

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2008
PLAN DE ESTUDIOS 1993**



**“LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO DE FAMILIA,
PERJUDICA O NO EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS
PARTES”**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**HERNÁNDEZ ROQUE, LUIS WILFREDO
RIVAS BAIRE, JOSUÉ RUBÉN
VÁSQUEZ NAVARRO, KARLO PEDRO JOSÉ**

**DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:
LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES.**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2008

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

MASTER MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNANDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, (El colochó) Por darme la fortaleza y sabiduría para saber enfrentar los problemas y sobrellevarlos de la mejor manera.

A MIS PADRES LUIS Y DELMY, que siempre me brindaron su apoyo, moral, económico, emocional y sobre todo fraternal, ellos han sido mi pilar en todo sentido, por sus sacrificios, sus consejos sus cuidados y hasta sus regaños, es gracias a ellos que ahora me encuentro coronando mi licenciatura.

A MI HERMANA EVELYN, por ser como mi segunda mamá, por sus consejos, regaños, comprensión y sobre todo su ayuda emocional que en los momentos difíciles nunca dudo en brindarme, GRACIAS HERMANITA.

A MI HIJA CAMILA, que desde que llego a mi vida ha sido el ser mas maravilloso y que mas ha iluminado mi existencia y es por ella por la cual cada día trato de esforzarme mas y tratar de conseguir todo lo que me proponga para que un día se sienta orgullosa de sus padre.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS, gracias por haber aceptado el reto de realizar este trabajo de graduación y compartir juntos los logros obtenidos con él, porque siempre creyeron en el equipo y siempre conté con ustedes como amigos y compañeros de trabajo; GRACIAS AMIGOS.

A TODAS LAS PERSONAS que siempre creyeron en mí, que me apoyaron de una u otra manera y que de forma positiva o negativa influyeron en mi para que ahora sea la persona que soy, muchas gracias

LUIS WILFREDO HERNANDEZ ROQUE

A DIOS PADRE, por haberme dado la sabiduría de no seguir el camino errado, por haber estado a mi lado en todos mis fracasos y haber celebrado todos mis triunfos, a ti la honra y la gloria.

A MI AMADO PADRE, que a pesar de la dureza de la vida, de los problemas económicos, siempre luchó para que no me faltara nada, y jamás me abandonó a pesar de mis errores y defectos; gracias papá, por ser mi ejemplo a seguir. **A MI AMADA MADRE**, por ser la organizadora de mi vida, por su atención, comprensión, porque siempre ha estado cuando la he necesitado, porque ha cumplido con un rol imprescindible en nuestro hogar, por ser el pilar fundamental de la unidad de mi familia; gracias mamá, por ser lo que cualquier hijo desea tener. **A MI HERMANO**, por haberme apoyado y estado a mi lado durante todo el desarrollo de mi carrera.

AL LIC. JORGE ALONSO BELTRAN, por ser un gran catedrático, por brindarme su mano y amistad, muchas gracias por ser un libro abierto del Derecho.

AL LIC. OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES, por haber sido nuestro asesor de tesis y apoyarnos en su desarrollo, por ser un profesional digno de ser admirado y brindarle a nuestra Alma Mater la oportunidad de recibir sus enseñanzas.

AL LIC. SAÚL MORALES, por su gran humildad y por ser uno de los catedráticos que más ha dejado huella en mi formación académica.

A MIS AMIGOS, con los que desarrollamos esta tesis, gracias por haberme acompañado durante toda la carrera; a **Evelyn Hernández** y **Delmy Roque**, por habernos tratado y alimentado tan bien durante el desarrollo de la tesis, gracias, se les quiere en gran manera.

Josué Rubén Rivas Baires.

A DIOS, por estar siempre presente en todo momento de mi vida, sea bueno o malo, por darme la fuerza y la sabiduría para valorar y elegir todos los caminos que he tomado, por darme la familia y los amigos que tengo.

A MIS PADRES, que siempre me brindaron, su apoyo intelectual, moral, espiritual y económico a pesar de todos los sacrificios que han tenido que realizar para que lograra terminar la carrera, por traerme a la vida, mantener unida a la familia y creer siempre en mi.

A MIS HERMANOS, por apoyarme en todo momento y haber aceptado los sacrificios y limitantes que hemos tenido que afrontar para conseguir el desarrollo académico de cada uno y no duden que también estaré con ustedes.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS, gracias por haber aceptado el reto de realizar este trabajo de graduación y compartir juntos los logros obtenidos con él, porque siempre creyeron en el equipo y siempre conté con ustedes como amigos y compañeros de trabajo.

GRACIAS A TODAS LAS PERSONAS que forman parte de mi vida, por su ayuda, sus oraciones, buenos deseos y por estar conmigo en el momento oportuno, gracias por ayudarme a obtener este triunfo académico.

Karlo Pedro José Vásquez Navarro.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA.....	1
1.1 PERÍODO CLÁSICO, ANTIGUA GRECIA.	2
1.2 PERÍODO ROMANO.....	5
1.2.1 Primer Período.....	6
1.2.2 Segundo Período Romano.	9
1.3 PERIODO GERMANICO.....	11
1.3.1 Período Antiguo.	12
1.3.2 Período Franco.	13
1.4 EL DERECHO CANÓNICO Y EL SISTEMA DE LA PRUEBA TARIFADA O LEGAL.....	13
1.4.1 Evolución del Proceso Civil.	14
1.4.2 La Clementina Sæpe y El Corpus Iuris Canonici.	15
1.4.3 El Sistema Inquisitivo.....	17
1.5 EL PROCESO ESPAÑOL.	20
1.6 EL PROCESO INDIANO.	21
1.6.1 Los Tribunales del Proceso Indiano.	22
1.6.2 Magistrados y Funcionarios Complementarios.	24
CAPÍTULO II: LA PRUEBA Y LOS MEDIOS DE PRUEBA.....	26
2.1 NOCIÓN DE LA PRUEBA.....	26
2.2 DEFINICION DE PRUEBA.....	27
2.3 OBJETO DE LA PRUEBA.....	30
2.3.1 Hechos Objetos de Prueba.....	33
2.3.2 Hechos Exentos de Prueba.	35

2.3.2.1 Hechos no afirmados.....	35
2.3.2.2 Hechos Admitidos.	36
2.3.2.3 Hechos Evidentes.	38
2.3.2.4 Hechos Notorios.....	39
2.3.2.5 Hechos derivados de Presunciones Legales o Presumidos por la Ley.	40
2.3.3 La Prueba del Derecho.....	41
2.4 TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA.	42
2.5 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA.....	43
2.6 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL.	45
2.6.1 Principio de Autorresponsabilidad.	45
2.6.2 Principio de la Necesidad de la Prueba y de la Prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez sobre los hechos.	46
2.6.3 Principio de Contradicción de la Prueba.	46
2.6.4 Principio de la Unidad de la Prueba.	47
2.6.5 Principio de Comunidad de la Prueba o de Adquisición Procesal.	48
2.6.6 Principio del Interés Público en la función de la prueba.	48
2.6.7 Principio de Igualdad de oportunidad para la prueba.....	49
2.6.8 Principio de Publicidad de la Prueba.	49
2.6.10 Principio de Libre Apreciación.....	50
2.6.11 Principio de Concentración de la Prueba.	50
2.6.12 Principio de la Pertinencia y Conducencia o Idoneidad de la Prueba.	51
2.6.13 Principio Inquisitivo en la Ordenación y Práctica de las Pruebas.	51
2.7 SISTEMAS FUNDAMENTALES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA.	52
2.7.1 Sistema Dispositivo.....	52
2.7.2 Sistema Inquisitivo.	54
2.8 IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.....	55
2.9 FIN DE LA PRUEBA.	57

2.10 CARGA DE LA PRUEBA.	60
2.11 DEFINICIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA.	63
2.11.1 Sistemas para la Fijación de los Medios de Prueba.	66
2.12 CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.	68
2.13 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.	71
2.14 IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.	72
2.15 RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA.	73
2.16 DIFERENCIA ENTRE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA.	73
CAPÍTULO III: LA PRUEBA DE OFICIO Y EL DERECHO DE DEFENSA. .75	
3.1 LA PRUEBA DE OFICIO	75
3.1.1 Aspectos Preliminares.	75
3.1.2 Definición.	76
3.1.3 Facultades Probatorias del Juez.	77
3.1.3.1 Corrientes acerca de la Prueba de Oficio.	79
3.1.4 La Prueba de Oficio y la Carga de la Prueba.	81
3.1.5 Diferencia entre Prueba para Mejor Proveer y Prueba de Oficio.	86
3.1.6 Fundamento de las Facultades Oficiosas del Juez de Familia.	90
3.1.6.1 Análisis de la Normativa Nacional.	93
3.1.7 Presupuestos y Límites para Ordenar Prueba por parte del Juez de Familia.....	100
3.1.7.1 Presupuestos para Ordenar Prueba de Oficio.	100
3.1.7.2 Límites para Ordenar Prueba de Oficio.	102
3.1.7.2.1 Se debe limitar a los hechos discutidos en el proceso.	102
3.1.7.2.2 Se debe limitar a las Fuentes probatorias que consten en la causa.	104
3.1.7.2.3 Que permita ejercer el Derecho de Defensa de las Partes.	104
3.2 EL DERECHO DE DEFENSA.	106

CAPÍTULO IV: EL PROCESO DE FAMILIA.....	110
4.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO DE FAMILIA.	110
4.1.1 Ámbito Internacional.	110
4.1.2 Ámbito Nacional.	110
4.2 EL PROCESO DE FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA. .	112
4.2.1 Definición.	112
4.2.2 Características del Proceso de Familia.	113
4.2.2.1 Jueces Especiales.	113
4.2.2.2 Proceso Mixto	114
4.2.2.3 Proceso Reservado.	114
4.2.2.4 Procuración Obligatoria.....	115
4.2.2.5 Auxiliares de los Tribunales de Familia.	115
4.2.2.6 No Declaratoria de Rebeldía.	116
4.2.2.7 Garantía al Derecho de Impugnación.	116
4.2.2.8 Valoración de la prueba.	116
4.2.3 Principios Procesales que Contempla la Ley Procesal de Familia. .	118
4.2.3.1 Principio de Oralidad.	118
4.2.3.2 Principio de Economía Procesal.....	119
4.2.3.3 Principio Dispositivo e Inquisitivo.	119
4.2.3.4 Principio de Inmediación.	120
4.2.3.5 Principio de Concentración o Continuidad.....	121
4.2.3.6 Principio de Igualdad.	121
4.2.3.7 Principio de Publicidad.....	121
4.2.3.8 Principio de Congruencia.....	122
4.2.3.9 Principio de Preclusión.....	122
4.2.3.10 Principio de Impugnación.	122
4.2.4 Estructura del Proceso de Familia en la Legislación Salvadoreña. .	123
4.3 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRUEBA EN LA LEY PROCESAL DE FAMILIA.	128

4.3.1 La Prueba Ofrecida por las Partes.	128
4.3.1.1 Ofrecimiento y Determinación de la Prueba.	129
4.3.1.2 Admisión de la Prueba.	130
4.3.1.3 Producción o Recepción de la Prueba.	131
4.3.2 La prueba para Mejor Proveer.	132
4.3.3 La prueba de Oficio.....	132
4.3.3.1 Límites que tiene el Juez para ordenar Prueba de Oficio.	135
CAPITULO V: ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....	136
5.1 SELECCIÓN DE LA MUESTRA.....	137
5.2 PROCEDIMIENTO.	138
5.3 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	139
5.3.1 Respuestas Obtenidas de los Procuradores de Familia adscritos a los Juzgados de Familia.	139
5.3.2 Respuestas Obtenidas de los Colaboradores Judiciales de los Juzgados de Familia.	145
CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	152
6.1 CONCLUSIONES.	152
6.2 RECOMENDACIONES.....	154
BIBLIOGRAFÍA.....	155
ANEXOS.....	160

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CF	Código de Familia
LPrFm	Ley Procesal de Familia
PrC	Código de Procedimientos Civiles

INTRODUCCIÓN

La Ciencia del Derecho evoluciona continuamente, producto de los cambios en las sociedades, y con ella sus instituciones, obligando su constante revisión y armonización de acuerdo con el momento histórico que se vive. Particularmente es el caso del Derecho Procesal, que dinamiza las instituciones reguladas en el Derecho Sustantivo, haciendo efectiva su aplicación coercitiva por medio del Órgano Jurisdiccional.

Como es conocido, en nuestro las instituciones referidas al Derecho de Familia se independizaron del Derecho Civil en el año de 1993, por medio del Decreto Legislativo N° 677, que contiene al Código de Familia, constituyendo este acontecimiento un salto de calidad en el ordenamiento jurídico nacional, así como en la estructura Judicial del país, situación que hizo necesaria la creación de normativa procesal acorde a la nueva legislación familiar, así por Decreto Legislativo N° 133 de fecha 14 de septiembre de 1994, se creó la Ley Procesal de Familia, la cual introdujo tendencias modernas del Derecho Procesal con novedosas instituciones, entre las cuales encontramos a la Prueba de Oficio, dentro de la actividad probatoria desplegada en el Proceso de Familia.

El presente trabajo constituye una investigación acerca de la figura procesal de la Prueba de Oficio dentro del Proceso de Familia, y siendo la Teoría de la Prueba pilar fundamental del Proceso, en tanto factor de eficacia para la actividad del Estado en la administración de justicia, justifica la importancia de este estudio, con el cual se pretende verificar si de la forma en cómo se encuentra regulado el Proceso de Familia en la Ley Procesal de Familia, puede o no existir perjuicio al Derecho de Defensa de las partes, al

ordenar Prueba de Oficio dentro del Proceso, analizando diversos factores como: los presupuestos para ordenar ese tipo de prueba, los límites que se deben respetar al momento en que se ordena prueba de oficio por el juez y el momento procesal oportuno para que esta pueda ser ordenada.

La investigación se desarrolló sobre la base del estudio de los siguientes temas:

La Evolución Histórica de la Prueba, cuya importancia radica en el conocimiento que se debe tener sobre el origen del Derecho y de sus instituciones jurídicas;

La Prueba, refiriéndose a una teoría de la prueba al menos básica para la comprensión de todas las situaciones que pueden estar relacionadas a esta figura procesal, entre las cuales están: el Objeto, Tema, Naturaleza, Importancia, Fin, los principios en la actividad probatoria, la carga de la prueba, entre otros; Así mismo se incluye un estudio sobre los Medios de Prueba, por su íntima relación con la Prueba;

La Prueba de Oficio, como tema central de la investigación, pretendiendo obtener la mayor información acerca de esta figura, tratando de definirla, determinar cual es su fundamento, presupuestos y límites, de esta forma aplicar la teoría obtenida a la práctica forense;

El Derecho de Defensa, junto a la Prueba de Oficio constituye el eje central de la investigación, siendo uno de los Derechos Fundamentales que se encuentra presente en todas las esferas de la vida de las personas, cuyo efectivo ejercicio garantiza los demás derechos; y

El Proceso de Familia, sobre el cual recae, finalmente, el análisis de

la institución de la Prueba de Oficio y su tratamiento en la Ley Procesal de Familia, lo cual se refleja en el Proceso aplicado en la práctica por los Juzgados de Familia del país.

Con este trabajo se procura abonar, en cierta medida, al estudio de las instituciones procesales, específicamente lo referente a la Prueba de Oficio en el Proceso de Familia frente al ejercicio del Derecho de Defensa de las Partes, por ser un tema controversial, en el sentido que la normativa procesal actual otorga facultades de corte inquisitivo al juez, en una sociedad donde se había acostumbrado tener procesos eminentemente dispositivos, con la excepción del proceso penal; Así mismo se pretende estimular el estudio de temas sobre las nuevas tendencias procesales que surgen por la inevitable evolución de las sociedades latinoamericanas.

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA.

Existen dos dificultades al tratar de obtener información acerca de la evolución histórica de la prueba, ya que es poca la doctrina respecto a este tema, o es abordado de forma muy superficial, asimismo los autores que han tratado de la evolución histórica de la prueba lo hacen sin separarlo de la evolución histórica del proceso, lo cual se puede justificar por ser el Derecho Probatorio parte importante del Derecho Procesal.

Hernando Devis Echandía¹ hace un estudio sencillo y poco profundo de la evolución histórica de las pruebas judiciales, dividiéndola en cinco fases, las cuales se desarrollan a continuación:

a) La fase étnica, la cual sería mejor darle el nombre de primitiva, ya que corresponde a todas las sociedades en formación, cuando sólo podía existir un sistema procesal rudimentario; suele describirse como de las pruebas abandonadas al empirismo de las impresiones personales, pero que, se cree debió presentar características muy diferentes en cada lugar;

b) La Fase religiosa o mística, correspondiente al antiguo derecho germánico, primero y de la influencia del derecho canónico, luego basada en la ignorancia y el fanatismo religioso, durante la cual se utilizaron sistemas probatorios absurdos, como los llamados Juicios de Dios (duelos, pruebas de agua, de fuego, etc.);

c) La fase Legal, que es mejor calificada como tarifa legal, pues

¹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. “**Compendio de Derecho Procesal**”, Tomo II: Pruebas Judiciales. Quinta Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1997, Pág. 39 y 40.

sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, y si bien fue un avance en su época, hoy ya no es justificada por las nuevas corrientes del Derecho Procesal.

d) La fase sentimental, que se le podría llamar íntima convicción, esta se origina en la revolución francesa, como reacción contra la tarifa legal, esta se desarrolló en mayor forma en el Derecho Penal, basada en la absoluta libertad para valorar la prueba, sin sujeción a ninguna regla, por jurados de conciencia incultos o sin preparación.

e) La fase científica, que actualmente impera en los códigos procesales modernos, en esta la valoración se da de acuerdo con la sana crítica y por jueces capacitados para ello.

Por otra parte Enrique M. Falcón² hace un estudio más completo a cerca de la evolución histórica de la prueba y del proceso, de forma simultánea, remontándose al período Clásico de la Antigua Grecia, pasando por el período Romano, Germánico, Canónico y Precolombino, los cuales se estudiarán a continuación.

1.1 PERÍODO CLÁSICO, ANTIGUA GRECIA.

Es necesario, en un primer momento, hacerse la pregunta ¿Dónde comienza la historia de la prueba? La respuesta es sencilla pues el comienzo se encuentra en cualquier segmento de la historia antigua. Pero la historia de la prueba no es ajena a la historia del proceso y lo sigue, aunque puedan diferenciarse, diversos medios en algunas épocas. En los primeros tiempos

² FALCÓN, ENRIQUE M. “**Tratado de la Prueba**”. Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003. Pág. 109.

existe una confusión entre el derecho sustancial, el procesal y la magia, puede verse al respecto el Código de Hamurabi o el Código de Eununa (2000 años Antes de Cristo). También la Biblia haciendo referencia al Antiguo Testamento el cual no es anterior al siglo IX, antes de Cristo. Sin embargo para delimitar nuestro estudio debemos remontarnos a Grecia pues los griegos miraron la prueba desde dos ángulos: desde la práctica jurídica y, posteriormente, elaboraron la averiguación de la verdad desde lo puramente filosófico.

Grecia produjo el desarrollo de un nuevo tipo de conocimiento, el conocimiento por testimonio, recuerdos o indagación. Es éste un saber que historiadores como Heródoto poco antes de Sófocles, naturalistas, botánicos, geógrafos y viajeros griegos habrán de desarrollar y que Aristóteles totalizó y convirtió en un gran saber enciclopédico. En consecuencia, en Grecia se produjo una especie de gran revolución que, al cabo de una serie de luchas y cuestionamientos políticos, dio como resultado la elaboración de una determinada forma de descubrimiento judicial y jurídico de la verdad, el cual constituye la matriz, el modelo o punto de partida para toda una serie de otros saberes, tanto filosóficos, retóricos y empíricos, que pudieron desarrollarse y caracterizaron el pensamiento griego.³

En Grecia existía la prueba del Juramento, éste es un tipo de verdad y prueba muy antiguo, en el cual el resultado del juicio se sometía a un juramento destinado a una deidad, sólo en el caso de que el conflicto no podía ser resuelto de este modo, un juez dirimía la contienda. No obstante estos antecedentes, el estudio del derecho griego antiguo se centra en Atenas, donde tanto el sistema civil como el penal eran orales y aparecen

³ VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. “**Derecho Procesal Penal**”, Editorial Lerner, Córdoba, 1986. Pág. 25

necesariamente implicados e indiferenciados; los medios de prueba básicos fueron el testimonio, el juramento y los documentos, mediante el juramento se llegaba a una especie de confesión que daba por terminado el pleito, pues el principio básico era el acusatorio. Sin embargo, en materia penal, el tribunal del areópago⁴, luego de las pruebas y los alegatos, se retiraba y sesionaba de noche en secreto.

Como en todas las culturas antiguas, a la inversa del sistema continental europeo actual y el latinoamericano, los testigos tuvieron notable importancia, pero se encontraban limitados, pues las mujeres, los niños y los esclavos eran muy poco considerados a la hora de declarar y en cuanto al contenido de sus declaraciones. Es interesante hacer notar que no existen antecedentes de prueba legal, de modo que es posible que esa sociedad en particular, y en ese período haya usado la apreciación en conciencia, al modo del jurado norteamericano actual.

Desde el punto de vista puramente filosófico hay dos momentos clásicos: los de Sócrates y Aristóteles. Aunque en muchos aspectos estos apuntan a lo mismo, el esquema o la idea básica de Sócrates era enseñar por medio de un método conocido como mayéutica, el cual consistía en provocar "el parto de la verdad" en otra persona mediante preguntas adecuadas⁵, y se trataba de demostrar que los Sofistas⁶ estaban equivocados. Aunque la palabra "sofista" al principio significaba "sabio", en la época de Platón y Aristóteles tomó el significado peyorativo actual (sofisma = falacia) debido, probablemente, a que muchos maestros se dedicaban a

⁴ El cual era un Tribunal de la Antigua Grecia. OCEANO UNO COLOR, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, edición 2006. Pág. 121

⁵ OCEANO UNO COLOR, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, Pág. 1036, edición 2006.

⁶ En la Grecia antigua se llamaba así a todo el que se dedicaba a la enseñanza retórica, gramática y filosofía. OCEANO UNO COLOR, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, edición 2006. Pág. 1510

enseñar y pretendían imponer la palabra con el arte de hablar y el arte de persuadir.

Tan fuertes fueron los ataques, que los sofistas quedaron totalmente desacreditados y sólo en el siglo XX nuevos estudios han examinado y recuperado sus trabajos. Sea como fuere lo importante era que la prueba se desarrollaba mediante la contraposición de argumentos hablados, pues Sócrates realizaba preguntas para llevar la discusión al plano que consideraba conveniente y luego fundar extensamente su tesis, también de carácter argumental. En muchos supuestos usaba la evidencia de la auto-contradicción como elemento de prueba de sus argumentos.

Las ideas de Aristóteles, ligaban el razonamiento y la comunicación a la lógica y al silogismo, técnica desarrollada por medio de premisas, cuyas formas adecuadas llevan al conocimiento. Comienza por definir la retórica como el arte de buscar los medios de persuasión disponibles, dejando claramente expuesto que el objeto principal de la comunicación es la persuasión, concibiendo que la comunicación tenía tres momentos: 1) el que habla; 2) el discurso, y 3) quien escucha. En la actualidad, la retórica está ligada a la oratoria. Aristóteles básicamente siguió esta línea en su *Retórica* como sistema argumental, pero desde el punto de vista de la lógica que él había fundado, la prueba resultaba más estricta y no ligada al derecho.

1.2 PERÍODO ROMANO.

Para hablar de la Evolución Histórica del Derecho Probatorio, al igual que la del Derecho Procesal, debemos ubicarnos también en la antigua Roma y examinar cómo tanto en el proceso civil como en el proceso penal

existían disposiciones a propósito de la consideración de la prueba, desde luego, que esas disposiciones eran muy rudimentarias, apenas estaban surgiendo el derecho procesal y con él, el derecho probatorio, porque el derecho probatorio es una disciplina autónoma y la más importante del derecho procesal, tal es así que dichos medios de prueba deben de ser considerados medios articulados a una mecánica procedimental e incluido en un proceso determinado, es decir, no se puede considerar aisladamente el derecho probatorio del derecho procesal, ni se puede considerar el derecho procesal al margen del derecho probatorio, en otras palabras el derecho probatorio va siempre inscrito en un proceso determinado y desde luego, un sistema probatorio también determinado.

Podemos dividir la historia de Roma en dos grandes periodos y en cada uno de ellos podemos ubicar también cierto y determinado tipo de proceso:

1.2.1 Primer Período.

El surgimiento de Roma fue en el año 753 antes de la era cristiana, allí se dan tres periodos que dependen de la estructura política y social de Roma: a) Monarquía (del 753 -510 antes de la era cristiana; b) La República (510-31 antes de la era cristiana); y c) El imperio (31-553 después de la era cristiana).

En cada periodo de los mencionados aparecen formas procesales distintas, se conoció un proceso que se denominaba *LEGIS ACTIONIS* (Acciones de la ley); luego vino otro proceso que duró más o menos desde mediados del siglo VI antes de Cristo, hasta el siglo II de la era cristiana, era el *PROCEDIMIENTO FORMULARIO*, y luego llegó el proceso de la *COGNITIONS* ya en plena vigencia del imperio.

a) Legis Actionis o Acciones de la Ley.

En el procedimiento de las acciones de la ley, había dos fases: *in iure* (hacia la ley o hacia el derecho) donde decidía el pretor y; *apud iudicem* (*junto al juez*): donde decidía el particular y donde se da la actividad probatoria. En este proceso la parte demandante acudía ante el pretor y presentaba su demanda, exponiendo su pretensión, así mismo el demandado también acudía donde el pretor y se oponía. Si el contenido de la pretensión se ajustaba a la legis (ley), entonces se le concedía la acción al demandante, y así se establecía lo que ellos llamaban un programa procesal, y una vez se establecía éste, es decir, que la pretensión era legal, que por lo mismo se le debía conceder la acción, el pretor enviaba el proceso al iudex (Juez) quien era un particular y este se limitaba a verificar, momento en que se daba la cuestión probatoria: las afirmaciones hechas por el demandante, desde luego, que la oposición del demandado significaba también valoración de esa oposición y este particular, el iudex, profería la sentencia.

b) El Proceso Formulario.

En este proceso se dividió al igual que la *legis actionis* en dos etapas: La primera comprende la cuestión de derecho, y la segunda, los hechos. Si las partes no cumplen el dictamen, debe volverse otra vez al magistrado originario que tenía el *imperium* (poder público) para ejecutarlo. Pero se diferencian, en que mientras las acciones de la ley eran dadas exclusivamente para ciudadanos romanos, el proceso formulario se daba cuando intervenían en el proceso, también extranjeros.

Por medio de este proceso formulario se introdujo el derecho de gentes al derecho civil romano, es decir que se incluía a los extranjeros en las relaciones jurídicas de los ciudadanos romanos. Paralelamente en las

primeras épocas del Imperio, para el siglo II, una serie de causas administrativas habían sido asignadas a funcionarios nombrados por el emperador. Estas causas que estaban fuera del marco normal del proceso se indicaban como "procesos extraordinarios" o "procesos de conocimiento extraordinario". Con el tiempo se fue acentuando más la autoridad del emperador, de modo que aumentó la función de los magistrados y, paulatinamente, el proceso extraordinario fue cobrando mayor vigor, hasta que en el siglo III suplió definitivamente al proceso formulario. Sin embargo, antes de entrar en el proceso extraordinario, debemos decir que la primera época romana, la de las acciones de la ley y del proceso formulario, no estuvo limitada exclusivamente a estos medios judiciales de controversia de los derechos, existían una serie de actuaciones fuera del juicio, que permitían a los magistrados tomar medidas inmediatas en casos especiales.

Algunos de estos actos eran los interdictos: órdenes del pretor para evitar una acción, para obligar a la restitución o para ordenar una exhibición. Otras actuaciones eran las *misiones in possessionem*, que constituían actos de autoridad en virtud de los cuales los bienes de personas indefensas, los del deudor fallecido, los del propietario de una finca ruinosa colindante a otra, etc., eran puestos a disposición, más o menos duradera, de determinadas personas con facultades diversas, según el caso. Estas actuaciones podían afectar la totalidad de los bienes o un objeto particular.

También las *estipulaciones pretorianas*, que son convenciones (estipulaciones), que celebran las partes ante el pretor y por imposición de éste, tanto para asegurar el resultado del juicio, cuanto para asistir con una acción a relaciones que carecen de ella o, finalmente, con el objeto de asegurar la comparecencia al juicio. Por último, las restituciones *in integrum* (En totalidad), decisiones de los magistrados de carácter extraordinario, en

virtud de las cuales se anula una situación jurídica, para volver al estado jurídico anterior.

Durante este primer período la prueba comenzó siendo al principio exclusivamente testimonial, sometiéndola a los dioses por medio del juramento. Pero con el tiempo se incorporaron los documentos y el reconocimiento personal del juez. Los indicios fueron también un elemento tomado en cuenta, pero todo confluía finalmente en el sistema de apreciación por convicción del juez. En el sistema penal se distinguió entre *iudicium publicum* (juicio público,) según el delito afectara a la comunidad, y *iudicium privatum* (juicio privado), que afectaba a un individuo. En el proceso penal no sólo el acusado no es objeto de interrogatorio porque está en pie de igualdad con el acusador, sino que la confesión no se asimila a la sentencia y no tienen valor el juramento o apuestas judiciales (*sponsio*). Los esclavos podían ser sometidos a tortura (que en algunos casos se extendió a los ciudadanos) y se permitió el registro domiciliario y el secuestro.

1.2.2 Segundo Período Romano.

El Régimen Imperial fue absorbiendo cada vez más poderes y la desaparición de la vieja estructura de la República Romana favoreció la instauración del nuevo sistema, que tuvo entre sus elementos una tramitación distinta del proceso. En lugar de dividir el proceso en dos etapas, una ante un magistrado y otra ante un juez, este nuevo tipo de proceso extraordinario toma un nuevo camino, donde el juez es un funcionario que dirime toda la contienda.

a) El Proceso Extraordinario.

En este período encontramos el sistema del proceso extraordinario, el cual no fue siempre igual, pero podemos fijar en general la siguiente línea: hay una citación que posteriormente se transforma en un escrito de demanda que se hace llegar al demandado haciéndolo conocer por diversos medios; el demandado debe comparecer en juicio dentro de un período determinado, si no comparece, esto es, si es rebelde, el pleito continúa sin su presencia. El demandado puede oponerse a la demanda o allanarse a ella, pero esa actuación va a estar determinada según las diferentes circunstancias que plantea el proceso. La *litiscontestatio* (contestación de la controversia), aquel contrato en el cual las partes fijaban qué iban a someter a la sentencia del juez, es ahora un momento procesal indeterminado, en el cual las partes fijan sus contra-pretensiones. La sentencia no tiene por qué tener por objeto una condena pecuniaria, sino que cualquier cuestión lícita puede ser objeto de ella. Pero aun se permite dentro de la ejecución pecuniaria la ejecución personal con carácter accesorio. En general, en materia probatoria, se admitieron todo tipo de pruebas y el juez juzgaba sobre la base de un sistema de normas predeterminadas o prueba tasada.

El hecho de que el príncipe hubiera delegado en funcionarios la facultad de fallar, dio lugar al nacimiento de la apelación, por la posibilidad de recurrir al superior. Al lado de este proceso extraordinario común existieron otros procesos limitados, para los casos de alimentos, manumisiones testamentarias, interdictos, etcétera.

b) La Prueba en este Período.

La exaltación de la función judicial en el Estado llevó al juez a tener facultades de interrogación directa mucho más extensas, pero con el tiempo

sobrevino la necesidad de más control y una mayor seguridad en la actividad de los jueces y comenzó a aparecer la prueba tarifada o prueba legal, aunque no como el que imperó en Europa en los siglos XVII al XIX. En materia penal, la apreciación en conciencia o la certeza moral del hombre fue el modo de apreciar la prueba. Para este momento, el documento va a considerarse una prueba superior a los testigos, pero los jueces apreciaban las pruebas de modo general como si todo constituyera un sistema de presunciones. Como la acusación penal estaba en manos de particulares y en esta época ya no había un interés y una honra pública en atender las cuestiones de la sociedad, los delatores reemplazaron a los acusadores, hasta que el emperador “Trajano” impuso condiciones y sanciones tan estrictas para la denuncia que el sistema tendió hacia la desaparición, si no fuera por la aparición de la persecución de oficio que se hizo mediante militares que recorrían las provincias buscando delincuentes, denunciadores civiles y receptores de querellas, que procedían a investigar y a poner los sospechosos en manos de los jueces. La consecuencia de este sistema es la actividad *ex officio* (de oficio) del juez durante todo el proceso y con profundidad.

1.3 PERIODO GERMANICO.

La caída del Imperio Romano, primero en Occidente en el año 476 y luego en Oriente en el año 1453, junto con las invasiones bárbaras, redujo a muchos pueblos a una historia primitiva del derecho, pero no todo quedaría en la nada, pues la Iglesia llevaría la voz cantante en el desarrollo del derecho y de la prueba.

Entre el proceso romano y el proceso germano existe una gran diferencia, la sentencia germana conserva la naturaleza del acto realizado en la asamblea popular, y como tal obliga y perjudica aun a quien no tenga noticia de aquélla, mientras que la sentencia romana no perjudica sino a las partes de la causa. La sentencia germana alcanza a los miembros de la comunidad, tanto si han estado presentes e intervenido en el proceso como si no. El proceso germano se dividió, al igual que el romano, en dos etapas históricas.

1.3.1 Período Antiguo.

En esta época, los miembros libres del pueblo se reunían en asambleas llamadas "*ding*". Estos *dings* eran los titulares de la jurisdicción, es decir, tenían el poder del Estado para decidir la controversia planteada ante ellos. Por su parte, el juez aparece como un investigador del derecho y un director general de los debates. No se distingue lo penal de lo civil y se deja el proceso a la libre actividad de las partes. Según este sistema, la asamblea daba su decisión y el juez, en consecuencia, ordenaba mediante un mandamiento el cumplimiento de lo resuelto. Este mandamiento hacía las veces de sentencia. En la emisión de esta sentencia el juez era asesorado por una serie de peritos en derecho.

El sistema que reglamenta los conflictos y los litigios, en las sociedades germánicas de esa época es, un procedimiento enteramente gobernado por la lucha y la transacción, es una prueba de fuerza que puede terminar en una transacción económica. Se trata de un procedimiento que no autoriza a colocar un tercer individuo sobre los dos adversarios a la manera de un elemento neutro que busca la verdad intentando saber cuál de los dos no miente.

Es el momento de las ordalías, es decir, de las pruebas mágico-religiosas por las que se cree que la divinidad pronunciará veredicto acerca de aquellos casos legales sobre los que es consultada, y la consulta se hace sobre la base de los duelos, los juramentos, las pruebas de agua y fuego, etc.

1.3.2 Período Franco.

Desde el siglo V de nuestra era hasta el siglo XII, el proceso germánico pasa al estadio franco. En este período continúa la existencia de los *dings*, pero en las causas importantes la presidencia está a cargo de un conde llamado *Scabini*. A medida que se avanza históricamente, el aumento de los poderes del juez se hace más notorio. En las pruebas de esta época son comunes el combate o duelo entre los testigos con el fin de probar, aunque muchas veces los *escabinos* juzgaban por su propia convicción más allá de estas pruebas. La penetración del derecho canónico prepara un tránsito al proceso común y a la prueba tarifada. Los jueces eclesiásticos resultan ser verdaderos magistrados inspirados en el sistema romano, muy diferentes de los *escabinos*, ya no es una forma de libre convicción la que permite valuar la prueba sino una apreciación jurídica, que se va a ir sujetando a reglas cada vez más numerosas.

1.4 EL DERECHO CANÓNICO Y EL SISTEMA DE LA PRUEBA TARIFADA O LEGAL.

De la confluencia del proceso romano y del germánico surge el *derecho procesal canónico*, que tiene marcada preeminencia romana. Esto no se realizó en un solo acto ni de un modo orgánico. Representó un extenso

período traumático de la humanidad y lo fue también en la concreción del proceso. Vencedores que impusieron sus reglas a los vencidos, tal vez conquistados luego por la mayor cultura de los últimos, dieron lugar a un extraordinario mosaico en los distintos reinos de toda Europa. Pero por medio de la doctrina de los *glosadores*, que toman elementos no sólo del proceso romano sino también de los nuevos sistemas bárbaros existentes, se van a formar una serie de legislaciones diversas. Estas legislaciones van a influirse unas a otras para penetrar en el proceso canónico, que va a ir del procedimiento ordinario y general a los procedimientos especiales o sumarios.

En este orden de ideas era natural y lógico que el derecho canónico terminara imponiéndose con el avance de la cultura jurídica. La jurisdicción eclesiástica, limitada primero a cuestiones religiosas, va a pasar rápidamente al campo secular, tanto en el sistema civil como en el sistema penal. Pero existía un problema real y era que los jueces estaban mal preparados y la corriente germana de la apreciación libre de las pruebas conspiraba contra lo que se consideraba una justicia mejor. De allí que se hizo aconsejable la determinación previa por el legislador eclesiástico y luego por el civil. En este último se produjo un importante avance, pero en lo penal se creó una institución que fue la vergüenza de la humanidad: el Tribunal del Santo Oficio, conocido vulgarmente como la Inquisición.

1.4.1 Evolución del Proceso Civil.

En la primera etapa nos encontramos con un sistema en el que hay una unidad en cada una de las actuaciones que forman el proceso. Este proceso se divide en períodos, términos o estadios, formando secciones independientes entre sí, que se suceden una a otras. El deber de proceder

por estadios y escribirlo todo, hizo muy lenta la marcha del juicio. Paralelamente, la competencia de la Iglesia va a ir aumentando en la Edad Media en cuanto a los asuntos y a las personas. ¿Cómo iba a coincidir entonces esa expansión y la necesidad de una justicia ágil y en algunos casos hasta informal? Debemos recordar que, entre los siglos XI y XII, el desarrollo del comercio va a dar lugar al nacimiento del derecho comercial y, con éste, a numerosos y nuevos problemas que origina, tales como los tratos realizados entre los comerciantes y los documentos que éstos usaban.

Además, había un derecho estatutario, un derecho de las ciudades, un derecho de las congregaciones donde se simplificaba la tarea de juzgar y no se establecían excesivos ritos para llegar a la sentencia. Ante esta circunstancia, los Papas habían autorizado a prescindir de algunas etapas o formalidades del proceso, aunque lo habían hecho en casos particulares.

1.4.2 La Clementina Sæpe y El Corpus Iuris Canonici.

Al lado del proceso ordinario de la Iglesia se viene formando, así, un proceso simplificado. Los estatutos de las ciudades italianas regulaban este proceso más simple que el ordinario y, por su parte, el papa en las delegaciones a los jueces para la decisión de las causas autorizaba a dispensar una u otra formalidad. En el año 1306, el papa Clemente V dictó una constitución conocida como *Clementina Sæpe*, regulando en ella este modo de proceder simple, llano y sumario, para que fuese observado en determinados casos, dispensando así, en forma definitiva, de los engorrosos trámites que aparejaba el procedimiento ordinario. La Constitución mencionada fue producto de una evolución que culminó luego con el *Corpus Iuris Canonici* (Cuerpo del Derecho Canónico), este nuevo tipo de juicio más simplificado y en el que se podía seguir la causa aun sin la presencia del

contrario (rebeldía), dio en llamarse "proceso sumario".

Esta sumariedad se entiende como una simplificación de los actos judiciales, pero no de la intensidad del conocimiento del juez. Se trataba de concretar en una sola audiencia todas las actuaciones de las partes, se refuerzan los poderes del juez, hay mayor inmediación, se admite el proceso en rebeldía, etcétera. El proceso de conocimiento ocupaba (en mayor o menor medida) todo el ámbito procesal. Sin embargo, se observaba que la sentencia no cumplida se ejecutaba con un *processus executivus* (o procedimiento ejecutivo). De la misma forma se consideró que los actos de sumisión ante el notario (escribano), llamados *instrumenta garantigiata*, y, por extensión, la confesión prestada en juicio (*instrumenta confesionata*), tenían los mismos efectos de la sentencia. Y así, al lado del proceso sumario, surge otro proceso donde la sumariedad aparecía como limitación del conocimiento del juez, pues su conocimiento partía de un título al que se le daba el valor equivalente a la sentencia. Este proceso sumario dio en llamarse "sumario determinado", quedando para el de la *Clementina Saepe* el nombre de "sumario indeterminado", a fin de distinguir ambos sistemas.

Con el tiempo, el sumario determinado dio en llamarse "juicio ejecutivo", que es como actualmente se lo conoce, y los títulos que permitían iniciarlo fueron aumentando notablemente, en especial por la aparición de documentos comerciales (letra de cambio y pagaré). En este sumario determinado solamente podían hacerse valer excepciones de fácil solución, aunque la parte condenada se reservaba el derecho de hacer valer otras excepciones posteriormente.

La prueba en el período Canónico es la prueba legal, la confesión como *probatio probatissima* (Prueba Preferente), la inclusión de las

posiciones por ambas partes, la limitación de los testigos (aunque siempre de un número muy alto), en cuanto al objeto de lo que podían manifestar (se eliminaron las opiniones) y respecto a la calidad (no podían declarar los perjuros, delincuentes, siervos, enfermos mentales, sospechosos, parientes o dependientes, muy limitado en el caso de menores, etcétera). La aparición de máximas o aforismos aportó dos para la prueba, la de *testis unus testis nullus* (un testigo solo, un testigo nulo) y que la sentencia sólo podía producirse *secundum alegato et probata* (después de los alegatos y la prueba). Por otra parte, se admitió la pericia y la inspección ocular tuvo el carácter de prueba legal, lo mismo que el instrumento público. El atisbo de la teoría de las presunciones le dio el carácter de indicios a los instrumentos privados y a la confesión fuera de juicio.

1.4.3 El Sistema Inquisitivo.

Como se ha estudiado con anterioridad, la *cognitio extra ordinem* del derecho romano constituye uno de los primeros pasos para pasar del régimen acusatorio al inquisitorial. Receptada por el derecho canónico, comenzó al principio como un modelo para defender los intereses de la Iglesia y sustraer a los clérigos de la jurisdicción secular, pero luego se extendió a los campos seculares en una disputa entre los reyes, los señores y la Iglesia, que finalmente expandió su jurisdicción basado en un sistema más evolucionado frente a las pruebas de fuerza. De todos modos, en sus principios, el sistema estuvo imbuido por el sistema acusatorio. Sólo en el siglo XII se instituye y paulatinamente crece el Tribunal del Santo Oficio o Tribunal de la Inquisición.

En un principio, la Inquisición fue la respuesta de la Iglesia para combatir la brujería, el sortilegio, la herejía y la adivinación. Tuvo

principalmente por objeto la persecución de las herejías populares del siglo XII, extendidas sobre todo por la Francia meridional y la Italia septentrional. Los concilios y sínodos (juntas) que se sucedieron en el último tercio del siglo XII (1162 y 1179) insistieron en que la herejía fuese perseguida por los señores laicos. La institución inquisitorial fue perfilada definitivamente por el papa Gregorio IX en las instrucciones *de* 1231 a 1235. El papado determinó confiar la persecución de la herejía a tribunales inquisitoriales formados por dominicos, cuya jurisdicción emanaba directamente de Roma. Durante un mes (tiempo de gracia) se efectuaban predicaciones en cada localidad y se incitaba a la auto-denuncia; en caso de que ésta se produjera no se seguía juicio alguno contra el arrepentido; caso contrario, se iniciaba la pesquisa (*inquisitio*), en la que a su vez el inquisidor era el acusador y el juez. En un principio, las penas impuestas fueron las de deportación, encarcelamiento, obligación de realizar determinadas peregrinaciones, etcétera. Pero pronto empezó a aplicarse la muerte en la hoguera. El área de extensión de la Inquisición fue notable: Francia, Italia, Alemania, Aragón, Inglaterra, Bohemia, Hungría, Polonia, entre otras. Fue posteriormente Castilla quien retomó la Inquisición, al ser el reino que llevó la reconquista de España.

La Inquisición en los distintos países, pero especialmente en España, estaba organizada sobre la base de un Consejo de la Inquisición (creado en 1483) y el inquisidor general. El primero dependía directamente del rey, tenía funciones financieras y actuaba como tribunal de apelación. El inquisidor general tenía poderes delegados del papa, siempre fue nombrado por el rey; existía además una serie de tribunales locales, donde se seguían los procesos en la mayoría de los casos.

El proceso inquisitorial solía iniciarse, en la primera época, a consecuencia de investigaciones periódicas y sistemáticas o por denuncia

privada. Más adelante se formó una institución de los llamados familiares (agentes permanentes de la Inquisición, no retribuidos, pero con una serie de privilegios fiscales y judiciales), quienes ponían en conocimiento del tribunal los casos a examinar; el caso pasaba a calificadores, los cuales formaban el proceso, o declaraban su improcedencia.

Si se iniciaba el proceso el reo era encarcelado y el fiscal iniciaba el proceso propiamente dicho, después de largos interrogatorios en que solía aplicarse la tortura (que era un medio de prueba para lograr la confesión), se ratificaban las pruebas y se permitía el inicio de la defensa, que no podía resultar nunca eficaz. El defensor no conocía ni los cargos, ni el denunciante, no se le comunicaba quiénes eran los testigos, de modo que lo único que podía hacer era convencer a su defendido que confesara, pues de lo contrario él también corría el riesgo de ser tomado como cómplice.

Las penas impuestas por la sentencia dependían del delito, e iban desde penitencias espirituales a inhabilitaciones y confiscación de bienes. Debido a esto último que en muchos casos los juicios se hacían por venganza o por razones étnicas (moriscos, judíos, etc.), la corrupción y el fanatismo llevaron las cuestiones a grados insoportables.

El sistema inquisitivo se asentó entonces en la abolición de la acusación y de la publicidad del proceso, desconocimiento por el reo del nombre de los testigos y reducción de la función acusatoria-juzgatoria en una misma persona, en el tribunal. Basado en la idea de que el pecado es delito y la sanción la penitencia, hay una batalla que se libra en el individuo entre las fuerzas del mal y del bien, en la cual sólo la conciencia libre y seguidora de los principios de la fe son liberadores. De modo que el primer paso es la confesión que se obtiene por cualquier medio de prueba (torturas, ayunos,

delaciones). Y como la confesión es el objetivo máximo y la tortura el mejor medio de conseguirla, se reglamentó a ésta, la que debía cesar en el momento de la confesión. El procedimiento inquisitivo tuvo un modelo en cada país. En Francia fue penetrando lentamente hasta que quedó asentado mediante las ordenanzas de Luis XII (1498) y FRANCISCO I (1535) y en la Ordenanza Criminal de Luis XIV (1670). En Alemania también se fue consolidando del mismo modo en virtud de los estatutos de Worms (1498), la ordenanza criminal de Bamberg (1507) y, finalmente, por la ley imperial de 1532.

1.5 EL PROCESO ESPAÑOL.

Un punto importante dentro de la historia cultural de los países latinoamericanos, lo marca el descubrimiento y la conquista española, en ese sentido es importante el estudio de la evolución jurídica que el derecho procesal tuvo en ese país, puesto que las instituciones y procedimientos utilizados en este se trajeron y aplicaron en nuestros países.

En España, la recepción del derecho se operó en la Baja Edad Media, recogida especialmente en la tercera partida de Alfonso el Sabio, del año 1263. Sin embargo, la primera recopilación de leyes españolas es, sin duda, el *Fuero Juzgo (Liber Iudiciorum)*, del año 654, caído en desuso durante la dominación árabe. Sobre su recepción se desarrolló el derecho español en la Edad Media, aunque hubo algunos cambios importantes, sobre todo en la organización judicial. No obstante ello, con las inevitables variantes que plantearon estos cambios, el fondo procesal de cada una de las organizaciones dadas por los distintos ordenamientos respondió, en materia civil, a concepciones comunes de inspiración ítalo-canónica.

Hasta la sanción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, el derecho procesal español contemporáneo carecía de un texto en el cual estuviesen recogidas las normas principales sobre la institución. La ley de 1855 observó en sus bases sustanciales el proceso común, que sirvió a su vez, de base a nuestros códigos procesales. A pesar de las importantes obras jurídicas que se revisaron hasta las Partidas de Alfonso X (1263), nuevas legislaciones particulares y foráneas hicieron en España que se realizasen numerosas recopilaciones, con el fin de tener un cuerpo de derecho, quizá basado en la idea de la recopilación que había hecho Justiniano y en una necesidad práctica para la aplicación de las normas jurídicas. Este derecho español, junto con las disposiciones vigentes para las Indias, fue lo que se aplicó posteriormente en América con el nombre de "derecho indiano", sobre la base del derecho romano, los medios probatorios fueron los que resultaron de la evolución de éste durante la Edad Media, que se mencionaron con anterioridad.

1.6 EL PROCESO INDIANO.

La organización legal indiana se reguló mediante la Recopilación de Indias de 1680 que estableció un orden de prelación de normas, como el Ordenamiento de Alcalá (1348), sustituido luego por las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación. La organización judicial estuvo constituida por numerosos tribunales, pero dado que la división de poderes es una creación posterior, una de las características de la organización indiana fue que la misma administración cumplía funciones judiciales. Los órganos más elevados de la justicia propiamente dicha eran por un lado, en España, el *Consejo Supremo de Indias* (creado en 1511), la

Casa de Contratación de Sevilla (de 1503) y la *Junta de Guerra de Indias*, mientras que en América estaban las *audiencias reales* (de la cual la de Charcas tuvo preeminencia durante mucho tiempo; sólo luego de varias marchas y contramarchas comenzó a funcionar la de Buenos Aires en 1783), integradas por tres o más oidores, uno o dos fiscales, un alguacil mayor y un teniente canciller; actuaban presididas por el virrey que, si bien no votaba y sólo firmaba las decisiones, podía votar si era letrado e incluso podía nombrar un juez en comisión o un oidor para que investigaran un hecho determinado.

1.6.1 Los Tribunales del Proceso Indiano.

En este período encontramos también a la Junta Superior de Real Hacienda y hubo además numerosos magistrados. Pero la Recopilación preveía normas sobre los tribunales de la Inquisición. El Consejo de Indias ejercía el control de todos los tribunales de América; no obstante, para que una causa iniciada en América pudiera llegar a este Consejo, debía cumplir con una serie de requisitos. Debía ser un caso de Corte iniciado en audiencia, por medio de un recurso llamado "de segunda suplicación", o tenía que tratarse de un negocio grave y de calidad, que los miembros de la Corte considerasen pertinente juzgar, o cuando se hallasen ante un recurso de nulidad e injusticia notoria, recurso de difícil ejecución, que sólo procedía contra sentencia definitiva de las audiencias de juicios civiles. Entendía también en cuestiones de función, de residencia de funcionarios, en las causas de contrabando en puertos indianos, en los pleitos sobre encomiendas indígenas superiores a una suma de mil ducados. Por su parte, la Casa de Contratación era competente en los juicios en que tenía intervención

España con motivo del tráfico de Indias. Pero para la justicia comercial existía particularmente el Consulado de Sevilla, por lo menos a partir de 1543.

En América, las audiencias se fueron creando a imitación de España, eran tribunales colegiados, compuestos por un número variado de oidores o jueces letrados y tenían, además, uno o dos fiscales. Había distintas clases de audiencias, según el territorio en que estuvieran ubicadas y la autoridad de la que dependiesen administrativamente. No tenían solamente funciones judiciales sino también gubernativas y consultivas.

En lo referente a lo judicial, sus funciones eran de control político y administrativo, de modo que los particulares y las instituciones podían apelar ante ellas de las resoluciones de los virreyes y gobernadores, siempre que se tratara de asuntos de gobierno. En lo que respecta a tribunales de justicia, entendían, además de los casos de Corte, en causas criminales ocurridas dentro de cinco leguas de su sede y en los pleitos sobre encomienda de indios inferiores a cien ducados. En estos casos fallaban primero en vista y luego podían hacerlo en revista mediante un recurso de súplica. Resolvían también cuestiones relativas a la competencia de magistrados; a su vez, por vía de apelación, conocían como segunda o tercera instancia de causas civiles o criminales falladas por los oidores. A su lado estaban los fiscales encargados de defender los derechos de la Corona y especialmente del real patronato, de acusar a los criminales y de proteger a los indígenas.

Finalmente en "casos inexcusables" y "lo menos que fuese posible", las audiencias podían nombrar *jueces de comisión o pesquisidores* para investigar hechos ocurridos fuera de las cinco leguas. Estos funcionarios tenían el poder y la facultad no sólo de informar sobre el hecho, sino también

de prender a los delincuentes y traerlos a las cárceles.

1.6.2 Magistrados y Funcionarios Complementarios.

La organización judicial indiana tenía como complemento otros magistrados: había jueces que integraban la organización del cabildo, o eran nombrados por él; los *alcaldes ordinarios*, que entendían en primera instancia en los juicios civiles y criminales del fuero común; también estaban los *alcaldes de la Santa Hermandad*, con facultades judiciales en la campaña y otros tipos de alcaldes distintos según casos muy específicos. También había jueces de nombramiento real, y la justicia correspondía igualmente a los gobernadores, sus tenientes, los oficiales de la Real Hacienda, los tenientes letrados y, finalmente, los jueces ordinarios eclesiásticos, como los arzobispos, obispos y vicarios, y los del Tribunal del Santo Oficio o Inquisición. Las normas destinadas al trámite judicial se imponían conforme con los antecedentes españoles. Y así es como, en el proceso ordinario, los trámites y la rutina fueron los rasgos quizá más destacados del sistema.

Algunas causas se aceleraban y no tenían tanta complicación. Fue el caso de los alcaldes de la Hermandad, que juzgaban los delitos y pleitos de poca entidad en las campañas, donde la sentencia se debió dictar en forma simple y de plano, sin estrépito, ni figura jurídica. Algunos otros juicios se hacían sumariamente y a verdad sabida. En general, la celeridad, no obstante estas excepciones, no fue una característica del proceso indiano.

Las leyes de procedimiento aspiraban a rodear de garantías al juicio, tanto para evitar que nadie fuera desposeído de sus bienes sin tener oportunidad de defenderse, como para que todos fueran juzgados por tribunal competente; pero la misma abundancia de magistrados y de fueros especiales produjo innumerables cuestiones de competencia que pro-

longaban la conclusión de la causa y lo mismo ocurría en virtud de la admisión de múltiples recursos.

Sin embargo existía la garantía de juicio previo, de la defensa libre y de la propiedad. Pero se puede apreciar que no existía un procedimiento claro e independiente ni una nítida diferenciación entre el proceso civil y el proceso penal.

Este es el origen de nuestro sistema judicial y jurídico, preeminentemente escrito y codificadorio, así tenemos el Código de Procedimientos Civiles vigente cuyo origen data de un Decreto Ejecutivo de 1882, el cual pronto será sustituido por un nuevo Código Procesal donde se plasmaran los avances que el derecho Procesal ha tenido, dejando obsoletos procedimientos que no se ajustan a la cambiante e inevitable evolución y desarrollo de la sociedad.

CAPÍTULO II: LA PRUEBA Y LOS MEDIOS DE PRUEBA.

2.1 NOCIÓN DE LA PRUEBA.

Hernando Devis Echandía dice que la noción de la prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, ya que existe una noción ordinaria o vulgar de la prueba al lado de una noción técnica, esta última adquiere un sentido preciso y especial, ya que es donde se encuentra la ciencia del Derecho, por ser una de las ciencias y actividades reconstructivas⁷, razón por la cual esta noción es la que nos interesa abordar en el presente estudio. Al referirnos a la noción ordinaria o vulgar de la prueba, hablamos de la idea que las personas comúnmente tienen sobre la misma y es utilizada sin mayor análisis teórico-científico, en ese sentido, podríamos decir que prueba es la demostración comprobación de una verdad, cualquiera que fuera su naturaleza⁸.

La noción técnica, como se ha dicho se relaciona a las ciencias y actividades reconstructivas, en donde el Juzgador, quien dicta el derecho, en su mente reconstruye el pasado con el motivo de conocer y dar la razón a quien la tiene en el presente, las partes dentro de un proceso tienen los hechos y el Juez debe dictar el derecho, de ahí el aforismo latino el cual dice “Dadnos los hechos que os daremos el derecho”, en tal sentido, pueden existir los hechos, pero sin la prueba estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho de los demás y le sería imposible al Estado ejercer su

⁷ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. “**Compendio de Derecho Procesal**”, Tomo II: Pruebas Judiciales. Quinta Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1997, Pág. 1.

⁸ KIELMANOVICH, JORGE L. “**Teoría de la Prueba y Medios Probatorios**”. Tercera Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, Pág. 21.

función jurisdiccional para poder lograr una armonía social, “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”.

La Prueba apunta entonces a la reconstrucción histórica o lógica de hechos sucedidos en el pasado, y que pueden subsistir en el presente, a través de leyes jurídicas que gobiernan dicho proceso y delimitan el campo de la búsqueda, sus tiempos y los medios para conducirla.⁹

2.2 DEFINICION DE PRUEBA.

La prueba no tiene una definición exacta, universal e inamovible, ya que la evolución misma de la ciencia del derecho provoca tal situación, no solamente en el campo del derecho probatorio sino en las demás ramas del derecho.

La palabra *prueba* es comúnmente utilizada, en la práctica forense, para designar los distintos medios con los cuales puede ser acreditada la existencia de un hecho; en tal sentido, se dice prueba de testigos, prueba de peritos, prueba por instrumentos, etcétera. Pero *probar* es algo más, el significado de tal vocablo comprende una compleja actividad de los sujetos encaminada a demostrar la existencia o las cualidades de personas o cosas.¹⁰

El vocablo *prueba* deriva del latín *probe* que puede traducirse como buenamente, rectamente u honorablemente, o, según otros autores, de la

⁹ Ibídem, Pág. 23.

¹⁰ ARAZI, ROLAND. “**Derecho Procesal Civil y Comercial**”. Partes General y Especial, 2ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995. Pág. 275.

palabra *probandum* que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar o hacer fe, según lo expresado en el Derecho Romano.¹¹

Existen diversas definiciones sobre Prueba, entre las que podemos mencionar:

Manuel Ossorio define la Prueba como “el conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.” Así como “toda razón o argumento para demostrar la verdad o la falsedad en cualquier esfera o asunto.”¹²

Para Montero Aroca 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 otros de las normas legales que filiarán los hechos".¹³

Prieto Castro la define como “la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso.”¹⁴

Podríamos definir inagotablemente el concepto de Prueba, por lo que es correcta la afirmación de Silva Melero al afirmar que la prueba tiene un significado polifacético¹⁵, y que de esto surge la variabilidad de definiciones

¹¹ KIELMANOVICH, JORGE L. Op. Cit. Pág. 21.

¹² OSSORIO, MANUEL. “**Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**”. 26ª edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1999.

¹³ MONTERO AROCA, JUAN. “**La Prueba en el Proceso Civil**”. Civitas, 4ª Edición. Madrid, 2005.

¹⁴ PRIETO CASTRO, LEONARDO. “**Derecho Procesal Civil**”. Tomo I, Madrid, 1964. Ppág. 453.

¹⁵ SILVA MELERO, VALENTÍN. “**La Prueba procesal**”. Madrid, 1968. Pág. 30.

que sobre ella nos ofrecen los autores. Pero para una mejor ilustración se tomarán cuatro puntos de vista los cuales son:

1. Desde un punto de vista objetivo se restringe la noción de la prueba a los hechos que sirven de prueba a otros hechos, lo que sucede en la prueba indiciaria, o, con un poco mas de amplitud, a los “objetos” que sirven de prueba, entre los cuales cabe el documento.
2. En un sentido más general, pero desde un punto de vista también objetivo, suele hablarse, con mayor frecuencia, de que es prueba judicial todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hechos, con lo cual se incluyen los hechos, los objetos y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de un tercero, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducto para que le llegue al juez el conocimiento de la cuestión debatida o planteada sin litigio en cada proceso¹⁶; en este planteamiento erróneamente se confunde la Prueba con los Medios de Prueba, tema que se estudiará más adelante.
3. Desde un tercer punto de vista, pero esta vez subjetivo, se considera la prueba por el aspecto de su resultado, esto es, como la convicción que con ella se produce en la mente del juez, sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran el delito, el litigio o la cuestión litigiosa, bien sea cada medio en particular o con conjunto de los aportados al proceso¹⁷; Esta tercera acepción es admitida por la unanimidad de los autores al lado de la anterior, y podemos afirmar que tanto el punto de vista subjetivo como el objetivo son imprescindibles en el lenguaje jurídico procesal, porque no puede desligarse la noción de prueba de los medios utilizados para suministrarla, ni tampoco del fin o resultado perseguido con ella.

¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Op. Cit. Pág. 32.

¹⁷ *Ibidem*.

4. La observación hecha con anterioridad conduce a un cuarto punto de vista, en el cual se combina el concepto objetivo de medios, tomados en conjunto, con el concepto subjetivo del resultado que con ellos se obtiene en la mente del juez, vale decir, que es una síntesis de los tres anteriores, y entonces se define la prueba como el *conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso*¹⁸, siendo esta última definición la que goza de mayores partidarios, y que según Hernando Devis Echandía es la única que presenta una noción integral de la prueba.

Finalmente ECHANDIA define la prueba como *“Todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”*¹⁹

2.3 OBJETO DE LA PRUEBA.

Objeto es el fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación, es pues, la finalidad que con el acto u operación se persigue.²⁰

Al preguntarnos cuál es el objeto de la prueba, es menester hacerse la pregunta lógica que Aldo Bacre se realiza al hablar de este tópico: ¿Qué se prueba?²¹, respecto a este tema dice Hugo Alsina que el objeto de la prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende²²; por otra parte, para Roland Arazi, el objeto de prueba puede ser

¹⁸ Ibídem. Pág. 33.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ OSSORIO, MANUEL. Op. Cit.

²¹ BACRE, ALDO. **“Teoría General del Proceso”**. Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992. Pág. 12.

²² ALSINA, HUGO. **“Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal”**. Tomo III, Segunda

cualquier hecho cuya demostración tenga interés para el proceso, sin embargo también apunta que no todos los hechos deben necesariamente ser probados,²³ de aquí surge un concepto muy importante a estudiar el cual es el de “hecho”.

Para Víctor de Santo el objeto de la prueba está constituido por los *hechos* invocados en las alegaciones, debiendo entenderse por "hechos" todos aquellos sucesos o acontecimientos externos o internos susceptibles de percepción o deducción²⁴; siendo necesario probar los hechos conducentes, articulados por las partes dentro del proceso o alegados como hechos nuevos, siempre que no estén exentos de prueba.²⁵

Los autores antes citados hacen una confusión de conceptos, ya que no es lo mismo objeto de prueba que necesidad o tema de la prueba; a nuestro criterio Devis Echandía define correctamente objeto de prueba, diciendo que: “Es todo lo que puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede existir) y no solamente lógica (como sería la demostración teórica de un silogismo o de un principio filosófico), es decir los hechos materiales o psíquicos y lo que puede asimilarse de estos.”²⁶

Se puede observar que las definiciones antes aludidas concuerdan que el objeto de la prueba se refiere a “hechos”, los cuales pueden provenir tanto del hombre como de la naturaleza y aún ser creados por la abstracción, como por ejemplo la muerte presunta, puede tratarse de un hecho real o

edición, Buenos Aires, 1967, Pág. 239.

²³ ARAZI, ROLAND. Op. Cit. Pág. 277.

²⁴ DE SANTO, VÍCTOR. “**La Prueba Judicial**”. 3ª edición, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2005. Pág. 99.

²⁵ ARAZI, ROLAND. Op. Cit. Pág. 278.

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Op. Cit. Pág. 103.

simplemente hipotético, podemos decir que se considera hecho todo lo que puede ser objeto del conocimiento, siguiendo esta idea, podemos decir que el objeto de la prueba pueden ser todos aquellos hechos que sean susceptibles de ser probados.²⁷

Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma esta palabra en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal, ni mucho menos circunscrito a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en ese término todo lo que puede probarse para fines procesales.

En un sentido jurídico se entiende por hechos:

a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga;

b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana;

c) las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos;

d) la persona física humana, su existencia y característica, estado de salud, etc.;

e) los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimientos de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito

²⁷ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Op. Cit. Pág. 91.

la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces corresponderían al primer grupo.²⁸

2.3.1 Hechos Objetos de Prueba

La doctrina ha dicho que para considerar un hecho objeto de prueba, este debe reunir dos requisitos fundamentales: deben ser ***controvertidos y conducentes o relevantes***.

Son hechos controvertidos cuando son afirmados por una de las partes y desconocidos o negados por la otra, es decir, cuando constituyen el contenido de una afirmación unilateral. Por otra parte son hechos conducentes los hechos provistos de relevancia para influir en la decisión del conflicto, en ese sentido carecen de esta cualidad los hechos cuya falta de estimación no tendría virtualidad para alterar el contenido de la sentencia, aunque estos fueren discutidos.²⁹

Según Víctor de Santo, para establecer la relevancia de un hecho es necesario atenerse al esquema jurídico que se configura con la pretensión del actor y con la oposición del demandado, así, a partir de ese análisis surgirán los presupuestos fácticos de las normas invocadas como fundamento de dichos actos, y, por ende, los hechos cuya prueba resulta indispensable para la actuación de la pretensión o para su desestimación, obteniendo así los *hechos inmediatamente relevantes*. Al lado de este tipo de hechos existen otros cuya prueba es necesaria, no por ellos en sí mismos, sino en la medida en que sirven para demostrar la existencia o inexistencia

²⁸ *Ibidem*. Pág. 94-95.

²⁹ DE SANTO, VÍCTOR. Op. Cit. Pág. 103.

de los hechos inmediatamente relevantes, es el caso de los *indicios*. Por lo tanto, todo hecho que carezca de relevancia mediata o inmediata es inconducente (irrelevante o impertinente) y no puede ser objeto de prueba sin riesgo de incurrir en un inútil dispendio de actividad procesal.³⁰

En base al principio de aportación de parte, lo 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. De ahí que la prueba debe versar sobre:

a) en virtud del principio de aportación de parte la prueba ha de referirse a los hechos aportados por las partes al proceso, no a otros, aunque existan en la realidad extrajurídica;

b) las afirmaciones de hechos que han de ser probados en el proceso han de ser exclusivamente aquellas que se han realizado en el momento procesal oportuno, es decir exclusivamente en aquellos momentos en los que el ordenamiento procesal permite hacerlo; los no introducidos en ese momento no es que no sean susceptibles de prueba, es que, lisa y llanamente, no se permite sean probados en aras al principio de contradicción e igualdad en el proceso;

c) la prueba de las afirmaciones exige la existencia de una controversia, de modo que si esta no existe, regirá la prohibición de articular prueba en torno a ellos.³¹

³⁰ *Ibíd.* Pág. 104.

³¹ ESCRIBANO MORA, FERNANDO. “**La Prueba en El Proceso Civil**”. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2002. Pág. 34-35.

2.3.2 Hechos Exentos de Prueba.

Como se ha visto, por regla los hechos son objeto de prueba, sin embargo existen hechos que, a pesar de ser controvertidos y conducentes, no son necesarios probarlos; esta exclusión probatoria tiene su base en considerar aquellos hechos que la ley o la jurisprudencia han considerado que por afectar la conciencia individual o social, no pueden ser llevados al proceso.³²

Para Enrique M. Falcón los hechos considerados exentos de prueba en la generalidad de los proceso son los evidentes, notorios y los derivados de presunciones legales; por otra parte para Víctor de Santo son hechos exentos de prueba los no afirmados, los admitidos, los notorios y los presumidos por la ley. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

2.3.2.1 Hechos no afirmados.

Víctor de Santo parte del principio dispositivo del proceso, en el cual la actividad primordial de los justiciables consiste en suministrar los hechos en que se fundan las pretensiones y defensas respectivas, lo cual limita al órgano jurisdiccional para verificar o investigar hechos no afirmados por ninguna de las partes, aunado a esto tenemos el principio de congruencia, en virtud del cual el juez en su fallo debe guardar correlación entre las pretensiones deducidas en juicio y las cuestiones planteadas en el mismo, así este autor concluye que los hechos no afirmados por ninguna de la partes quedan al margen del objeto de la prueba.³³

Como equipo investigador consideramos que este tipo de hechos está

³² FALCÓN, ENRIQUE M. “**Tratado de la Prueba**”. Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003. Pág. 109.

³³ DE SANTO, VÍCTOR. Op. Cit. Pág. 106 - 108.

demás considerarlos en aquellos sistemas procesales dispositivos, como el nuestro, ya que en estos, es lógico que los hechos no alegados por las partes no pueden reflejarse en el proceso, por lo tanto no son objeto de prueba, puesto que si han sido ignorados por las partes es porque no son controvertidos ni conducentes o relevantes, ya que el mismo sistema dispositivo impide la oficiosidad jurisdiccional en la recolección de los hechos objeto de controversia y consecuentemente de prueba.

2.3.2.2 Hechos Admitidos.

También se excluyen de la actividad probatoria los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra.

La vigencia del principio dispositivo impone al órgano jurisdiccional el deber de aceptar, sin más, la existencia de aquellos hechos que son unánimemente reconocidos o concordantemente afirmados por ambas partes (*afirmación bilateral*).³⁴

Dice Carnelutti que "La afirmación unilateral (discorde) de un hecho es condición necesaria para su posición en la sentencia; la afirmación bilateral (concorde) es a tal fin condición suficiente. Los hechos no afirmados *no pueden* ser puestos; los hechos afirmados concordantemente *tienen* que ser puestos".³⁵

De la misma forma lo señala Goldschmidt, en su obra Derecho Procesal Civil, al afirmar que "las alegaciones fácticas incontrovertidas bastan, en el proceso civil, para servir de fundamento a la sentencia."

³⁴ *Ibíd.* Pág. 109.

³⁵ CARNELUTTI, FRANCESCO. "La Prueba Civil". Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979.

Enrique M. Falcón llama a la admisión expresa: *confesión*, la cual es la consecuencia de reconocer la verdad de un hecho que nos perjudica y beneficia a la contraria, con motivo de la concurrencia de afirmaciones sobre un hecho o por manifestación espontánea; En ese sentido la concurrencia de afirmaciones sobre un hecho o su reconocimiento, hace que el mismo no sea controvertido y se excluya su prueba.³⁶

Si existe un reconocimiento expreso del hecho alegado por la contraparte, se vuelve innecesaria la prueba sobre el mismo, ya que el reconocimiento incluye su existencia y su veracidad, y por constituir base de la o las pretensiones de la parte, debe considerarse en el fallo. No obstante lo anterior existen excepciones a la exclusión de prueba de los hechos admitidos, entre las cuales tenemos:³⁷

1) Cuando la prueba de los hechos, que no obstante haber sido admitidos por la otra parte, esté legalmente prohibida;

2) Cuando incida sobre derechos que no se puede renunciar, es decir, que sean indisponibles para las partes;

3) Cuando los hechos sobre los cuales recaigan las afirmaciones sean manifiestamente imposibles;

4) Cuando la admisión del hecho no revista carácter expreso³⁸, pese a que la rebeldía de cualquiera de las partes, su silencio, sus respuestas evasivas o la negativa meramente general, habilitan al juez a estimar

³⁶ FALCÓN, ENRIQUE M. Op. Cit. Pág. 130.

³⁷ DE SANTO, VÍCTOR. Op. Cit. Pág. 109; y FALCÓN, ENRIQUE M. Op. Cit. Pág. 130-131.

³⁸ ENRIQUE M. FALCÓN en su "Tratado de la Prueba", llama a esta forma de admisión **CONFESIÓN FICTA**, la cual no adquiere un carácter total, no obstante ser una presunción legal, ya que la misma admite prueba en contrario y es valorada junto con las circunstancias y demás pruebas que constan en el proceso.

eventualmente tales actitudes como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos afirmados por el adversario, lo que no descarta la necesidad de prueba corroborante por parte de quien afirma los hechos ni la posibilidad de prueba en contrario; por lo que lo anterior no excluye la actividad probatoria, solo inciden en la graduación y valoración de la misma.

2.3.2.3 Hechos Evidentes.

La **evidencia** es la ideación o percepción absolutamente clara y manifiesta de una idea o de una cosa, de la que nadie puede dudar racionalmente. En el caso de los hechos, la evidencia se presenta como la causa necesaria y única que puede haber dado el resultado que se observa, de acuerdo al cúmulo de conocimientos que poseemos, es entonces un juicio que lleva en sí la razón, la verdad y la experiencia.³⁹ En palabras de Arazi lo evidente es lo claro, patente, que no ofrece la menor duda; reservándose esta denominación a los hechos que surgen de la mera percepción sensorial.⁴⁰

Un hecho evidente es entonces el que se deduce utilizando los principios lógicos (por ejemplo al concluir que el todo es mayor que la parte), la experiencia (cuando concluimos que se ve mejor en la luz que en la oscuridad) y los principios científicos aceptados como leyes como leyes científico-experimentales vigentes (por ejemplo: la tierra gira alrededor del sol).⁴¹

En contraposición a los hechos evidentes, se encuentran los hechos imposibles, los cuales se deben diferenciar de los hechos improbables; los

³⁹ FALCÓN, ENRIQUE M. Op. Cit. Pág. 110.

⁴⁰ ARAZI, ROLAND. Op. Cit. Pág. 283.

⁴¹ PALACIO, LINO E. “**La Prueba**”. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Pág. 20.

primeros son aquellos que no pueden suceder bajo ninguna circunstancia; mientras que los improbables, son aquellos cuyo grado de ocurrencia futura, según las reglas de la probabilidad, los coloca en un porcentaje muy pequeño, pero que pueden y deben ser probados si quieren ser usados en el proceso.⁴²

2.3.2.4 Hechos Notorios.

Existen diferentes posiciones doctrinales a cerca de la exclusión probatoria de los hechos notorios, las cuales van desde antes de su admisión, por el derecho canónico, hasta la actualidad. Aplicándose aquella máxima del derecho canónico *notoria non agent probatione* (lo notorio no necesita probarse).

Enrique M. Falcón define a los hechos notorios como aquellos incorporados en el acervo cultural de determinado grupo social, cuya verificación es fácilmente realizable por los medios con que cuenta dicho grupo.⁴³

El hecho notorio es el conocido por el Juez fuera del proceso, y considerado como verdad indiscutible por una colectividad; no se incluye en la noción del hecho notorio la necesidad de conocimiento por parte de todos los integrantes de una sociedad, solo debe ser exigido que ese conocimiento se pueda adquirir fuera del proceso mediante elementos al alcance de cualquier persona y cuyo contenido nadie ponga en duda.⁴⁴

De lo anterior existe acuerdo en la doctrina, en aceptar que la notoriedad puede ser local o bien estar limitada al medio social donde ha

⁴² FALCÓN, ENRIQUE M. Op. Cit. Pág. 111.

⁴³ Ibídem. Pág. 111.

⁴⁴ ARAZI, ROLAND. Op. Cit. Pág. 281.

tenido ocurrencia el hecho o del cual forman parte las personas que litigan, según el caso, siempre que el juez la conozca o adquiriera su conocimiento en el momento de decidir. Por lo que no hace falta que el hecho notorio sea conocido y reconocido por todo el mundo y ni siquiera por todas las personas que viven en el medio social donde ocurre o donde se presenta el litigio, sino por muchas de ellas, y cuando se requieren ciertos conocimientos que no todos tienen, basta que en el círculo cultural a que corresponde resulte evidente su existencia y divulgación.⁴⁵

2.3.2.5 Hechos derivados de Presunciones Legales o Presumidos por la Ley.

Cabanellas da la siguiente definición de Presunción: Conjetura. Suposición. Indicio. Señal. Sospecha. Decisión legal salvo prueba en contrario. Inferencia legal que no cabe desvirtuar.⁴⁶

Enrique M. Falcón dice que la presunción es la consecuencia de un silogismo, donde los indicios son las premisas y la presunción es la conclusión.⁴⁷

Para Víctor de Santo la presunción no es una prueba, sino un eximente de prueba; lo que no significa que si el litigante interesado aduce prueba sobre el hecho presumido el órgano jurisdiccional necesariamente deba rechazarla.⁴⁸

De acuerdo al reconocimiento que cada sistema jurídico otorgue a las presunciones, existirá la clasificación de las mismas, así podemos tener:

⁴⁵ DE SANTO, VÍCTOR. Op. Cit. Pág. 122.

⁴⁶ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. “Diccionario Jurídico Elemental”. Editorial Heliasta S.R.L., 2006.

⁴⁷ FALCÓN, ENRIQUE M. Op. Cit. Pág. 116.

⁴⁸ DE SANTO, VÍCTOR. Op. Cit. Pág. 127.

presunciones legales y judiciales.

Las presunciones legales pueden ser *absolutas*, en cuyo caso el hecho esta exento de prueba, o *relativas*, las cuales producen una inversión de la carga de la prueba. Siendo el hecho exento de prueba aquel que se encuentra amparado por una presunción legal absoluta.⁴⁹

Entre las presunciones legales están aquellas consideradas como absolutas, las cuales no admiten prueba en contrario, también llamadas *presunciones de derecho*; y relativas las que si admiten prueba en contrario y transfieren o invierten la carga de la prueba, también llamadas simplemente *legales*, estas a pesar que eximen la prueba para la parte que la alega, genera la posibilidad que la contraparte presente la prueba correspondiente para desvirtuarla.

2.3.3 La Prueba del Derecho.

En este apartado debemos distinguir entre el derecho nacional y derecho extranjero.

La prueba del derecho nacional no es necesaria, en virtud del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), ya que sobre la base de este principio, se obliga al juez a conocer y aplicar el derecho nacional vigente. Por otra parte el Juez no esta obligado a conocer ni el derecho extranjero, ni la costumbre, cuando esté establecida como fuente del derecho. En cuanto al derecho extranjero, se convierte en una carga procesal para la parte que lo alega, sin que el juez se abstraiga totalmente del asunto, pues no puede estar ajeno al contenido de dichas normas, de modo que doctrinariamente se impone la necesidad de que el órgano judicial, no solamente con la

⁴⁹ ARAZI, ROLAND. Op. Cit. Pág. 280.

intervención de las partes, sino con su propia intervención de oficio, ha de averiguar la existencia, contenido y vigencia de la norma extranjera, así como de la costumbre.⁵⁰

2.4 TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA.

Una vez ahondado en el contenido del objeto de la prueba es necesario aclarar y definir que entendemos por Tema o Necesidad de La Prueba, es una noción objetiva y concreta; lo primero, porque comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tener en cuenta a quien corresponde suministrarla; lo segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos (lo que en cada proceso deben probarse), entre los que en número casi ilimitado pueden servir de objeto de prueba judicial desde un punto de vista abstracto, y también traen los que interesan al respectivo proceso.

No se debe confundir tampoco con la noción de carga de la prueba, porque esta determina que hechos, entre los que forma el *thema probandum* (tema a probar), le corresponde en principio probar a cada parte, y es por tanto una noción subjetiva, más restringida aun y que sirve de sustituto de la prueba, en cuanto, además le indica al juez, a quien principalmente está dirigida, como debe fallar cuando en el proceso no encuentra la prueba de un hecho determinante de la solución jurídica que necesita adoptar.

Como se ha visto el objeto de la prueba, responde a la pregunta: ¿Qué se prueba?; por lo que ahora con la noción de tema o necesidad de prueba se debe responder a la pregunta: ¿qué debe probarse en cada

⁵⁰ ESCRIBANO MORA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 39 - 40.

proceso?; por otra parte la noción de carga de la prueba responde a las preguntas: ¿quien tiene interés en probar un determinado hecho para evitar consecuentes desfavorables? y ¿como decide el juez a falta de esa prueba?

El tema o necesidad de prueba puede definirse como: el conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicable en cada proceso, y que la ley exige probar por medios autorizados.⁵¹

2.5 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA.

Para conocer la naturaleza jurídica de la Prueba se debe estudiar acerca de la naturaleza de las normas jurídicas que regulan la institución de la prueba, y se tienen diversas opiniones respecto a ello; Hernando Devis Echandía⁵² estructura las opiniones de la siguiente forma:

a) *El de quienes las consideran de derecho material*⁵³: en esta se establece que la prueba se encuentra regulada por normas materiales o sustanciales, como el Código Civil, Código de Comercio, Código de Familia, etc.

b) *El de quienes les asignan naturaleza mixta*⁵⁴: La prueba según esta opinión sería regulada tanto por leyes materiales o sustanciales, y leyes procesales, caso que se da en alguna medida en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles.

⁵¹ BACRE, ALDO. Op. Cit.

⁵² DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO Op. Cit. 1997.

⁵³ Sostiene esta tesis el jurista italiano SALVATORE SATTA en su obra: "Derecho Procesal Civil", Padova. Pág. 200, 1953.

⁵⁴ CARNELUTTI, FRANCESCO. Op. Cit.

c) El de quienes les reconocen una naturaleza exclusivamente procesal; Como es lógico deducir en este caso se está frente a la opinión que solamente las Leyes Procesales pueden regular lo atinente a materia de Derecho Probatorio.

d) El de quienes las separan en dos ramas que serían la sustancial y procesal. La diferencia de esta opinión, con la opinión de los que aseveran que la norma que regula el derecho probatorio es Mixto es que para ellos se mezcla la Ley Procesal y la Ley Material o Sustancial, en cambio esta opinión radica en que existen dos naturalezas, la Material o Sustancial y la Procesal independiente una de la otra.

No obstante la anterior clasificación de opiniones respecto al tema, es atinente hacer referencia a que existen normas civiles o comerciales que exigen una solemnidad especial para la existencia o la validez de ciertos actos o contratos, lo que conlleva que el documento no solamente se vuelve una prueba, sino un requisito *ad substantiam actus* (requisito sustancial del acto), es decir que son necesarias las formalidades para la existencia y la validez de dichos actos o contratos, por lo anterior debemos enmarcar la naturaleza Jurídica de las normas que regulan la institución de la prueba en: prueba procesal, conocida como pruebas judiciales, y la prueba material o sustancial.

Como conclusión se puede decir que estando la Prueba imbibida en el Derecho Probatorio se comprende que su naturaleza jurídica es tanto Procesal como material o sustancial, al igual que las normas que regulan este Derecho.

2.6 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL.

Dentro de la Teoría General de la Prueba no encontramos unanimidad doctrinal en cuanto a los principios generales de la prueba judicial, así tenemos que para unos existen ciertos principios que para otros no los han contemplado, lo que obedece a la diversidad de criterios que en el derecho existen. A continuación desarrollaremos algunos de los principios generales de la prueba reconocidos en la doctrina:

2.6.1 Principio de Autorresponsabilidad.

A pesar que existe igualdad de oportunidad en materia probatoria, no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la necesidad de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se deduce lo que pide, o porque la contraparte goza de presunción o de notoriedad; de ahí que este principio contiene una regla de conducta para el Juzgador, en virtud de la cual, cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte.⁵⁵ Aunque el Juez tiene la calidad de protagonista de la actividad probatoria, son las partes las que quienes conocen mejor la realidad, de tal manera que si estas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas o no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento, sufren las consecuencias de ello.⁵⁶

⁵⁵ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Op. Cit. Pág. 24.

⁵⁶ PARRA QUIJANO, JAIRO. “Manual de Derecho Probatorio”. Quinta Edición, Ediciones Librería de Profesional, Colombia, 1995. Pág. 5.

2.6.2 Principio de la Necesidad de la Prueba y de la Prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez sobre los hechos.

Este principio constituye en sí una garantía para las partes dentro de un proceso, ya que se refiere a que los hechos sobre los cuales debe fundarse una decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de las partes o por el Juez, en los casos en que ostenta esta facultad, sin que este último pueda suplir las pruebas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensables para la validez de todo medio probatorio y el derecho de defensa. Por otra parte el Juez puede utilizar el conocimiento privado que tenga sobre los hechos relacionados con el proceso, con el fin de decretar oficiosamente pruebas para acreditarlos, sin contravenir este principio; ya que el Juez llega al conocimiento de esos hechos por su iniciativa probatoria; diferente sería si el Juez declara un hecho porque lo conoce privadamente sin necesidad de pruebas, lo que si atentaría contra este principio.⁵⁷

2.6.3 Principio de Contradicción de la Prueba.

Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes.⁵⁸ Este principio se relaciona con el de Comunidad de la Prueba, ya que una vez ha sido ingresada la prueba al proceso esta no pertenece a la parte que la ofreció, en ese sentido las partes pueden utilizar a su favor la prueba ofrecida por su contraparte, de ahí que deben intervenir en la práctica de la misma.

⁵⁷ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Op. Cit. Pág. 14

⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 17.

Este principio es considerado por Jorge Kielmanovich como un principio de origen eminentemente constitucional, siendo indispensable su observancia para considerar como válida o por lo menos eficaz la prueba producida; Ya que esta relacionado al derecho de defensa de las partes, el cual no se agota en un puro ejercicio de contradicción a la pretensión invocando excepciones y manifestándose sobre la defensa, sino que se extiende a la materia de prueba.⁵⁹

En la misma línea del autor antes citado, Couture señala que “el procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio. Como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin un riguroso contralor del adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas del otro litigante, por regla general, es ineficaz. El cúmulo de normas del procedimiento probatorio es un conjunto de garantías para que la contraparte pueda cumplir su obra de fiscalización. El principio dominante es el de que toda prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar.”⁶⁰

2.6.4 Principio de la Unidad de la Prueba.

En un proceso no solo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie, por lo que es necesario estudiar la prueba como un todo, haciendo un estudio en busca de las concordancias y divergencias entre ellas.⁶¹

Este principio significa que el conjunto probatorio del proceso forma

⁵⁹ KIELMANOVICH, JORGE L. Op. Cit. Pág. 66.

⁶⁰ COUTURE, EDUARDO J. “**Fundamentos de Derecho Procesal Civil**”. Editorial Depalma, Buenos Aires. Pág. 129.

⁶¹ JAIRO PARRA QUIJANO, Op. Cit. Pág. 8.

una unidad y como tal debe ser examinado y apreciado por el Juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme; la importancia de este principio se ve reflejada en la apreciación de las pruebas, que tiene como finalidad fundamentar la resolución definitiva de la causa.⁶²

2.6.5 Principio de Comunidad de la Prueba o de Adquisición Procesal.

Este principio determina el resultado de la actividad probatoria, realizada a instancia de las partes o del juez⁶³; en consecuencia esta no pertenece a quien la aporta y no se puede pretender que solo a esta le beneficie, puesto que una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la introdujo al proceso o de la parte contraria, quien puede invocarla.⁶⁴ En otras palabras, este principio consiste en que las pruebas son sustraídas a la disposición de las partes, para pertenecer objetivamente al proceso.

2.6.6 Principio del Interés Público en la función de la prueba.

Este principio significa que, en razón de que la meta de la prueba es producir certeza en la mente del juzgador para que pueda resolver el litigio conforme a justicia, existe un interés público en la función que desempeña en el proceso.⁶⁵

Y siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del Juez para que pueda fallar conforme a derecho, hay un interés público indudable y

⁶² HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit. Pág. 14.

⁶³ KIELMANOVICH, JORGE L. Op. Cit. Pág. 65.

⁶⁴ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit. Pág. 15.

⁶⁵ DE SANTO, VÍCTOR. Op. Cit. Pág. 68.

manifiesto en la función que desempeña en el proceso, así como existe el mismo interés en el proceso, en la acción y en la jurisdicción, a pesar que cada parte dentro del proceso persiga su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción.⁶⁶

2.6.7 Principio de Igualdad de oportunidad para la prueba.

Este principio es general en cuanto a las partes ante la Ley Procesal y no solo en el aspecto probatorio; la aplicación de este principio supone que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas y para contradecir las aducidas por el contrario.⁶⁷

2.6.8 Principio de Publicidad de la Prueba.

Se encuentra relacionado al carácter social del proceso, el cual es hacer posible el juzgamiento de una persona en una forma adecuada y segura; así las conclusiones del Juez sobre la prueba pueden ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese de ello.

2.6.9 Principio de Inmediación y Dirección del Juez en la producción de la Prueba.⁶⁸

Para la eficacia de la prueba, para el cumplimiento de sus formalidades, para la lealtad 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 en su recepción. La inmediación permite al Juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales,

⁶⁶ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit. Pág. 15 y 16.

⁶⁷ *Ibidem*, Pág. 17.

⁶⁸ *Ibidem*, Pág. 19.

indicios e interrogatorios.

Este principio implica entonces, que el juez debe hallarse en contacto personal e inmediato con las cosas y las personas que sirven como fuente de la prueba, de modo de alcanzar en lo posible una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de la prueba; o por lo menos que sea aquel quien efectivamente perciba la narración de los hechos que hace la parte o el testigo o escuche las explicaciones suministrada por los peritos, para inducir de esas percepciones la existencia o inexistencia del hecho por probar.⁶⁹

Este principio significa también que el Juez no debe permanecer inactivo, es decir, no ser un simple órgano receptor de la prueba, sino que debe poseer facultades para intervenir activamente en su práctica, solo en ese supuesto puede decirse que el Juez es el director del debate probatorio.

2.6.10 Principio de Libre Apreciación.

La convicción del Juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por lo medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí la importancia de que se cumplan todas las reglas establecidas en la ley, para que se pueda hablar de formación libre del convencimiento.

2.6.11 Principio de Concentración de la Prueba.

Este principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso, ya que si se practica por partes se pone en peligro la averiguación de la verdad, impidiendo el debido cotejo y la

⁶⁹ KIELMANOVICH, JORGE L. Op. Cit. Pág. 71.

mejor apreciación.⁷⁰

2.6.12 Principio de la Pertinencia y Conducencia o Idoneidad de la Prueba.

Puede decirse que éste representa una limitación al principio de la Libertad de la Prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en el proceso no debe perderse en la recepción de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos; de esta manera se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.⁷¹

A nuestro criterio este principio trata de tres conceptos distintos: pertinencia, conducencia e idoneidad, puesto que, la Pertinencia hace referencia al momento procesal oportuno para el ofrecimiento de la prueba; la Conducencia se refiere a la prueba introducida al proceso por algún medio de prueba, la cual será conducente si aporta información importante para resolver el litigio; por último la Idoneidad consiste en que el medio de prueba aportado por las partes debe ser el más adecuado para probar las pretensiones y excepciones alegadas.

2.6.13 Principio Inquisitivo en la Ordenación y Práctica de las Pruebas.

Se considera como uno de los fundamentos, no solo de la prueba, sino del proceso en general, significa que el Juez debe tener facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente, siendo un deber propio ejercitarlas cuando sean necesarias o convenientes para verificar la realidad

⁷⁰ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Op. Cit. Pág. 20.

⁷¹ Ibídem, Pág. 21.

de los hechos alegados o investigados.⁷²

2.7 SISTEMAS FUNDAMENTALES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

En algunas etapas de la evolución histórica del Derecho Procesal, ha prevalecido el sistema dispositivo, con el cual se pretende dejar en manos de los particulares la tarea de iniciación, determinación del contenido, objeto e impulso del proceso, así como de la aportación de pruebas; sin embargo en otras, se le ha otorgado al Juez facultades oficiosas en los aspectos antes señalados, esto caracteriza al Sistema Inquisitivo.⁷³

2.7.1 Sistema Dispositivo.

Este sistema deriva de carácter disponible de los derechos sustanciales, cuya tutela se pretende a través del proceso; Pudiéndose definir como *aquel en virtud del cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán el fundamento de las sentencias.*⁷⁴

Roland Arazi desarrolla las reglas para la configuración de este sistema de la siguiente forma:

a) Demanda Privada: también llamada iniciativa, lo que significa que el juez no puede promover de oficio un proceso, es decir: *nemo iudex sine actore* (no hay juez sin demandante). Por lo que es necesario que la persona

⁷² Ibídem.

⁷³ Ibídem, Pág. 27.

⁷⁴ ARAZI, ROLAND. Op. Cit. Pág. 141.

que pretenda la tutela de un derecho o interés propio, provoque la intervención del órgano jurisdiccional mediante la demandada. Esta regla se aplica también desde la óptica del demandado, ya que el juez no puede invocar la defensa o excepciones que aquel pueda proponer.

Esta regla es absoluta, en el sentido que de la existencia de la facultad del juez de iniciar un proceso de oficio, no podríamos hablar de un proceso dispositivo.

b) Aportación de los Hechos por las Partes: Incumbe a las partes la carga de suministrar los hechos en que funden sus pretensiones y defensas, y al juez el deber de considerar para su decisión aquéllos expresamente admitidos por ellas, así como la prohibición de tomar en cuenta hechos no afirmados oportunamente en el proceso. El juez, pues, en un proceso de tipo dispositivo, no investiga la realidad, sino que en todo caso constata la probable existencia de los hechos afirmados válidamente en el proceso, es decir, la "realidad" según la versión de una y otra parte.

c) Aportación de las Pruebas por las Partes: En sentido estricto, la vigencia de esta manifestación supone que el juez sólo podría fallar sobre la base de la prueba ofrecida y producida por las partes en apoyo de sus respectivas posturas, esto es, que aquél no podría ordenar pruebas no ofrecidas por ellas, o pérdidas por su negligencia.

d) Impulso de Parte: Esta regla no es del todo estricta, ya que en algunos ordenamientos jurídicos, si bien las partes siguen sujetas a la carga de impulsar los procedimientos, el juez puede ordenar de oficio las medidas necesarias tendientes a evitar la paralización del proceso, para lo cual, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal.

e) Disposición Privada del Proceso: Así como el proceso se inicia como consecuencia de la promoción de la demanda, puede concluir por propia decisión de las partes antes del dictado de la sentencia definitiva. El demandado puede allanarse a la pretensión del actor poniendo fin al litigio, las partes pueden transar sus respectivos derechos, o el actor desistir de la pretensión e incluso del derecho, concluyendo así los procedimientos, en tanto no se encuentre comprometido el orden público.

2.7.2 Sistema Inquisitivo.⁷⁵

El sistema procesal *inquisitivo* deriva del carácter indisponible de los derechos que constituyen el objeto del proceso y es una consecuencia casi absoluta del predominio del interés público, por oposición al privado, propio del dispositivo. En este sistema, el juez cuenta con amplísimos poderes que le permiten iniciar de oficio un proceso; superar el marco de lo pedido por las partes; considerar para su decisión hechos no afirmados por aquéllas; ordenar pruebas no ofrecidas por los litigantes sin limitación de ningún género; decretar las medidas necesarias para continuar el trámite de la causa, sea que las partes permanezcan inactivas o no.

Es lógico que ello sea así, dado que si las partes no resultan ser los titulares del "derecho" o interés discutido en el proceso, sino la sociedad o el Estado, el órgano judicial en su función de engranaje de la maquinaria estatal, no puede subordinarse a la voluntad de los sujetos privados.

En conclusión para que se considere dispositivo un proceso es suficiente que se limite a las partes la facultad de disponer y promover el elemento probatorio; y para considerarlo inquisitivo basta que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el Juez, aspecto que constituye el

⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 144-146.

objeto principal de nuestra investigación, el cual será desarrollado más ampliamente en un capítulo posterior.

2.8 IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.

Jairo Parra Quijano, en su Manual de Derecho Probatorio, afirma que la prueba es una necesidad desde que el hombre vive en sociedad, ya que se encuentra unida a todas las actividades de tipo social y en las ciencias, donde es vital la reconstrucción de hechos adquiere una importancia fundamental, puesto que permite conocer el pasado; es el caso de la ciencia del Derecho, donde además en el campo del Derecho Procesal es importante para determinar cual de las partes en litigio tiene la razón, así como también para producir certeza en el Juez de esa razón⁷⁶; sin la realización de las anteriores premisas es difícil pensar en la aplicación de las normas sustantivas que se pretenden hacer valer dentro de un proceso judicial.

En ese sentido La Prueba *“tiene una función social, una función humana individual (la necesidad del adulto de probar algo para sobresalir, del niño para que lo tengan en cuenta, etc.) y una función jurídica (hacer posible saber cómo sucedieron los hechos, para aplicar las normas).”*⁷⁷

De lo anterior podemos decir que la importancia Jurídica de la Prueba radica en:

a) Por medio de ella se logra reconstruir hechos pasado, que son objeto de un proceso o inciden en el objeto mismo de este, por ejemplo en materia de familia, cuando hablamos del proceso Declaración Judicial de

⁷⁶ PARRA QUIJANO, JAIRO. Op. Cit.

⁷⁷ *Ibíd.*

Paternidad, regulado en los artículos 148 al 150 del Código de Familia, el hecho que se debe probar para que se declare judicialmente la paternidad es el vínculo biológico entre padre e hijo originado por la concepción (unión del espermatozoide y el óvulo), en este caso el objeto del proceso es la concepción misma para la cual únicamente participaron un hombre y una mujer, pero, además de ser objeto, es el hecho pasado que se pretende reconstruir en el presente; por otra parte en las diligencias de Estado Familiar Subsidiario de Partida de Nacimiento, reguladas en el artículo 197 del Código de Familia, nos encontramos con que el objeto de las diligencias es la omisión o destrucción de la inscripción de un estado familiar, sin embargo los hechos que inciden en el objeto mismo son: el nacimiento y la posesión del estado familiar de hijo;

b) Se logra la creación de certeza, sea esta positiva o negativa, en el Juzgador de que una de las teorías esbozadas en el proceso es la verdad y en consecuencia la correcta; lo cual se relaciona con los Estados Anímicos del Juez respecto a la verdad; y

c) Constituyen insumos valorativos para la aplicación de la norma, constituyendo la prueba motivación del fallo a que el Juez ha llegado en el proceso.

Los anteriores aspectos se encuentran relacionados entre sí, englobando en su conjunto la importancia de la prueba, así tenemos que en un primer momento la reconstrucción de los hechos, cada parte dentro del proceso sostiene su propia tesis de cómo sucedieron los hechos o sobre la inexistencia del hecho demandado, para lo cual aportarán prueba tendiente a demostrar su tesis con la finalidad de crear certeza en el Juez de que su tesis es la correcta y no la de la contraparte, para que al final el Juez pueda

valorar la prueba aportada por las partes y así aplicar la o las normas jurídicas que ameriten el caso, lo cual se materializa con la Sentencia Definitiva.

2.9 FIN DE LA PRUEBA.

La importancia de la Prueba se encuentra relacionada al fin de la Prueba, en el sentido que esta tiene como destinatario al Juez, quien valorará y decidirá lo correspondiente, conforme a derecho, en su fallo; por lo que el fin de la Prueba, según Jairo Parra Quijano, no es la obtención de la verdad sino de la certeza en el Juez, ya que este falla cuando se encuentra en un determinado estado anímico con relación a la prueba, y la certeza es uno de esos estados anímicos; ahora bien es de preguntarnos por qué Jairo Parra Quijano niega que la verdad sea el fin de la prueba, según este autor la verdad es la adecuación entre el pensamiento y la realidad, la cual puede ser lógica y ontológica: Verdad Lógica es la conformidad o adecuación del entendimiento con su objeto o del pensamiento con la realidad, es decir, *adequatio cum rei* (adecuación con la realidad). Y verdad ontológica: Es la conformidad o adecuación del objeto con el entendimiento o de la realidad con el pensamiento, esto es *adequatio rei cum intellectu* (adecuación de la realidad con pensamiento).⁷⁸

La afirmación que la verdad es el fin de la prueba es débil, ya que dicha postura obligaría a que en todos los casos se logre llevar a la mente del Juez la verdad de los hechos controvertidos, y en dicho supuesto existe la posibilidad de error, es decir, de la inadecuación del hecho con la idea o conocimiento que adquirimos de ese hecho, por lo tanto existe la posibilidad

⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 31.

que no se reproduzca exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de la misma.

Por otra parte los Estados Anímicos del Juez con respecto a la verdad son la Duda, la Opinión y la Certeza.

a) DUDA: Es el estado mental de inseguridad a cerca de si una proposición (hechos o acontecimientos) es verdadera o no, debido a la creencia de la posible verdad de la proposición contraria (que ellos no sucedieron en una determinada forma sino en otra), por ello no se podría pronunciar sentencia, ya que no habría posibilidad de hacer un juicio categórico.

b) OPINIÓN: Cuando el sujeto pensante discurre que existen mayores posibilidades de que una proposición (hechos o acontecimientos) sea cierta y muy pocas que su contraria lo sea.

c) CERTEZA: Es el estado mental de seguridad y por tanto, de firme adhesión o asentimiento a la verdad de una proposición, fundado en una razón que excluye completamente y, por ende, libera del temor de la verdad de la contraria.⁷⁹ Para Jaime Mans Puigarnau “la certeza es un firme ascenso a una verdad real o aparente. La certeza no es la verdad pero necesita al menos la ilusión de la verdad. Podemos estar ciertos de una cosa falsa, más no lo estaríamos si no la creyésemos verdadera. El objeto del entendimiento es la verdad, por eso necesitamos al menos la ilusión de ella para estar ciertos; nuestro entendimiento es débil y de aquí es que su certeza está sujeta al error⁸⁰.

⁷⁹ Ibídem Pág. 31-32.

⁸⁰ PUIGARNAU, JAIME MANS. “**Lógica para Juristas**”. Bosch, Casa Editorial, Barcelona,

Actualmente en nuestro país se han introducido nuevas tendencias del Derecho Procesal que incluyen rasgos de un sistema inquisitivo dentro del Proceso de Familia y dentro de poco en los Procesos Civiles y Mercantiles, donde se otorgan al Juez facultades oficiosas respecto a la Prueba Judicial, situación que de alguna forma puede hacer posible que la mayoría de veces se obtenga la certeza en base a la verdad y no en base a la verdad aparente de la cual habla el autor antes citado; así tenemos el artículo 7 de la Ley Procesal de Familia, que engloba los deberes que tiene Juez dentro del proceso de familia, específicamente en el literal c) de dicho artículo dispone que el Juez está obligado a **“Ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, sometidos a su conocimiento y decisión, respetando el derecho de defensa de las partes”**, lo que a nuestro juicio, es el principio rector que faculta al Juez para practicar la prueba que considere necesaria, lo que implica ordenar prueba de oficio, el cual se encuentra desarrollado, de forma somera, en algunas disposiciones del cuerpo legal citado, las cuales serán objeto de estudio más adelante.

En conclusión, crear una certeza subjetiva en el Juez sobre la existencia de determinados hechos, o sobre la inexistencia de ellos, es el fin de la prueba, así, “La aspiración es que la certeza producida en el Juez tenga como sustento la verdad. El género humano no puede renunciar a la búsqueda y consecución de la verdad a fin que sus jueces funden sus creencias sobre ella y dicten las sentencias con su apoyo.”⁸¹

1986, Pág. 173

⁸¹ PARRA QUIJANO, JAIRO. Op. cit. Pág. 33.

2.10 CARGA DE LA PRUEBA.

Al hablar de Prueba no se puede obviar tocar el tema del **ONUS PROBANDI** o **CARGA DE LA PRUEBA**, los romanos tenían la idea que quien afirma debe probar tal afirmación, no así quien niega, es así como la carga de la prueba ha sido impuesta como imperativo al actor, teniendo el demandado que probar únicamente en el caso que afirme algún hecho o alegue alguna excepción, de ahí la idea que probar constituye una carga, imperativa para el actor y excepcional para el demandado. En ese sentido se diferencian los hechos que se deben probar, siendo estos los hechos constitutivos, modificativos, extintivos e impeditivos, teniendo el demandante que probar los hechos constitutivos del derecho que alega y el demandado, en tanto, deberá probar aquellos hechos modificativos, extintivos o impeditivos que paralizan y extinguen la pretensión contraria.⁸²

El juez, en oportunidad de pronunciar la sentencia de mérito, puede hallar que la actividad probatoria desarrollada por una o ambas partes le proporciona el convencimiento sobre la existencia de los hechos controvertidos, en este supuesto resulta indiferente determinar sobre cuál de las partes recaía, en concreto, la carga de la prueba. Pero también puede suceder que uno o más de esos hechos no hayan sido demostrados o lo hayan sido de modo insuficiente. Como el juez no puede abstenerse de emitir un pronunciamiento que concretamente actúe o deniegue la actuación de la pretensión procesal, debiendo decidir en uno u otro sentido a pesar de la incertidumbre que arrojen la falta o la insuficiencia de prueba, es obvio que necesita contar con ciertas reglas que le permitan determinar cuál de las partes debe soportar las consecuencias adversas que provoca la

⁸² PAILLAS, ENRIQUE. “**Estudios de Derecho Probatorio**”. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997. Pág. 36.

incertidumbre de los hechos controvertidos, de modo tal que el contenido de la sentencia resulte desfavorable para la parte que, a pesar de tener a su cargo el suministro de la prueba correspondiente, no lo hizo. En ese sentido el principio de la carga de la prueba le indica al juez, cuando se halla en presencia de hechos inciertos motivados por la insuficiencia de prueba o falta de la misma, la forma en que debe dictar la sentencia de fondo.⁸³

Con la evolución del Derecho Procesal ha cambiado la noción de carga de la prueba, en el sentido que es el ordenamiento jurídico el que indica al juez (no a las partes, porque las normas sobre la carga de la prueba a él le están dirigidas), qué debe hacer en los supuestos en los que exista un hecho incierto, es decir aquel que no ha sido acreditado por ninguna de las partes en la actividad probatoria, porque cuando el hecho está acreditado es evidente cuál ha de ser la reacción del juez. En ese orden de ideas, la teoría sobre la carga de la prueba es más bien la teoría sobre las consecuencias de la falta de prueba. Aun así, como es obvio, inciden también en determinar a las partes cuáles serán las consecuencias de su inactividad probatoria.⁸⁴ Así, MONTERO AROCA⁸⁵, considera tanto al juez como a las partes a la hora de determinar las reglas sobre carga de la prueba:

a) Al juez le sirven para que en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probada, decida cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba;

b) A las partes les avisa de cuáles serán las consecuencias de que una de las afirmaciones de hecho determinantes para su pretensión no resulte acreditada; en definitiva cuando entrará en juego, con consecuencias

⁸³ DE SANTO, VÍCTOR. Op. Cit. Pág. 136-137.

⁸⁴ ESCRIBANO MORA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 49

⁸⁵ MONTERO AROCA, JUAN. Op. Cit.

negativas o positivas para cada una de ellas, la demostración de un hecho incierto.

Por su parte, sobre el tema de Carga de la Prueba, **Jaime Guasp** sostenía que *“cada parte ha de probar el supuesto de hecho previsto en la norma, puesto que el interés en probar deviene del interés en la alegación, de modo que cada litigante ha de soportar la carga de acreditar aquellas afirmaciones de hecho que constituyan el supuesto de hecho de la norma que le es favorable”*⁸⁶. Por otro lado, **Goldsmichdt** planteó una diferencia entre los derechos, las obligaciones, las facultades y las cargas que dentro del proceso civil tienen las partes intervinientes; la relación existente entre las partes no está formada por los derechos ni por las obligaciones que se presume adquieren al entablar la relación jurídica procesal, sino por expectativas, posibilidades, cargas y levantamiento de cargas; Definiendo carga, como la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal. Así las partes tienen la carga y no la obligación de comparecer, de contestar, de rechazar o reconocer los hechos, de ofrecer los medios de prueba, de probar, de realizar las alegaciones finales.⁸⁷

La Carga de la Prueba entonces, debe ser entendida, como aquella regla que crea a las partes una autorresponsabilidad, para que acrediten los hechos que le sirven de supuesto a las normas jurídicas cuya aplicación reclama y que, además le indica al Juez como debe fallar cuando no aparecen probados tales hechos. Utilizando el término **autorresponsabilidad** para significar que no es la carga una obligación ni un deber, pues no existe un sujeto o entidad que se encuentre legitimada para exigir su cumplimiento, siendo entonces, tal como lo planteó Goldsmichdt,

⁸⁶ GUASP, JAIME. **“Derecho Procesal Civil”**. Tomo I, Tercera Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

⁸⁷ ESCRIBANO MORA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 47

una necesidad de probar los hechos para no obtener un resultado negativo en el proceso y no sufrir las consecuencias de ello.⁸⁸

Cuando nos referimos a que la carga de la prueba indica al Juez como debe fallar cuando no se prueban los hechos, estamos hablando que aunque el Juzgador debe procurar, aún con la ordenación de prueba oficiosa, investigar los hechos puestos a su conocimiento, si esto no es posible, la carga de la prueba le sirve de regla de juicio para poder fallar en el fondo del litigio al haber falta de pruebas, así evitar proferir un *non liquet*⁸⁹ o sentencia inhibitoria por falta de pruebas, es decir que se deduce quien de las partes tenía el interés jurídico de probar tales hechos y por no hacerlo se le sanciona con un fallo desfavorable hacia esta.⁹⁰

2.11 DEFINICIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA.

Entre las diversas definiciones de Medios de Prueba tenemos las siguientes:

Para **Guillermo Cabanellas de Torres**, Medios de Prueba son los diversos elementos que, autorizados por ley, sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en juicio.⁹¹

Manuel Ossorio define a los Medios de Prueba como las actuaciones que dentro de un procedimiento judicial, cualquiera que sea su índole, se

⁸⁸ PARRA QUIJANO, JAIRO. Op. Cit. Pág. 47.

⁸⁹ Literalmente podría traducirse como “no es claro”; implica una prohibición al juez de señalar o considerar que debido a la falta de concreción legal en un caso específico, puede omitir pronunciarse sobre los supuestos que se han sometido a su conocimiento.

⁹⁰ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Op. Cit. Pág. 142 y 143.

⁹¹ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Op. Cit.

encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio. Siendo estos la documental (también llamada Instrumental), la de Informes, la Confesión en Juicio, la Testimonial, la Pericial, el Reconocimiento Judicial (llamado igualmente Inspección Ocular), el Careo y la Presunciones o Indicios. Los Medios de Prueba se han de practicar de acuerdo con lo que para cada uno de ellos establecen los códigos procesales.⁹²

Hernando Devis Echandía, en relación a los Medios de Prueba, expresa que estos pueden ser considerados desde dos puntos de vista: **el Primero**, entendiendo los medios de prueba como la actividad del Juez o de las partes, que suministra, al primero el conocimiento de los hechos del proceso, es decir, la confesión de la parte, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la inspección del juez, la narración contenida en el documento, la inducción o deducción en la prueba de indicios; **el Segundo**, se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que suministran al Juez ese conocimiento, a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de indicio, es decir los elementos personales y materiales de la prueba.⁹³

Consideramos que una definición más acertada sobre los Medios de Prueba es la realizada por **Aldo Bacre**, quien los define como la actividad desplegada por el juez, las partes y los terceros dentro del proceso, tendiente a traer fuentes de prueba al mismo, y que se encuentra reglada por el ordenamiento procesal.⁹⁴ Ya que es una definición sencilla y que incluye los tres elementos básicos e importantes para poder comprender el alcance de los Medios de Prueba, los cuales son:

⁹² OSSORIO, MANUEL. Op. Cit.

⁹³ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Opus Cit, Pág.179.

⁹⁴ BACRE, ALDO. Op. Cit.

a) Es una actividad, lo que implica la acción de los sujetos procesales, (el Juez, las Partes y los Terceros), ya que los medios de prueba deben ser ofrecidos, aportados y en algunos casos producidos por las partes procesales, no puede introducirse un medio de prueba si no es por uno de ellos.

b) Lleva Fuentes de Prueba al Proceso, los medios de prueba son el mecanismo legal para traer la fuente de prueba al proceso.

c) Se encuentra reglada en el ordenamiento procesal, la ley fija las normas relativas a la obtención, oportunidad procesal para ofrecerlas e incluirlas al proceso y para su producción.

Es común confundir el concepto de medios de prueba con el de fuentes de prueba, los cuales son dos conceptos diferentes, cuya distinción tiene una gran importancia. La fuente, decía Carnelutti, es el hecho del que se sirve el Juez para alcanzar la propia verdad y medio de prueba la actividad del Juez desarrollada en el proceso, es decir la fuente de prueba constituye una realidad anterior al proceso, mientras que el medio de prueba es la forma establecida por la ley para llevar esa realidad previa al proceso y que esta sea conocida y valorada por el Juez.

Cuando tenemos que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente y cuando nos referimos a la confesión, a los instrumentos, testigos, etc., estamos frente a los medios. En base a estos medios el Juez puede tener conocimiento del hecho fuente y de éste se deduce el hecho que se va a probar, así sea en forma directa e inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse; por lo que es mejor llamar **fuentes** al hecho del cual el Juez extrae la conclusión y **medios** a la

actividad que le sirve para obtenerla.⁹⁵

Otra distinción que se puede señalar entre fuentes y medios de prueba, es que las fuentes están reguladas en la ley sustantiva, en ese sentido tenemos por ejemplo la regulación sobre los requisitos de los instrumentos, la capacidad para ser testigo, etc. En cambio la regulación sobre medios de prueba es materia exclusivamente procesal, su incorporación, producción y valoración.⁹⁶

Para Roland Arazi entre las fuentes de prueba encontramos:

- a) El hecho mediante el cual el Juez deduce el hecho objeto de prueba;
- b) El propio hecho objeto de prueba, en algunos casos;
- c) Las personas o cosas, cuya existencia es anterior al proceso y son independientes de él, las cuales servirán para traer al proceso el hecho objeto de prueba o el hecho del cual el Juez deducirá el hecho a probar.

La importancia de la distinción entre fuentes y medios de prueba radica en que el Juez, quien actualmente posee facultades oficiosas respecto a la prueba, puede ordenar medios de prueba pero no puede investigar la existencia de fuentes de prueba.⁹⁷

2.11.1 Sistemas para la Fijación de los Medios de Prueba.

Como hemos visto en el apartado anterior la mayoría de definiciones

⁹⁵ CARNELUTTI, FRANCESCO. Op. Cit.

⁹⁶ ARAZI, ROLAND. “**La Prueba en El Proceso Civil**”. Segunda Edición, Editorial La Rocca, 2001, Pág. 92.

⁹⁷ ALDO BACRE, Op. Cit. Pág. 83 y 84.

que sobre Medios de Prueba se ha recopilado, incluyen el elemento legislativo, es decir, que los medios de prueba deben estar regulados en la Ley, en base a esta premisa podemos diferenciar dos Sistemas para la fijación de los mismos:

a) El de Prueba Libre: que deja al Juez en libertad para admitir u ordenar los medios de prueba que considere aptos para la formación de su convencimiento;

b) El de Pruebas Legales: en el cual, es en la Ley donde se señalan aquellos medios de prueba que se pueden practicar en el trámite de un proceso;

c) El Sistema Mixto: en el cual se enumeran los medios de prueba que el Juez no puede desconocer, pero se le otorga la facultad de admitir u ordenar otros que estime útiles.⁹⁸

De la misma forma que existen sistemas para la fijación de los medios de prueba que se pueden utilizar dentro de un proceso judicial, existen sistemas de apreciación de la prueba que se han hecho valer en el proceso, en ese sentido se genera una relación entre estos sistemas, correspondiendo el **Sistema de Tarifa Legal** (Sistema de Apreciación de la Prueba), con el Sistema de Pruebas Legales, debiendo el Juez apreciar los medios de prueba practicados según las reglas predeterminadas para tal efecto. Por otro lado el **Sistema de la de Libre Apreciación**, también llamado de **Sana Crítica o Apreciación Razonada**, coincide tanto con el **Sistema de Pruebas Legales** como con el **Sistema de Prueba Libre**, así mismo con el **Sistema Mixto**; sin embargo la de libertad de medios de prueba o sistema de la prueba libre se constituye como un complemento ideal del sistema de la libre

⁹⁸ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Op. Cit, Pág. 180.

apreciación de la prueba.⁹⁹

2.12 CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

Eduardo Couture clasifica los medios de prueba teniendo en cuenta la eficacia de los mismos, de la siguiente forma:

a) Por Percepción: esta es una prueba directa, ya que supone un contacto inmediato del Juez con las fuentes de prueba, por ejemplo las cosas o lugares. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios, es por ello que se considera como el primer medio de prueba, desde el punto de vista de su eficacia, es el Reconocimiento Judicial, sin embargo este medio de prueba funciona en pocas circunstancias, puesto que la ocurrencia de un hecho es una circunstancia pasajera, lo cual hace que la posibilidad de observación del mismo por el Juez se reduzca, al grado de perderse definitivamente.

b) Por Representación: constituye un medio sustitutivo de la percepción. Configura la representación presente de un hecho ausente. La representación de un hecho se produce de dos maneras: **mediante documentos** que han recogido algún rastro de esos hechos, estamos en presencia de la **representación mediante cosas**; o **mediante relatos**, es decir, mediante una reconstrucción efectuada a través de la memoria humana, en este caso estamos en presencia de la **representación mediante relatos de personas**.

Cuando nos referimos a la representación mediante cosas, no

⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 180.

referimos a la prueba documental, y es aquella que se realiza con documentos, entendiendo al documento en su acepción más amplia, es decir, *“cuanto consta por escrito o gráficamente; así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, como una fotografía o un plano; y sea cualquiera la materia sobre la cual se extienda o figure, aunque indudablemente predomine el papel sobre todas las demás.”*¹⁰⁰ Siendo por medio de estos que se reconstruyen los hechos fuente.

Pero como no todo hecho puede ser registrado en documentos, se tiene que hacer uso de la representación mediante relatos, el cual puede ser efectuado por las partes o por terceros que no tienen nada que ver con el juicio, en el primer caso estamos en presencia de la prueba confesional o también denominada absolucón de posiciones; en el segundo caso estamos en presencia de la prueba testimonial, en donde al ser relatado un hecho por el testigo o la parte, lo que se hace es representar en el presente un circunstancia ausente.

c) Por Deducción o Inducción: Cuando el relato se torna imposible, existe la posibilidad de reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas, infiriendo de los hechos conocidos los hechos desconocidos, lo cual se obtiene, por un lado, mediante la labor del propio Juez por medio del sistema de las presunciones, por otro lado, cuando se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren, a través de su ciencia, arte o técnica, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos, se esta en presencia del dictamen pericial.

En cuanto a las Presunciones Judiciales, existen dos clases: **a) las legales y b) las judiciales u hominis (es decir provenientes o realizadas**

¹⁰⁰ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Op. Cit.

por el hombre). Mediante las primeras el legislador determina *a priori*, mediante su razonamiento, tener por cierto un hecho, ya sea de forma definitiva (*iuris et de iuri*, o no solo de derecho) o provisoria mientras no se presente prueba en contrario (*iuris tantum*, o tan solo de derecho). En ambos casos, siempre que otro hecho, indicador del primero que es base de la presunción, haya sido comprobado suficientemente.¹⁰¹

En este t3pico es importante distinguir entre dos conceptos: indicios y presunciones judiciales. Los primeros son definidos por Hugo Alsina como todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido o mejor dicho, debidamente comprobado, que sea susceptible de llevarnos por v3a de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido, los cuales pueden pertenecer al mundo f3sico como al de la conducta humana, por ejemplo una persona que huye suministra un indicio, porque 3sa es la reacci3n normal en un delincuente. Tales circunstancias no tienen valor por s3 mismas, porque su destino no es suministrar una prueba, pero relacionadas unas con otras adquieren caracteres relevantes; todos los hechos se hallan vinculados rec3procamente, unas veces como causa y otras como efecto, lo cual permite determinar su ubicaci3n en la sucesi3n de acontecimientos. Esas relaciones se descubren mediante una operaci3n mental que va de lo particular a lo general (razonamiento inductivo) y luego de lo general a lo particular (razonamiento deductivo).¹⁰²

La Presunci3n es por tanto, la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos. Supone una doble operaci3n mental: inductiva y deductiva, porque de la primera nos elevamos de los hechos a un principio general y por la segunda aplicamos este

¹⁰¹ ALDO BACRE, Op. Cit. P3g. 343.

¹⁰² ALSINA, HUGO. Op. Cit. P3g. 683.

principio general a los hechos en particular afirmando que en iguales circunstancias éstos se comportarán de la misma manera. Por consiguiente, indicio y presunción son dos conceptos independientes, pero que se complementan. Un hecho, una cosa, una actitud, se transforman en indicios en cuanto indican la existencia de una relación mediante la cual puede presumirse la existencia de otro hecho del que es un atributo. Presunción es la operación mental en la que, por aplicación de esa relación, puede llegarse al conocimiento de ese hecho. El indicio es así el punto de partida para llegar a establecer una presunción. Por esa razón la prueba indiciaria constituye un silogismo, en el que la premisa mayor es el principio general, la premisa menor es el hecho conocido y la conclusión es el hecho que se desea conocer.¹⁰³

2.13 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

Los Medios de Prueba al igual que la prueba se encuentran dentro del Derecho Probatorio, y para conocer la naturaleza jurídica de los Medios de Prueba se debe estudiar acerca de la naturaleza de las normas jurídicas que regulan la institución de la prueba, tema que fue estudiado con anterioridad al hablar de la Naturaleza Jurídica de la prueba, por lo que al estar los Medios de Prueba dentro del Derecho Probatorio se comprende que su naturaleza jurídica es Procesal y material o sustancial, al igual que las normas que regulan este Derecho, y al enmarcarse estos Medios de Prueba regulados por normas Procesales y por normas Materiales o Sustanciales, se debe entender que tienen la misma Naturaleza Jurídica.

¹⁰³ ALDO BACRE, Op. Cit., Pág. 346.

2.14 IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

Habiéndose realizado un estudio anterior de la definición de los medios de prueba, es trascendental conocer la importancia de estos, y para poder hacerlo debemos recordar cuál es la importancia o necesidad de la prueba.

Como es conocido el fin primordial del proceso es la realización del derecho como satisfacción de un interés público del Estado, y el secundario, la justa composición de los litigios, para que el juzgador pueda alcanzar tales fines debe lograr un acercamiento o contacto con la realidad y esto lo logra a través de la prueba que es vertida dentro del proceso, y por medio de la cual se llegará a una sentencia definitiva ya sea positiva o negativa para las partes, por lo que la importancia de la prueba es que por ella se logra reconstruir hechos pasados, se logra la creación de certeza en el Juzgador sobre los hechos y que además constituyen insumos valorativos para la aplicación de la norma.

Anteriormente definimos prueba como *“Todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”*¹⁰⁴ y definimos Medios de Prueba como *la actividad desplegada por el Juez, las partes y los terceros dentro del proceso, tendiente a traer fuentes de prueba al mismo, y que se encuentra reglada por el ordenamiento procesal.*¹⁰⁵ Al analizar estas definiciones podemos aseverar que la importancia de los Medios de Prueba es la de hacer llegar al Juez todo tipo de pruebas para que este pueda dictar una sentencia, es el camino por el cual llega al juzgador la prueba, sin la existencia de Medios de Prueba sería imposible o al menos difícil ingresar

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ ALDO BACRE, Op. Cit. Pág. 82.

válidamente la prueba dentro del proceso y peor aún, lograr un convencimiento real del Juez respecto de los hechos controvertidos.

2.15 RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA.

La relación existente entre Pruebas y Medios de Prueba consiste en la dependencia entre uno y el otro, la prueba es utilizada para lograr la certeza en el juzgador sobre los hechos, logrando una sentencia, y los medios de prueba sirven para hacerle llegar al Juzgador las pruebas de los hechos controvertidos en juicio, por lo que la prueba no realizaría su labor jurídica sin los medios de prueba.

2.16 DIFERENCIA ENTRE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA.

A pesar de existir un vínculo insoslayable entre *Prueba y Medio de Prueba*, no se deben confundir en ningún momento, pues en sentido estricto, por ***Pruebas Judiciales*** se entienden los elementos tomados de una realidad determinada en tiempo y espacio, que llevados al proceso sirven para formar en la mente del juez certeza sobre los hechos que se discuten; y por ***Medios de Prueba***, se entienden las diferentes formas utilizadas por las partes y el juez, por medio de las cuales se pretende llevar aquellos elementos (pruebas) al proceso, para lo cual se deben respetar las reglas sobre introducción y producción de las mismas, que se encuentran establecidas en la ley, por ejemplo: la declaración de testigos, presentación de documentos, realización de alguna pericia, etc.

Para ser más ilustrativo respecto al tema podemos citar los siguientes

ejemplos: En el proceso de divorcio por el motivo de separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos, regulado en el artículo 106 motivo segundo del Código de Familia, para que sea decretado el divorcio en este caso es necesario probar los siguientes hechos: 1) La existencia del vínculo matrimonial, lo que se demuestra con prueba documental consistente en certificación de partida de matrimonio de los cónyuges; 2) La separación que debe ser por más de un año consecutivo, demostrándose este hecho con prueba testimonial; la forma de llevar estos motivos, elementos o pruebas al proceso es a través de los medios de prueba, que para el caso según su orden planteado son: la certificación de partida de matrimonio y el testimonio que brinden los testigo.

CAPÍTULO III: LA PRUEBA DE OFICIO Y EL DERECHO DE DEFENSA.

3.1 LA PRUEBA DE OFICIO

3.1.1 Aspectos Preliminares.

Al igual que el estudio doctrinario de la evolución histórica de la Prueba, el estudio acerca de La Prueba de Oficio es muy limitado, situación que se puede justificar por la reciente utilización de esta figura en las nuevas y modernas legislaciones procesales, llamadas “de avanzada”, en las cuales se le otorgan amplias facultades probatorias al juez, generando el debate entre quienes se oponen a que le sean brindadas estas facultades y quienes lo apoyan. Este es el caso de nuestra Legislación Procesal de Familia, en la cual se le otorgan diferentes facultades oficiosas en materia probatoria, cuyo génesis, en una primera aproximación, se puede considerar que se encuentra en el literal c) del artículo 7 de la Ley Procesal de Familia, que textualmente dice: *“El Juez esta obligado a: ... c) Ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, sometidos a su conocimiento y decisión, respetando el derecho de defensa de las partes”*.

Trataremos en este capítulo de realizar un análisis doctrinario y jurídico, en el marco de la legislación familiar, de una serie de temas que consideramos importantes por la relación que mantienen con la figura de la prueba de oficio, como lo son: las Facultades Probatorias del Juez, la Carga de la Prueba, la Prueba para Mejor Proveer, el Derecho de Defensa, entre otros aspectos relacionados a la figura de la prueba de oficio.

3.1.2 Definición.

Como en cualquier estudio debemos iniciar tratando de definir que es la Prueba de Oficio, como se puede observar el concepto esta compuesto por otros dos conceptos: **prueba y de oficio**; en el capítulo II de este trabajo se definió *prueba* como: “Todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”¹⁰⁶; por otra parte debemos entender por “*de oficio*”: lo procedente de una autoridad, en el ejercicio de sus atribuciones; y como contrapuesto a lo privado o particular.; se emplea también como oficioso¹⁰⁷; en nuestro caso, por ser un estudio de Derecho Procesal, debemos entender por autoridad al juez.

En tal sentido y haciendo una fusión de ambas definiciones podemos decir que *Prueba de Oficio son todos aquellos motivos o razones aportados por el juez al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para obtener el convencimiento o la certeza sobre los hechos.*

De la anterior definición podemos observar dos elementos de la prueba de oficio:

a) La facultad oficiosa del Juez: quien en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales derivadas de la ley¹⁰⁸, utiliza los medios a su alcance para introducir material probatorio al proceso, ya sea por falta de prueba o por considerarla necesaria, cuyo fundamento y límites deben encontrarse regulados en la Ley.

¹⁰⁶ Ver Pág. 30.

¹⁰⁷ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Opus Cit.

¹⁰⁸ Entre las disposiciones donde se le otorgan facultades oficiosas al juez tenemos los artículos 7 literal c), 41, 48, 55, 109, 44 inciso 4º, todos de la Ley Procesal de Familia.

b) El medio de prueba a utilizarse: es el objeto de la actividad probatoria del juez, en el sentido que la acción oficiosa recae sobre los medios de prueba reconocidos por la ley y considerando la amplitud que en la Ley Procesal de Familia se plantea para introducir los mismos, genera una gama de posibilidades al juez, en ese sentido, en el artículo 51 de la Ley Procesal de Familia se establece que “...son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos”.

Además se debe resaltar que las reglas aplicadas para la prueba en general respecto de las partes, también deben ser respetadas cuando es el juez quien ofrece uno u otro medio de prueba, ya que la diferencia es únicamente del sujeto procesal que realiza la actividad probatoria, es por ello que la facultad de ordenar prueba de oficio debe estar regulada con anterioridad en la ley, en cumplimiento del principio de legalidad y debido proceso.

3.1.3 Facultades Probatorias del Juez.

En el desarrollo histórico del Derecho Procesal las primeras facultades otorgadas al juez se encontraban relacionadas al *iter procesal* o desarrollo del proceso, no era extraño que el juez pudiera manejar los tiempos dentro del proceso, a fin de conseguir la finalización temprana de los procesos, siendo la ordenanza procesal austriaca de Klein de 1895, la que configuró en sus normas una serie de potestades a los jueces tendientes a la temprana y pronta resolución de conflictos. Al pasar de los años se fueron configurando potestades a los jueces en el ámbito probatorio dentro del proceso, es decir,

tendientes a proponer pruebas de oficio en el proceso.¹⁰⁹

Uno de los fenómenos más relevantes del Derecho Procesal que se ha desarrollado en el siglo XX ha sido el de la “**publicización**” o “**socialización**” del proceso, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, va a poner en tela de juicio el de aportación de parte, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función.¹¹⁰

De lo anterior y especialmente de la última idea expuesta, debemos entender que al referirse a “...*las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función*”, se refiere tanto a otorgar al juez facultades de la forma y del fondo del proceso, es decir aquellas que tratan específicamente de los tiempos procesales y de aquellas que tratan directamente con el objeto del proceso que están relacionadas con la actividad probatoria por ser esta la forma de acreditar los hechos dentro del proceso.

Las Facultades oficiosas del Juez vinculadas al fondo del proceso se dividen en dos clases: a) las **indirectas**, que se refieren a aquellas pruebas cuya aportación nace de la petición de la parte interesada; y b) las **directas**, que son aquellas en virtud de las cuales el juez, de oficio, puede ordenar que

¹⁰⁹ HUNTER AMPUERO, IVÁN. “**Poderes del Juez Civil: Algunas Consideraciones a Propósito del Juez de Familia**”, Vol. XX, julio-2007. Pág. 207.

¹¹⁰ PICÓ I JUNOY, JOAN. “**El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un debate mal planteado**”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2003. Pág. 399.

se practiquen todos aquellos medios de prueba que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate.¹¹¹

3.1.3.1 Corrientes acerca de la Prueba de Oficio.

Dentro de las doctrinas que han estudiado el fenómeno procesal de la prueba de oficio, se distinguen claramente dos corrientes: la primera de quienes consideran que dotar al juez de facultades para aportar pruebas en el proceso implica despojarlo de su calidad de tercero ajeno a los derechos subjetivos o intereses en la *litis*, es decir despojándolo de su imparcialidad; y por otro lado de quienes consideran que pueden atribuírsele facultades probatorias al juez, siempre que se respete el principio dispositivo, es decir, que la prueba aportada por el juez esté en relación a los hechos aportados por las partes al proceso.¹¹²

A continuación estudiaremos cada una de ellas:

La primer corriente doctrinaria se fundamenta en un pilar principal: Que la posibilidad del Juez de proponer pruebas de oficio atenta contra el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, cuyo contenido presupone que el juez que ha de conocer y satisfacer la pretensión sea imparcial, en ese sentido la tutela solo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes, con la exigencia de un juez imparcial predeterminado por la ley¹¹³. Además es incompatible con un proceso acusatorio dado que el sentenciador asumiría

¹¹¹ HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 212-213.

¹¹² *Ibidem*, Pág. 207-209.

¹¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. “**El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**”, Editorial Civitas, 3ª Edición, Madrid, 2001. Pág. 164-165.

las funciones propias de las partes, con la consecuente pérdida de la garantía de la imparcialidad, así como el rompimiento de la exigencia de incompatibilidad entre parte y juez.¹¹⁴

En la segunda corriente doctrinaria se acepta la posibilidad de atribuir iniciativa probatoria al juez pero estableciendo ciertos límites, los cuales son:¹¹⁵

- a) Los hechos discutidos en el proceso, protegiendo de esta forma el principio dispositivo;
- b) A las Fuentes probatorias que consten en la causa, impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial; y
- c) Que permita ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas u ofreciendo contrapruebas.

Pero al sustentar la plena vigencia del principio dispositivo se podría exigir afirmar que todo el material probatorio deba ser introducido a iniciativa de parte con objeto de mostrar la verdad o falsedad de los enunciados fácticos que determinan el presupuesto de la pretensión y resistencia, la realidad de las reglas procesales, incluso aquellas respaldadas en códigos de regímenes liberales y, por ende, sólidamente adheridas a dicho principio, consienten, en mayor o menor grado, que el material probatorio incorporado al proceso por los litigantes sea complementado o integrado por propia

¹¹⁴ MONTERO AROCA, JUAN. “El Proceso Civil llamado Social como Instrumento de Justicia Autoritaria, en Proceso Civil: un Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y quince Ensayos”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006. Pág. 157-159.

¹¹⁵ JOAN PICÓ I JUNOY citado por HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 209.

iniciativa del órgano judicial.¹¹⁶

Como equipo realizador del presente estudio, consideramos acertada la anterior afirmación, ya que la realidad jurídica nos indica la incursión de la figura de la prueba de oficio en las legislaciones modernas, para muestra tenemos la Ley Procesal de Familia vigente desde el año de 1994 a la fecha, es decir desde hace catorce años, en la cual se incluyen diversas disposiciones en donde se le conceden al juez de familia la potestad de aportar pruebas dentro del proceso. En ese sentido el debate no debe centrarse en las facultades probatorias otorgadas al juez, ya que esto es una realidad de la cual no podemos abstraernos, el debate se debe llevar hacia el establecimiento de límites y presupuestos a dicha facultad jurisdiccional, con el fin de evitar algún menos cabo a los principios y garantías fundamentales de las partes que intervienen en un proceso.

3.1.4 La Prueba de Oficio y la Carga de la Prueba.

Como se ha estudiado anteriormente la carga de la prueba son reglas dirigidas al juzgador para poder fallar en el fondo del litigio al haber falta de pruebas, así evitar pronunciar una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, utilizando estas reglas el juez deduce quien de las partes tenía el interés jurídico de probar ciertos hechos y al haber inactividad de su parte, se le sanciona con un fallo desfavorable para esta¹¹⁷.

Hernando Devis Echandía define la Carga de la Prueba como “una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e

¹¹⁶ HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 210.

¹¹⁷ Ver Pág. 58-62.

indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”.¹¹⁸

En este sentido existen dos aspectos a saber en relación a la carga de la prueba¹¹⁹:

a) Se constituye como **regla de juicio** para el juzgador, ya que le dice cómo debe fallar cuando no se encuentre prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su sentencia;

b) Así también se configura como una **regla de conducta** para las partes, porque indirectamente les indica cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar.

La carga de la prueba ha sido entendida como la obligación de las partes de aportar prueba sobre sus afirmaciones, recayendo esta principalmente sobre el demandante y excepcionalmente sobre el demandado, de esta forma se ha entendido y se ha regulado a la fecha, vemos que el artículo 237 del Código de Procedimientos Civiles establece que: “La obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase, será absuelto el reo; mas si éste opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla.”, de igual forma el Artículo 238 del mismo cuerpo legal expresa que “El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción”; sin embargo esta solo es la manifestación de uno de los aspectos que compone la carga de la prueba, es decir como regla de conducta de las partes frente a la actividad probatoria que deberán desplegar en relación al material fáctico

¹¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. “**Teoría General de la Prueba Judicial**”. Tercera Edición, Buenos Aires, 1976. Pág. 228.

¹¹⁹ DE SANTO, VÍCTOR. “**La Prueba Judicial**”. Opus Cit.

introducido al proceso.

Haciendo un análisis de la Carga de la Prueba frente a la ordenación de Prueba de Oficio en el Proceso de Familia, surgen algunas interrogantes: ¿Cómo queda la carga de la prueba cuando el juez aporta oficiosamente prueba dentro del proceso? ¿La prueba de oficio suple las reglas de juicio derivadas de la carga de la prueba? ¿Es la prueba de oficio la herramienta procesal idónea para evitar sentencias inhibitorias?

Para responder las anteriores interrogantes es necesario hacer algunas consideraciones:

La carga de la prueba se refiere, desde un punto de vista subjetivo, al interés o necesidad de probar los hechos alegados para evitar perjuicios procesales, en ese sentido el que demanda tiene la necesidad de probar el hecho en que fundamentan su pretensión, contrario sensu si el demandado alega una excepción, le genera la necesidad de probar el hecho de esta, pero si contesta solo negativamente no tiene porque probar ningún hecho, quedando el interés de probar única y exclusivamente en la parte actora. No obstante lo anterior, hay casos en que se da la inversión de la carga de la prueba, por ejemplo, quien alega una presunción legal no está obligado a probarla, sino que, el interés de desvirtuarla es de la parte contra quien se alegue dicha presunción. Bajo estas premisas podemos concluir que la necesidad y el interés de probar es de las partes que intervienen en un proceso, así mismo que la aplicación de las reglas de la carga de la prueba suponen la falta de prueba sobre un hecho alegado en el proceso, es decir la inactividad de la parte interesada, por lo que si el juez ordena de oficio la producción de ciertas pruebas, estas salen del presupuesto de aplicación de las reglas de la carga de la prueba, en vista que existen pruebas dentro del

proceso aunque no hayan sido aportadas por las partes, debiendo el juez fallar considerando el resultado de la prueba ordenada por él mismo; así las cosas, la prueba de oficio no supe las reglas de la carga de la prueba, ya que son reglas dirigidas a la inactividad de las partes en materia probatoria, pudiendo coexistir esta situación junto con la ordenación de pruebas de oficio, en tal caso el juez deberá valorar las pruebas que consten en el proceso y de ser insuficientes o deficientes, aplicar las reglas a que hemos estado haciendo referencia, aunque es difícil pensar que una prueba ordenada por el juez llegue a ser deficiente.

Por otra parte hay que analizar si la prueba de oficio es la herramienta idónea para evitar sentencias inhibitorias, en ese sentido el artículo 7 literal e) LPrFm, obliga al juez a ordenar las medidas conducentes para evitar una sentencia inhibitoria, de la literalidad de la disposición citada se puede observar que se está refiriendo a una pluralidad de medidas, en las que se puede pensar que se incluye a la prueba de oficio.

Una sentencia inhibitoria es aquella que le impide al Juez fallar en el fondo del asunto puesto a su conocimiento, por algún defecto de la relación jurídico procesal que se pretende entablar, es decir, que está referido a aspectos de fondo. En la Ley Procesal de Familia se facilitan al Juez herramientas para evitar una sentencia inhibitoria, entre las cuales están las siguientes:

- La Improcedencia de la demanda (Artículo 45 LPrFm), la cual procede cuando hubiere caducado el plazo para iniciar la acción, exista cosa juzgada o litigio pendiente, situaciones que no permiten que el Juez falle sobre el fondo del litigio;

- La Impropionibilidad de la demanda, la cual se encuentra regulada en el artículo 197 del Código de Procedimientos Civiles, el cual puede ser aplicado supletoriamente en el Proceso de Familia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 218 LPrFm; la impropionibilidad está referida a ciertos casos específicos como: la falta de legítimo contradictor o cuando los hechos no se ajustan a los supuestos determinados en la ley para la exigibilidad de algún derecho, por ejemplo que dos personas del mismo género pretendan que se declare judicialmente su convivencia de conformidad con el artículo 123 del Código de Familia, cuando en el artículo 118 del mismo cuerpo legal, se define a la unión no matrimonial como aquella “*constituida por un hombre y una mujer...*”.
- La Inadmisión de la demanda y las Previsiones, (artículo 96 en relación al artículo 42 LPrFm), el juez puede prevenir al demandante y al demandado sobre ciertos aspectos, cuando se trata del demandante, uno de ellos es la narración precisa de los hechos que sirven de fundamento a su pretensión (literal d) del citado artículo 42), la cual es importante por que de esa narración el Juez puede en un primer análisis liminar de la demanda, determinar si esta es Improcedente o Impropionible, como se ha visto en los apartados anteriores; tal como se establece en el artículo 96 citado, si no se subsanan las previsiones en tiempo, la demanda es declarada Inadmisibile;
- Otro medio es Regresar las cosas al estado en que se encontraban antes de la presentación de la demanda, en ese sentido, si a la Audiencia Preliminar no asiste la parte demandante ni su apoderado y no justifican su inasistencia, el

juez da por terminado el proceso regresando las cosas al estado en que se encontraban antes de la presentación de la demanda, entre otras cosas (artículo 111 LPrFm);

Por lo que se puede observar, las anteriores medidas son formas de sanear el proceso, para evitar el desgaste del órgano Jurisdiccional en casos que no puedan prosperar por defectos en la relación jurídico-procesal, en la adecuación de los hechos a la norma, o por defectos de forma que inciden en el fondo del litigio.

En ese sentido se puede decir que existen alternativas para evitar una sentencia inhibitoria, pero no se puede incluir entre ellas a la prueba de oficio, ya que al no haber medios de prueba que valorar, no queda más al Juez que aplicar las reglas de la Carga de la Prueba, que se han estudiado anteriormente, por lo que se puede concluir que no puede haber sentencias inhibitorias por falta de prueba.

3.1.5 Diferencia entre Prueba para Mejor Proveer y Prueba de Oficio.

Llámense diligencias para mejor proveer las medidas probatorias extraordinarias que, luego de la vista o alegatos de las partes, pueden los jueces y tribunales practicar o hacer que se practiquen de oficio para ilustrarse más adecuadamente y fallar sin atenerse tan sólo a los medios propuestos por las partes.¹²⁰

Oscar Antonio Canales Cisco¹²¹ expone que la Prueba para Mejor Proveer procede bajos los siguientes supuestos:

¹²⁰ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. “**Diccionario Jurídico Elemental**”. Opus Cit.

¹²¹ CANALES CISCO, OSCAR ANTONIO. “**Derecho Procesal Civil Salvadoreño**”, Segunda Edición, Impresos Gráficos UCA, San Salvador, 2003. Pág. 250.

a) Al complementar la prueba ya ofrecida por la parte y practicada de manera deficiente, ya sea porque es incompleta u oscura;

b) Su oportunidad debe ser en cualquier estado del proceso judicial antes de pronunciar sentencia; y

c) Debe permitírsele al juzgador de manera expresa por la legislación procesal.

De los anteriores supuestos, para lograr identificar la diferencia entre prueba de oficio y prueba para mejor proveer, nos interesan los dos primeros, ya que el tercer supuesto es consecuencia de la aplicación de la garantía del debido proceso y del principio de legalidad consagrados en los artículos 11 y 15 de la Constitución de la República, los cuales analizaremos a continuación a la luz de nuestra actual legislación familiar.

El primer supuesto es el de la prueba para mejor proveer como **Complemento** de las presentadas por las partes, condicionándola bajo la situación de deficiencia ya sea por incompleta o por oscura, en ese sentido podemos diferenciar la prueba para mejor proveer de la prueba de oficio, que ésta última no es complemento de prueba, por las siguientes razones:

a) No se limita a complementar la prueba ofrecida por las partes, ya que la Ley Procesal de Familia otorga dicha facultad al juez de forma tal que se entiende como prueba independiente de la aportada por las partes y no como su complemento;

b) La determinación de la eficiencia o ineficiencia de la prueba ofrecida por cualquiera de las partes, se da en el momento de su producción, donde el juez la analiza y valora su eficacia por el grado de certeza o duda que ha

producido en su persona, para fundamentar su fallo; en nuestro proceso de familia este momento se da en la Audiencia de Sentencia (artículo 115 LPrFm), donde también se debe dictar el fallo respectivo (artículo 122 LPrFm) y ese momento procesal corresponde para ordenar Prueba para Mejor Proveer y no Prueba de Oficio, como se estudiará en el Capítulo siguiente.

El segundo supuesto se refiere a la oportunidad procesal en que se utiliza la figura de la prueba para mejor proveer, Oscar Antonio Canales Cisco, en la obra citada habla a cerca del proceso civil, razón por la cual señala que se puede ordenar prueba para mejor proveer en cualquier estado del proceso antes de pronunciar sentencia; como sabemos en el actual proceso civil por regla general la prueba debe producirse dentro del término de prueba, como lo es la prueba testimonial, exceptuándose los casos de anticipo de prueba (Artículo 162 PrC) y el caso previsto en el artículo 251 PrC; al contrario los instrumentos (artículo 270 PrC), la inspección personal del juez (artículo 368 PrC) y la confesión (artículo 376 PrC), pueden producirse en cualquier estado del proceso hasta antes de la sentencia, por lo que el juez podría ampliar, tanto la prueba producida en el término establecido para ello como antes y después del mismo; desde el anterior punto de vista la diferencia entre prueba para mejor proveer y prueba de oficio se limitaría a los casos expresamente regulados por la ley, por ejemplo en el caso de la prueba por inspección (Art. 368 PrC) y la pericial (Art. 364 PrC).

Por otro lado, analizando la estructura del proceso de familia la prueba para mejor proveer la encontramos regulada en La Ley Procesal de Familia, en el Título IV, Capítulo IV que desarrolla lo concerniente a la Audiencia de Sentencia, específicamente en el artículo 119, por lo que analizando esta

disposición, debemos entender que el momento procesal oportuno para ordenar prueba para mejor proveer en el proceso de familia es en el desarrollo de la audiencia de sentencia, específicamente durante o inmediatamente después de la producción de la prueba, por ser este el momento en que se determina la eficacia de la prueba aportada, pese a la ambigüedad de dicha disposición.

El artículo 119 de la Ley Procesal de Familia, refiriéndose a la prueba para mejor proveer, literalmente dice: *“Si en la audiencia de sentencia surgieren nuevos hechos que requieran su comprobación, el Juez podrá ordenar la recepción de las pruebas que considere necesarias”*, de la lectura de este artículo podemos extraer otro supuesto para ordenar prueba para mejor proveer, complementando los reconocidos por la doctrina hecha por Canales Cisco, este es: **el surgimiento de nuevos hechos que requieran comprobación**, lo que supone también la posibilidad que las partes puedan aportar contraprueba en atención al derecho que surge del artículo 44 LPrFm, es decir la posibilidad de aportar prueba sobre hechos sobrevinientes, situación que armoniza con la doctrina que acepta la posibilidad de atribuir iniciativa probatoria al juez siempre que se permita a las partes ampliar las pruebas ofrecidas; Así en el caso que de la declaración de un testigo, rendida en audiencia de sentencia se aporte un nuevo hecho o un hecho sobreviniente, la prueba para mejor proveer tendría su origen en el hecho declarado por el testigo.

Es de resaltar dos cosas: 1) Que el artículo 119 LPrFm se encuentra redactado de una forma ambigua, ya que no se manifiesta el momento específico en que se debe ordenar la prueba para mejor proveer, en vista que si los nuevos hechos a que se refiere dicho artículo surgen antes de la producción de la prueba, en estricto sentido no estaríamos frente a prueba

para mejor proveer, sino frente a prueba de oficio; y 2) Que el elemento trascendental para que el juez ordene prueba para mejor proveer, es la **duda** que puede generarse en él, al momento de la producción de la prueba, a pesar de los supuestos antes desarrollados, lo cual corrobora nuestra tesis donde se establece que el momento procesal oportuno, en nuestra legislación procesal de familia, para ordenar prueba para mejor proveer debe ser durante o inmediatamente después de la producción de la prueba en el desarrollo de la audiencia de sentencia.

En conclusión podemos decir que la prueba para mejor proveer y la prueba de oficio están relacionadas por el elemento de **oficiosidad en el juez**, ya que ambas son ordenadas por él en el ejercicio de sus facultades legales, sin embargo se diferencian entre sí: primero, por el objeto en que recaen, ya que la prueba para mejor proveer es complemento de la prueba aportada por las partes y recae sobre la misma, por ser ésta deficiente o generar duda en el juzgador, en cambio la prueba de oficio es independiente a la prueba aportada por las partes, recayendo sobre los hechos controvertidos en el proceso; segundo, por el momento procesal oportuno en que deben decretarse ambas, tema que será contenido del siguiente capítulo.

3.1.6 Fundamento de las Facultades Oficiosas del Juez de Familia.

Las potestades oficiosas del juez de familia trasciende el Derecho Procesal, en la medida que obedecen a cierta configuración previa proveniente del derecho sustantivo, en ese sentido, estas facultades oficiosas se observan con un alto grado de coherencia con el rol que le viene

asignado desde el derecho material de familia.¹²²

Además en el conflicto familiar converge directamente el orden público general, en particular cuando incide en la posición del menor o incapaz. El legislador tipifica el presupuesto de hecho de la norma en el cual la tutela del interés deviene necesaria, más es el juez quien le da impulso y lo concretiza al caso específico. De lo anterior se deriva que en el proceso de familia vengán atribuidos al órgano jurisdiccional poderes excepcionales, no solo para el control e instrucción de la causa, sino también en orden al contenido propio de la decisión y a la efectiva ejecución. El juez de familia se convierte en el guardián y ejecutor del orden público familiar, por ello resulta coherente que a un juez con facultades de completitud de normas y tutelador de los intereses que subyacen en el orden público familiar, le sea asignado, en el mecanismo donde efectúa dicha tarea, es decir el proceso, un papel protagónico al momento de enfrentar el conflicto y buscar su solución.¹²³

Por otra parte Meneses Pacheco descarta por completo esta idea, ya que para él la procedencia de la iniciativa probatoria del Tribunal no hay que buscarla en el derecho sustantivo, ni menos una explicación política o material, sino más bien en razones de carácter técnico relativas al proceso mismo por tener ésta una connotación meramente procesal.¹²⁴

La anterior posición puede ser parcialmente correcta, puesto que si bien la prueba se vincula necesariamente al proceso y es en él donde tiene relevancia, no es posible obviar que el derecho sustantivo determina un especial esquema para el juez en la solución de los conflictos de familia, que debe traducirse necesariamente en un diseño procesal diverso a la mera

¹²² HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 213.

¹²³ *Ibidem*. Pág. 214.

¹²⁴ MENESES PACHECO, CLAUDIO. “**Iniciativa Probatoria del Juez Civil**”, Editorial Conosur Ltda., Santiago de Chile, 2001. Pág. 32.

resolución de un conflicto patrimonial. Por lo mismo, hay un interés en la decisión que sobrepasa por completo la mera técnica jurídica, ya que es el juez el encargado de proteger y tutelar ciertos intereses superiores. La idea del juez como mero espectador o simple instructor del proceso resulta claramente incongruente con la misión que le es asignada por la ley sustantiva. La iniciativa del órgano jurisdiccional de familia, a diferencia del civil patrimonial, no solo salvaguarda intereses privados o disponibles, sino que además intereses públicos. En el primer caso, no se desvirtúa la naturaleza de dichos intereses por el hecho de aportar prueba, siguen siendo privados. Y en los segundos, los públicos, la iniciativa probatoria no es más que una fórmula armónica con dicha función protectora. Este deber jurisdiccional de protección de los intereses públicos en el proceso familiar proviene tanto de las normas sustantivas como de las procesales, siendo las primeras las que dotan al juez de un amplio poder configurador de la norma jurídica para la adjudicación del caso.¹²⁵

En el Estado de Derecho, el juez en el ejercicio del monopolio jurisdiccional debe a lo menos intentar acercarse lo más posible a la verdad histórica que debe reconstruir de acuerdo a los hechos alegados por las partes, más aun cuando su decisión definirá la suerte de los derechos e intereses legítimos que configuran un determinado orden público familiar.¹²⁶ La prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el Derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial, es decir, la verdad de los enunciados fácticos en cuanto presupuesto normativo de aplicabilidad de las normas constituye el camino que orienta la

¹²⁵ HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 214-215.

¹²⁶ DELLEPIANE, ANTONIO. “**Nueva Teoría de la Prueba**”, Editorial Temis, Bogotá, 2003. Pág. 14

actividad probatoria.¹²⁷

Debe agregarse que la prueba aportada por el juez, lejos de buscar el beneficio de una de las partes, tiene un desinterés objetivo, no está destinada a convencerse sobre la factibilidad de la pretensión o resistencia, aunque ciertamente influya en el pronunciamiento en uno u otro sentido, sino que alcanzar, dentro de los estrictos términos en que las partes situaron el objeto de litigio, aquella verdad extraprocesal, a fin de importarla y convertirla en una verdad endoprocesal (dentro del proceso). La prueba, en virtud de la adquisición procesal, al margen de quien la rinda, pertenece siempre al proceso, por lo mismo, el juez que aporta prueba no lo hace para beneficiar a alguna de las partes.¹²⁸ Estas potestades, sin embargo, han de desarrollarse bajo la escrita condición de que no medie agravio al debido proceso bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos.

3.1.6.1 Análisis de la Normativa Nacional.

Al analizar nuestra legislación familiar se puede observar que la primer posición estudiada en el apartado anterior, es adoptada por nuestro sistema jurídico, ya que del Derecho Sustantivo de Familia, se derivan facultades oficiosas al Juez, así como también la naturaleza del Derecho de Familia fundamenta y da legitimación a estas facultades, en ese sentido la Cámara de Familia de la Sección del Centro sostiene que *“El Derecho de Familia reviste matices sociales y solidaristas, lo que origina en la investigación de los procesos un sistema intermedio en los que el impulso y la iniciativa probatoria del tribunal goza de relativa amplitud, especialmente en los*

¹²⁷ HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 216.

¹²⁸ PICÓ I JUNOY, JOAN. **“Los Principios del Nuevo Proceso Civil Español”**, en XVII Jornadas Iberoamericanas, XI Jornadas Uruguayas, de Derecho Procesal, en Homenaje a la Escuela Procesalista Uruguaya, 16 al 18 de octubre de 2002, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay.

*procedimientos judiciales en los cuales intervienen como sujetos principales los niños, niñas y adolescentes, la prueba deberá acreditarse por la parte reclamante o por el juez, de oficio o para mejor proveer*¹²⁹. Es importante mencionar que hasta el Tribunal de Segunda Instancia reconoce la iniciativa probatoria del juez, pero de forma **relativamente amplia** y no absoluta.

Aunado a lo anterior encontramos que el Derecho de Familia posee características exclusivas, las cuales son:¹³⁰

a) Fondo ético de sus instituciones. En todas las instituciones desarrolladas en el Código de Familia, se ha tomado en consideración la influencia que sobre las relaciones familiares ejercen la ética, la moral, la religión y la solidaridad.

b) Predominio de las Relaciones Personales. En el ámbito del Derecho de Familia predominan las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales y la consiguiente subordinación de estas últimas a las primeras; todo el Derecho de Familia disciplina condiciones personales o estados familiares que son inherentes a la persona y se imponen como derechos absolutos y son estas condiciones las que dan origen a las relaciones patrimoniales.

c) Primacía del interés social sobre el individual. En el Derecho Privado la autonomía de la voluntad es la regla general, en materia familiar por el contrario, el interés individual ha sido sustituido en parte por un interés superior, que es el interés familiar y por medio de este el de la sociedad y el Estado. Las normas de Derecho de Familia son consideradas, por regla

¹²⁹ Sentencia de Familia ref. 1216 Cam. Fam. S.S. de fecha 18 de diciembre de 2001.

¹³⁰ CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA Y OTROS. “**Manual de Derecho de Familia**”, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, Talleres Gráficos UCA, 2ª Edición, San Salvador, 1995.

general, de orden público y son por lo tanto imperativas e inderogables, por lo tanto es la ley y no la voluntad la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares.

d) Las relaciones derivadas del Estado Familiar son en gran parte derechos y deberes, los cuales se encuentran fusionados, la idea del derecho-deber significa que en el derecho de familia, las facultades o poderes que en otras ramas del derecho aparecen como derecho subjetivo, no se conceden para que su titular persiga una finalidad estrictamente personal, sino como medio para el cumplimiento de deberes familiares. Así por ejemplo los derechos derivados de la Autoridad Parental no se otorgan para satisfacer intereses egoístas de su titular, sino para que se cumplan los deberes de los padres, o sea que la titularidad del Derecho está en función del deber.

e) Los derechos familiares por ser de orden público son inalienables, intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles e inexpropiables.

f) Intervención del Estado. En las relaciones familiares interviene el Estado, lo que no significa que sea parte de ellas, sino que hay un interés de la sociedad y del Estado en regular eficazmente las relaciones familiares, por la importancia de la familia como célula base de la sociedad.

Pero no se debe perder de vista que las facultades oficiosas nacen directamente de la Ley Procesal de Familia, la cual inyecta el dinamismo que el Derecho Sustantivo de Familia necesita para su efectiva aplicación, es decir, que aunque en el Código de Familia se regulen situaciones donde el juez pueda actuar de oficio, si estas actividades no se encuentran reguladas dentro de la Ley Procesal, el juez no podría desempeñar dichas facultades, ya que el Derecho Procesal regula la forma de cómo se debe proceder en los

casos concretos.

El Código de Familia vigente le otorga al juez facultades oficiosas en cuanto a resolver en situaciones determinadas o iniciar ciertos procesos, así en el artículo 41 LPrFm se regulan los dos supuestos de iniciación oficiosa del proceso, los cuales son:

1. Cuando el juez obtiene conocimiento de cualquiera de los casos en los cuales de conformidad al Código de Familia el proceso puede iniciarse de oficio; en este caso el juez dictará una resolución en que relacione los hechos en que se fundamenta para iniciar el proceso, a dicha resolución se debe aplicar analógicamente los requisitos para la demanda regulados en el artículo 42 LPrFm, así mismo expresará la finalidad que se propone, esta resolución se notificará al Procurador de Familia y a los interesados, quienes serán citados, también se emplazará a la persona contra quien se inicia el proceso, a partir de ese momento el proceso se tramitará de conformidad a las fases del proceso ordinario (Art. 41 inciso 1º LPrFm);

2. El otro supuesto de inicio oficioso del proceso lo encontramos en el inciso segundo del artículo citado, el cual se refiere a los casos en que el proceso se inicie de oficio por la manifestación verbal de los hechos por el interesado, en este caso el juez procederá tal como se ha manifestado en el apartado anterior, con la diferencia que estos supuestos no se limitan a los casos en los cuales el Código de Familia permite al juzgador iniciar de oficio el proceso, siendo aplicable a aquellos y a cualquier otro proceso que se pueda iniciar. Este supuesto posee dos requisitos de procesabilidad, a fin que se inicie de oficio el proceso, estos son: **La Urgencia** del asunto, el Diccionario de la Real Academia Española define urgencia como: “*Necesidad*

*o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio*¹³¹, es decir que la urgencia es la necesidad referida a la prontitud (carácter apremiante), para alcanzar un resultado o beneficio, en este caso obtener una resolución judicial a favor, por lo que el interesado deberá narrar al juez los hechos en los cuales fundamenta la urgencia de su caso; el otro requisito es **La Calificación** que el juez hará de los hechos puestos a su conocimiento, los cuales deberán ser valorados de acuerdo a las condiciones objetivas y subjetivas del exponente y en interés de la familia, el trámite de este supuesto es el mismo al regulado para el anterior.

La lógica indica que si es el juez quien inicia de oficio un proceso, ya sea por cualquiera de los dos supuestos estudiados anteriormente, amparado en la facultad expresa que le otorga la ley y ante la falta de sujeto activo de la relación jurídico-procesal, él mismo delimitará los hechos a discusión en el proceso y por consecuencia recabará de oficio las pruebas que considere necesarias, sin perjuicio que los sujetos interesados que se incorporen al proceso, puedan ofrecer prueba, ya que se deben aplicar analógicamente las disposiciones referidas al proceso ordinario.

Volviendo al Código de Familia, entre los procesos a los que se refiere el artículo 41LPrFm que pueden ser iniciados de oficio por el juez se pueden enunciar los siguientes:

a) La Nulidad del Matrimonio.

El artículo 91 del Código de Familia, al regular la Legitimación

¹³¹ Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. “**Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**”.

Procesal en caso de Nulidad del Matrimonio, establece que: “La nulidad absoluta del matrimonio deberá decretarse de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto dentro de un proceso; y podrá ser reclamada por cualquiera de los contrayentes, por el Procurador General de la república, por el Fiscal General de la República o por cualquier persona interesada.”

b) Autoridad Parental.

Al hablar de esta institución, nos referiremos a dos casos específicos: la Pérdida y la Suspensión de la Autoridad Parental. Así el artículo 242 CF literalmente dice: “La pérdida y la suspensión de la autoridad parental deberán decretarse por sentencia judicial, a petición de cualquier consanguíneo del hijo, o del Procurador General de la República o por el juez de oficio.” Tanto la Pérdida como la Suspensión de la Autoridad Parental son medidas preventivas respecto de los menores que se encuentran bajo la autoridad parental de sus padres cuando carezcan de una adecuada protección y asistencia, o por la conducta culposa o dolosa de los padres; aunque las consecuencias jurídicas son diferentes, con la primera se rompe definitivamente la relación jurídica de la autoridad parental, mientras que en la segunda puede recobrase la autoridad parental cuando cesan las causas que la motivaron.¹³²

Estos casos se relacionan también a los Procesos de Protección al Menor, los cuales tienen su fundamento en el artículo 351 del mismo cuerpo legal citado, en donde se enumeran, de forma enunciativa y no taxativa, los derechos de los menores. Estos procesos son iniciados de oficio por el juez, en la práctica el conocimiento de los hechos que menoscaban cualquiera de los derechos de los menores son proporcionados por órganos

¹³² CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA Y OTROS. Opus Cit.

jurisdiccionales, por ejemplo Juzgados de Paz o de Instrucción, cuando aparecen como víctimas de un delito menores; instituciones públicas como el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), la Fiscalía General de la República (FGR); así como parientes o personas ajenas al menor sujeto de protección.

c) La Tutela.

El juez debe supervisar el ejercicio de la tutela, para lo cual deberá actuar de oficio, tal como se dispone en el artículo 283 CF: *“La tutela se ejercerá bajo la supervisión del juez, quien actuará de oficio, a solicitud del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, o de cualquier interesado. El juez podrá establecer en la resolución mediante la cual se discierne la tutela, o en otra posterior, las medidas de supervisión y control que estime oportunas en beneficio del pupilo. Asimismo podrá en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del tutelado y del estado de la administración.”*

Como se ha visto en cualquiera de las anteriores situaciones, las cuales son enunciativas, donde el juez de familia esta expresamente facultado para actuar de oficio, se encuentra la posibilidad que esa facultad trascienda al campo de la actividad probatoria, de lo contrario no se efectivizarían dichas normas, que de una u otra forma regulan y protegen derechos e intereses superiores o indisponibles, donde figuran sujetos de protección por su alto grado de vulnerabilidad, es decir los menores e incapaces. Por esta razón se sostiene que “del objeto del proceso derivan graves consecuencias en el plano social, económico, jurídico y sobre todo el moral, que inciden fuertemente en toda la sociedad, lo que hace exigible, al juez, un desempeño altamente activista, de acompañamiento y protección,

para la tutela privilegiada de los intereses públicos envueltos.”¹³³

También se debe señalar que la prueba de oficio que puede decretar el juez se encuentra relacionada con las pruebas específicas exigidas por la ley, en ese sentido en el artículo 55 inciso 2º LPrFm se prevé dicha situación al establecerse que “...cuando la ley exija prueba específica o el juez la considere necesaria para mejor proveer, ordenará su recepción aún de oficio”. En este caso el juez debe, aún de oficio, ordenar dichas pruebas en base a dos supuestos: 1) cuando la prueba sea exigida por la ley, esta demás decir que debe ser de manera expresa; y 2) cuando la considere necesaria para mejor proveer.¹³⁴

Para finalizar se puede concluir que la prueba de oficio esta relacionada a las facultades oficiosas del juez otorgadas en el Derecho Sustantivo de Familia, pero no se debe obviar que esta facultad probatoria del juez nace en la Ley Procesal de Familia, en vista que es ahí donde se efectivizan las instituciones del derecho, específicamente del artículo 7 literal c) en relación al artículo 55, ambos de la Ley Procesal de Familia.

3.1.7 Presupuestos y Límites para Ordenar Prueba por parte del Juez de Familia.

3.1.7.1 Presupuestos para Ordenar Prueba de Oficio.

Presupuestos, según Manuel Ossorio¹³⁵, son *supuestos o suposiciones*, es decir que son requisitos o circunstancias previas que necesariamente han de darse para constituir una relación determinada.

¹³³ HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 215-216.

¹³⁴ En este caso deben tomarse en consideración lo dicho en cuanto a la prueba para mejor proveer, desarrollado en el apartado 3.1.5 de este Capítulo.

¹³⁵ OSSORIO, MANUEL. “**Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**”. Opus Cit.

Respecto a la Prueba de Oficio, en la doctrina se logra identificar como presupuesto esencial para que se pueda ordenar este tipo de pruebas el **Cumplimiento del Derecho Fundamental al Debido Proceso y la Garantía del Juez Imparcial**¹³⁶.

En relación a nuestro sistema normativo, debemos hablar de la **Garantía de Audiencia**, consagrado en el artículo 11 inciso 1º de la Constitución de la República, el cual literalmente dice: “*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*”. En dicha disposición constitucional se encuentran encerradas diversas garantías como el *Debido Proceso*, *Juicio Previo* y el *Ne bis in idem* o *prohibición del doble enjuiciamiento*. Además dentro de la Garantía del Juicio Previo se encuentra el Derecho de Defensa y dentro de este los principios de contradicción, igualdad e intermediación. En esa línea de ideas la Garantía de Audiencia se instituye como el presupuesto esencial para ordenar la prueba de oficio dentro del Proceso de Familia.

En la Legislación Secundaria se encuentra el artículo 7 literal c) de la Ley Procesal de Familia, donde se regula imperativamente, el presupuesto de **Respeto al Derecho de Defensa de las Partes**, al decir que el juez esta obligado a “ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, sometidos a su conocimiento y decisión, respetando el derecho de defensa de las partes”; siendo este el único presupuesto legitimador de la actividad oficiosa en materia probatoria regulado en la Ley Procesal de Familia, por armonizar con el artículo 11 de la Constitución de la República, constituyéndose también como límite a la

¹³⁶ HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 218.

actividad probatoria del juez, como se estudiará más adelante.

Así mismo se pueden considerar como presupuestos para que el juez pueda ejercer la facultad oficiosa de aportar pruebas en el Proceso de Familia, los casos determinados por la Ley estudiados en los párrafos anteriores, en ese sentido, el presupuesto fundamental es:

1) El respeto a la Garantía de Audiencia, que supone el respeto a la garantía del debido proceso y al efectivo ejercicio del Derecho de Defensa de las partes;

No obstante, se deben tomar en cuenta los casos expresamente regulados en el Código de Familia donde se otorgan facultades oficiosas al Juez, por ejemplo Nulidad del Matrimonio, Suspensión y Pérdida de la Autoridad Parental y el Ejercicio de la Tutela; y cuando se trate de Derechos Superiores o Indisponibles, relacionados a menores e incapaces.

3.1.7.2 Límites para Ordenar Prueba de Oficio.

Como se ha mencionado anteriormente, los límites a la facultad oficiosa del juez para aportar prueba dentro del proceso, reconocidos en la doctrina, se resumen en tres:

3.1.7.2.1 Se debe limitar a los hechos discutidos en el proceso.

Es un principio innegable de la dispositividad procesal, que los hechos sean aportados exclusiva y excluyentemente por las partes, las que determinan a través de su pretensión y resistencia los límites fácticos de la litis, marcando el entramado de hecho sobre el cual debe dictarse la

sentencia¹³⁷.

El principio dispositivo informa el objeto del proceso e indica a quién le corresponde la titularidad de la pretensión y cómo debe someterse a ella el órgano judicial. Un sistema procesal en el que rige el principio dispositivo atribuye a las partes, en exclusiva, la capacidad para decidir si acuden a los tribunales a ejercitar su derecho de acción y también para delimitar cuál es el objeto del proceso. Como parece evidente y ha destacado la doctrina civilista, el principio dispositivo se funda en que en el proceso civil se actúan derechos subjetivos y, por lo tanto, disponibles en la mayor parte de los casos.¹³⁸

En ese sentido, como se estudio en el capítulo anterior, en un sistema dispositivo el juez tiene el deber de considerar para su decisión aquéllos hechos portados expresamente por las partes, así como le esta prohibido tomar en cuenta hechos no afirmados oportunamente en el proceso.¹³⁹

Sin embargo se debe tener en cuenta aquellos ordenamientos donde se han previsto determinados derechos en los que está en juego no sólo el interés de la parte, que puede tenerlo o no, sino un cierto interés público. En estos procesos regirá el principio exactamente contrario: el inquisitivo y, en consecuencia, el Estado tiene interés en el objeto del proceso. En estas ocasiones, la acción puede ser entablada por un órgano del Estado quien actúa ante los tribunales en representación de quienes no pueden acudir por sí mismos a los tribunales (menores e incapaces).¹⁴⁰ En esta última idea puede tener asidero el carácter especial del Derecho de Familia, tanto en su ámbito sustancial como procesal, pero se debe tener en cuenta que esta

¹³⁷ *Ibidem*. Pág. 220.

¹³⁸ ESCRIBANO MORA, FERNANDO. “**La Prueba en El Proceso Civil**”. Opus Cit. Pág. 25.

¹³⁹ Ver Capítulo II, Pág. 51-53.

¹⁴⁰ ESCRIBANO MORA, FERNANDO. Opus Cit. Pág. 26.

debe ser la excepción al Principio Dispositivo y se debe aplicar solamente en los casos permitidos por la ley.

3.1.7.2.2 Se debe limitar a las Fuentes probatorias que consten en la causa.

Este límite se encuentra íntimamente relacionado con el anterior, ya que las fuentes de prueba son los mismos hechos aducidos en el proceso por las partes, los cuales se convierten en fuentes cuando estos son recreados al juez con los medios de prueba regulados en la ley, así, si se pretende probar un hecho por una de las partes, el juez en su actividad oficiosa se debe limitar a ordenar prueba sobre el mismo hecho fuente, lo cual no lo vincula a usar el mismo medio utilizado por la parte que la ofreció.

Esto no debe entenderse como complemento de prueba, ya que el juez, en el ejercicio de su facultad, puede ordenar prueba paralelamente a la aportada por una de las partes sobre el mismo hecho fuente, sin que la primera sea complemento de la segunda, porque esta no se ha producido previamente.

3.1.7.2.3 Que permita ejercer el Derecho de Defensa de las Partes.¹⁴¹

Este límite supone la posibilidad de ciertas acciones:

1) Que se pueda controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir de oficio por el juez;

2) Que se pueda producir contra prueba por las partes o la posibilidad de ampliar las ya aportadas por las mismas; esto no es más que la posibilidad de la parte de ofrecer medios de prueba destinados a destruir las ofrecidas por el Tribunal. En este caso no hay una exigencia de identidad

¹⁴¹ HUNTER AMPUERO, IVÁN. Opus Cit. Pág. 218, 223 y 224.

entre la prueba ofrecida por el juez y la contraprueba de la parte, es decir que si la prueba propuesta por el juez es un examen Psiquiátrico, la parte debe ofrecer otro igual; de igual modo, no se infringe este derecho si la parte decide no rendir contraprueba y renuncia a tal posibilidad, ya que este se agota con la simple posibilidad de aportar prueba; y

3) Que se permita discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión. Este último apartado se debe considerar como una última oportunidad de controvertir la prueba aportada oficiosamente por el juez en los alegatos de cierre del proceso, en donde se debe dar la oportunidad a que la parte que considere que dicha prueba le perjudica, pueda discutir la eficacia de la misma, ya que este momento procesal es el que le sigue al fallo, por lo que ya se ha producido la prueba y se conocen los resultados de la misma.

El Juez en el trámite del Proceso debe procurar la realización de las anteriores acciones como derechos que poseen las partes dentro del proceso y en respecto de los principios de igualdad y contradicción, que forman parte del derecho de defensa, así evitar cualquier límite o vulneración a los mismos.

A excepción del Derecho de Defensa, estos límites no se encuentran regulados en la Ley Procesal de Familia, causando un grave problema que se traduce en inseguridad jurídica, en vista que los sujetos intervinientes en el proceso, a parte del juez, no conocen el momento en que la prueba de oficios se puede ordenar, los presupuestos para la misma o sus límites.

3.2 EL DERECHO DE DEFENSA.

Previo a desarrollar lo concerniente al Derecho de Defensa, es importante analizar la garantía de audiencia, llamada también “Garantía del Debido Proceso Legal” o “La Ley de la tierra”, en los países anglosajones, “Garantía a la Tutela judicial Efectiva para Los Tribunales”, En España y “Garantía de Legalidad”, “Garantía de jurisdicción” o “Garantía jurisdiccional”, En México.¹⁴²

La Garantía de Audiencia se encuentra regulada en la Constitución de la República en el Art. 11 inciso primero que estipula: *“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”*.

De la lectura del artículo antes citado se puede deducir:

1. Que la garantía de Audiencia, corresponde tanto a Nacionales como Extranjeros, ya que la disposición dice “Ninguna Persona”, sin hacer distinción alguna, bajo el concepto de persona se comprenden tanto las Naturales como las Jurídicas.
2. La privación es la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad que puede consistir en la disminución de la esfera jurídica de la persona, ya sea porque se le impide el ejercicio de un Derecho o porque se le prive del mismo. No basta la

¹⁴² BERTRAND GALINDO FRANCISO y OTROS. **“Manual de Derecho Constitucional”**, Tomo II Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2000 Pág. 863.

existencia del acto de privación para que se vulnere la Garantía de Audiencia, sino que es necesario además que el agravio sea definitivo, es decir que se debe agotar toda la justicia ordinaria antes de buscar la constitucional mediante el amparo.

3. La garantía de audiencia si bien en su contenido implica el desarrollo de una actividad jurisdiccional, no por eso obliga únicamente a los tribunales o a las autoridades administrativas, sino que a todos los órganos del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, ya que en su esencia no solo responde a una protección al gobernado sino que a razones de orden público.
4. Los bienes jurídicos tutelados por la garantía de Audiencia son: La vida, la libertad, la propiedad, la posesión y cualquier otro derecho.¹⁴³

En cuanto al alcance de esta garantía la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que es una "expresión onmicomprensiva con que se hace referencia a las facultades, poderes y garantías que han de obligatoriamente observarse en un proceso"¹⁴⁴.

En el inciso 1º del artículo 11 de la Constitución se encuentran reguladas dos garantías, a parte de la Garantía de Audiencia, como los son:

a) El Juicio Previo, el cual "supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al

¹⁴³ *Ibidem*. Pág. 867 y 868.

¹⁴⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte suprema de Justicia, 16-XII-1997, Amp. 9-S-95, considerando III 4.

sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia. Por todo ello, esta Sala ha sostenido repetidamente que existe violación al derecho constitucional de audiencia cuando el afectado por la decisión estatal no ha tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales –procesales o procedimentales– establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia”¹⁴⁵. De lo anterior podemos deducir que los procedimientos realizados dentro del proceso no se encuentran al arbitrio de los jueces, sin perjuicio de la aplicación análoga o supletoria en los casos en que no se encuentren regulados dichos procedimientos, siempre respetando los derechos, principios y garantías procesales.

b) Ne bis in idem, es decir la garantía de prohibición del doble enjuiciamiento, la cual significa “la prohibición sobre la duplicidad de decisiones respecto de un mismo hecho y en relación de una misma persona; y específicamente en el área judicial, la inmodificabilidad del contenido de una resolución estatal que decide de manera definitiva una situación jurídica determinada, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley”¹⁴⁶.

Es importante mencionar también que dentro de la Garantía de Audiencia se encuentra el Derecho de Defensa ya que la primera supone, como hemos visto, la garantía del juicio previo, en el cual se instituyen los procedimientos que brindan la posibilidad real de defensa de las partes, en

¹⁴⁵ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte suprema de Justicia, de 13-X-1998, Amp. 150-97, considerando II 1.

¹⁴⁶ Resolución de Imprudencia de 11-VIII-1997, Amp. 276-97.

ese sentido se puede definir el Derecho de Defensa como la Facultad que poseen las partes dentro del proceso para ofrecer prueba y controlar la prueba de la contraparte, con la finalidad de obtener una decisión fundada en derecho.¹⁴⁷ Este control de la prueba a que se hace referencia, debe ampliarse a la prueba ordenada por el juez, de no ser así se vulneraría el principio de Igualdad y Contradicción, lo que erosionaría el Derecho de Defensa. Así dentro del derecho de defensa se encuentran los principios de: contradicción, igualdad, inmediación, etc.

Para concluir este apartado se debe de afirmar que la Garantía de Audiencia es el instrumento procesal específico para tutelar el derecho de defensa, por la relación que se entabla entre las garantías y los derechos, en ese sentido sino se permite el desarrollo de la garantía de audiencia sería imposible el ejercicio del derecho de defensa de las partes.

¹⁴⁷ BERTRAND GALINDO FRANCISO y OTROS. Opus Cit. Pág. 869 y 870.

CAPÍTULO IV: EL PROCESO DE FAMILIA.

4.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO DE FAMILIA.

4.1.1 Ámbito Internacional.

A nivel internacional algunos países han optado por dictar códigos independientes para regular el Derecho de Familia, Considerando necesario separarlo del Derecho Civil, donde tradicionalmente fue regulada la materia; entre los países latinoamericanos que dieron este paso podemos mencionar a Bolivia en 1972, Costa Rica en 1973, Cuba en 1975 y Honduras en 1984.

En el viejo continente los países nórdicos de Europa occidental se inclinaron por esa misma dirección proliferándose la misma tendencia en los países socialistas, siguiendo el ejemplo de La Ex Unión Soviética que desde 1918 decretó leyes especiales sobre la familia. En cambio los países de Europa Occidental Continental reformaron sus códigos civiles, donde continua siendo regulada la materia.

4.1.2 Ámbito Nacional.

La normativa familiar en El Salvador, de la misma manera que a nivel internacional, fue inscrita con la promulgación del Código Civil en 1860, siendo hasta el año de 1979 que comenzó a plantear la necesidad de sustraer la normativa familiar del Derecho Privado, el cual a pesar de haber experimentado modificaciones influida por la experiencia germánica y canónica- medieval, respondía en general, a principios que no se adaptaban a la familia salvadoreña, sino a la romana antigua, no dando respuesta a las necesidades socioculturales salvadoreñas.

La familia continuó recibiendo la orientación jurídica patriarcal, discriminatoria, que nos legara el derecho romano, Francés, y napoleónico, donde los más desprotegidos fueron la mujer y los niños.¹⁴⁸

Adelantándonos un poco en el tiempo, el Código de Familia entro en vigencia el primero de octubre de 1994, adecuándose a normas y principios contenidos en La Constitución de la República, los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, dentro de los que podemos mencionar: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y a las modernas orientaciones del Derecho de Familia, derogando los ya existentes en el Código Civil que chocaban con normas y principios que, en muchos casos, constituían una violación a principios internacionales que obligan a El Salvador.

El Código de Familia vigente tiene como uno de los principios rectores “**La Igualdad**”, considerado como el logro más significativo en el tratamiento de las relaciones de la pareja y de los hijos, ya que conducen a un mejor entendimiento en las relaciones intergeneracionales de los miembros de la familia.¹⁴⁹

La Ley Procesal de Familia complementa al Código de Familia para hacer efectivos los derechos y deberes normados, haciéndose necesaria para la protección familiar un proceso que coloque a los justiciables en una situación real de protección jurídica cuando un juez especializado en el

¹⁴⁸ CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA Y OTROS. “**Manual de Derecho de Familia**”, Opus Cit.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

tratamiento de la problemática familiar, apoyado por un equipo de profesionales de las ciencias sociales, sea quien dicte el fallo.

4.2 EL PROCESO DE FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.

4.2.1 Definición.

Para poder dar una definición del Proceso de Familia, es necesario, primero definir el proceso en general.

En lenguaje común, en un sentido literal y lógico, no jurídico, por proceso se entiende “cualquier conjunto de actos coordinados para producir un determinado fin”.

En sentido jurídico, el término proceso, generalizado se entiende como; “una serie de cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico”. Procesalmente hablando, por proceso se entiende: “El conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante los funcionarios competentes (jueces) del órgano jurisdiccional del Estado para obtener la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretenden tener las personas. Lográndose tutelar el orden jurídico mediante la actuación de la Ley en un caso concreto, manteniendo la armonía y la paz social”.

Guillermo Cabanellas define el procedimiento como: “el Conjunto de Actos, diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en una causa” y al proceso “como las diferentes fases o etapas de un acontecimiento”¹⁵⁰

¹⁵⁰ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. “**Diccionario Jurídico Elemental**”, Opus

El procedimiento alude al fenómeno externo, al desenvolvimiento de la actividad pre ordenada por la ley procesal, que realizan las partes y el Órgano de la Jurisdicción. El proceso en cambio, es unitario y se conecta con la función jurisdiccional pudiendo recorrer más de una instancia y no por ello pierde su unidad sistemática, aunque coexista más de un procedimiento, ya que en la primera instancia se sigue uno y frente al Tribunal de Apelación se da otro procedimiento para la tramitación del recurso.

Finalmente el Proceso de Familia puede ser definido como; “El conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante los funcionarios competentes del Órgano Jurisdiccional del Estado, que tiene como fin regular las relaciones derivadas del vínculo familiar, mediante la actuación de la Ley en un caso concreto”.¹⁵¹

4.2.2 Características del Proceso de Familia.

El proceso de familia presenta características propias o especiales que lo diferencian de otros procesos; entre las principales características se encuentran:

4.2.2.1 Jueces Especiales.

Esta característica se remonta a la necesidad de creación de Tribunales de Familia para hacer efectiva la aplicación del Código y demás legislación familiar, los cuales comenzaron a funcionar a partir del primero de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Cit.
¹⁵¹ VÁSQUEZ LÓPEZ, LUIS. “**Estudio del Código de Familia**”, Editorial LIZ, 1996, San Salvador.

La necesidad de crear Tribunales Especializados que conozcan única y específicamente todo lo referente al Derecho de Familia es importante, ya que de otro modo los jueces aplicarían el Derecho de Familia bajo criterios diferentes de corte civilista o patriarcal, tendiéndose a desnaturalizar las normas de familia, con el consiguiente perjuicio para los involucrados, lo cual no contribuirá a garantizar y consolidar la convivencia familiar y a resolver con mayor justicia los conflictos familiares, creando un ambiente de inseguridad y desconfianza entre los involucrados en el conflicto.

4.2.2.2 Proceso Mixto

El proceso de familia se caracteriza por ser mixto, pues existe la alternabilidad de la oralidad con la escritura, ya que el desarrollo del proceso es a través de audiencia oral, concentrando la mayoría de actos procesales en la audiencia preliminar y de sentencia, lo cual no implica la exclusión de la escritura en el proceso, pues lo que persigue es el uso de la palabra hablada en los actos susceptibles de esa forma de expresión (prueba, alegatos, etc.) y la escritura en los que se requiere mayor precisión y permanencia (Demanda, contestación de la demanda, etc.) siendo necesario dejar constancia por escrito de todo lo actuado en el proceso.

4.2.2.3 Proceso Reservado.

El sistema de oralidad favorece la publicidad en los procesos pero en este caso por tratarse de una materia donde se regulan relaciones familiares en las cuales están inmersos valores como la dignidad personal, intimidad, igualdad, unidad de la familia, el interés superior de la familia, del menor y de las personas de la tercera edad, etc., se tiene un mayor control en cuanto a la privacidad del proceso; por lo cual aunque la audiencia sea oral, a diferencia de lo que acontece en otros procesos, generalmente no es pública,

sino secreta y reservada.¹⁵²

4.2.2.4 Procuración Obligatoria.

La Ley Procesal de Familia establece que es necesario que la persona que sea parte en el proceso de familia debe ser representada por un abogado (Art. 10 LPrFm), a quien se le debe otorgar en escritura pública poder para actuar en el proceso (Art. 11 LPrFm).

En caso de ser una persona que no cuente con los recursos económicos para poder nombrar un apoderado, se puede acudir a la Procuraduría General de la República y solicitar ser representado por un auxiliar designado por el Procurador General de la República; la Ley Procesal de Familia establece la asignación de un procurador de Familia en cada Juzgado, para asumir la representación legal de las personas ausentes cuyo paradero se ignora y son demandados, y de las personas que no comparecen después de emplazados por no poderseles declarar rebeldes. También el procurador interviene defendiendo el interés público, vigilando el cumplimiento de la Ley y garantizando una real protección de los intereses de la familia, de los menores y demás incapaces (Artículo 10 Inciso 2º, 19, 20, 92 Ley procesal de Familia).

4.2.2.5 Auxiliares de los Tribunales de Familia.

Esta característica hace referencia al apoyo que prestan a los Jueces de Familia las diferentes instituciones públicas como por ejemplo el Instituto de Medicina Legal, el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, la Procuraduría General de la República, etc. Así como a los profesionales que

¹⁵² *Ibidem.*

conforman el “EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO” formado por psicólogos, trabajadores sociales y educadores (Artículo 4 LPrFm); estos últimos brindan al juez una visión amplia y completa de los casos por él referidos, a través del diagnósticos y recomendaciones que emiten, lo cual le sirve de mucho apoyo para tener una mejor apreciación de la situación familiar de los involucrados en un proceso.

4.2.2.6 No Declaratoria de Rebeldía.

En el proceso de familia se establece que toda persona que tenga la calidad de demandado puede comparecer en cualquier estado del proceso, tomándolo en el estado en que se encuentre (Art. 92 Ley Procesal de Familia); no habiendo declaratoria ni acuse de rebeldía en virtud del tipo de relaciones que la ley regula y del derecho de defensa que toda persona posee, para lo cual el Procurador de Familia adscrito al Juzgado asume la representación legal del demandado (Artículo 92 LPrFm).

4.2.2.7 Garantía al Derecho de Impugnación.

En el proceso de familia se garantiza este derecho al permitir una serie de medidas destinadas al control de las resoluciones judiciales, como lo son los recursos de: Revocatoria (Art. 150 LPrFm); Apelación (Art. 153-156 LPrFm); y de Casación (Art. 147 LPrFm).

4.2.2.8 Valoración de la prueba.

En el proceso de familia se establece el sistema de la “**Sana Crítica**”, que permite al juez decidir en base a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y la psicología; si una circunstancia se encuentra o no probada, el sistema de la sana crítica no significa libertad absoluta en la apreciación de

la prueba, ya que es necesario que el juez fundamente su decisión y lo haga de acuerdo a las reglas de las disciplinas mencionadas. La libertad absoluta para el juzgador en la apreciación de la prueba es el sistema denominado de íntima convicción que no exige fundamentación respecto del valor dado a la prueba, ya que la convicción del juez es suficiente, pero este no es el sistema que regula la Ley Procesal de Familia.¹⁵³

Se puede decir entonces, que el sistema de la sana crítica surge como una categoría intermedia entre el sistema legal y el sistema de la íntima convicción; ya que frente a la absoluta libertad que tiene el juez para apreciar y valorar las pruebas frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge la sana crítica la cual deja al juez formar libremente su convicción pero obligándose a establecer los fundamentos de la misma. El legislador le dice al Juez “juzga como tu inteligencia lo indique, utilizando un sistema racional de deducciones”, es decir, que va a apreciar las pruebas en base a las reglas de la sana crítica, las cuales Couture define como “Las reglas del correcto entendimiento humano (porque nacen de cada caso particular, de la razón y de la conciencia del legislador) contingentes y variable 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.”¹⁵⁴

En ese sentido las reglas de la sana crítica, son aquellas que permiten al juzgador adecuar su fallo a la prueba que reconstruya un hecho en natural desenvolvimiento, o al menos, se aproxime a la realidad ocurrida, basadas en la lógica, la psicología y la experiencia de la vida.¹⁵⁵

El sistema de la Sana Crítica se ve Reflejado en el artículo 56 de la

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ COUTURE, EDUARDO J. “**Las Reglas de la Sana Crítica en la Apreciación de la Prueba Testimonial**”, Revista de Doctrina y Jurisprudencia.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

Ley Procesal de Familia que habla sobre la valoración de la prueba, cuya disposición literalmente dice así: “Las Pruebas se apreciarán por el juez según las reglas de la sana critica, sin perjuicio de la solemnidad instrumental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos”.

La garantía del sistema de la Sana Critica está basada en que el juez al momento de dictar sentencia está obligado a motivarla, es decir, que tiene que explicar cuáles fueron las razones que lo impulsaron a tomar en cuanto determinado medio de prueba y a rechazar otras; ya sea porque no resistieron el análisis crítico que el juez le hace a las pruebas basadas en las reglas de la Sana Critica. Lo anteriormente expuesto está respaldado o confirmado en el Art. 7 literal i) de la Ley Procesal de Familia.

4.2.3 Principios Procesales que Contempla la Ley Procesal de Familia.

En nuestro país el Proceso de Familia incorpora tendencias modernas del Derecho Procesal, caracterizado por adherirse y fundamentarse en los Principios Constitucionales y en los Principios Rectores de la Ley Procesal de Familia, lo cual ayuda a una pronta administración de justicia en la solución de conflictos familiares. Entre algunos principios en los cuales se fundamenta el Proceso de Familia podemos encontrar:

4.2.3.1 Principio de Oralidad.

La oralidad es considerada como el medio originario y natural con que puede expresarse el pensamiento humano y reproducirse de manera clara y lógica un acontecimiento histórico pasado.¹⁵⁶

¹⁵⁶ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. “Los Diversos Sistemas Procesales Penales

En el proceso de familia podemos observar que se establece el principio de oralidad al regularse que dicho proceso se realiza por audiencias orales (Art. 3 literal d) LPrFm) lo cual permite que se desarrollen de forma más clara principios que están íntimamente relacionados con la oralidad (inmediación, economía procesal, etc.).¹⁵⁷

La oralidad en el proceso permite al juzgador una apreciación directa de la prueba, lo cual facilita el análisis de la sinceridad o credibilidad del testimonio y de la persona que lo presta; así también la oralidad le da al proceso en general una mayor agilidad y una tramitación mucho más expedita, permitiendo con ello la posibilidad de una mejor administración de justicia en materia de familia.

4.2.3.2 Principio de Economía Procesal.¹⁵⁸

La economía procesal es una de las consecuencias o beneficios que trae consigo la oralidad, pues al realizarse la mayoría de actos procesales en las audiencias establecidas en el proceso de familia y al estar inmersa la oralidad se obtiene una ágil y pronta administración de justicia y además ahorra costos desde el punto de vista económico y sobre todo elimina en gran medida el desgaste emocional al que están sometidos los miembros de la familia durante el proceso (Artículo 3 literal c) y f) LPrFm).

4.2.3.3 Principio Dispositivo e Inquisitivo.

En virtud del principio dispositivo las partes son los sujetos activos del acto procesal, en el proceso de familia por ejemplo la iniciativa para iniciar el

Principios y Ventajas del Sistema Procesal Mixto Moderno” 1998. Pág. 30.

¹⁵⁷ BARILLAS DE SEGOVIA, SONIA DINORA. “**Apuntes sobre Derecho Procesal de Familia**”, Editorial LIZ, 2000, Pág. 17.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

proceso la tiene la parte demandante (Art. 42 LPrFm) también tiene iniciativa para modificar o ampliar la demanda (Art. 43 LPrFm); ambas partes pueden desistir (Art. 86 LPrFm), o interponer recursos (Art. 148 LPrFm); actuaciones que no podrán realizar por sí mismos, sino a través de apoderado, ya que la Ley Procesal de Familia establece la procuración obligatoria (Art. 10 LPrFm).

En el desarrollo del principio inquisitivo el juez deja de ser el sujeto pasivo del proceso e interviene activamente, pues está facultado para iniciar el proceso de oficio en los casos que la ley lo establece (Art. 3 literal a) LPrFm), lo cual faculta al juez de dirigir e impulsar el proceso y evitar toda dilación o diligencia innecesaria, convirtiéndose el juez en protagonista y no en espectador, siendo por tanto el juez activo y participativo.

Por esa razón se puede decir que el Proceso de Familia posee tanto la característica de ser inquisitivo y además dispositivo.

4.2.3.4 Principio de Inmediación.

Los medios de Prueba que se viertan en el proceso deben ser puestos en conocimiento de los sujetos procesales directa y simultáneamente (Art. 3 literal f) Ley Procesal de Familia).

La oralidad permite que se desarrolle de manera más clara la inmediación debido a que la estructura del proceso por audiencias determina que el mayor número de cuestiones debatidas se ventilen y decidan en las audiencia preliminar o en la audiencia de sentencia, lo cual permite al juzgador el entrar en conocimiento directo, sin intermediarios, de los medios probatorios; para así poder valorarlos y emitir su decisión de conformidad con

los mismos.¹⁵⁹

4.2.3.5 Principio de Concentración o Continuidad.

Toda la Prueba que haya de servir para el dictado de la sentencia, debe ser reunida y evacuada sucesiva pero conjuntamente. La continuidad significa que entre la recepción de la prueba y el pronunciamiento o fallo judicial debe haber una aproximación temporal inmediata, pues los resultados favorables obtenidos en la inmediación pueden verse afectados con la no aplicación de la continuidad; ya que las impresiones y recuerdos se borran o desaparecen en la medida que el lapso de tiempo que pueda transcurrir entre la práctica y la apreciación de la prueba sea excesivamente dilatado (Art. 3 literal c) LPrFm).

4.2.3.6 Principio de Igualdad.

En virtud de este principio el juez debe procurar que las partes en el proceso tengan los mismos derechos y oportunidades procesales para ejercer la defensa de sus pretensiones (Art. 3 literal e) LPrFm).

4.2.3.7 Principio de Publicidad

Este principio se establece como un criterio fiscalizador de la actividad jurisdiccional por parte de la comunidad.

En materia de familia la ley establece la posibilidad que el juez de oficio o a instancia de parte ordene que las audiencias se celebren reservadamente en defensa del derecho a la intimidad que tienen las partes en el proceso (Art. 3 literal d) LPrFm).

¹⁵⁹ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. Opus Cit. Pág. 48.

4.2.3.8 Principio de Congruencia.

Implica la concordancia que debe existir entre la pretensión de la demanda y los puntos resueltos en la sentencia; lo cual en derecho de familia es relativo, pues no se limita a exigir la armonía entre los puntos propuestos en la demanda y los resueltos en la sentencia, sino que la ley obliga al juez a pronunciarse sobre todos los aspectos que por disposición legal le corresponde resolver (Art. 3 literal g) LPrFm); por ejemplo: en un caso de divorcio, el juez debe decidir sobre el divorcio y además sobre los alimentos, el cuidado personal de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estadía de los hijos, quien de los cónyuges tendrá el uso de la vivienda y de los bienes muebles de uso familiar (Art. 111 Código de Familia).

4.2.3.9 Principio de Preclusión.

Este principio se ha flexibilizado en el sentido de permitir admisión de hechos nuevos y la admisión de nueva prueba, así como la determinación de los hechos del proceso en Audiencia Preliminar, lo que permite a las partes puntualizar, aclarar o rectificar los puntos alegados (Art. 43, 44 inciso último, 108 LPrFm).¹⁶⁰

4.2.3.10 Principio de Impugnación.

Las partes en el proceso de familia tienen la facultad para atacar las providencias judiciales a través de los recursos de revocatoria, apelación y casación; en el cual para su correcto desarrollo requiere de la motivación de la sentencia, pues la ley procesal de familia exige que el juez fundamente todas sus resoluciones (Art. 7 literal i) en relación al art. 82 literal d) LPrFm).

¹⁶⁰ BARILLAS DE SEGOVIA, SONIA DINORA. Opus Cit. Pág. 17.

4.2.4 Estructura del Proceso de Familia en la Legislación Salvadoreña.

El proceso de familia se inicia generalmente a petición de la parte interesada, sin embargo, la Ley Procesal de Familia regula el inicio oficioso del proceso, por ejemplo en los casos de protección a los menores de edad (Art. 344 y siguientes CF), la nulidad absoluta del matrimonio (Art 91 CF) o en la suspensión y pérdida de la Autoridad Parental (Art 240 y 241 CF); se puede iniciar de oficio el proceso de familia con la sola manifestación verbal del interesado, siempre que el caso sea de urgencia y en interés de la familia, aspectos que el juez califica previamente (Art. 41 Ley procesal de Familia).

En términos generales el Proceso de Familia posee la siguiente estructura:

a) Demanda.

La demanda debe presentarse a través de un abogado, por ser la procuración obligatoria en esta materia (Artículo 10 LPrFm) y por escrito, debiendo cumplir con los requisitos que establece el artículo 42 de la Ley Procesal de Familia, entre ellos: el relato de los hechos, la pretensión clara y precisa; como también el ofrecimiento y determinación de los medios de prueba, acompañándose de los documentos en que se fundamenten los hechos.

b) Admisión.

Si la demanda reúne los requisitos legales, se admitirá dentro de los 5 días siguientes al de su presentación (Artículo 95 LPrFm), y se ordenará el Emplazamiento del demandado, el cual puede ser personal o por edicto,

según sea el demandado de domicilio conocido o ignorado. (Art. 34 LPrFm).

c) Emplazamiento.

Es el acto de comunicación hecho al demandado, con el fin de hacerlo sabedor de la demanda interpuesta en su contra, el cual puede ser de formas:

1. Cuando es de domicilio conocido, se debe realizar personalmente o por esquila en el lugar señalado para tal efecto; si el domicilio estuviera fuera de la sede del Juzgado se realizara por medio de provisión o exhorto y si estuviera fuera del país se hará por suplicatorio, (Art. 34 inciso 1º, 2º y 3º LPrFm).

2. Cuando el domicilio del demandado es ignorado, se realizará por medio de Edicto, el cual deberá publicarse por tres veces en un diario de mayor circulación, (Art. 34 inciso 4º y 5º LPrFm).

c) Contestación de la Demanda.

La contestación de la demandad debe hacerse por la parte demandada, dentro de los 15 días hábiles siguientes al Emplazamiento (Art. 97 Ley Procesal de Familia). Debiendo presentarse por escrito, a través de apoderado, (Art. 10 LPrFm); pronunciándose el demandado sobre la verdad de los hechos alegados, ofreciendo y determinando la prueba que hará valer en defensa de los derechos (Art. 46 LPrFm).

d) Examen Previo.

El juez analiza la demanda, su contestación y la documentación presentada en los 3 días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para

contestar la Demanda (Art. 98 Ley Procesal de Familia).

e) Cita para Audiencia Preliminar.

Concluido el Examen Previo, el juez señalará día y hora para celebrar Audiencia Preliminar. Debiendo realizar dentro de un plazo no menor de 10 días hábiles, ni mayor de 30 días hábiles, citando a las partes, que pueden comparecer personalmente y asistiéndose de su Apoderado o Representantes Legales, y al procurador de Familia. (Art. 36, 99 y 100 Ley Procesal de Familia).

f) Audiencia Preliminar.

La Audiencia preliminar se constituye de dos fases:

1. FASE CONCILIATORIA

Tiene por finalidad resolver el conflicto en forma amigable, a través de soluciones que pueden proponer el juez o las partes, quienes son los que finalmente deciden. Buscándose beneficiar a las partes y miembros de la familia en conflicto, reconociendo sus derechos y deberes recíprocos, encontrándose una solución justa y equilibrada a sus diferencias, siempre que por la naturaleza del proceso pueda existir conciliación.

La conciliación es presidida por el juez, quien invita a las partes a conciliar, pudiendo dar como resultado tres posibilidades:

- 1- Que se dé una conciliación total de los puntos sometidos a la misma. En este caso el juez la aprobara si la estima legal, homologando los acuerdos a que lleguen las partes, concluyéndose el proceso (Artículo 103 LPrFm).

- 2- Que no haya conciliación, pudiéndose solicitar posteriormente por las partes en forma conjunta (Artículo 84 LPrFm).
- 3- Y que haya conciliación parcial. Continuando el proceso, sobre lo que no hubo acuerdo.

2. FASE SANEADORA

La Fase Saneadora evita o precave una posible nulidad, desgastar a la administración de justicia recibiendo prueba y confirmándola para que al final no sea ineficaz. Por lo que el juez oír a las partes para que aclaren y ratifiquen cuanto sea preciso para establecer los términos del debate, fijar los puntos en que no hay controversia, evitar la recepción de pruebas si las presentadas son concluyentes o las partes están de acuerdo en los hechos, en cuyo caso, solo se tratará de aplicar el derecho al conflicto planteado y el fallo se puede dictar en la misma Audiencia Preliminar. En caso contrario, pronunciara la sentencia dentro de los 5 días hábiles siguientes (Art. 110 Ley Procesal de Familia).

Una vez Concluida la Audiencia Preliminar, el juez fijara la fecha de celebración de la Audiencia de Sentencia, Fijándose como plazo máximo los 30 días hábiles siguientes a La Celebración de la Audiencia Preliminar (Art. 113 y 36 Ley Procesal de Familia).

g) Audiencia de Sentencia.

Para la celebración de esta Audiencia deberán citarse todas las partes, sus Apoderados o Representantes legales y el procurador de familia, al menos con 3 días de antelación. En esta Audiencia se reciben las Pruebas, se leen y anexas las rendidas anticipadamente, como las conclusiones de los dictámenes periciales y de los estudios psicosociales.

El Juez inicia la Audiencia, declarándola abierta y con las partes presentes procede a la lectura de las peticiones de la demanda y contestación en cuanto a los puntos controvertidos (Art. 114 LPrFm).

Después de resolver las excepciones perentorias y otros asuntos pendientes el juez procede a recibir las pruebas, si se trata de la testimonial, el juez llama a los testigos uno a uno, comenzando por los que ofrece el demandante, pudiendo alterar ese orden cuando lo considere necesario. El interrogatorio de los testigos, peritos y especialistas se lleva a cabo por las partes, los apoderados, el juez y el procurador de familia, quienes interrogaran directamente de viva voz, no permitiéndose las preguntas capciosas, sugestivas e impertinentes. El juez moderara el interrogatorio, evitando que se produzcan presiones indebidas y ofensas a la dignidad del interrogado (Artículo 116 y 117 LPrFm).

La prueba documental debe exhibirse indicando su origen, los instrumentos se podrán leer y las partes o sus apoderados pueden controvertir su contenido. Las grabaciones podrán ser presenciadas y oídas únicamente por las partes, sus apoderados y el procurador de familia, cuando el juez así lo decida.

En el caso que surjan nuevos hechos que requieran comprobación el juez podrán ordenar la recepción de las pruebas que considere necesarias para mejor proveer.

h) Alegato de las partes.

Después de recibidas las pruebas se oyen las alegaciones del Demandante, Demandado y el Procurador de Familia, si fuere el caso, por un tiempo máximo de 30 minutos cada uno (Art. 121 Ley Procesal de Familia).

i) Fallo y Sentencia.

Concluidas las alegaciones, se procederá en la misma Audiencia a dictar el fallo, resolviendo todos los puntos propuestos y los que por mandato legal sean su consecuencia; si fuere posible se dictara Sentencia a continuación, pero si no lo es, el juez deberá pronunciarse dentro de los siguientes 5 días hábiles (Art. 82 y 122 LPrFm).

j) Recursos.

De la sentencia pronunciada por el Juez de Primera Instancia en materia de Familia, son admisibles los siguientes recursos:

- Revocatoria Art. 150 Ley Procesal de Familia.
- Apelación Art. 153-156 Ley Procesal de Familia.
- Interposición de Hecho Art. 163 Ley Procesal de Familia.
- Casación Art. 147 Ley Procesal de Familia.

4.3 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRUEBA EN LA LEY PROCESAL DE FAMILIA.**4.3.1 La Prueba Ofrecida por las Partes.**

Como es conocido, la prueba dentro del Proceso de Familia pasa por una serie de etapas, entre estas, el ofrecimiento, la admisión y la producción o recepción, cada una de estas etapas tiene su momento procesal oportuno para ser desarrolladas dentro del proceso, lo cual se estudiará a continuación.

4.3.1.1 Ofrecimiento y Determinación de la Prueba.

Es importante diferenciar en este momento lo que se debe entender por Ofrecer y Determinar. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define la palabra **Ofrecer** como: “Comprometerse alguien a dar, hacer o decir algo.”¹⁶¹ En ese sentido al mencionarse en la ley que se deberá ofrecer los medios de prueba que se pretenda hacer valer, se refiere a mencionar los medios de prueba que se pretenden utilizar dentro del proceso y que son permitidos por la Ley, por ejemplo prueba testimonial, documental, etc.

Por otra parte en el referido diccionario se define la palabra **Determinar** como: “Fijar los términos de algo; Distinguir, discernir.”¹⁶² Es decir, que determinar los medios de prueba significa establecer los términos de cada uno de ellos, singularizándolos, así al ofrecer prueba documental se deben mencionar que tipo de documentos su contenido, etc., si es prueba testimonial se deben individualizar a los testigos con sus generales (Art. 44 LPrFm).

El ofrecimiento y determinación de las pruebas por las partes se realiza en un primer momento en la demanda, de más está decir que le corresponde al actor o demandante, quien se encuentra en la obligación de ofrecer y determinar los medios de prueba de los cuales se pretenderá valer, artículo 42 Ley Procesal de Familia, esta disposición legal hace referencia a todos los medios probatorios; cuando se trata de incorporar al proceso prueba documental, se debe de acompañar con la demanda, y si no se dispusiere de ella se mencionará su contenido, el lugar en que se encuentra

¹⁶¹ Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. “**Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**”.

¹⁶² *Ibidem*.

y se pedirá su incorporación al proceso, esto es determinar la prueba documental, (Art. 44 inc. 1º LPrFm); respecto a la prueba testimonial, es imprescindible mencionar las generales de los testigos y el lugar donde puedan ser citados (Art. 44 inc. 2º LPrFm); y si se tratare de incorporar cualquier otro medio de prueba, se deberá solicitar su práctica, concretando su objeto y finalidad (Art. 44 inc. 3º LPrFm)

Si se diera el caso que sobrevinieran hechos nuevos luego de haber iniciado el proceso, el actor podrá ofrecer prueba respecto a estos nuevos hechos y aún podrá ofrecer prueba sobre los hechos que se encuentren relacionados con los hechos aseverados por el demandado en su contestación (Art. 44 inc. Último LPrFm)

La oportunidad procesal del ofrecimiento de la prueba por el demandado, lo posee en el momento de contestar la demanda, el artículo 46 inciso 2º de la Ley Procesal de Familia literalmente estipula: “El demandado, al contestar la demanda, deberá ofrecer y determinar la prueba que pretenda hacer valer en defensa de sus intereses”

4.3.1.2 Admisión de la Prueba.

Como se ha venido estudiando en el desarrollo de este capítulo, dentro del Proceso de Familia encontramos dos tipos de Audiencias, la Preliminar y la de Sentencia; la audiencia preliminar, consta de dos fases la Conciliatoria y la Saneadora, esta última fase evita una posible nulidad o desgastar a la administración de justicia recibiendo prueba y confirmándola para que al final sea ineficaz.

En el artículo 109 de la Ley Procesal de Familia se establece: “...el Juez resolverá sobre los medios probatorios solicitados por las partes;

rechazará los que fueren inadmisibles, impertinentes o inútiles y admitirá los medios probatorios que estime pertinentes al caso, para que sean presentados...” Ante tal precepto legal debemos llegar a la ineludible conclusión que el momento procesal oportuno para la admisión de la prueba propuesta por las partes es la Audiencia Preliminar, siendo más específico en la fase Saneadora de dicha Audiencia.

4.3.1.3 Producción o Recepción de la Prueba.

La producción de toda la prueba se realiza en la Audiencia de Sentencia, luego de haberse resuelto las excepciones dilatorias que no fueron resueltas en la audiencia preliminar, el juez procederá a la recepción de la prueba, se leerán y anexarán las pruebas anticipadas que existieren, las conclusiones de los dictámenes periciales y de los estudios sico-sociales (Art. 116 LPrFm); se recibirá de igual forma la prueba testimonial, llamando uno a uno a cada testigo, comenzando con los testigos ofrecidos por la parte demandante, luego por la demandada, este orden podrá cambiarse si el Juez lo estimare conveniente (Art. 116 Ley Procesal de Familia); La prueba documental deberá ser exhibida en la Audiencia de Sentencia, la cual si se tratase de prueba instrumental podrá leerse y las partes podrán controvertir el contenido de la misma, si fueran grabaciones serán oídas únicamente por las partes, sus apoderados y el Procurador de Familia (Art. 118 Ley Procesal de Familia).

En conclusión el momento procesal oportuno para la producción y recibimiento de la prueba es en el desarrollo de la Audiencia de Sentencia, antes de las alegaciones de las partes, reguladas en el artículo 121 de la Ley Procesal de Familia.

4.3.2 La prueba para Mejor Proveer.

En el capítulo anterior se llegó a la conclusión que la prueba de oficio y la prueba para mejor proveer son diferentes, sin embargo en el artículo 55 de la Ley Procesal de Familia se confunden estas figuras, encontramos en dicha disposición que los hechos que han sido afirmados por una de las partes y admitidos por la contraria, hechos notorios, y los evidentes no requieren ser probados, sin embargo cuando la Ley exija prueba específica o el Juez la considere necesaria para mejor proveer, ordenará su recepción aún de oficio, recordemos que la prueba para mejor proveer es aquella que complementa la prueba ya ofrecida por la parte y practicada de manera deficiente, ya sea porque es incompleta u obscura, y para poder saber si la prueba es obscura es necesario que esta se haya producido, y eso solamente se realiza en la Audiencia de Sentencia, por lo que si el Juez ordena una Prueba antes de la recepción de la prueba estaremos frente a **prueba de oficio**, y si la ordena durante o después de la recepción de la prueba estaremos frente a la **prueba para mejor proveer**, así como se establece en el artículo 119 de la Ley Procesal de Familia.

En conclusión el momento procesal oportuno para ordenar prueba para mejor proveer es la Audiencia de sentencia, específicamente durante o después de la recepción de la prueba.

4.3.3 La prueba de Oficio.

En el capítulo anterior se realizó un estudio de la prueba de oficio, en el cual se dijo que el génesis de la prueba de oficio se encuentra en el artículo 7 literal c) de la Ley Procesal de Familia, por ser en esta disposición donde encontramos el deber del juez de investigar la verdad de los hechos, y no solamente confiar en lo que las partes le aportan al proceso, dicho artículo

hace referencia a la ordenación de diligencias necesarias para establecer la verdad, dentro de estas diligencias encontramos enmarcadas la ordenación de la prueba.

La Ley Procesal de Familia le da la oportunidad al juez de investigar la verdad de los hechos, aún cuando el demandado se allane a las pretensiones del demandante, así como lo estipula el artículo 48, pero solamente cuando el Juez advierta fraude, se lo pidiera un tercero excluyente, el demandado no tuviere la libre disposición del derecho o éste es irrenunciable, lo hiciere el apoderado que no esté especialmente facultado, etc., en estos casos el Juez estará obligado a ordenar prueba de oficio, para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Se debe observar que de acuerdo a la disposición citada, el allanamiento se puede dar en cualquier estado del Proceso antes de la Sentencia en Primera Instancia.

Encontramos también que en artículo 109 el cual se encuentra regulando el desarrollo de la audiencia preliminar, estipula: *“...el Juez resolverá sobre los medios probatorios solicitados por las partes; rechazará los que fueren inadmisibles, impertinentes o inútiles y admitirá los medios probatorios que estime pertinentes al caso, para que sean presentados y **ordenará de oficio los que considere necesarios**”* Como se puede observar, el Juez al momento de admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes, puede ordenar también prueba de oficio, si es que lo considera necesario.

Como se ha estudiado en el Capítulo anterior, en los casos de inicio oficio del Proceso, de conformidad al artículo 41 de la Ley Procesal de Familia, el Juez los iniciará con una resolución donde relacionará los hechos

en que se fundamenta y la finalidad que se propone, la cual se notificará al Procurador de Familia y a los interesados, a quienes se les citará o emplazará, según el caso. Interpretando de forma análoga las disposiciones de la Ley Procesal citada, encontramos que el demandante y demandado debe ofrecer y determinar los medios de prueba en la demanda y en la contestación de la misma respectivamente (Art. 42 literal f) y 46 inciso 2º LPrFm), pero el artículo 41 no dice nada al respecto, en ese sentido, lo lógico es que en la misma resolución con la que el Juez inicia oficiosamente el proceso, debe determinar los medios de prueba que considere necesarios, de esta forma la o las personas demandadas podrán ejercer su defensa al conocer los hechos que se les demanda y los medios de prueba en que se fundamentan.

Es importante responder una interrogante que viene al caso ¿Cuál es el momento procesal oportuno para que el Juez pueda ordenar prueba de oficio? Ante este cuestionamiento se puede llegar a la conclusión que el Juez podría ordenar prueba de oficio durante todo el proceso, aún antes del recibimiento de las pruebas en la Audiencia de Sentencia, si lo hace durante o después del recibimiento de la prueba estaríamos en presencia de prueba para mejor proveer. Sin embargo, en atención al principio de contradicción, igualdad y derecho de defensa, en vista que no existe claridad en la Ley Procesal de Familia sobre la forma en que se debe proceder, el Juez debe buscar el momento idóneo que evite una posible transgresión al derecho de defensa, el cual, como equipo realizador de este trabajo, consideramos que debe ser al momento de la ordenación de la prueba en Audiencia Preliminar, de esta forma al encontrarse las partes reunidas se puede discutir la misma, respetando el principio de contradicción, pero excepcionalmente se podría ordenar este tipo de prueba en cualquier momento en virtud de la urgencia o naturaleza de los intereses involucrados.

4.3.3.1 Límites que tiene el Juez para ordenar Prueba de Oficio.

Al plantearnos este problema, de cuáles son los límites que los Jueces de Familia poseen para ordenar prueba de oficio, llegamos a la conclusión que el único límite, regulado en la Ley Procesal de Familia, que el Juez tiene para ordenar prueba de oficio es el Derecho de Defensa, situación que se encuentra regulada en el artículo 7 literal c) de la Ley Procesal de Familia, al decir que el Juez está en la obligación de ordenar todas las diligencias necesarias para llegar a la verdad, **respetando el derecho de defensa de las partes.**

CAPITULO V: ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

La presente investigación posee dos fases a desarrollar: la primera consistente en un estudio doctrinario y legal del tema estudiado (La Prueba de Oficio); y segundo consistente en la realización de una investigación de campo, con la que se pretende constatar la teoría obtenida de la investigación jurídico-documental y la realidad actual. En los anteriores capítulos, ha sido utilizado el método Bibliográfico/Documental, lo que implicó la utilización de diversos recursos proporcionados por el material impreso, como lo fueron: en su mayoría libros, folletos, algunas publicaciones de revistas tanto judiciales como de comunidades de juristas, tal es el caso de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal de la Fundación de Cultura Universitaria, leyes, etc.

Este Capítulo tratará acerca del desarrollo de la investigación de campo realizada en esta investigación, en la cual se optó como instrumento de investigación la Encuesta, consistente en un cuestionario de once preguntas, con respuestas de "SI" y "NO" y opciones múltiples proporcionadas a cada informante clave; la investigación de campo se desarrollo dentro de los Juzgados de Familia del área territorial del Municipio de San Salvador, esto con la finalidad de observar y determinar cuál es su valoración respecto a la Prueba de Oficio, y si ésta puede de alguna forma irrespetar el derecho de defensa de las partes, ya que no hay mejor forma de encontrar la verdad sino es por medio del escrutinio de opiniones de diversos conocedores del derecho.

5.1 SELECCIÓN DE LA MUESTRA.

Para definir la muestra correspondiente a la investigación se utilizó el muestreo probabilístico aleatorio simple, a través de una muestra al azar, que comprendían personas que cumplen las siguientes características:

- a) Ser Colaborador Judicial de un Juzgado de Familia o ser Procurador de Familia adscrito a un Juzgado de Familia.
- b) Desempeñar su función en un Juzgado de Familia del municipio de San Salvador.

La selección de los informantes clave obedeció al grado de participación que tienen en el Proceso de Familia, así los Colaboradores Judiciales por su función dentro de los Juzgados tienen contacto con las diferentes figuras que existen dentro del Derecho Procesal de Familia, especialmente con la que nos interesa: la Prueba de Oficio; por otra parte los Procuradores de Familia, por ley tienen el imperativo de participar en todos los Procesos de Familia, quienes velarán por el interés de la familia, de los menores, incapaces y de las personas adultas mayores, en ese sentido su opinión se considera muy importante para esta investigación.

En el municipio de San Salvador existe cuatro Juzgados de Familia, con un total de 8 Procuradores de Familia adscritos a los mismos, y alrededor de 8 Colaboradores Judiciales por cada Juzgado, haciendo un total de 32 Colaboradores Judiciales por los cuatro Juzgados de Familia. Para la Investigación de campo se utilizó la siguiente muestra:

- a. 6 / 8 Procuradores de Familia adscritos a los Juzgados, es decir de 8 Procuradores se tomo una muestra de 6, con la siguiente correspondencia: 2 del Juzgado Primero de Familia, 2 del Juzgado Segundo de Familia y 2 del Juzgado Tercero de Familia.
- b. 12 / 32 Colaboradores Judiciales, es decir de 32 Colaboradores se tomo una muestra de 12, con la siguiente correspondencia: 3 del Juzgado Primero de Familia, 3 del Juzgado Segundo de Familia, 3 del Juzgado Tercero de Familia y 3 del Juzgado Cuarto de Familia; de esta forma es distribuida equitativamente la muestra para la investigación de campo.

5.2 PROCEDIMIENTO.

Para la recolección de los datos de esta investigación, se empleó como instrumento de Investigación la Encuesta, la cual era la misma para los dos tipos de informantes clave y consistía en un cuestionario de once preguntas de opción múltiple, en la cual se abordaba el tema de investigación y se pretendía obtener la percepción que los encuestados tienen a cerca de la Prueba de Oficio y algunas situaciones importantes que suscitan al rededor de ella; Así mismo, en cuanto a las encuestas de los Colaboradores Judiciales, se pretende obtener la línea de criterio que utilizan al momento de resolver las situaciones relacionadas a la Prueba de Oficio, reflejado en las respuestas que proporcionaron a cada cuestionamiento planteado.

5.3 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.

A continuación se presentan las tablas correspondientes a cada pregunta realizada a los encuestados y su respectiva valoración, en cuyo contenido se muestran en porcentajes de los resultados obtenidos en la investigación de campo.

5.3.1 Respuestas Obtenidas de los Procuradores de Familia adscritos a los Juzgados de Familia.

Tabla N° 1

1. Considera que la prueba de oficio, en la Ley Procesal de Familia, se encuentra adecuadamente regulada.	
SI	100%
NO	0 %

Como se puede observar el 100% de los Procuradores considera que la prueba de oficio se encuentra adecuadamente regulada en la Ley Procesal de Familia, esta primera pregunta se encuentra relacionada con otra de las preguntas realizadas, cuyo resultado será analizado en la Tabla N° 7.

Tabla N° 2

2. En su opinión, se confunde la figura de la prueba de oficio con la de prueba para mejor proveer, a la luz de los artículos 48, 55 inciso segundo, 109 y 119 de la Ley Procesal de Familia.	
SI	17%
NO	83%

En esta tabla se puede observar que el porcentaje de Procuradores que opina que en la Ley Procesal de Familia no confunde las figuras de Prueba de Oficio y Prueba para Mejor Proveer es mayor al que considera que si se confunden, con un 83%.

Tabla N° 3

3. Considera que existe diferencia entre prueba de oficio y prueba para mejor proveer.	
SI	83%
NO	17%

Los resultados de esta tabla se deben analizar con los obtenidos en la Tabla N° 2, en aquella un 83% considera que no existe confusión entre la prueba de oficio y la prueba para mejor proveer en la Ley Procesal de Familia, y un 17% opinaba que si existe confusión; en esta tabla el 83% de los Procuradores considera que existe diferencia entre ambas figuras y un 17% que no existe tal diferencia, lo que nos lleva al siguiente análisis: quienes consideran que la prueba de oficio y la prueba para mejor proveer no se confunden en la Ley Procesal de Familia, consideran también que ambas figuras son diferentes y que en la Ley mencionada se regulan claramente como figuras singulares independientes unas de otras; por otro lado quienes son de la opinión que si existe confusión entre las figuras mencionadas, opinan también que no existe diferencia entre las mismas, porque consideran que ambas figuras son una misma.

Tabla N° 4

4. ¿Cuál considera que es el momento procesal oportuno para ordenar prueba de oficio, de acuerdo a la estructura del Proceso de Familia?	
Audiencia Preliminar	17%
Audiencia de Sentencia	0%
En cualquier estado del proceso antes de la sentencia.	83%
Otro	0%

El 17% de los Procuradores considera que el momento procesal oportuno para ordenar prueba de oficio es en la Audiencia Preliminar, de acuerdo a la estructura del Proceso de Familia; por otra parte el 83% considera que este tipo de pruebas puede ser ordenada en cualquier estado del proceso, incluyendo en la Audiencia Preliminar.

Tabla N° 5

5. Se vulnera el derecho de defensa, cuando el Juez ordena prueba de oficio en el Proceso de Familia.	
SI	0%
NO	100%

En esta tabla se muestra el resultado de la pregunta que se considera como una de las más importantes de la investigación de campo, ya que se trató de captar la percepción que se tiene sobre la prueba de oficio en relación al Derecho de Defensa, su importancia radica en que por ley los Procuradores adscritos a los Juzgados de Familia velarán por el interés de la familia, de los menores, incapaces y de las personas adultas mayores, por lo

que su función trasciende a velar por el cumplimiento de los principios del Proceso; lo peculiar del resultado es que por unanimidad los Procuradores consideran que la no se vulnera el derecho de defensa al ordenar prueba de oficio.

Tabla N° 6

6. En que casos considera, se puede ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia.	
A falta de prueba aportada por las partes	0%
Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores.	17%
Cuando la Ley exija expresamente la recepción de un tipo de prueba.	0%
Cuando la Prueba aportada por las partes es deficiente.	17%
Otros: Todas las anteriores	33%
Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores y Cuando la Ley exija expresamente la recepción de un tipo de prueba	33%

De los resultados obtenidos en esta pregunta, se puede observar que un 33% de los Procuradores encuestados considera que los casos en que se puede ordenar prueba de oficio son: Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores y Cuando la Ley exija expresamente la recepción de un tipo de prueba, siendo este uno de los porcentajes más altos obtenidos en este ítem; por otro lado solamente un 17% considera que los casos se deben limitar a: Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores.

Tabla N° 7

7. En la Ley Procesal de Familia se regulan límites a la actividad probatoria del Juez.	
SI	50%
NO	50%

Como se observo en la Tabla N° 1, el 100% de los Procuradores consideraron que en la Ley Procesal de Familia se encuentra adecuadamente regulada la figura de la Prueba de Oficio, sin embargo al cuestionarlos sobre si en el mismo cuerpo legal se regulan límites a la actividad probatoria del Juez, la opinión fue dividida en un 50% de quienes opinan que sí se regulan límites y quienes consideran que no lo están.

Tabla N° 8

8. En el Proceso de Familia existe plena vigencia del principio de Aportación de Parte	
SI	100%
NO	0%

El 100% de los Procuradores encuestados son de la opinión que en el Proceso de Familia existe plena vigencia del principio de Aportación de Parte.

Tabla N° 9

9. ¿Cómo considera la facultad de los Jueces para ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia?	
Una facultad discrecional.	50%
Un deber legal del Juez.	50%

En esta tabla se observa que el resultado entre quienes consideran que la actuación de los Jueces al ordenar prueba de oficio es una facultad discrecional y quienes consideran que es un deber legal, se encuentra dividido en un 50% para cada opción.

Tabla N° 10

10. Con la Prueba de Oficio se alcanza un grado más alto de efectividad en el Proceso de Familia.	
SI	83%
NO	17%

La mayoría de los procuradores encuestados es de la opinión que con la prueba de oficio se alcanza un grado más alto de efectividad en el Proceso de Familia, con un 83%.

Tabla N° 11

11.Cuál es el límite que se debe respetar al ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia	
El Derecho de Defensa.	0%
Los hechos aportados por las partes	0%
El Principio de Legalidad	100%
Otro	0%

En la Tabla N° 7 se puede observar que el 50% de los encuestados considera que en la Ley Procesal de Familia no se regulan límites a la actividad probatoria del Juez, en esta tabla el 100% de los Procuradores considera que el límite que se debe respetar al ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia es el Principio de Legalidad; por lo que se agrupan

unánimemente, sin distinción de opiniones (Tablas N° 1 y 7), en la idea que existe un límite que se debe respetar al momento de ordenar la prueba de oficio.

5.3.2 Respuestas Obtenidas de los Colaboradores Judiciales de los Juzgados de Familia.

Tabla N° 1

1. Considera que la prueba de oficio en la Ley Procesal de Familia se encuentra adecuadamente regulada	
SI	42%
NO	58%

Como se puede observar la mayoría de los Colaboradores Judiciales encuestados, con un 58%, considera que la prueba de oficio no se encuentra adecuadamente regulada en la Ley Procesal de Familia, lo cual discrepa también con la opinión de los Procuradores reflejada en la Tabla N° 1 del apartado anterior; esta primera pregunta se encuentra relacionada con otra de las preguntas realizadas, cuyo resultado será analizado en la Tabla N° 7 de este apartado.

Tabla N° 2

2. En su opinión, se confunde la figura de la prueba de oficio con la de prueba para mejor proveer, a la luz de los artículos 48, 55 inciso segundo, 109 y 119 de la Ley Procesal de Familia.	
SI	67%
NO	33%

El 67% de los encuestados, el cual es la mayoría en esta tabla, es de la opinión que en la Ley Procesal de Familia existe confusión entre las figuras de prueba de oficio y prueba para mejor proveer, y su análisis se debe realizar con los resultados mostrados en la siguiente tabla.

Tabla N° 3

3. Considera que existe diferencia entre prueba de oficio y prueba para mejor proveer.	
SI	92%
NO	8%

El 92% considera que existe diferencia entre las figuras de prueba de oficio y prueba para mejor proveer y un escaso 8% considera que tal diferencia no existe; este resultado se relaciona con los obtenidos en la tabla anterior de la siguiente manera: entre quienes consideran que existe diferencia entre las figuras relacionadas, se suma un 25% del 33% de quienes consideran que no existe confusión entre dichas figuras procesales, haciendo un total de 92%, como se observa en la tabla.

Tabla N° 4

4. ¿Cuál considera que es el momento procesal oportuno para ordenar prueba de oficio de acuerdo a la estructura del Proceso de Familia?	
Audiencia Preliminar	75%
Audiencia de Sentencia	0%
En cualquier estado del proceso antes de la sentencia.	25%
Otro	0%

El 75% de los Colaboradores Judiciales encuestados considera que el momento procesal oportuno para ordenar prueba de oficio es en la Audiencia Preliminar, de acuerdo con la estructura del Proceso de Familia; por otra parte el 25% considera que este tipo de pruebas puede ser ordenada en cualquier estado del proceso, incluyendo la Audiencia Preliminar.

Tabla Nº 5

5. Se vulnera el derecho de defensa, cuando el juez ordena prueba de oficio en el Proceso de Familia.	
SI	8%
NO	92%

En esta tabla se muestra el resultado de la pregunta que se considera como una de las más importantes de la investigación de campo, ya que se trató de captar la percepción que se tiene sobre la prueba de oficio en relación al Derecho de Defensa, su importancia radica en que los Colaboradores Judiciales son quienes, en el cumplimiento de sus funciones, coadyuvan a la labor de los Jueces de resolver las circunstancias que se puedan dar en relación a la prueba de oficio; lo peculiar del resultado es que, aunque reducido, un 8% de los encuestados considera que sí existe vulneración al Derecho de Defensa al ordenar Prueba de Oficio en el Proceso de Familia.

Tabla N° 6

6. En que casos considera, se puede ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia.	
A falta de prueba aportada por las partes	0%
Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores.	41.67%
Cuando la Ley exija expresamente la recepción de un tipo de prueba.	8.33%
Cuando la Prueba aportada por las partes es deficiente.	0%
Otros: Todas las anteriores	16.67%
Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores y Cuando la Ley exija expresamente la recepción de un tipo de prueba	8.33%
Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores y Cuando la Prueba aportada por las partes es deficiente.	8.33%
Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores y Otros: en caso de alimentos y filiación	8.33%
Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores y Otros: por la naturaleza de la pretensión en caso de alimentos, pérdida o suspensión de la autoridad parental.	8.33%

El resultado más importante reflejado en esta tabla es que la mayoría de los encuestados, con el 41.67% considera que el caso en que se puede

ordenar prueba de oficio es cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores; así mismo es importante mencionar que un 8.33% agrega el caso cuando el Proceso verse sobre Alimentos o Filiación; por otra parte otro 8.33% agrega que se debe tomar en cuenta la naturaleza de la pretensión, específicamente los casos de alimentos y pérdida o suspensión de la autoridad parental.

Tabla N° 7

7. En la Ley Procesal de Familia se regulan límites a la actividad probatoria del Juez.	
SI	42%
NO	58%

En la Tabla N° 1 de este apartado la opinión de los encuestados fue en un 42% de quienes consideraron que la prueba de oficio se encuentra adecuadamente regulada en la Ley Procesal de Familia y el 58% de quienes consideran que no lo está; porcentajes que concuerdan al ser cuestionados sobre si en el mismo cuerpo legal se regulan límites a la actividad probatoria del Juez, siendo el 42% de la opinión que SI se regulan dichos límites y el 58% que opina que NO existe regulación sobre estos límites.

Tabla N° 8

8. En el Proceso de Familia existe plena vigencia del principio de Aportación de Parte	
SI	83%
NO	17%

El 83% de los Colaboradores Judiciales encuestados son de la opinión que en el Proceso de Familia SI existe plena vigencia del principio de

Aportación de Parte; por el contrario el 17% considera que NO existe plena vigencia de este principio.

Tabla N° 9

9. ¿Cómo considera la facultad de los Jueces para ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia?	
Una facultad discrecional.	67%
Un deber legal del Juez.	33%

Al ser cuestionados los Colaboradores Judiciales sobre ¿cómo considera la facultad del Juez para ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia?, el 67% considera que esta es una facultad discrecional, por otra parte el 33% considera que este es un deber legal del Juez.

Tabla N° 10

10. Con la Prueba de Oficio se alcanza un grado más alto de efectividad en el Proceso de Familia.	
SI	92%
NO	8%

Esta Tabla refleja que la mayoría de encuestados, que es un 92%, es de la opinión que con la Prueba de Oficio se alcanza un grado más alto de efectividad en el Proceso de Familia, frente a un 8% que cree que este factor no influye en la efectividad del Proceso de Familia.

Tabla N° 11

11.Cuál es el límite que se debe respetar al ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia	
El Derecho de Defensa.	0%
Los hechos aportados por las partes	25%
El Principio de Legalidad	25%
Otro	0%
El Derecho de Defensa, Los hechos aportados por las partes y El Principio de Legalidad	8%
El Derecho de Defensa y el Principio de Legalidad	42%

El 42% de los encuestados considera que los límites que se deben respetar al ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia son el Derecho de Defensa y el Principio de Legalidad, seguido por Los Hechos Aportados por las partes con un 25%, y únicamente el principio de legalidad con otro 25%. Es importante señalar que quienes optaron por el Derecho de Defensa como límite al ordenar prueba de oficio, lo hicieron junto con el Principio de Legalidad, lo que puede generar la idea que es importante el respeto a los contenidos y formas regulados en la legislación, incluyendo los aspectos relacionados a la Prueba de Oficio.

CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

6.1 CONCLUSIONES.

Una vez agotadas la fase de investigación documental y de campo del presente estudio, se procederá a realizar las conclusiones pertinentes a este trabajo.

1. Dentro de la Ley Procesal de Familia se puede asegurar que se encuentra regulada la Prueba de Oficio, sin embargo esta es deficiente, pues no se han establecido límites a dicho deber legal impuesto al juez, mas que la mención realizada en el Artículo 7 literal c) de la Ley Procesal de Familia, donde se regula como deber del juez “Ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos sometidos a su conocimiento y decisión, respetando el derecho de defensa de las partes”, no se han regulado los presupuestos de la prueba de oficio, ni el momento procesal oportuno para ordenarla; en ese sentido el juez al utilizar esta figura procesal debe realizar una interpretación integral de las normas, remitiéndose a la Constitución, para evitar vulneraciones a los derechos consagrados en ella, a la legislación secundaria y a la Doctrina de los expositores del Derecho, esta situación genera un incumplimiento al principio de legalidad al no establecer claramente en la Ley Procesal de Familia los límites y presupuestos para ordenar este tipo de pruebas, lo cual induce a una posible vulneración al derecho de defensa, puesto que la claridad en los procedimientos brinda la posibilidad real de defensa de las partes, por lo que existe una inseguridad jurídica, en vista de los vacíos que contienen la Ley Procesal de Familia.

2. Habiendo concluido que el único límite para ordenar Prueba de Oficio regulado en la Ley Procesal de Familia es el Derecho de defensa de las partes y que el juez debe de realizar una interpretación de la Norma Constitucional, secundaria y de la Doctrina de los expositores del Derecho, los límites que se debe respetar al ordenar este tipo de prueba son: El Derecho de Defensa, como ya se mencionó, dentro del cual supone el respeto al principio de legalidad y al debido proceso; y los hechos aportados al proceso.

3. Respecto al momento procesal oportuno para ordenar prueba de oficio en el proceso de familia, se ha dicho que este puede ordenarse en cualquier estado del proceso hasta antes de la producción de la prueba, es decir dentro de la Audiencia de Sentencia, sin embargo, en respeto al principio de contradicción, igualdad y derecho de defensa, en vista que no existe claridad en la Ley Procesal de Familia sobre la forma en que se debe proceder, el Juez debe ordenar la prueba de oficio al momento de la ordenación de la prueba en Audiencia Preliminar, de esta forma al encontrarse las partes reunidas se puede discutir la misma, respetando el principio de contradicción e igualdad, que integran al derecho de defensa, además se obtiene un Proceso de Familia más delimitado y ordenado en la preclusión de sus fases.

4. Finalmente también se puede concluir que la duda es el elemento principal para que se ordene prueba para mejor proveer, y esta solamente surge durante la producción de la prueba o inmediatamente después de la misma, en la Audiencia de Sentencia, en ese sentido si el Juez ordena prueba antes de la recepción de la misma, estaremos frente a prueba de oficio, y si la ordena durante o después de la recepción de la prueba estaremos frente a prueba para mejor proveer, por lo que en el artículo 55 de

la Ley Procesal de Familia se confunde totalmente estas figuras, y no se aclara el momento procesal oportuno para ordenar cada una de ellas.

6.2 RECOMENDACIONES.

1. Realizar reformas a la Ley Procesal de Familia, tendientes a:

- Incluir en su contenido presupuestos y límites para ordenar prueba de oficio y así evitar una inseguridad jurídica que conlleve a la eventual vulneración del derecho de defensa.
- Distinguir las figuras de prueba de oficio y prueba para mejor proveer.
- Determinar dentro de la estructura del Proceso de Familia el momento procesa oportuno para ordenar prueba de oficio y prueba para mejor proveer, el cual debería ser la Fase de Ordenación de Prueba en Audiencia Preliminar.

2. Se recomienda la realización de investigaciones y estudios de carácter continuo con el fin de menguar las deficiencias existentes en cuanto al desarrollo de las nuevas tendencias del Derecho Procesal en general, y del Derecho Procesal de Familia en especial, las cuales deben ser de carácter crítico constructivo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS.

ALSINA, HUGO. **“Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal”**. Tomo III, Segunda edición, Buenos Aires, 1967.

ARAZI, ROLAND. **“La Prueba en El Proceso Civil”**. Segunda Edición, Editorial La Rocca, 2001. **“Derecho Procesal Civil y Comercial”**. Partes General y Especial, 2ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

BACRE, ALDO. **“Teoría General del Proceso”**. Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992.

BARILLAS DE SEGOVIA, SONIA DINORA. **“Apuntes sobre Derecho Procesal de Familia”**, Editorial LIZ, 2000.

BERTRAND GALINDO FRANCISO y OTROS. **“Manual de Derecho Constitucional”**, Tomo II Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2000.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. **“Diccionario Jurídico Elemental”**. Editorial Heliasta S.R.L., 2006.

CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA Y OTROS. **“Manual de Derecho de Familia”**, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, Talleres Gráficos UCA, 2ª Edición, San Salvador, 1995.

CANALES CISCO, OSCAR ANTONIO. **“Derecho Procesal Civil Salvadoreño”**, Segunda Edición, Impresos Gráficos UCA, San Salvador, 2003.

CARNELUTTI, FRANCESCO. **“La Prueba Civil”**. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979.

COUTURE, EDUARDO J. **“Fundamentos de Derecho Procesal Civil”**. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1965. **“Las Reglas de la Sana Crítica en la Apreciación de la Prueba Testimonial”**, Revista de Doctrina y Jurisprudencia, 1958.

DE SANTO, VÍCTOR. **“La Prueba Judicial”**. 3ª edición, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2005.

DELLEPIANE, ANTONIO. **“Nueva Teoría de la Prueba”**, Editorial Temis, Bogotá, 2003.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. **“Compendio de Derecho Procesal”**. Quinta Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1997. **“Teoría General de la Prueba Judicial”**. Tercera Edición, Buenos Aires, 1976.

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

FALCÓN, ENRIQUE M. **“Tratado de la Prueba”**. Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. **“Los Diversos Sistemas Procesales Penales Principios y Ventajas del Sistema Procesal Mixto Moderno”** 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. **“El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”**, Editorial Civitas, 3ª Edición, Madrid, 2001.

GUASP, JAIME. **“Derecho Procesal Civil”**. Tomo I, Tercera Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

HUNTER AMPUERO, IVÁN. **“Poderes del Juez Civil: Algunas Consideraciones a Propósito del Juez de Familia”**, Vol. XX, julio-2007.

KIELMANOVICH, JORGE L. **“Teoría de la Prueba y Medios Probatorios”**. Tercera Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

MENESES PACHECO, CLAUDIO. **“Iniciativa Probatoria del Juez Civil”**, Editorial Conosur Ltda., Santiago de Chile, 2001.

MICHELI, GIAN ANTONIO. **“La Carga de la Prueba”**. Ejea, Buenos Aires, 1961.

Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. **“Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”**

MONTERO AROCA, JUAN. **“La Prueba en el Proceso Civil”**. Civitas, 4ª Edición. Madrid, 2005. **“El Proceso Civil llamado Social como Instrumento de Justicia Autoritaria, en Proceso Civil: un Prefacio, una Sentencia, dos Cartas y quince Ensayos”**, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

OCEANO UNO COLOR, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, edición 2006.

OSSORIO, MANUEL. **“Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”**. 26ª edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1999.

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

PALACIO, LINO E. **“La Prueba”**. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

PARRA QUIJANO, JAIRO. **“Manual de Derecho Probatorio”**. Quinta Edición, Ediciones Librería de Profesional, Colombia, 1995.

PICÓ I JUNOY, JOAN. **“El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un debate mal planteado”**, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2003. **“Los Principios del Nuevo Proceso Civil Español”**, en XVII Jornadas Iberoamericanas, XI Jornadas Uruguayas, de Derecho Procesal, en Homenaje a la Escuela Procesalista Uruguaya, 16 al 18 de octubre de 2002, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2002.

PRIETO CASTRO, LEONARDO. **“Derecho Procesal Civil”**. Tomo I, Madrid, 1964.

PUIGARNAU, JAIME MANS. **“Lógica para Juristas”**. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1986.

SILVA MELERO, VALENTÍN. **“La Prueba procesal”**. Madrid, 1968.

VÁSQUEZ LÓPEZ, LUIS. **“Estudio del código de familia”**, Editorial LIZ, 1996, San Salvador.

VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. **“Derecho Procesal Penal”**, Editorial Lerner, Córdoba, 1986.

LEGISLACIÓN

Constitución de la República de El Salvador de 1983, Decreto Legislativo Nº 38, de fecha 15 de diciembre de 1983.

Código de Procedimientos Civiles, Decreto Ejecutivo sin número, de fecha 31 de diciembre de 1881.

Código de Familia, Decreto Legislativo N° 677, de fecha 11 de octubre de 1993.

Ley Procesal de Familia, Decreto Legislativo N° 133, de fecha 14 de septiembre de 1994.

ANEXOS



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



**INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO PARA LOS JUZGADOS
DE FAMILIA DE SAN SALVADOR SOBRE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL
PROCESO DE FAMILIA**

Desempeño: Colaborador Judicial de un Juzgado de Familia.
 Procurador de Familia adscrito a un Juzgado de Familia.

Género: Masculino.
 Femenino.

INDICACIÓN: Señale las respuestas que considere correctas en los cuestionamientos que a continuación se plantean.

1. Considera que la prueba de oficio, en la Ley Procesal de Familia, se encuentra adecuadamente regulada.

Si.
 No.

2. En su opinión, se confunde la figura de la prueba de oficio con la de Prueba para Mejor Proveer, a la luz de los artículos 48, 55 inciso segundo, 109 y 119 de la Ley Procesal de Familia.

Si.
 No.

3. Considera que existe diferencia entre prueba de oficio y prueba para mejor proveer.

Si.

No.

4. ¿Cuál considera que es el momento procesal oportuno para ordenar prueba de oficio, de acuerdo a la estructura del Proceso de Familia?

La Audiencia Preliminar.

La Audiencia de Sentencia.

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia.

Otro: _____.

5. Se vulnera el Derecho de Defensa, cuando el Juez ordena prueba de oficio en el Proceso de Familia.

Si.

No.

6. En qué casos considera, se puede ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia.

A falta de Prueba aportada por las partes.

Cuando estén en discusión derechos indisponibles o intereses superiores.

Cuando la Ley exija expresamente la recepción de un tipo de prueba.

Cuando la prueba aportada por las partes es deficiente.

Otro: _____.

7. En la Ley Procesal de Familia se regulan límites a la actividad probatoria del Juez.

Si.

No.

8. En el Proceso de Familia existe plena vigencia del principio de Aportación de Parte.

Si.

No.

9. ¿Cómo considera la facultad que tienen los Jueces para ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia?

Una facultad discrecional.

Un deber legal del Juez.

10. Con la Prueba de Oficio se alcanza un grado más alto de efectividad en el Proceso de Familia.

Si.

No.

11. Cuál es el límite que se debe respetar al ordenar prueba de oficio en el Proceso de Familia.

El Derecho de Defensa.

Los hechos aportados por las Partes.

El Principio de Legalidad.

Otro: _____.