos podrán ser citados. Respecto a la figura del anticipo de prueba se dispone que se podrá realizar antes o durante el proceso, cuando por las circunstancias del caso se tema la pérdida de los medios de prueba por la imposibilidad de reproducción de los hechos en la audiencia probatoria ya sea por la situación de las personas o el estado de las cosas, lo anterior de acuerdo a los Artículos 326 al 329 CPCyM. Tales situaciones en las legislaciones aquí comentadas son un claro ejemplo de las ventajas que un proceso oral trae a la administración de justicia.

Otro claro ejemplo de la presencia del principio de concentración en el proceso Uruguayo es lo dispuesto en el Art. 343.7 en donde se establece que a continuación de la producción de las pruebas y los alegatos de las partes, el tribunal se retirará para considerar su decisión y a continuación, pronunciará sentencia, cuyos fundamentos podrán formularse dentro del plazo de los quince días siguientes. En este último punto existe una pequeña diferencia con el CPCyM ya que éste establece en su Artículo 412 que al terminarse los alegatos finales, el Juez dictará oralmente su fallo (Art. 22 Incs. 1 y 2), levantará la sesión y dará por terminada la audiencia probatoria; dictando la sentencia, la cual contendrá el fallo, dentro de los quince días siguientes a la finalización de esta audiencia, de acuerdo a su Art. 417.

El Artículo 340 del CGPU, dispone la obligación de las partes de comparecer a la Audiencia Preliminar en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del tribunal. Tal obligación es derivada de la presencia del principio de inmediación procesal; ya que, en un proceso oral por audiencias se hace necesario el contacto de las partes con el tribunal y los medios probatorios. Es tan importante la inmediación en el proceso uruguayo, que de acuerdo a los numerales segundo y tercero del Artículo en cuestión, se castigará a las partes cuando éstas inasistieren sin justificación: La inasistencia del actor se tendrá como desistimiento de su pretensión, y si el inasistente fuere el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario.

Como anteriormente ya se ha mencionado será en la audiencia complementaria donde

se diligencie la prueba que no pudo producirse en la audiencia preliminar. La inmediación, es por lo tanto igual de importante en la audiencia complementaria, en donde se citará a las partes para que estén en contacto con la producción de las pruebas, de acuerdo a lo establecido en el Num. 1 del Art. 342 CGPU. Según el Artículo 343.4 del mencionado cuerpo legal, en la audiencia complementaria se recibirá toda la prueba y se oír a los peritos y testigos, obviamente en presencia de las partes quienes tendrán contacto directo con las declaraciones testimoniales. Demostrándose con estos pocos Artículos, que el principio de inmediación se traduce en una guía fundamental al momento de producir la prueba testimonial. Lo referente a la incidencia del principio de inmediación en la producción de la prueba testimonial en el Proceso Civil salvadoreño se ha desarrollado en un apartado diferente, aunque en este punto puede aclararse que no dista esencialmente de lo dispuesto en la legislación uruguaya.

El principio de libre valoración de la prueba, es consecuencia del principio de oralidad en los procesos. Esta afirmación se comprueba en la legislación procesal uruguaya (de corte eminentemente oral) en el Artículo 140 CGPU, el cual establece que las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa, obligando al tribunal a indicar con concreción, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión; debiendo el tribunal aplicar las reglas de la experiencia común a falta de reglas legales expresas, para inferir del hecho conocido el hecho a probar, según el Artículo 141 de la legislación mencionada. Pudiendo ser posible entonces, que la declaración de uno o más testigos, sea determinante para probar completamente la pretensión de una de las partes, si racionalmente así lo concluyen los miembros del tribunal. Aún cuando sería deseable, informar que tal criterio de valoración se repite en los mismos términos en el texto del CPCyM, se debe reconocer que de la simple lectura de su Artículo 416, se aprecia que el sistema de valoración de prueba regulado es el mixto: tarifa legal en la valoración de la prueba documental y el principio de la libre valoración en los medios probatorios restantes (Regulándose bajo este criterio la prueba testimonial). A pesar de lo anterior, la oralidad ha significado un gran avance en cuanto al sistema de valoración de la prueba en el proceso civil salvadoreño, el cuál históricamente se ha ajustado a parámetros propios de la edad media.

Otra consecuencia del sistema de la libre valoración de la prueba en la legislación uruguaya se evidencia en lo dispuesto en el Art. 146.2 CGPU en donde se establece que también podrán utilizarse en la audiencia, otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que rigen los medios probatorios reglados. Tal disposición demuestra que no existe un catálogo cerrado de medios probatorios, situación que es similar a la expresada en el Artículo 330 CPCyM en donde se lee “Los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o libertad personal de las partes, o de terceros...”; diligenciándose de la misma forma en que se dispone en el CGPU.

En cuanto a la producción de la prueba testimonial en el CGPU, el Artículo 142 expresa que todas las pruebas deben ser producidas en audiencia, lo cual no puede realizarse en un proceso eminentemente escrito. El concepto audiencia lleva implícita la idea de la oralidad como principio director de la forma del procedimiento, el cual permitirá la presencia de ventajosos principios procesales tales como: inmediación, concentración, publicidad y libre valoración de la prueba. El Artículo 8 del CPCyM instituye que, sin perjuicio de su documentación las actuaciones procesales se realizarán de forma predominantemente oral; y el Art. 147 del mismo cuerpo normativo enuncia que las actuaciones procesales se habrán de realizar bajo el principio general de oralidad; señalando a continuación sus excepciones. Estableciéndose en los

Artículos 200 al 211 el régimen de las audiencias; las cuáles serán públicas, con intermediación, concentración y obviamente orales. Afirmándose tal descripción en las reglas relativas a la producción de la audiencia probatoria dispuestas en el Art. 403 del CPCyM.

En el Código General del Proceso Uruguayo se encuentran 10 Artículos referidos expresamente a la declaración del testigo o prueba testimonial (Arts 154 – 164); disponiéndose que la prueba testimonial sea siempre admisible, salvo que la ley disponga lo contrario. Esto demuestra un nivel evolutivo en materia de derecho probatorio, ya que se están dejando atrás las antiguas ideas derivadas de la tarifa legal que limitaban la admisibilidad de los testimonios en casos determinados, dándosele preponderancia a la prueba documental. Tal avance, también está presente en el CPCyM, al notarse la falta de enumeración del valor probatorio de los diferentes medios de prueba, por lo que la prueba testimonial, puede ser siempre admisible de acuerdo al criterio del Juez (Art. 416 desecha la asignación de valor probatorio a todos los medios de prueba excepto la documental).

Los Artículos 155 y 156 del CGPU, establecen los casos de capacidad del testigo y exenciones al deber de testimoniar respectivamente, diferenciándose del CPCyM en los siguientes aspectos: en Uruguay no pueden testificar los menores de 14 años, mientras que en El Salvador pueden hacerlo, incluso los menores de 12 años si poseen el suficiente discernimiento; el CGPU señala expresamente que los cónyuges tienen la facultad de abstenerse de testimoniar, cláusula que no tiene par en el CPCyM, el cuál únicamente les otorga la exención del deber de declarar a los abogados, médicos, ministros religiosos, contadores públicos, y dueños de secreto comercial o patente, en cuestiones de secreto profesional.

Los Artículos 157 y 158 del CGPU regulan lo referente a las circunstancias de falta de credibilidad del testigo; así como la manera en que tales circunstancias se probarán. De manera similar al CPCyM, el CGPU deja abiertos los criterios de impugnación, regulando sutilmente los casos en los cuáles un testigo pueda considerarse sospechoso; así también, permite cualquier medio probatorio para sostener las circunstancias de sospecha; dejando al tribunal, la tarea de valorar (de acuerdo a las reglas de la sana crítica), la credibilidad o no de los testigos.

De acuerdo a la legislación procesal uruguaya, cuando se solicite prueba testimonial se deberá indicar el nombre, edad, domicilio y profesión de los testigos y enunciarse, sucintamente, el objeto de la prueba, de acuerdo a lo establecido en el Art. 159 CGPU, de igual manera el CPCyM obliga a las partes a singularizar el medio probatorio a utilizar al momento de interponer la demanda o su contestación, de acuerdo a los Artículos 276 Ord. 9º, 317 y 359. En el CGPU, se estipula que sobre cada hecho a probar no podrá proponerse más de cinco testigos, salvo que exista motivo fundado a juicio del tribunal; situación muy diferente a lo dispuesto en el Artículo 361 del CPCyM que establece que no existirá un número específico de testigos que puedan comparecer en audiencia, dejando la limitación de su número al Juez en caso de que sea necesario evitar la práctica de diligencias innecesarias o acumulativas.

Continuando con el articulado del CGPU, este presenta en su Artículo 160 el procedimiento para citación de los testigos, estableciéndose que estos últimos serán citados con por lo menos tres días de anticipación, y la sanción para el caso de desobediencia, prescindiéndose de la citación cuando la parte que propuso al testigo asumiere la carga de hacerlo comparecer. Así también cuando el testigo que fuere citado por el tribunal rehúse a comparecer, será conducido a presencia de aquél por la fuerza pública, o se impondrá su arresto hasta por cinco días, procedimientos muy similares a los establecidos en los Artículos 311 Inciso 3º, 360 y 362 CPCyM.

Sobre la audiencia de declaración de los testigos, la legislación Procesal Uruguay, detalla su producción en el Artículo 161 CGPU, estableciéndose que esta se realizará durante audiencia (oral), presidida por el tribunal, interrogándose a cada testigo separadamente, previa promesa o juramento de decir verdad. El CPCyM, en su Artículo 364 también regula el interrogatorio de testigos bajo los mismos términos. Las reglas para la declaración de los testigos en el Artículo del CPGU anteriormente mencionado, detallan el orden en que se

interrogará al testigo, comenzando el tribunal con su acreditación e interrogatorio, a continuación las partes, quienes se someterán a las reglas del método adversativo acusatorio, y finalizando el tribunal. El método de interrogatorio es el mismo que se detalla en los Artículos del 364 al 369 CPCyM, con la diferencia en el orden, ya que será la parte quien presentó al testigo, la responsable de realizar las preguntas de acreditación mediante el interrogatorio directo; a continuación la contraparte procederá a contrainterrogar al testigo y finalmente el tribunal podrá realizar el interrogatorio aclaratorio.

Una diferencia entre el CPGU en materia de prueba testimonial en relación al CPCyM es la figura del careo que se realiza en los testigos ya que el primer cuerpo normativo prevé tal situación en su Artículo 162, estableciendo que se realizará ya sea de oficio o a petición de parte y con fines aclaratorios, mientras que el CPCyM no establece nada al respecto.

El apartado referente a la prueba testimonial en el CPGU, finaliza señalando que funcionarios del gobierno uruguayo poseen la facultad de rendir sus testimonios mediante informes o certificación, situación que no es regulada expresamente en el CPCyM.

Como conclusión del presente apartado, no se pueden dejar de hacer notar las enormes similitudes existentes entre el proceso uruguayo y el salvadoreño, procesos que comparten principios rectores no sólo del proceso en general sino de la producción de la prueba en particular y específicamente cuestiones concernientes al interrogatorio de testigos. En tales procesos es evidente la influencia beneficiosa del principio de oralidad, el cuál permite una mejor sustanciación del proceso y un campo fértil para el desarrollo de otros principios procesales tales como: publicidad en la audiencia, inmediación, concentración de los procedimientos y una libre valoración de la prueba, basada en las reglas de la experiencia del Juez. Por lo tanto puede afirmarse que la producción de la prueba testimonial en ambos procesos se realiza en condiciones óptimas para su adecuada utilización.

5.2.2.1 Código Procesal Civil de Perú

El Código Procesal Civil de Perú fue promulgado el ocho de enero de mil novecientos noventa y tres y consta de ochocientos cuarenta Artículos. Al igual que la nueva legislación procesal salvadoreña (CPCyM), el CPCP (Código Procesal Civil de Perú), inicia su texto con la enumeración de los principios que dirigirán el proceso.

El Artículo V del cuerpo normativo mencionado, reúne principios procesales que guardan íntima relación con el principio de oralidad, los cuáles son: **Inmediación, Concentración, Economía Procesal y Celeridad**; tal Artículo promueve la indelegabilidad de la actividad del Juez durante las audiencias y especialmente en la producción de los medios probatorios, so pena de nulidad. Así mismo, el Artículo en cuestión, prescribe que el proceso debe realizarse procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales, los que a su vez deben hacerse en el menor tiempo posible, siendo el mismo espíritu que presenta el CPCyM, al dedicar los Artículos 10 y 11 a los principios de inmediación y concentración, respectivamente; agregando que es deber del Juez, el concentrar en una misma sesión todos los actos que sea posible realizar, así como decidir en una misma resolución todos los puntos pendientes.

De acuerdo al Art. 189 CPCP, la oportunidad procesal para que las partes ofrezcan los medios probatorios, se da cuando se interpone la demanda; y el Artículo 425 de dicho cuerpo normativo, detalla que la misma deberá acompañarse, entre otras cosas, de todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, aunque en este punto cabe resaltar la enorme diferencia existente entre la legislación peruana y la salvadoreña, ya que la primera, solicita que como anexo a la demanda se entregue pliego cerrado de posiciones, con los interrogatorios para

cada uno de los testigos; mientras tanto el CPCyM, se adhiere al método adversativo de interrogatorio de testigos, ocupando las técnicas de oralidad para la producción de la prueba testimonial, sin utilizar un cuestionario previo para interrogar al testigo.

Según los Artículos 202 y siguientes del CPCP, las pruebas se producirán al interior de una audiencia la cuál será dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad; el Artículo 203, en consonancia con el anterior, prescribe que a la audiencia probatoria deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público. El CPCyM señala, en su Artículo 403, que las pruebas se producirán en audiencia pública, la cual se realizará con presencia judicial. Es evidente que la intermediación es un principio influyente en la producción de la prueba (incluyendo la testimonial) en ambos procesos, ya que de manera expresa se encuentra regulada la obligación de concurrir personalmente a la audiencia, por parte del Juez y de las partes.

La publicidad, es otro de los principios presentes en la legislación procesal peruana, ya que el Artículo 206 CPCP, establece que la audiencia de pruebas es única y pública, aunque el Juez puede ordenar que la audiencia se realice si la naturaleza de lo controvertido así lo exigiera en privado; de idéntica manera regula el CPCyM en su Artículo 9, aunque agrega que la restricción de la publicidad de las audiencias deberá acordarse en resolución debidamente motivada, por lo tanto en ambas legislaciones, el interrogatorio de testigos se realizará de manera pública durante la audiencia de pruebas.

Otro principio presente en el CPCP es la Sana Crítica, lo cual se deduce de la lectura del Art. 188, el cual establece que la finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Así también el Artículo 193 regula lo relativo a los Medios probatorios atípicos, los cuáles se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos, lo que comprueba que no existe catálogo cerrado de medios probatorios propios de la tarifa legal o prueba tasada, tal y como está establecido en el Artículo 730 del CPCP, al regular los medios no previstos en la Ley. Retornando al CPCP, encontramos que se establece expresamente que el Juez valorará todos los medios probatorios, en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, debiendo fundamentar su resolución; siendo ésta una pequeña diferencia en relación a la Sana Crítica en el CPCyM, ya que ésta no se extiende a la valoración de todos los medios probatorios, como en el caso de la valoración de la prueba documental; pero ambas legislaciones comentadas, tienen en común su apego a la libre valoración de la prueba en el interrogatorio de testigos.

Habiendo aclarado, que en el proceso civil peruano, las pruebas se producirán en audiencias bajo la dirección de los principios procesales derivados de la oralidad, es momento de analizar la incidencia de estos últimos en la producción de la prueba testimonial en esta legislación.

La declaración de testigos, está regulada en el Capítulo IV del Título VIII del CPCP, el cual inicia con la regulación de la capacidad de los testigos, estableciendo que toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa, así también los menores de dieciocho años pueden declarar en los casos permitidos por la ley; no existiendo en este punto, mayor diferencia con lo legislado en el CPCyM. Siempre regulando sobre el mismo punto, el Artículo 229 CPCP enumera los aspectos que hacen prohibitiva la presencia de una persona como testigo; situación que no tiene par en la Legislación procesal salvadoreña, en donde no se encuentra en el texto de la misma prohibición alguna para la declaración testimonial.

El Artículo 224 CPCP regula la manera en que los testigos serán interrogados, estableciendo que su declaración, se realizará individual y separadamente, correspondiendo al Juez la realización de las preguntas de acreditación, siguiendo con el interrogatorio de la parte quien lo propuso, a excepción de cuando el testigo sea propuesto por ambas partes, entonces siempre será el demandante quien interrogará primero. El Artículo 208 instituye que la declaración de los testigos se hará con arreglo al pliego interrogatorio presentado, aunque el

Juez podrá hacerles las preguntas que estime convenientes y las partes podrán formular las suyas en vía de aclaración. En este punto se debe resaltar la diferencia existente con el CPCyM, ya que el único antecedente que en este proceso existe acerca de las preguntas que se realizarán al testigo se da al momento de la proposición de la prueba, cuando se singulariza la persona del testigo que declarará, se especifica el contenido de su declaración, más no existe algo similar al pliego interrogatorio el cuál es más propio de un proceso escrito.

Como punto final de este breve análisis comparativo, se menciona el hecho de que en la legislación procesal civil peruana existe la valiosa figura del careo bajo el nombre de confrontación, la cual se realiza entre testigos, entre peritos y entre éstos, aquéllos y las partes y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios; figura inexistente en el CPCyM.

5.2.2.2 Código Procesal Civil y de la Nación de Argentina

De la misma manera en que se ha venido analizando las demás legislaciones, se realiza a continuación un breve estudio acerca de la figura de la prueba testimonial en la legislación Argentina a través de su Código Procesal Civil y de la Nación de Argentina (CPCyNA), el cuál data de 1981, teniendo muy pocas reformás hasta ahora.

Primeramente, debe aclararse que el sistema procesal civil argentino, no es estrictamente oral, sino que corresponde a un sistema al que muchos denominan mixto, ya que el proceso se va impulsando mediante escritos que van anexándose al expediente, de manera similar al anterior Código de Procedimientos Civiles salvadoreño. Pero para efectos del presente estudio, es suficiente razón para considerar analizar la legislación procesal Civil Argentina, por el hecho de que la prueba se produce al interior de una audiencia (Num. 6º Art 125 CPCyNA).

Por lo tanto, al estudiar el cuerpo normativo mencionado, llama la atención el Art. 32, el cual contiene la primera referencia acerca de las audiencias, al mencionarse las atribuciones de los Jueces, siendo una de ellas la de asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las diligencias procesales. Por lo tanto, de alguna manera, existe la oralidad en el proceso (de otra manera sería imposible realizar una audiencia), la concentración (por la simple presencia de una audiencia preeliminar, en la cual se realizan todos los preparativos para evitar dilaciones posteriores en el proceso) y la inmediatez (porque será el Juez, quien dirija personalmente las audiencias). La afirmación anterior puede comprobarse de la simple lectura del numeral quinto del mencionado Artículo: “Art. 34. - Son deberes de los jueces: 5) Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código:

a) “**Concentrar** en lo posible, en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar.”

b) “Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades...”

El Art. 125 del Código Procesal Civil y de la Nación Argentina, establece las reglas relativas a las Audiencias Públicas, resaltándose de su texto lo siguiente:

Las Audiencias serán públicas, bajo pena de nulidad, pero el tribunal puede resolver, que se realicen a puertas cerradas cuando la publicidad afecte la moral, el orden público, la seguridad o el derecho a la intimidad. Respecto al principio de publicidad, la legislación procesal salvadoreña legisla en los mismos términos; añadiendo que la resolución en donde se decida la limitación de la publicidad en las audiencias, la cuál deberá ser motivada por el Juez (Art. 9 CPCyM).

El capítulo V del Código Procesal Civil y de la Nación Argentina, desarrolla todo lo

referente a la producción de la prueba en el Proceso Civil. Primeramente, el Art. 360 establece que será el Juez quien citará a las partes a una audiencia preliminar, que presidirá, con carácter indelegable (en consonancia con el principio de inmediación). El objeto de esta audiencia será entre otras cosas: Fijar los hechos que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba, proveer las pruebas que considere admisibles y concentrar en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del Juez. En el CPCyM también existe regulada una audiencia preliminar, denominada "Audiencia Preparatoria" (Art. 290 y SIG.) y esta también tiene por objeto fijar la pretensión y el tema de la prueba entre otras cosas; únicamente se podrá recibir prueba, incluyendo la testimonial, en casos de urgencia comprobada a juicio del tribunal (Art. 292). En la audiencia preliminar argentina, se fijará por el Juez, el plazo de producción de prueba, el cual no excederá de cuarenta días. De la misma manera, de acuerdo al Art. 310 CPCyM, será durante la audiencia preparatoria, cuando se fijará la fecha de comienzo de la audiencia probatoria, estableciendo el Art. 311 un plazo de sesenta días siguientes a la audiencia preparatoria.

Las pruebas, que se produzcan en el proceso civil argentino, serán valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica (Art. 386 CPCyNA), dejando a criterio del Juez la elección de las pruebas esenciales para formar su convicción. Pero si la ley argentina lo permite, podrán realizarse excepciones al principio de la Libre Valoración de la Prueba. El CPCyM salvadoreño, también se adhiere a este sistema de libre valoración, aunque con la reserva expresa de la prueba documental (Art. 416). Siguiendo en la misma línea, se debe resaltar, que de la lectura del Art. 378 del CPCyNA, puede colegirse que en materia procesal civil, no existe un catálogo cerrado de Medios Probatorios, ya que la ley en mención, expresa la manera en que se diligenciarán los medios de prueba no previstos, por lo cual aún aquí puede apreciarse el rechazo del sistema de la tarifa legal, en la legislación argentina. También en la nueva legislación procesal civil salvadoreña, se acepta expresamente la producción de los medios probatorios no previstos (Art. 330 CPCyM).

El Código procesal Civil y de la Nación Argentina, contiene treinta Artículos referentes a la prueba testimonial, los cuales se estudiarán a continuación:

Los Arts. 426, 427 y 428 regulan lo referente a la capacidad e idoneidad de los testigos. A diferencia de lo dispuesto en el CPCyM, en Argentina solo son capaces para declarar los testigos mayores de 14 años; únicamente están obligados a comparecer para prestar declaración ante el tribunal, los testigos que tengan su domicilio fuera del lugar del asiento del tribunal, pero dentro de un radio de setenta kilómetros; no podrán ser ofrecidos como testigos, los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge. Las partes pueden oponerse a la declaración de un testigo, por las razones aquí expresadas, sin perjuicio de la facultad del Juez de desestimar de oficio y sin sustanciación alguna el ofrecimiento de prueba testimonial que no fuese admisible, o de testigos cuya declaración no procediese. De acuerdo al CPCyM, incluso los menores de doce años pueden declarar si poseen discernimiento suficiente; no existe un catálogo que enumere las razones que causan la falta de credibilidad de un testigo; además se entiende que cuando el Juez dicte la sentencia, resolverá todas las cuestiones incidentales y expresará los fundamentos de hecho, o las razones que le llevaron a fallar

aceptando o no al testigo. Para concluir este punto, debe mencionarse lo dispuesto en el Art. 456 CPCyNA, el cuál establece que dentro del plazo de prueba, las partes podrán alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos. El Juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones, por lo tanto la idoneidad de los testigos, será evaluada finalmente en la sentencia, de la misma manera en que se regula en el CPCyM.

Al ofrecerse la prueba testimonial, las partes deberán indicar los datos necesarios para que el testigo pueda ser individualizado sin dilaciones y sea posible su citación. Los testigos no podrán exceder de ocho por cada parte (Arts. 429 y 430 CPCyNA); el CPCyM también obliga a las partes a proporcionar los datos necesarios para la identificación de los testigos, al momento de su proposición (Art. 359).

El Artículo 431 del CPCyNA, especifica la manera en que se ordenará la declaración de los testigos en la audiencia detallada en el análisis del Artículo 360 CPCyNA; llama la atención que el interrogatorio de los testigos se realizará en audiencia de igual manera a como lo establece el CPCyM.

La audiencia en donde se practique el interrogatorio, se hará bajo el principio de inmediación, ya que de acuerdo al Artículo 437 CPCyNA, si la parte que ofreció el testigo no concurriera a la audiencia, se la tendrá por desistida de aquél, sin sustanciación alguna; de aquí se deduce la importancia que tiene el contacto directo de las partes y el testigo con el Juez.

Los Artículos 439 – 448, detallan la forma en que se realizará el interrogatorio a los testigos: Se evitará la comunicación entre los testigos antes de su declaración, y serán interrogados alternadamente; los testigos realizarán juramento de decir la verdad; se les realizará un interrogatorio preliminar para descartar posibles causales de tacha; serán examinados por el Juez, y la parte contraria podrá solicitar que se formulen nuevas preguntas; las preguntas no contendrán más de un hecho y serán claras y concretas; el testigo puede rehusar a contestar en casos determinados; durante el interrogatorio el testigo no podrá consultar apuntes a menos que la pregunta así lo exija; se multará a quien interrumpa al testigo; se podrá decretar el careo entre testigos o entre éstos y las partes.

Como punto final en el presente análisis comparativo entre la Legislación procesal Argentina y Salvadoreña, debe mencionarse la curiosa figura regulada en el Art. 452. CPCyNA, que faculta al Juez para disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa figura no regulada en el CPCyM.

5.3 Legislación Nacional

5.3.1 Código Procesal Penal

El proceso penal de El Salvador se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, normativa vigente desde 1998 a la fecha, consta de 455 Artículos dentro de los cuales encontramos reguladas las diversas fases del proceso en dicha materia como lo son: la audiencia inicial, audiencia preliminar y la vista pública, siendo sus principios rectores los siguientes:

Principio de Oficialidad
Principio de estatalidad
Principio de oficiosidad
Principio de legalidad
Principio de la Verdad Real o Material
Libertad de la prueba
Comunidad de la prueba
Sana crítica o libre convicción
In Dubio Pro Reo
Principio de la inviolabilidad de la defensa
Intervención
Contradicción
Imputación
Intimación
Ampliación de la acusación
Correlación entre acusación y sentencia
La Reparación del Daño
Fundamentación de la Sentencia

Cabe mencionar que el Proceso Penal está diseñado bajo un sistema procesal denominado mixto, aunque de acuerdo a nuestro criterio es predominantemente oral y se desarrolla por medio de audiencias en las cuáles se hace uso de los principios de **Oralidad, Publicidad, Inmediación y Contradicción**. Principios también contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil..

Ahora bien, la prueba en el proceso penal es “toda aquella actividad procesal cuyo objetivo consiste en lograr la convicción del Juez o tribunal, acerca de la exactitud de las afirmaciones de hechos expuestas por las partes en el proceso”^[257]. Se encuentra regulada en el Título V “Medios de Prueba” el cuál se desarrolla a lo largo de nueve capítulos siendo el V el de los testigos, en el CPrPn.

El Artículo 185 del Código Procesal Penal inicia el capítulo que desarrolla la prueba testimonial al establecer la obligación de testimoniar, el Artículo 186 establece la facultad de abstenerse de testificar, ya el Artículo 187 regula el derecho de abstenerse de declarar que tienen los periodistas, el Artículo 188 establece el modo de proceder en caso de residentes fuera de la ciudad, encargándose dicha diligencia a la autoridad judicial de su residencia, el Artículo 189 establece que en caso de negativa a declarar luego de la comparecencia de un testigo, se procederá penalmente contra éste.

El Artículo 190 prevé el caso en que hay miedo fundado de que un testigo se oculte o ausente, ordenándose su apersonamiento anticipado por medio de la autoridad pública. El siguiente Artículo regula la forma de la declaración, donde antes de comenzar esta, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, leyéndoseles los Artículos pertinentes y posteriormente se les prestará juramento o promesa, bajo pena de nulidad, ello con excepción de los menores de 12 años y de los que al momento de la investigación aparezcan como sospechosos. Luego de esto, se procederá a interrogar separadamente a cada testigo requiriendo las generales del mismo y cualquier circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Respecto al interrogatorio de testigos, las personas con calidad de Presidente de los Órganos del Estado recibirán un trato especial, ya que éstos serán interrogados en sus oficinas, si por razones urgentes de su función no pueden comparecer a declarar. Por su parte los representantes diplomáticos no estarán obligados a comparecer y podrán declarar por medio de informe escrito y bajo juramento. Para la declaración de agentes, funcionarios y empleados encubiertos de la Policía Nacional Civil, con autorización de la Fiscalía General de la República, tendrá valor de prueba testimonial. El caso de las personas físicamente impedidas, estas serán interrogadas en sus residencia o lugar en que se encuentren.

El capítulo V finaliza con el Art. 194 al regular el falso testimonio, el cuál de darse en la audiencia, se procederá a certificar lo pertinente, y se remitirá a la Fiscalía General de la República a efectos de que ésta formule el respectivo requerimiento.

La recepción de la prueba en el proceso penal se realiza por regla general en la Vista Pública (salvo anticipo de prueba), sin embargo ésta, según el Artículo 345, es recibida después de la declaración del imputado, por el presidente del tribunal quien las recibirá según el siguiente orden:

- Dictamen Pericial. (Art. 346)
- Testigos (Art. 347)
- Interrogatorio de Menores (Art. 349)
- Otros medios de Prueba.

Como ya antes se mencionó, el proceso penal vigente es un proceso predominantemente oral; porque, aun cuando la escrituralidad es el medio para lograr la perpetuidad de las actuaciones, los principios derivados de la oralidad, se encuentran en los Artículos 325 (Inmediación), 327 (Publicidad), y 329 (Oralidad) entre otros; situación similar a la

que sucede en el CPCyM.

El Artículo 348 establece la forma en que se realizará el interrogatorio de testigos: El presidente del tribunal luego de haber preguntado al testigo sus generales, le concederá la palabra a la parte que lo presentó para que formule su primer interrogatorio; luego si la parte desea contrainterrogar, el Juez le concederá la palabra al efecto; la parte que lo sometió a interrogatorio podrá de nuevo interrogarlo; la contraparte podrá igualmente contra interrogarlo, estando limitadas éstas dos últimas intervenciones a nuevos hechos. El encargado de moderar al testigo y evitar preguntas capciosas e impertinentes, en el interrogatorio será el Juez Presidente, quien procurará que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante, prohibiéndose por regla general en el interrogatorio directo las preguntas sugestivas, pudiendo el Juez Presidente permitir las sólo en caso de que el declarante tenga mayoría de edad, limitada educación o causa semejante, o que por razones de pudor se encuentre renuente a contestar. Las respuestas de los declarantes deberán ser directas y concretas, por otra parte el Juez Presidente puede autorizar tanto a peritos como a testigos la consulta de documentos siempre y cuando por la naturaleza de la pregunta fuere necesaria. Los jueces pueden interrogar por su cuenta al testigo pero con las limitaciones que el deber de imparcialidad les imponga. Respecto de las decisiones del Juez Presidente la normativa procesal penal permite que las partes puedan solicitar revocatoria de las mismas.

El Interrogatorio de Testigos en materia Penal guarda muchas similitudes en relación al Código Procesal Civil y Mercantil ya que además de que dichos procesos son mixtos, se rigen por principios en común (oralidad, publicidad, intermediación, concentración) y la manera en que dichas leyes establecen para tomar las declaraciones sea por medio de interrogatorio directo, contra interrogatorio, alegatos finales, los hace muy similares; además la forma en que se valorarán los testimonios (Sana Crítica) les otorga aún más semejanzas.

5.3.2 Ley Procesal de Familia

La Constitución de la República de El Salvador en sus Artículos 32 al 36 establece una serie de principios fundamentales que deben ser desarrollados en la legislación secundaria, a fin de garantizar la aplicación de las leyes que regulen los derechos de la familia, ello aunado a la promulgación del Código de Familia, hicieron imperativa la necesidad de una ley que desarrollara los principios de la doctrina procesal moderna en materia de familia, para lograr el cumplimiento eficaz de los derechos reconocidos en dicha normativa y demás leyes sobre la materia.

Es por lo antes mencionado que se creó la Ley Procesal de Familia, como un cuerpo normativo cuyo fin inmediato es el de garantizar la aplicación de las leyes que regulen los derechos de la familia, por ello el Decreto N° 133 aprobado por la Asamblea Legislativa en el año de 1994, crea esta normativa, la cual cuenta con 220 Artículos y una serie de instituciones procesales que tutelan y garantizan derechos de la Familia.

Los principios bajo los cuáles se rige esta normativa se encuentran enunciados en el Artículo 3: Rogación, oficiosidad, concentración, oralidad, publicidad, igualdad, siendo ésta una de las semejanzas más notables en relación al Código Procesal Civil y Mercantil que también los contiene.

Como arriba se manifestó el proceso en materia de Familia es un proceso eminentemente **oral, público y por audiencias**; una muestra inicial de ello la

observamos en la iniciación del proceso por vía oral (Art. 41) donde la ley permite que el proceso pueda iniciar con la sola manifestación verbal de los hechos por el interesado. Sin embargo, ésta no es la regla general para los procesos en esta materia, sino una simple permisión ante la urgencia del asunto; no obstante lo anterior, el Artículo 42 de la misma ley, establece una serie de formalidades que debe contener la demanda a efectos de poder ser admisible. Entre tales formalidades se encuentra que la demanda deberá presentarse por escrito, y deberá ser acompañada de la prueba documental que se pretenda hacer valer; y en caso de no disponerse de ella se deberá mencionar su contenido, el lugar en el cuál se encuentra para efectos de incorporarla al proceso, así como la indicación de las generales de los testigos y el lugar donde pueden ser citados, si es que se desea ofertar dicho medio probatorio, si se tratase de otros medios probatorios deberá de solicitarse su práctica, concretando su objeto y finalidad, ello según el Artículo 44 LPrF.-

Los medios probatorios en materia de familia se encuentran regulados en los Artículos 51 al 56 de la Ley procesal de Familia, bajo el capítulo II, Sección Primera "Pruebas", admitiéndose los medios reconocidos en el derecho común (documental, pericial, testimonial, confesión, etc.) con la salvedad respecto de la prueba testimonial, ya que en esta materia no se aplicarán las normás sobre incapacidades o tachas de testigos según lo establece el Artículo 52, sin embargo una similitud entre la materia de Familia y la Materia Civil versa en la valoración de la prueba siendo la misma ya que en ambas materias la prueba se valorará según las reglas de la sana crítica, tal y como lo regula el Artículo 56 de la Ley procesal de familia y el 416 del CPCyM.

El proceso de familia es un claro ejemplo de la oralidad como sistema procesal, dicha afirmación podemos sustentarla en base a lo que el Artículo 103 de la Ley Procesal de Familia enuncia al apuntar "*...serán oídas las partes, con iguales oportunidades de intervención, comenzando por el demandante y cuando el Juez considere que se ha discutido lo suficiente, dará por concluido el debate*", del Inciso anterior se puede denotar que la oralidad es una característica innata del proceso de familia, tanto en su fase conciliatoria y saneadora dentro de la audiencia preliminar, sin embargo la audiencia de sentencia también es oral en vista que en ella el Juez recibe el testimonio de los testigos según el Artículo 126 de la Ley Procesal de Familia.

La forma en que se tomarán las declaraciones de los testigos se encuentra establecida en el Artículo 116, siendo el Juez quién recibirá a los testigos, uno a uno, lo cual evidencia que se está ante un claro ejemplo de intermediación procesal. Las declaraciones se tomarán iniciando por los testigos que ofreció la parte demandante, posteriormente con los que ofreció la parte demandada; pudiéndose alterar dicho orden, si el Juez lo considera necesario. No pudiendo los testigos comunicarse entre sí antes de sus declaraciones, ni con otras personas, así como no podrán recibir información de lo que sucede en la audiencia, lo cual no impedirá la declaración del testigo.

En suma puede afirmarse que la regulación procesal de la prueba testimonial en materia procesal de familia y procesal civil guardan ciertas similitudes derivadas de la aplicación de principios como la oralidad, publicidad, concentración, intermediación, la valoración de la prueba en base a criterio de la sana crítica, así como la realización de las actuaciones judiciales bajo un sistema por audiencias.

5.3.3 Código de Trabajo

La normativa en materia laboral tiene su fundamento en la Carta Magna en los

Artículos 37 al 52, dichas disposiciones dan origen al Código de Trabajo el cuál se encuentra vigente desde 1972 y está compuesto de 637 Artículos, fragmentado a grandes rasgos en: disposiciones generales, contrato individual de trabajo, derecho colectivo del trabajo, previsión y seguridad social, incapacidades parciales, derecho procesal de trabajo y finalmente por una serie de disposiciones finales.

El derecho procesal del trabajo se encuentra previsto en el libro cuarto del Código de Trabajo desde el Artículo 369 al Artículo 466. El proceso laboral salvadoreño, se auxilia tanto de la oralidad (predominantemente), como de la escrituralidad. En el caso del principio de oralidad, el Artículo 388 C.T. establece que el Juez debe actuar como moderador (Inmediación), utilizando la oralidad en las audiencias. Aunque también utiliza la escrituralidad, ya que de lo ocurrido en la audiencia se deja constancia por medio de un acta donde constan las actuaciones.

La prueba testimonial se encuentra regulada en el Artículo 409 donde se enuncia “...cada una de las partes podrá presentar hasta cuatro testigos para cada uno de los Artículos o puntos que deban resolverse..”, este interrogatorio de testigos se realizará por el término de ocho días en la apertura a pruebas según el Artículo 396 Inciso 2º C.T.

El Artículo 410 Inciso 1º establece la prohibición del interrogatorio de testigos de la lectura de las preguntas formuladas en el cuestionario ya que este sólo servirá de guía para el interrogatorio; el Inciso 2º, establece el supuesto del testigo vario o contradictorio; y el último Inciso prevé lo relativo a lo que se entenderá por testigo habitual. El Artículo 411 regula un caso excepcional para recibir testigos cuyo examen no se hubiera realizado por causas independientes a su voluntad; y finalmente el Artículo 412 regula la tacha de testigos.

La legislación procesal de Trabajo en materia de prueba Testimonial guarda ciertas semejanzas con relación a la regulación de la Prueba Testimonial que hace el CPCyM, ya que en ambas legislaciones se sigue un sistema por audiencias, existe aplicación de principios rectores como la oralidad, publicidad, inmediación, y la valoración de la prueba testimonial bajo el sistema de la Sana Crítica.

5.3.4 Ley Penal Juvenil

De conformidad a la Constitución salvadoreña “*la conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial*”^[258] dicho régimen jurídico especial lo conforma la Ley Penal Juvenil, ya que es obligación del Estado de El Salvador garantizar a todo menor su desarrollo integral, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo o religión. De igual forma los tratados internacionales, convenciones, pactos celebrados por El Salvador con otros estados establecen que a los menores que han infringido las leyes penales de El Salvador les serán protegidos todos sus derechos fundamentales.

La Ley Penal Juvenil conformada por 134 Artículos, regula el proceso que se aplicará a las personas mayores de 12 años y menores de 18 años de edad, según establece el Artículo 2 de la misma. Aplicándoseles a los menores cuya edad se encuentre comprendida entre los 16 años y menores de 18 las respectivas medidas, si se les atribuyere o comprobare responsabilidad como autores o partícipes de una infracción penal.

Esta normativa contiene las disposiciones de carácter procesal en su título II, las cuáles se desenvuelven desde el Artículo 22 al Artículo 126, apareciendo regulado expresamente en su Artículo 24 el principio de la oralidad, al enunciar que “*la vista de la causa y demás audiencias previstas en la ley serán orales, bajo pena de nulidad*”.

Los medios probatorios en esta ley se encuentran regulados en su Artículo 33 donde hace una remisión a los medios probatorios establecidos en el Código Procesal Penal, y enuncia a la vez que la valoración de las pruebas se hará según las reglas de la sana crítica.

El Artículo 79 prevé los casos en los cuáles se podrá solicitar anticipo de prueba tanto testimonial como pericial, estableciendo que para la realización de este tipo de prueba debe haber previa citación de partes.

La recepción de las pruebas se encuentra regulada en el Artículo 86 de la Ley, el cual establece que una vez recibida la declaración del menor, el Juez recibirá las pruebas en el siguiente orden: Primeramente, dictamen de peritos (Art. 88), en segundo lugar, la declaración de testigos (Art. 89), en tercer lugar, la Prueba para mejor proveer (Art. 91) y finalmente otros medios de prueba (Art. 92).

La prueba testimonial o prueba de testigos se regula en el Artículo 89 donde se establece el procedimiento para recibir a los testigos, donde una vez recibidos los dictámenes, el Juez llamará a los testigos, uno a uno, iniciando con los que hubiere ofrecido fiscalía y concluirá con los de la defensa, sin embargo se podrá alterar ese orden a criterio del Juez, los testigos antes de sus declaraciones no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni recibir información de lo que sucede en la audiencia, lo cual no impedirá la declaración del testigo.

El interrogatorio de los testigos se encuentra previsto en el Artículo 90 de la Ley Penal Juvenil, en donde se regula que el Juez inicialmente preguntará al testigo sus generales, y concederá la palabra a la parte que lo presentó a efectos de que formule su interrogatorio directo; si la parte contraria manifiesta desear contrainterrogar al testigo podrá hacerlo, la parte que sometió al testigo al interrogatorio directo podrá interrogarlo nuevamente, luego de transcurrido el contra interrogatorio, de igual forma la parte contraria podrá someterlos a un segundo contra interrogatorio, estas últimas intervenciones deberán limitarse a materias nuevas que nazcan del interrogatorio anterior.

El Juez en la etapa probatoria y específicamente en las declaraciones de los testigos moderará dicha actividad (inmediación), estando prohibidas por regla general y solo para el interrogatorio directo la formulación de preguntas sugestivas, sin embargo se permitirán cuando se interroge al testigo de la parte contraria, o el testigo se vuelva hostil. Las respuestas que los testigos proporcionen deberán ser directas y concretas a las preguntas que se les formulen. Además el Juez en su actuación podrá autorizar al testigo o perito la consulta de documentos, notas escritas o publicaciones, cuando por la naturaleza de la pregunta ello sea necesario, sin que por este hecho dichas pruebas sean incorporadas a la vista de la causa, el Juez también podrá interrogar al testigo luego de las partes, por medio de preguntas aclaratorias o complementarias que no comprometan su deber de imparcialidad. Por su parte el interrogatorio practicado a menores será realizado por el Juez en base a las preguntas presentadas por las partes pudiendo el Juez auxiliarse de los padres o representantes legales del menor o de un experto en psicología o ciencia de la conducta.

En suma, podemos afirmar que la Ley Penal Juvenil es una normativa que establece un proceso judicial caracterizado por el predominio de principios como la oralidad, inmediación, valoración de la prueba en base a la sana crítica y la concentración, al mismo tiempo que es un proceso donde las actuaciones son realizadas en audiencias, rasgos que hacen a este cuerpo legal ser muy similar al CPCyM Salvadoreño en el sentido de aplicar los mismos principios, regirse por el sistema por audiencias y valorar la prueba por medio de la Sana Crítica.

CONCLUSIONES

El presente documento es el resultado de una Investigación Bibliográfica- Documental, en donde se recabaron diversos datos empíricos para formular el desarrollo teórico de la figura del Interrogatorio de Testigos en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Cualquiera podría preguntarse por qué si el Interrogatorio de Testigos es una figura dinámica del derecho se optó por una investigación de carácter secundario. La respuesta es simple: Al iniciarse la investigación, el problema sobre la cual recaía aún era una expectativa para el futuro, más en el transcurso de la investigación este se manifestó en la realidad jurídica salvadoreña, ya que el Código Procesal Civil y Mercantil inició su vigencia; sin embargo, hasta la fecha aún no existen criterios unificados sobre cuestiones prácticas relacionadas con el Interrogatorio de Testigos. Por lo que fue necesario limitar los alcances de la investigación en virtud de la situación coyuntural del problema de investigación.

Para obtener los resultados aquí presentados en donde se utilizaron los métodos generales del análisis y la síntesis, nuestras técnicas principales fueron la sistematización bibliográfica y el análisis de contenido, esto se logró mediante el uso de fichas de trabajo bibliográfico.

Todo lo anterior se realizó con el objetivo general de verificar y resaltar las innovaciones del Código Procesal Civil y Mercantil en relación al Código de Procedimientos Civiles en materia de prueba testimonial, así como el identificar la incidencia de la oralidad en la producción de este medio probatorio. Obviamente para establecer si este objetivo ha sido alcanzado, es necesario revisar en qué medida se alcanzaron los objetivos específicos derivados del anterior.

El primer objetivo de la investigación radicaba en identificar los antecedentes históricos mediatos e inmediatos de la prueba testimonial en materia procesal civil. Esta meta fue alcanzada, según puede observarse en el capítulo uno denominado “Evolución histórica de la prueba testimonial en el marco del principio de oralidad en los diversos procesos civiles”

También nos propusimos verificar los elementos doctrinarios correspondientes a la prueba en general y al interrogatorio de testigos, así como las diferencias de éste último con los demás medios probatorios; siendo esto el objetivo número dos. Lo anterior fue alcanzado parcialmente, porque, aun cuando logramos verificar los elementos doctrinarios de la Prueba en General y del Interrogatorio de Testigos en el texto del capítulo dos del presente trabajo, no realizamos estudio alguno sobre las diferencias de la prueba testimonial con los demás medios probatorios, por considerarlo que se apartaba de la línea general de la investigación.

En tercer lugar, teníamos como objetivo establecer el fundamento jurídico de la prueba testimonial en la Constitución de la República de El Salvador; lo cual se logró acertadamente, tal y como se ha planteado en el capítulo cuarto de la tesis

De igual manera en el mismo capítulo cuatro, y también en el capítulo número tres, se ha alcanzado sobradamente el objetivo número cuatro de nuestra investigación, el cual consistía en identificar la incidencia del sistema procesal oral en la producción de la prueba. Identificación que se realiza desde cada uno de del los diversos principios del sistema procesal oral.

El cuarto objetivo de nuestra investigación consistía en identificar la regulación de la prueba testimonial en el Código de Procedimientos Civiles y comparar esta regulación con las innovaciones del Código Procesal Civil y Mercantil. Lo anterior se consiguió en el capítulo referido a la evolución histórica de la prueba testimonial, así también en el capítulo referido a la incidencia de los principios procesales derivados de la oralidad en la producción del ya mencionado medio probatorio.

En último lugar nos propusimos describir el tratamiento jurídico que se le ha dado a la

prueba testimonial en otras legislaciones que han adoptado el sistema de oralidad en el proceso. Objetivo que también se ha cumplido, ya que tal y como se verifica en el capítulo último del presente trabajo de investigación, se hace un análisis comparativo de las legislaciones, en el aspecto específico de la prueba testimonial, no solo a nivel nacional sino también internacional.

Podemos afirmar entonces que el objetivo general fue alcanzado casi en un cien por ciento; no obstante, los problemás que obstaculizaron el completo desarrollo investigativo. Tal y como al inicio se mencionó, no pudo realizarse una investigación a nivel primario por el nivel de incerteza de la fechas de entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil. Además no existía suficiente desarrollo doctrinal de la mayoría de los temás claves de nuestra investigación, por lo que fue necesario basar el análisis en ideas desarrolladas por procesalistas extranjeros, adecuándolas a nuestra realidad jurídica.

Lo anterior nos obliga a reconocer que nuestra investigación dista mucha de ser perfecta; sin embargo podemos decir que al través de su texto hemos dado respuesta a la problemática identificada en la fase de planeación: ¿Cuáles son las innovaciones del Código Procesal Civil y Mercantil en relación al Código de Procedimientos Civiles en materia de prueba testimonial y de que forma la oralidad incide en la producción de este medio probatorio?

Solo nos resta decir que esperamos que el presente documento, sea un granito de arena en el estudio de la Prueba Testimonial en la legislación procesal salvadoreña, y que permita que nuestro breve paso por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, produzca frutos para las venideras generaciones de estudiantes de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.

RECOMENDACIONES

Como equipo de investigación tenemos muy claro que en el apartado destinado a las recomendaciones, no es recomendable realizar un llamado a otras personas o instituciones para que realicen nuevos estudios sobre los problemás no abordados en el presente trabajo; sin embargo reconocemos que el presente es apenas uno de los primeros pasos en el largo trayecto que se depara para la investigación a nivel jurídico en El Salvador; y que por lo tanto no estaría de sobra continuar profundizando en los aspectos prácticos de los diversos temás que únicamente abordamos de manera teórica.

A pesar de lo anterior, nos consideramos capaces de proponer algunas aplicaciones prácticas derivadas del presente estudio, las cuáles proponemos que se pongan en ejecución para mayor beneficio de las instituciones, la comunidad jurídica y los justiciables.

Exhortamos a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Nacional de la Judicatura, crear un sistema de capacitación profundo, de primer nivel, para cada uno de los miembros de los Tribunales que de alguna manera tengan que conocer sobre los procedimientos y diligencias regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño.

Sugerimos a una revisión constante de los preceptos relacionados con la Actividad Probatoria

del Código Procesal, por parte de la Asamblea Legislativa; con el propósito de ofrecer una regulación ordenada, coherente, y sin contradicciones

Recomendamos una revisión exhaustiva del Comentario al Código Procesal Civil y Mercantil por parte de los especialistas en derecho procesal civil miembros de las Facultades de Ciencias Jurídicas de las distintas universidades salvadoreñas, para su ampliación y mejor adecuación a la realidad jurídica salvadoreña.

Proponemos la creación de un taller permanente de Técnicas de Litigación Oral en materia procesal civil, anexo a la cátedra del mismo nombre, para la práctica de los estudiantes de todos los niveles académicos de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador,

Animamos a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, a que siga promoviendo e impartiendo los seminarios de actualización en materia de derecho procesal civil, dirigidos a los profesionales del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ALSINA, HUGO: ***“Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”***, Tercer Tomo, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editora, 1941.

ÁLVAREZ, URSICINO: ***“Curso de Derecho Romano”***, Madrid, Editorial *Revista de Derecho*, 1955.

ARAZI, ROLAND: ***“La Prueba en el proceso Civil”***. Editorial Rubenzal, 2008.

ARDÓN ACOSTA, VÍCTOR: ***“La prueba en materia laboral”***, San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1999.

ARGUELLO, LUIS: ***“Manual de Derecho Romano”***, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.

AROCA, JUAN MONTERO: ***“La prueba el proceso civil”***, Madrid, Segunda edición, Editorial Civitas, 1998

AUGENTI, GIACOMO PRIMO: ***“L´onore della prova nel processo civile”***, Roma, Sine Editio, 1932.

BENTHAM, JEREMÍAS: ***“Tratado de las Pruebas Judiciales”***; Tomo I, Buenos Aires; 1959.

BERTRAND GALINDO, FRANCISCO, ET..AL: ***“Manual de Derecho Constitucional”***, Tomo I, Tercera Edición, San Salvador, Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia, 1998

CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS, ET. AL: ***“Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”***, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2010.

CALAMANDREI, PIERO: ***“Ensayos de Derecho procesal Civil”***; Buenos Aires Editorial Porrúa, 1949

CAMACHO, JAIME AZULA: ***“Manual de Derecho Procesal Civil”***, Tomo I, Sexta Edición, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S. A., 1997.

CAMPOS, ÁLVARO: ***“La Sana Crítica como criterio de valoración de la prueba en materia civil”***, Sine loco, Sine Editio, 1987.

CANALES CISCO OSCAR: ***“Derecho Procesal Civil Salvadoreño I”***; Impresos Gráficos UCA, San Salvador, 2003.

CAPELLETI, MAURO: ***“Proceso, Ideología, Sociedad”***, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1974.

CAPELLETTI, MAURO: ***“La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil”***; Buenos

Aires, Ediciones Jurídicas América, trad. Sentís Melendo, 1972.

CASTRO, MÁXIMO: “**Curso de Procedimientos Civiles**”, Tomo Primero, Buenos Aires, Editorial Jurídica Argentina, 1926.

COUTURE, EDUARDO: “**Fundamentos del Derecho Procesal Civil**”; Tercera Edición; Buenos Aires; Editorial Depalma; 1990.

CUENCA, HUMBERTO: “**Procedimiento Civil Romano**”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

DE SANTO, VÍCTOR: “**El Proceso Civil**”; Tomo VI: Prueba de Testigos, Nociones Generales Procedimiento Probatorio; Buenos Aires, Editorial Universidad, 1986.

DE ZOLIMANO, LOUZAN: “**El procedimiento civil romano. Su vigencia en el Derecho Argentino**”, Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1981.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: “**Compendio de Derecho Procesal**”, Tomo II: Pruebas Judiciales, 8ª Edición, Bogotá, Editorial ABC, 1984.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: “**Teoría General de la Prueba**”, Tomo I, Primera Edición, Medellín, Editorial Crucigrama, 1987.

ENRIQUE VESCOVI: “**Derecho Procesal Civil**”, Tomo Primero, Montevideo, Ediciones Idea, S.f.

ESCRIBANO MORA, FERNANDO: “**La Prueba en el Proceso Civil**”, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2002.

GARCÍA TOLSÁ, JESÚS, “**Grandes Procesos de la Historia**”, Barcelona, Editorial Mateu, 1952.

GARCÍA, MANUEL: “**Principios del Proceso Civil**”, Recopilación: Principios Constitucionales en el Proceso Civil”; Madrid; Consejo General del Poder Judicial; 1993.

GIUSEPPE CHIOVENDA: "**Curso de Derecho Procesal Civil**", Primera Serie, Volumen Seis; Sine loco, Oxford University Press, S.f.

GUASP, JAIME: "**Derecho Procesal Civil**", Tomo Primero: "Introducción y Parte General", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.

HERNÁNDEZ, JORGE: "**Lecciones de Derecho Romano**", Tercera Edición, Editorial Parro, Madrid, 1978.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS: "**Enciclopedia Jurídica Latinoamericana**", Tomo X; Universidad Nacional Autónoma de México.
KASER, MAX: "**Derecho Romano**", Madrid, Reus S.A. 1968.

LESSONA, CARLOS: "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil", Madrid, 1928.

MELERO, SILVIA: "**La Prueba Procesal**", Tomo I, Madrid, 1963.

MENDOZA ORANTES, RICARDO: "**Recopilación de Leyes Civiles**", 27ª edición, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2006.

MICHELLI, GIAN ANTONIO: "**La Carga de la Prueba**", Buenos Aires, Editorial EJE, 1961.

MONTERO AROCA, JUAN: "**La Nueva LEC Española y la Oralidad**", Valencia, Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, 2000.

MORENO CORA, SILVESTRE: "**Tratado de las Pruebas Civiles y Penales**", Tomo I, San José de Costa Rica. Edición Jurídica Universitaria, S.A., 2001.

OLASO, JORGE: "**La prueba en materia civil**", San José, Editorama, 2006.
OSSORIO, MANUEL: "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"; Editorial Heliasta; Buenos Aires, 1984.

OVALLE FAVELA, JOSÉ: "**Teoría General del Proceso**", México, D.F., Tercera Edición, Colección Textos Jurídicos Universales, s. f.

PAILLAS, ENRIQUE: **“Estudios de Derecho Probatorio”**, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

PALLARES, EDUARDO : **“Diccionario del Derecho Procesal Civil”**; Vigésimo Tercera Edición; Editorial Porrúa; México, 1997.

PALLARES, EDUARDO: **“Derecho Procesal Civil”** Quinta Edición, México, Editorial Porrúa, 1974.

PALLARES, EDUARDO: **“Tratado de las acciones civiles”**, Segunda Edición, México, Ediciones Bota, 1945.

PETIT, EUGENIO: **“Tratado Elemental de Derecho Romano”**, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954.

PIETRO CASTRO, LEONARDO: **“Derecho Procesal Civil”**, Tomo I, Zaragoza, Librería General Independencia, 1949.

QUIÑÓNEZ VARGAS, HÉCTOR: **“Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño”**, San Salvador, Proyecto para el Apoyo del Sistema de Justicia, 2003.

RASCÓN GARCÍA, CÉSAR Y GARCÍA GONZÁLES, JOSÉ MARÍA: **“Ley de las Doce Tablas”**, Madrid, Editorial Tecnos, 1993.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, JUAN JOSÉ: **“Estudio sobre los medios de prueba y algunas consideraciones sobre el error de derecho y el error de hecho en la apreciación de las pruebas”**; San Salvador, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, 1992.

SENTÍS MELENDO SANTIAGO: **“La prueba. Los grandes temás de derecho probatorio”**, Buenos Aires, Ejea, 1978.

SERRANO, ARMANDO ANTONIO, ET. AL.: **“Manual de Derecho Procesal Penal”**, San Salvador, Talleres Gráficos UCA, 1998.

TORRENT, ARMANDO: ***“Manual de Derecho Privado Romano”***, Zaragoza, Librería General, 1995.

VARGAS RICARDO: ***“Celeridad de los Juicios Laborales”; Ponencia de Costa Rica en “Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral”***; San José; Sine Editio, 1999.

VELASCO PADILLA, RENÉ: ***“Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño”***, Tomo I, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 1935.

VON IHERING RUDOLPH: ***“El Espíritu del Derecho Romano”***; Editorial Madrid, 1997.

Tesis:

AGUILLÓN, RUTH, ET. AL.: ***“Aplicación del Sistema de la Sana Crítica en los diversos medios de prueba en el anteproyecto del Código de procedimientos civil y mercantil de El Salvador”***; Tesis-UES; San Salvador; 2004.

BLANCA CRUZ: ***“Valoración de la Prueba Testimonial en el Juicio Oral”***, Santa Ana, Tesis-UES, 2005.

BRIZUELA, ANA: ***“La falta del principio de oralidad en el proceso civil y su incidencia en la retardación de justicia”***, Tesis-UES, 2003.

CALDERÓN, TERESITA, ET AL.: ***“El régimen de las Audiencias en el nuevo proceso civil”***; San Salvador, Tesis-UES, 2003.

CLAROS, UCRANIA, ET. AL.: ***“La producción de la Prueba Testimonial en el Proceso Civil ordinario y la Garantía del derecho a una cumplida justicia consagrado en el Artículo 182 Ord. 5 de la Constitución de la República de el Salvador”***, San Salvador, Tesis-UES, 2006.

FERMÁN, ROBERTO, ET. AL.: ***“Eficacia del principio de oralidad en la agilidad del proceso de familia”***, San Salvador, Tesis -UES, 2005.

MELÉNDEZ, ANA LUZ: **“Como incide el Principio de Oralidad al incorporar los medios probatorios en el Proceso Común que regula el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil”**, San Salvador, Tesis UES; 2008.

MONTANO, ROBERTO, ET. AL.: **“Falta de aplicación del principio de oralidad y sus consecuencias en el proceso de familia.”**, Tesis-UES, 2004.

QUINTANILLA, NOÉ, ET. AL.: **“Principios que informarán el nuevo Código Procesal Civil de la República de El Salvador y las perspectivas de aplicación por los operadores de la Zona Oriental”**, San Miguel, Tesis-UES; 2003.

SÁNCHEZ, TITO: **“Sistemás de Valoración de la Prueba”**, Tesis-UES, San Salvador, 1974.

Internet:

CASTILLO, EDILBERTO: **“Principios del nuevo proceso civil salvadoreño”**; edilberto_her@msn.com; www.monografías.com.

Otras fuentes documentales:

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DANIEL: **“Diversos Sistemás Procesales”**, Separata de Proyecto de Educación a distancia, Sine Loco, Ined., 1988.

ARGUEDA, OLMÁN: Conferencia: **“Una propuesta de oralidad procesal: El Caso de Costa Rica”**; Seminario **“La oralidad Procesal Civil: Una Alternativa hacia el Siglo XXI”**; San Salvador, 1999.

CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA: Ponencia **“Reflexiones en torno al Proceso Civil en El Salvador”**, Seminario: **“La oralidad Procesal Civil. Una Alternativa hacia el Siglo XXI”**, San Salvador, Sine Editio, 1999.

- [1] Durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, el derecho procesal civil salvadoreño se encontraba en esa fase.
- [2] Confróntese con Hernando Devis Echandía: *"Compendio de Derecho Procesal"*, 8^a Edición, Bogotá, Editorial ABC, 1984, p.13.
- [3] Daniel Álvarez González: *"Diversos Sistemás Procesales"*, Separata de Proyecto de Educación a distancia, 1988, p. 1.
- [4] Roberto Montano y Daniel Quevedo: "Falta de aplicación del principio de oralidad y sus consecuencias en el proceso de familia", Tesis-UES, 2004, p. 92.
- [5] Máximo Castro: *"Curso de Procedimientos Civiles"*, Tomo Primero, Buenos Aires, Editorial Jurídica Argentina, 1926, pp. 318-319.
- [6] Víctor De Santo: *"El Proceso Civil"*, Tomo Sexto: *"Prueba de Testigos"*; Buenos Aires, Editorial Universidad, 1986, p. 3.
- [7] Rudolph Von Ihering: *"El Espíritu del Derecho Romano"*; Editorial Madrid, 1997, pp. 69-70, cit. por María Carolina Fabrè: *"Raíces y perspectivas de la prueba testimonial de Roma a la actualidad"*, Editado por Foxit Reader Company, 2005-2008, p.1
- [8] Louzan de Zolimano: *"El procedimiento civil romano. Su vigencia en el Derecho Argentino"*, Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1981, p. 92, cit. por María Carolina Fabrè: Ob. Cit., p. 4.
- [9] Armando Torrent: *"Manual de Derecho Privado Romano"*, Zaragoza, 1995, p. 167. cit. Idem,.
- [10] Jaime Azula Camacho: *"Manual de Derecho Procesal Civil"*, Tomo I, Sexta Edición, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S. A., 1997, pp. 85.
- [11] Confróntese con Roberto Fermán ET. ALIUS: *"Eficacia del principio de oralidad en la agilidad del proceso de familia"*, San Salvador, TESIS-UES, 2000, p. 2.
- [12] Confróntese con Ana Brizuela: "La falta del principio de oralidad en el proceso civil y su incidencia en la retardación de justicia", TESIS-UES, p. 19
- [13] Noé Quintanilla: "Principios que informaran el nuevo Código procesal Civil de la República de El Salvador y las perspectivas de aplicación por los operadores de la zona oriental", TESIS-UES, San Miguel. 2003. pp-8-9.
- [14] Tito Sánchez: *"Sistemás de Valoración de la Prueba"*, TESIS-UES, San Salvador, 1974, p. 59.
- [15] Jesús García Tolsá, *"Grandes Procesos de la Historia"* Editorial Matero, Barcelona , p. 13; cit. por Noé Quintanilla, Ob. Cit., p. 28.
- [16] Noé Quintanilla, Ob. Cit., p. 30.
- [17] Luz Meléndez: "Como incide el principio de oralidad al incorporar los medios probatorios en el proceso común, que regula el anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil", TESIS-UES, San Salvador, 2008, p. 1.
- [18] Roberto Ferman, ET. AL: Ob.cit.
- [19] Hernando Devis Echandía: Ob. Cit., p. 13
- [20] Confróntese con Noé Quintanilla, Ob. Cit., p. 31
- [21] Luz Meléndez: Ob. Cit., p. 14.
- [22] Jorge Hernández: *"Lecciones de Derecho Romano"*, Tercera Edición, Editorial Parro, Madrid, 1978, p: 11-14.
- [23] Roberto Fermán ET. AL.: Ob.Cit., p. 5.
- [24] Eduardo Pallares: *"Tratado de las acciones civiles"*, Segunda Edición, México, Ediciones Bota, 1945, p.10.
- [25] Esto se hacía con palabras rituales que eran depositados en los sacerdotes.
- [26] Confróntese con Francisco Chacón Bravo: Conferencia: "Fundamentos teóricos prácticos del proceso oral", Seminario "La Oralidad procesal Civil: Una Alternativa hacia el siglo XXI", El Salvador, 1999.
- [27] Luis Arguello: *"Manual de Derecho Romano"*, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial

Astrea, , 1998, p. 537; cit. por Teresita Calderón y Claudia Villeda: *“El régimen de las Audiencias en el nuevo proceso civil”*; San Salvador, TESIS-UES, 2003,p. 4.

[28] Confróntese con Francisco Chacón Bravo: Ob.Cit.

[29] Max Kaser: *“Derecho Romano”*, Madrid, Reus S.A. 1968, cit. por Mario Antonio Mojer,ET AL.: *“Valor de la prueba testimonial en el Derecho Romano y su recepción en la legislación actual”* publicado en Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano: La Prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho Moderno. Madrid. Servicio de publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, 2000, p. 2.

[30] César Rascón García y José María García Gonzáles: *“Ley de las Doce Tablas”*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, cit. por Mario Antonio Mojer,ET AL.: Ob. Cit., p.3.

[31] Confróntese Rascón García y García Gonzáles: Ob. Cit; Cit. por María Carolina Fabr: Ob. Cit, p. 4.

[32] Espinoza Rodríguez cit. por Ruth Aguillón, ET. AL.: *“Aplicación del Sistema de la Sana Crítica en los diversos medios de prueba en el anteproyecto del Código de procedimientos civil y mercantil de El Salvador”*; Tesis UES; San Salvador; 2004; p. 3.

[33] Confróntese con Roberto Fermán, ET. AL.: Ob. Cit, p. 5.

[34] Confróntese con Luis Arguello: Ob. Cit., p. 337.

[35] Ibid.

[36] Espinoza Rodríguez, referencia citada.

[37] Confróntese con Francisco Chacón Bravo: Ob. Cit..

[38] Mario Antonio Mojer: ET. AL.: Ob. Cit., p.11.

[39] Francisco Chacón Bravo, Francisco: Ob. Cit..

[40]Confróntese con Eugenio Petit. *“Tratado Elemental de Derecho Romano”*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954; cit. por María Carolina Fabr: Ob. Cit., p. 5.

[41] Confróntese con Humberto Cuenca: *“Procedimiento Civil Romano”*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952; cit. por María Carolina Fabr: Ob. Cit., p. 5.

[42] Confróntese con Rudolph Von Ihering, referencia citada, p. 69.

[43] Mauro Capelleti: *“Proceso, Ideología, Sociedad”*, Editorial Ejea, p. 37. cit. por, María Carolina Fabr: Ob. Cit., p. 6.

[44] Confróntese con Mario Antonio Mojer, ET. AL.: Ob. Cit., pp.3-4

[45] Papiano en D. 22, 5.14 cit. por Mojer, Mario Antonio ET. AL.: Ob. Cit., p. 5.

[46] Confróntese con Francisco Chacón Bravo: Ob. Cit..

[47] Quintanilla Noé, Ob. Cit., p. 35

[48] Confróntese con Roberto Fermán, ET. AL.: Ob. Cit., p. 6.

[49] Álvaro Campos: *“La Sana Crítica como criterio de valoración de la prueba en materia civil”*, 1987, p. 62, cit. por Aguillón Ruth ET. AL.: Ob. Cit.. p. 4.

[50] Confróntese con Teresita Calderón, y Claudia Villeda: Ob. Cit.,p. 4.

[51] Enrique Vescovi: *“Derecho Procesal Civil”*, Tomo Primero, Montevideo, Ediciones Idea, p. 95.

[52] Confróntese con Ursicino Álvarez: *“Curso de Derecho Romano”*, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, pp. 230ss; cit. por Francisco Chacón Bravo: Ob. Cit..

[53] Noé Quintanilla, Ob. Cit., p. 39

[54] , Jaime Guasp: *“Derecho Procesal Civil”*, Tomo Primero: Introducción y Parte General, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 70.

[55] Mario Antonio Mojer ET. AL.: Ob. Cit. p. 7.

[56] Confróntese con Hernando Devis Echandía: *“Teoría General de la Prueba”*, Tomo I, Primera Edición, Medellín, Editorial Crucigrama, 1987, p. 50.

[57] En la P. 22-3.1º citada por María Carolina Fabr: Ob. Cit., p. 8; se lee que el Senado

estableció, que el censo y los documentos públicos tenían más fuerzas que los testigos e incluso se torno innecesaria la presencia de estos últimos en el proceso.

[58] Ibid.

[59] Confróntese con Ruth Aguillón, ET. AL.: Ob. Cit., p. 4.

[60] Enrique Vescovi: Ob. Cit., et. al.

[61] Fernando Escribano Mora: *“La Prueba en el Proceso Civil”*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Primera Edición, 2002, p. VII.

[62] Nos referimos a Isidro Menéndez, véase: René Padilla Velasco: *“Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño”*, Tomo I, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 1935, p. 46.

[63] Denominada Hispania, fue invadida por los romanos desde el S. II A.C. y fue conquistada finalmente en los últimos años del S. I a.C. Roma que estaba interesada por las riquezas mineras de Hispania, creó en la Península Ibérica numerosas colonias y difundió su lengua y cultura. Este proceso de romanización se plasmó básicamente en la expansión de la lengua latina y del Derecho Romano.

[64] Confróntese con Leonardo Pietro Castro: *“Derecho Procesal Civil”*, Tomo I, Zaragoza, Librería General Independencia, 1949, pp. 35-38

[65] También denominados “bárbaros”, todos ellos de origen germánico, invadieron la península a comienzos del Siglo V d.C.

[66] Confróntese con Leonardo Pietro Castro , Ob. Cit., pp. 35-38

[67] En año 711 de nuestra era.

[68] Confróntese con Leonardo Pietro Castro , Ob. Cit., pp. 35-38

[69] Resultadas de la difusión del Derecho Romano.

[70] Confróntese con Leonardo Pietro Castro: Ibid.

[71] Confróntese con Ruth Aguillón: Ob. Cit., p. 9.

[72] Confróntese con Leonardo Pietro Castro: Ob. Cit., pp. 35-38

[73] Confróntese con Ucrania Claros, ET. AL.: *“La producción de la Prueba Testimonial en el Proceso Civil ordinario y la Garantía del derecho a una cumplida justicia consagrado en el Artículo 182 Ord. 5 de la Constitución de la República de el Salvador”*, San Salvador, TESIS-UES, 2006, p.17.

[74] Ibid.

[75] Silvestre Moreno Cora: *“Tratado de las Pruebas Civiles y Penales”*, Tomo I, México, p. 109.

[76] Leonardo Pietro Castro: Ob. Cit., p. 58.

[77] Confróntese con Ruth Aguillón: Ob. Cit., p. 10.

[78] Hernando Devis Echandía, Ob. Cit., p.20.

[79] Noé Quintanilla, ET. AL., Ob. Cit., p. 44.

[80] Ibid., p. 48-49.

[81] Idem, p. 50-51.

[82] Leonardo Pietro Castro: Ob. Cit., p. 58.

[83] Silvestre Moreno Cora: Ob. Cit., p. 107.

[84] Eduardo Couture: *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*; Tercera Edición; Buenos Aires, Editorial Depalma; 1990, p. 26.

[85] Noé Quintanilla, ET. AL.: Ob. Cit., p. 44.

[86],René Padilla y Velasco: Ob. Cit., p. 5.

[87] Mario Antonio Mojer, ET. AL.: Ob. Cit.. p. 10.

[88] Las cuáles incluso tenían disposiciones contradictorias.

[89] Confróntese con Fernando Escribano Mora: Ob. Cit., p: VII

[90] René Padilla y Velasco: Ob. Cit., p. 45 y 46.

[91] Fernando Escribano Mora: Ob. Cit., p: VII.

[92] Ricardo Mendoza Orantes: *“Recopilación de Leyes Civiles”*, 27ª edición, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2006, p. 434..

- [93] Por supuesto de naturaleza civil.
- [94] De lo contrario el medio probatorio sería Relación de Peritos
- [95] Art. 330 PrC.
- [96] Artículo 295 PrC: “El Juez repelerá de oficio a los incapaces de ser testigos...”
- [97] Art. 331 PrC.
- [98] Art. 339 PrC.
- [99] Art. 340 PrC.
- [100] De acuerdo al Art. 310 PrC, los testigos expresaban “su nombre, edad, profesión y domicilio, [y] si [tenían] alguna incapacidad legal para ser testigo...”
- [101] Confróntese con Juan J. Sánchez V.: “Estudio sobre los medios de prueba y algunas consideraciones sobre el error de derecho y el error de hecho en la apreciación de las pruebas”; Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, p. 36.
- [102] Fernando Escribano Mora: “*La Prueba en el Proceso Civil*”, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Primera Edición, 2002, pp:VIII-X.
- [103] Roland Arazi: “*La Prueba en el proceso Civil*”, p. 31, citando a Santiago Sentís Melendo: “*La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*”, Buenos Aires, Ejea , 1978, p. 33, cit. por Oscar Canales Cisco: “*Derecho Procesal Civil Salvadoreño I*”, San Salvador, Impresos Gráficos UCA , 2003; p. 241.
- [104] Jaime Guasp: “*Derecho Procesal Civil*”, Tomo I: Introducción y parte general, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 321.
- [105] Juan Montero Aroca: “*La prueba el proceso civil*”, Madrid, Segunda edición, Editorial Civitas, 1998, cit. por Fernando Escribano Mora: “*La prueba en el proceso civil*”, San Salvador, Consejo nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2002, p.31.
- [106] Hugo Alsina: “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Tercer Tomo, p. 225, cit. por Juan José Sánchez Vásquez: “Estudio sobre los medios de Prueba y algunas consideraciones sobre el error de derecho en la apreciación de las pruebas”, San Salvador, Ministerio de Justicia, p. 8.
- [107] Eduardo Couture , cit. por Víctor Ardón Acosta: “*La prueba en materia laboral*”, San José, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1999, p. 18; cit. por Jorge Olaso: “*La prueba en materia civil*”, San José, Editorama, 2006, p.9.
- [108] Jaime Guasp:: Ob. Cit., p. 322.
- [109] Ibid.
- [110] Jorge Olaso: Ob. Cit., p. 13.
- [111] Fernando Escribano Mora: Ob. Cit., p.34.
- [112] Confróntese con Idem., pp. 34 – 35.
- [113] Jaime Guasp:: Ob. Cit., pp. 329-330.
- [114] Fernando Escribano Mora: Ob. Cit., pp. 39-40.
- [115] Ibíd., p.41.
- [116] Hernando D., Echandía: “*Compendio de Derecho Procesal*”, Tomo II: Pruebas Judiciales, Bogotá, Editorial ABC, Quinta Edición, 1977, p. 140.
- [117] Confróntese con Ibidem, p. 139.
- [118] Ibidem
- [119] Confróntese con Fernando Escribano Mora : Ob. Cit., p. 50.
- [120] Carlos Lessona: “*Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*”, Madrid, 1928, p. 121; Augenti: “*L ’onore della proba*”, Roma, 1932, pp. 12-14; Gian Antonio Michelli: “*La Carga de la Prueba*”, pp. 14 y ss; citados por Hernando Devis Echandía: Obra citada, p. 141.
- [121] Silvia Melero: “*La Prueba Procesal*”, Tomo I, Madrid, 1963, p. 85, Cit. por Ibíd.
- [122] Echandía Hernando Devis: Obra citada, p. 142.

[123] Hernando Devis Echandía: Obra citada, p. 151.

[124] Sentencia inhibitoria por falta de prueba.

[125] El Inc. 3 del Art. 7 del CPCyM dispone que aun cuando la proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el Juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio. Respecto a la prueba que proviene de las partes nos remitimos a los comentarios realizados en el subcapítulo sobre la carga de la prueba.

[126] Referente a la oralidad o escrituralidad de la prueba se ha considerado como incorrecto decir que una prueba es escrita u oral únicamente por el canal en que esta se produce; procesalmente hablando el mejor criterio es el que toma como parámetro la oralidad o escrituralidad del proceso en el cuál la prueba se esta produciendo, por lo que un testimonio naturalmente oral es una prueba escrita cuando el cuestionario de testigos se adjunta al expediente escrito y sus respuestas se incorporan al proceso mediante acta, o cuando el dictamen pericial se adjunta al expediente mediante cualquier documento, de la misma manera un documento puede ser oral si se incorpora al juicio mediante la lectura de éste por un testigo o perito en un proceso oral.

[127] En el CPCyM las pruebas serán públicas, ya que se producirán durante la Audiencia Probatoria, a excepción que su conocimiento afecte la seguridad nacional, la moral, el orden público o la privacidad de las partes. A diferencia de la actual legislación procesal civil salvadoreña donde únicamente las partes tienen acceso al expediente judicial donde consta la prueba.

[128] En lo tocante a esta clasificación, cabe aclarar que desaparece por completo en el texto del CPCyM.

[129] De acuerdo al Artículo 310 del CPCyM, son las partes quienes tienen derecho a probar.

[130] Artículo 7 Inc 3º CPCyM.

[131] Confróntese con Jaime Guasp: Ob. Cit., p. 325-328

[132] En el umbral del proceso.

[133] De acuerdo al Artículo 329 CPCyM, la práctica de las pruebas anticipadas se realizará conforme a lo dispuesto en la ley para cada una de las pruebas. Si el anticipo de prueba se pide antes de iniciarse el proceso, el solicitante deberá designar a la persona a quien pretende demandar, quien será citada con suficiente antelación para que pueda intervenir en una audiencia extraordinaria que se celebrará para tal efecto. De la audiencia extraordinaria se levantará acta la cuál se incorporará al futuro proceso.

[134] Según el Artículo 392 CPCyM, cuando el reconocimiento judicial recayera sobre algún inmueble, se señalará el día y la hora para su práctica, antes de la Audiencia Probatoria, previa cita de partes. Cuando el Juez lo estime conveniente podrá hacerse el reconocimiento judicial junto con el reconocimiento pericial o la declaración de testigos (Artículo 394 CPCyM).

[135] Este tendrá lugar únicamente cuando por circunstancias adversas la persona que deba responder al interrogatorio, ya sea parte o testigo, no pudiese comparecer en la sede del tribunal. Tal interrogatorio se practicará ante el Juez y el secretario y podrán asistir las demás partes, salvo que resultase imposible o pudieren derivar prejuicios graves, en cuyo caso las partes, precisando los hechos sobre los que verse el interrogatorio, entregaran sus preguntas por escrito.

[136] Similar al caso anterior, cuando por enfermedad u otra circunstancia especialmente justificada resulte imposible o demasiado gravoso para el testigo comparecer a la sede del tribunal. Si la persona cuya deposición se pretende se encuentra fuera de la circunscripción territorial, el Juez debe trasladarse al lugar respectivo; no teniendo por lo tanto la posibilidad de solicitar la cooperación y el auxilio de otro tribunal otorgada en el Artículo 141 CPCyM.

[137] Jorge Olaso, Ob. Cit., p. 161.

[138] Artículos 253 y ss., y 408 y ss.

- [139] Artículos 1569 y ss.
- [140] Jorge Olasso: Ob. Cit., p. 163.
- [141] Confróntese con Enrique Paillas “*Estudios de Derecho Probatorio*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 30.
- [142] Jorge Olasso, Ob. Cit., pp. 163 – 165.
- [143], Jaime Guasp: Ob. Cit., pp. 338-339.
- [144] Sistemás de persuasión racional y robustez moral de la prueba por ejemplo.
- [145] Confróntese con Jorge Olasso: Ob. Cit., p. 168.
- [146] Hernando Devis Echandía: Ob. Cit., p.105; Santiago Sentis Melendo: Ob. Cit., pp. 259-261., Citados por Jorge Olasso: Ob. Cit., p. 169.
- [147] Santiago Sentis Melendo: Ob. Cit., p. 260., Cit. por Ibíd..
- [148] Enrique Paillas: Ob. Cit., p. 25.
- [149] Confróntese con Hernando Devis Echandía: “*Teoría General de la Prueba Judicial*”, Tomo I; Editorial Temis, Quinta Edición. 2002.
- [150] Jorge Olasso: Ob. Cit.; p.71.
- [151] Instituto de Investigaciones Jurídicas: “*Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*”, Tomo X; Universidad Nacional Autónoma de México, p. 75.
- [152] Jaime Guasp: Ob. Cit., p.363
- [153] Víctor de Santo: Ob. Cit.; p. 20.
- [154] Jaime Guasp: Ob. Cit., pp. 367-368.
- [155] Pensamiento de Hugo Alsina.
- [156] Confróntese con Victor De Santo: “*El Proceso Civil*”; Tomo VI: Prueba de Testigos, Nociones Generales Procedimiento Probatorio; Buenos Aires, Editorial Universidad, 1986, pp 6 – 7.
- [157] Confróntese con Blanca Cruz: “*Valoración de la Prueba Testimonial en el Juicio Oral*”, Santa Ana, Tesis UES, ,p. 22.
- [158] Victor De Santo: Ob. Cit.; p. 119.
- [159] Que el testigo declare si quiere o no la indemnización o si desea o no abstenerse de deponer, no consiste en una declaración testifical.
- [160] Roland Arazi: Ob. Cit., p.21, cit. por Oscar Canales Cisco: Ob. Cit., p. 271.
- [161] Giuseppe Chiovenda: “*Curso de Derecho Procesal Civil*”, Primera Serie, Volumen Seis; Oxford University Press; p. 452.
- [162] Juan José Sánchez Vasquez: Ob. Cit.; p. 20.
- [163] Fernando Escribano Mora: Ob. Cit., p. 149-150.
- [164] Confróntese con Eduardo Pallares: “*Derecho Procesal Civil*” Quinta Edición, México, Editorial Porrúa, 1974, pp.405-406.
- [165] Confróntese con Ana Brizuela: “La falta del principio de oralidad en el proceso civil y su incidencia en la retardación de justicia”, Tesis UES, 2003, pp. 19-22.
- [166] Estado de Alemania
- [167] Mauro Capelletti: “*La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*”; Buenos Aires, Ediciones Jurídicas América, trad. Sentís Melendo, 1972, pp 48-51, cit. por Anita Calderón de Buitrago: Ponencia “*Reflexiones en torno al Proceso Civil en El Salvador*”, Seminario: “*La oralidad Procesal Civil. Una Alternativa hacia el Siglo XXI*”, San Salvador, 1999.
- [168] Confróntese Mauro Capelletti: Ob. Cit., pp. 48-51,.
- [169] Confróntese con José Ovalle Favela: “*El Proceso*”, Tercera Edición, pp.201-202.
- [170] Confróntese con Giussepe Chiovenda: “*Curso de Derecho Procesal Civil*”, Volumen 6, Oxford University Press, p. 432.
- [171] Artículos 9, 512 y 974 y siguientes PrC.

- [172] Artículos 164 – 189 PrC.
- [173] Artículos 308 – 317 PrC.
- [174] Giuseppe Chiovenda: Ob. Cit., pp. 432- 433.
- [175] Eduardo Couture: *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*; Tercera Edición; Buenos Aires; Editorial Depalma; 1990, p.199.
- Eduardo [176] Pallares: *“Diccionario del Derecho Procesal Civil”*; Vigésimo Tercera Edición; Editorial Porrúa; México, 1997, pp.632-633.
- [177] Artículo 275 CPCyM: “Todo proceso judicial principiará por demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión...”
- [178] En el CPCyM tal escrito preparatorio se denomina “Contestación de la Demanda” (Artículo 283): “En la contestación de la demanda que se **redactará** en la forma prevenida para ésta, el demandado expondrá las excepciones procesales y demás alegaciones que puedan obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre le fondo... este habrá de negar los hechos aducidos por el demandante, en cuyo caso expondrá los fundamentos de oposición a las pretensiones del demandante,...”
- [179] Confróntese con Idem p. 433.
- [180] Olmán Argueda: Conferencia “Una propuesta de oralidad procesal: El Caso de Costa Rica”; Seminario “La oralidad Procesal Civil: Una Alternativa hacia el Siglo XXI”; San Salvador, 1999.
- [181] Confróntese con José Ovalle Favela: Ob. Cit., p. 202.
- [182] Ricardo Vargas: “Celeridad de los Juicios Laborales”; Ponencia de Costa Rica en “Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral”; San José; 1999; p.10.
- [183] Jeremías Bentham: “Tratado de las Pruebas Judiciales”; Tomo I, Buenos Aires; 1959, pp. 192- 193, 240; cit. por Ana Meléndez: “Como incide el Principio de Oralidad al incorporar los medios probatorios en el Proceso Común que regula el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil”, San Salvador, Tesis UES; 2008, pp. 18-19.
- [184] Piero Calamandrei: *“Ensayos de Derecho procesal Civil”*; Buenos Aires Editorial Porrúa, , 1949, p254.
- [185] Jeremías Bentham: “Tratado de las Pruebas Judiciales”; Tomo I, Buenos Aires; 1959, pp. 192- 193, 240; cit. por Ana Meléndez: “Como incide el Principio de Oralidad al incorporar los medios probatorios en el Proceso Común que regula el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil”, Tesis UES; San Salvador, 2008, pp. 18-19.
- [186] Manuel García: “Principios del Proceso Civil”, Recopilación: Principios Constitucionales en el Proceso Civil”; Consejo General del Poder Judicial; Madrid; 1993, p. 397.
- [187], Mario Deveali; p. 50, cit. por Olasso, Jorge: *“La prueba en materia civil”*, Editorama, San José; 2006, p.31.
- [188] Eduardo Couture: “Fundamentos del Derecho procesal Civil”, tercera Edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990, p.199; cit. por Noé Quintanilla ET. AL.: “Principios que informarán el nuevo Código Procesal Civil de la República de El Salvador y las perspectivas de aplicación por los operadores de la Zona Oriental”, San Miguel, TESIS-UES; 2003; p.65.
- [189] Oscar Canales Cisco: *“Derecho Procesal Civil Salvadoreño I”*, San Salvador, Impresos Gráficos UCA, 2003; p. 17.
- [190] Confróntese con Ana Meléndez: Ob. Cit., p.26.
- [191] Confróntese con Manuel García: *“Principios del Proceso Civil”*; Madrid, Consejo General del Poder Judicial: Principios Constitucionales en el Proceso Civil; 1993, p. 396.
- [192] Carlos Arellano García, et al., p. 33 cit. por Teresita Calderón, ET. AL.: *“El régimen de las audiencias en el nuevo proceso civil”*, 2006, p.50
- [193] Confróntese con Olmán Arguedas: Ob.Cit. Sine Loco.
- [194] Confróntese con Roberto Fermán, ET. AL.: “Eficacia del principio de oralidad en la agilidad del proceso de familia”, TESIS-UES, 2005, p. 30
- [195] Confróntese con Jorge Olasso: *“La prueba en materia civil”*, San José, Editorama, 2006,

p.28.

[196] Olmán Arguedas: Ob. Cit. Sine Loco.

[197] Confróntese con Jorge Olaso: Ob. Cit., p.28.

[198] Confróntese con Edilberto Castillo: *“Principios del nuevo proceso civil salvadoreño”*; edilberto_her@msn.com, www. monografías .com.

[199] Eduardo Couture, et. al., cit. por Oscar Canales Cisco: *“Derecho Procesal Civil Salvadoreño I”*; Impresos Gráficos UCA, San Salvador, 2003.

[200] Georgina Batle , et. al., citada por Roberto Montano ET. AL.: *“Falta de aplicación del principio de oralidad y sus consecuencias en el proceso de familia.”*, Tesis-UES, 2004, p. 92.

[201] Hernando Devis Echandía, et.al., cit. por Teresita Calderón: Ob. Cit., pp39-40.

[202] Manuel Ossorio: *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*; Editorial Heliasta; Buenos Aires, p. 608.

[203] Confróntese con Roberto Fermán, ET. AL.: ob.cit., p.32.

[204] Roberto Fermán: ET. AL.: Ob. cit.,2005

[205] Olman Arguedas: Ob. cit., Sine loco.

[206] Eduardo Couture: Ob. cit., 193.

[207] Enrique Paillas: *“Estudios de Derecho Probatorio”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 30.

[208] De acuerdo al Art. 7 CPCyM el cual regula el principio de aportación, la actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros de conformidad a las disposiciones de este código, en su caso; en consecuencia, **el Juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros.**

[209] Una consecuencia muy importante de la adopción de la Sana Crítica en el CPCyM, consiste en la misión de los medios probatorios no previstos en la ley (Artículo 330). Tal situación se traduce en una innovación en el campo Procesal Civil Salvadoreño, el cuál históricamente se ha sometido al sistema legal de las pruebas. A raíz de la adopción de la sana crítica, es obvio que es al Juez a quien corresponde determinar si un medio probatorio es admisible o no, impertinente o no, moral o no, legal o no, etc.

[210] El Artículo 416 Inciso 3º CPCyM, obliga al Juez o tribunal a atribuir un valor o significado a cada prueba de manera individual, determinando si conduce o no a determinar la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba se ha dirigido a determinar la existencia o modo de un mismo hecho, se deberán poner en común, con especial motivación y racionamiento final al que se llega.

[211] El Artículo 216 del CPCyM obliga a que las motivaciones expresen los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la fijación de los hechos y, a la apreciación y valoración de las pruebas; las motivaciones deberán ser completas y exhaustivas, deben incidir sobre todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la *lógica y de la razón*.

[212] Alfredo Gozaini, , José Almegro, ET. AL., Hernando De la Plaza, Jorge Ramírez, David Campos Ventura y Fernando de la Rúa; citados por Ruth Aguillón, ET. AL.: *“Aplicación del Sistema de la Sana Crítica en los diversos medios de prueba en el anteproyecto del Código de procedimientos civil y mercantil de El Salvador”*; Tesis UES; San Salvador; 2004; pp. 65-71.

[213] Respecto al sistema mixto consúltese a Valentín Cortés: *“La Constitución española y los principios rectores del Proceso Civil”*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial: Principios Constitucionales en el Proceso Civil; 1993, p. 154.

[214] Francisco Bertrand Galindo, ET..AL: *“Manual de Derecho Constitucional”*, Tomo I, Tercera Edición, San Salvador, Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia, 1998, p.

134.

[215] Ídem., p.136.

[216] Ídem., p. 44.

[217] Ídem., p 863

[218] Sentencia de Amparo de 13-X-1998. Amp. 150-97.

[219] Oscar Antonio Canales Cisco: *“Derecho Procesal Civil Salvadoreño”*, Segunda Edición, San Salvador, Impresos Gráficos UCA, 2003, p. 225.

[220] Sentencia de Amparo, Exp 714.16:00,19/11/01.

[221] Sentencia definitiva de Amparo, Ref. 498 – 2005 de las 15:38 del día 5/12/2006.

[222] Oscar Antonio Canales Cisco: Ob. Cit., pp. 241 -242.

[223] Ibid.

[224] Juan Carlos Cabañas García, ET. AL: *“Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2010, p. 392.

[225] Según Ibid., la diferencia entre el Testigo con Conocimiento Especializado y la Prueba Pericial, radica en que el primero declara y emite sus opiniones especializadas sobre hechos que ya no existen y de los cuales es necesaria su reproducción, más el perito realiza su dictamen sobre hechos que aún perduran, y que están al alcance del Juez y de las partes.

[226] Ibidem, p. 394.

[227] En el caso de la prueba para mejor proveer, ésta sólo puede recaer sobre la prueba oportunamente aportada y controvertida **por las partes** (Art. 7 CPCyM). Así mismo en el caso del reconocimiento judicial, éste debe proponerse **por las partes**, según el Art. 391 CPCyM.

[228] Debe entenderse que el Artículo se está refiriendo al Salario Mínimo del Sector Comercio e Industria; ya que no existen la calificación de *“salario urbano”*.

[229] Idem, p. 428.

[230] Ídem, p. 402.

[231] David Campos Ventura: Apuntes de cátedra: *“Técnicas de Oralidad”*, Ciclo II, 2008; Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador.

[232] Confróntese con Héctor Quiñónez Vargas: *“Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño”*, San Salvador, 2003.

[233] Oscar Rivera Morales: *“Modulo Instrucción al del Curso Básico de Técnicas de Oralidad en el Proceso Civil y Mercantil”*, San Salvador, 2009.

[234] Ibidem.

[235] Aún cuando existan opiniones en contra de su uso generalizado. Los redactores del comentario al CPCyM, son de la opinión que las preguntas sugestivas deben utilizarse como último recurso en el conainterrogatorio.

[236] Oscar Rivera Morales: Ob. cit.

[237] *“El Juez...resolverá de manera inmediata las objeciones que las partes hubieren interpuesto”*.

[238] Oscar Rivera Morales, ob.cit.

[239] Lógicamente sería la referencia a la norma quebrantada, y las razones por las cuales se alega el quebranto.

[240] Pero si es el testigo quien responde más de lo que se le ha preguntado, entonces la parte perjudicada puede objetar su respuesta.

[241] Por ejemplo un testigo que se comporta de manera nerviosa, titubeante, insegura o busca la aprobación del abogado que lo propuso antes de dar sus respuestas.

[242] Por ejemplo el testigo de referencia señalado en el Artículo 357, CPCyM, este podría ser también el momento para que el testigo de *“razón de su dicho, con explicación de las formás y circunstancias por las que obtuvo conocimiento sobre los hechos”*. Ya que si el testigo únicamente emite un *“mero juicio de valor derivado de sus creencias particulares”* y esta circunstancia queda establecida en autos, pierde toda su credibilidad (Art. 356 Inc. 4 CPCyM).

[243] Este podría ser también el momento procesal oportuno para evaluar el discernimiento

de los testigos menores de doce años, los que estén permanentemente privados de razón o del sentido indispensable para tener conocimiento de los hechos que son objeto de la prueba (Art. 355)

[244] Por ejemplo el parentesco, las enemistades, la competencia comercial o profesional, etc.

[245] Cuando tales declaraciones sean contrarias al testimonio por ejemplo, ya sea que se hayan emitido al interior del proceso o en algún otro.

[246] “Si hay objeción a la admisión de la prueba, la parte que hubiera objetado deberá argumentar y fundamentar jurídicamente...las razones de su objeción; o podrá previamente conainterrogar al testigo, limitándose a hacerlo solo sobre la suficiencia de la prueba que este hubiese aportado. Al finalizar el conainterrogatorio, la parte fundamentará su posición con respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba” (Art. 325 Inc. 6 CPCyM.)

[247] Ya sea preparatoria, probatoria o extraordinaria.

[248] También el Artículo 404 CPCyM establece que “*las partes tendrán derecho a intervenir en la producción de estas pruebas (fuera de la sede del tribunal)*”.

[249] Código Comentado, p. 445.

[250] “El Juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinado si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo” (Art. 416 Inc. 3 CPCyM).

[251] Art. 355 CPCyM

[252] Los “*alegatos iniciales*” no deben confundirse con las “*alegaciones iniciales*”. Los primeros son los que brindan los abogados durante la audiencia en donde se dará la sentencia y tienen como objeto presentarle al Juez, miembros del Tribunal o Jurado, la teoría del caso en la que fundamentan su pretensión. Las alegaciones iniciales están contempladas en el CPCyM y son las primeras intervenciones de las partes en el proceso: Demanda, contestación de la demanda, reconvención y contestación de la reconvención.

[253] O como los redactores del Código Procesal Civil y Mercantil comentado denominan a los aquí presentados “*Principios del Procedimiento*”.

[254] Secretaría General, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, “*El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*”, Texto del Anteproyecto, Montevideo, 1988, Pág 4

[255] Juan Montero Aroca: “La Nueva LEC Española y la Oralidad”. Et. AL. Noe Quintanilla: “Principios que informarán el nuevo Código Procesal Civil de la República de El Salvador y las perspectivas de aplicación por los operadores de la Zona Oriental”, San Miguel, Enero 2003.

[256] Confróntese Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

[257] José María, Ascencio Mellado, ct. por Armando Antonio Serrano, ET. AL.: “*Manual de Derecho Procesal Penal*”, Talleres Gráficos UCA, p. 493.

[258] Artículo 35 Inciso segundo de la Constitución de la República de El Salvador.

1) Época Legendaria

2) Época Antigua

3) Época Preclásica

4) Época Clásica

5) Época Posclásica

Fundación de Roma

Ley de las XII Tablas (450 A.C.)

Creación de la Pretura Urbana (367 A.C.)

Comienzos de Siglo I D.C.

Finales del Siglo III D.C.

Mediados del Siglo VI

CITACIÓN MEDIANTE AUXILIO JUDICIAL

CITACIÓN DE PARTE

COMPARECE A LA AUDIENCIA

NO COMPARECE A LA AUDIENCIA

CON RAZON JUSTIFICADA

MULTA
(Art. 362 CPCyM)

SE SUSPENDE LA AUDIENCIA Y SE VUELVE A CITAR AL TESTIGO (Art. 208 Ord. 2º
CPCyM)

COMPARECE

NO COMPARECE

CON RAZON JUSTIFICADA

SIN RAZON JUSTIFICADA

SE SUSPENDE LA AUDIENCIA Y SE VUELVE A CITAR (ARTS. 362 y 406 CPCyM)

NUEVA AUDIENCIA EN PLAZO DE 10 DÍAS

NO COMPARECE A LA AUDIENCIA

COMPARECE A LA AUDIENCIA

SI FUE CITADO
POR LA PARTE

SI FUE CITADO POR
EL TRIBUNAL

DESOBEDIENCIA A MANDATO JUDICIAL (Arts. 406 CPCyM M y 313 CPn)

SE RECHAZA EL TESTIMONIO ART. 406 INC 2º Y SE CONTINÚA LA AUDIENCIA

SE CONTINUA CON LA AUDIENCIA SIN EL TESTIGO
(ARTS. 362 y 406 CPCyM)

SE CONTINUA CON LA AUDIENCIA SIN EL TESTIGO

SE RECHAZA SU TESTIMONIO ART. 406 INC 2º CPCyM