

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS  
MAESTRIA JUDICIAL



TEMA

LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL JUEZ CON COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL Y  
MERCANTIL EN LA INICIATIVA PROBATORIA

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRO JUDICIAL

PRESENTA

LIC. THELMA IDALIA ESPERANZA ALFARO PERDIDO

ASESOR

DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DE 2013

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO  
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO  
VICERRECTORA ACADÉMICA

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALETA DE AMAYA  
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA  
FISCAL GENERAL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO  
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA  
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES  
SECRETARIO

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA  
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

## INDICE

Introducción.....	i
CAPÍTULO I .....	1
LA CONFIGURACION DEL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL.....	1
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	1
1. Introducción.....	1
1.1.    Antecedentes.....	2
1.2.    Influencia de la constitución en el proceso civil y mercantil .....	6
1.2.1.    Finalidad constitucional del proceso .....	8
1.2.2.    Fundamento constitucional de la prueba en materia civil y mercantil .....	10
1.3.    Garantías del proceso.....	12
1.3.1.    Protección jurisdiccional.....	13
1.3.1.1. El derecho de respuesta .....	14
1.3.2.    Derecho de defensa.....	15
1.3.3.    El debido proceso.....	17
1.3.4.    Igualdad procesal .....	18
1.3.4.1. Igualdad de armas.....	21
1.3.5.    Garantía de audiencia.....	22
CAPÍTULO II .....	26
PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL .....	26
2.    Introducción .....	26
2.1.    Principio de inmediación judicial .....	28
2.1.1.    Como el contacto personal del juez.....	28
2.1.2.    Como la participación del juez .....	30
2.1.3.    Como la identidad del juez .....	31
2.2.    Principio de imparcialidad del juez.....	32
2.3.    Principio de adquisicion procesal o de la comunidad de la prueba.....	34
2.4.    Principio de concentracion.....	36
2.5.    Principio de contradiccion .....	37
2.6.    Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal.....	38
2.6.1.    Veracidad .....	40
2.6.2.    Lealtad .....	40

2.6.2.1.	Lealtad hacia sí mismo .....	41
2.6.2.2.	Lealtad hacia su cliente.....	41
2.6.2.3.	Lealtad hacia la contraparte .....	42
2.6.2.4.	Lealtad hacia el proceso .....	43
2.6.3.	Buena fe.....	44
2.6.4.	Probidad procesal.....	45
2.7.	Principio dispositivo .....	47
2.8.	Principio de aportación .....	51
2.9.	Principio de congruencia.....	54
CAPÍTULO III	.....	56
LA PRUEBA	.....	56
3.	Introducción .....	56
3.1.	Definición de prueba .....	56
3.2.	Diversas acepciones de prueba .....	59
3.3.	Objeto de la prueba .....	60
3.4.	Fuentes y medios de prueba.....	61
3.4.1.	Distinción entre fuentes de prueba y medios de prueba .....	62
3.5.	Actividades probatorias.....	64
3.5.1.	Ofrecimiento o proposición de la prueba .....	65
3.5.2.	Admisión o rechazo de la prueba .....	67
3.5.3.	Preparación de la prueba .....	69
3.5.4.	Ejecución y práctica de la prueba.....	70
3.5.5.	Apreciación, valoración o valuación de las pruebas .....	72
3.6.	Sistemas de valoración de la prueba .....	73
3.6.1.	Prueba legal o tasada .....	75
3.6.2.	La sana crítica.....	76
3.7.	Carga de la prueba .....	80
CAPITULO IV	.....	92
LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL	.....	92
4.	Introducción .....	92
4.1.	Generalidades.....	95
4.2.	Diligencias para mejor proveer .....	97

4.2.1. Regimen juridico de las diligencias para mejor proveer .....	99
4.2.1.1. Son facultativas .....	101
4.2.1.2. Forman parte de los medios probatorios .....	103
4.2.1.3. Oportunidad de las diligencias para mejor proveer.....	104
4.2.2. Diligencias para mejor proveer y el principio de imparcialidad.....	105
4.2.3. Presupuesto de las diligencias para mejor proveer .....	105
4.3. La prueba de oficio.....	108
4.3.1. El debido proceso y la prueba de oficio .....	111
4.3.2. La prueba de oficio y el principio de imparcialidad .....	112
4.3.3. La prueba de oficio y el derecho de defensa .....	114
4.3.4. Justificacion de la prueba de oficio.....	116
4.4. El rol del juez.....	119
4.4.1. El abstencionismo judicial .....	120
4.4.1.1. Incompatibilidad del derecho a la prueba con la iniciativa probatoria del juez. ....	121
4.4.1.2. Inadecuación del carácter privado del objeto litigioso con la iniciativa probatoria .....	122
4.4.1.3. Existencia de interés único de las partes .....	123
4.4.1.4. La protección de la carga de la prueba .....	124
4.4.1.5. La salvaguarda de la necesaria imparcialidad del juzgador.....	126
4.4.2. El activismo judicial.....	129
4.5. Los límites constitucionales del juez en la iniciativa probatoria .....	130
4.5.1. El derecho de peticion.....	130
4.5.2. La imparcialidad del juez .....	132
4.5.3. El derecho de defensa .....	132
Conclusiones.....	134
Bibliografía.....	137
Libros .....	137
Revistas .....	141
Sitios web.....	142
Indice jurisprudencial.....	143
Nacional.....	143

Extranjero.....	145
Otras fuentes.....	146
Indice legislativo.....	147
Nacional.....	147
Internacional.....	147

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art(s).	Artículo(s)
AA.VV.	Autores Varios
C.C	Código Civil
C. Pn.	Código Penal
C.P.C.M.	Código Procesal Civil y Mercantil
Cn.	Constitución de la República de El Salvador
CSJ/C.S.J.	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
D.C.	Decreto Constituyente
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de España
Op. Cit	Obra Citada
p.	Página
pp.	Páginas
SC	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador
Sent.	Sentencia

## INTRODUCCIÓN

La existencia del dilema que enfrentan los jueces al sustanciar un proceso, va desde el extremo que lo ubica a afrontar el proceso interviniendo activamente en el debate, ordenando prueba sin petición de parte, o bien, quedarse con las manos atadas para el esclarecimiento de los hechos, afrontando de esa manera el dictado de una sentencia injusta, es lo que ha motivado la presente investigación, para conocer cuáles son los límites del juez en la iniciativa probatoria, la metodología a utilizar para la presente investigación será el método descriptivo normativo.

Se advierte que la norma secundaria establece que la función del juez en el proceso civil, es la de "director y ordenador del proceso", con amplias facultades como para dirigir el proceso por la vía adecuada, y darle el impulso necesario que impida la paralización del proceso, se requiere entonces un funcionario que alejado de un "juez sin límites", con enormes poderes frente al ciudadano común, así como también alejado de la figura del "juez espectador" que, con una actitud pasiva, se limita a dictar un pronunciamiento pensando únicamente en la aplicación que estime correcta de la ley, pero alejándose de la realidad y permitiendo que aquellos abogados que actuando de forma inescrupulosa, se retiren del tribunal con la satisfacción de haber burlado a la justicia. Lo que conlleva la infalible necesidad de que exista un equilibrio entre estos dos tipos de jueces.

Los jueces, por consiguiente, deben realizar el uso adecuado de las facultades que la ley les confiere, a fin de "descubrir" la verdad material sobre la formal, incluso en forma oficiosa. Debiendo ser su primer deber el de dictar una sentencia justa, o lo más justa posible y para ello, debe utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; y aunque convencido se encuentre el juez, que las partes tienen la carga de aportar las pruebas, no por esa razón, si el juez aún no ha logrado la convicción de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, debe asumir una actitud pasiva, sino que debe utilizar las armas que el ordenamiento jurídico le ha otorgado, consistentes en una serie de herramientas que tienen la finalidad de lograr ese convencimiento necesario para el dictado de sus decisiones, bajo la lupa de la convicción para obtener la verdad de las afirmaciones de los hechos litigiosos y pueda cumplir así con ese deber fundamental de administrar una justicia justa. De manera que de no usar las herramientas estará impedido de dictar una sentencia justa.

En ese orden de ideas la presente investigación comprende cuatro capítulos el primero denominado De la Configuración del Proceso Civil y Mercantil y su perspectiva constitucional, siendo que la Constitución la norma fundamental que proporciona los límites, alcances y principios que deben respetarse en un proceso constitucionalmente configurado, visto desde una perspectiva constitucional en este capítulo se deja sentado la influencia que ha tenido la Constitución en el proceso civil y mercantil, en donde debe observarse el cumplimiento de la norma y principios constitucionales, pretendiendo dejar claro, que el proceso ya no solo representa una sucesión de actos que operaban de forma mecánica, sino, el considerarlo como la herramienta utilizada para la tutela de los derechos fundamentales y donde se desarrollan a plenitud los principios constitucionales, asimismo, forma parte de este capítulo el fundamento Constitucional de la prueba, temática en la que se ha tratado de identificar y encuadrar en la norma fundamental el sustento o base de la prueba, partiendo de la ausencia de una norma de rango constitucional que de manera explícita permita establecer ese derecho fundamental de la prueba.

Se hace necesario analizar la fuerza normativa de la Constitución, a través de la cual la norma constitucional no requiere que se cuente con una norma de carácter secundario que la desarrolle, sino que a consecuencia de su fuerza normativa puede ser aplicable de una sola vez a los casos concretos. Asimismo se ha considerado necesario hacer una distinción entre lo que ha de comprender por garantías y principios del proceso, y específicamente de aquellos que tienen que ver con la actividad probatoria, se hace a su vez, una clasificación tanto de los mandatos de optimización del proceso, como de los mecanismos de protección con que cuentan las personas frente al poder ejercido por el Estado permitiendo al lector establecer cuáles de estos son de relevancia en la actividad probatoria. Siempre en la línea de los principios se hace una referencia al debido proceso, estableciéndose una identidad entre lo que en doctrina se conoce como proceso constitucionalmente configurado y debido proceso y que sólo en éste se garantiza la defensa de los derechos de las personas.

Se ha considerado de suma importancia, analizar los principios relativos a la prueba en el proceso civil, entre los que destaca el principio de inmediación judicial mediante el cual se garantiza la presencia del juez en todos los actos procesales y específicamente en la recolección de la prueba, con el objeto de que se evite cualquier tipo de distorsión acerca de la información que de los hechos se brinde, principio que se analiza desde distintas perspectivas y entre la que más importa para los efectos de esta investigación es la perspectiva de la inmediación como la participación del juez, imponiéndosele que

debe presidir no solo las audiencias sino además la práctica de los medios probatorios, advirtiéndose que en tal estadio el juez observa un rol dinámico. El segundo, pero no por ello de menos importancia que se ha tratado en el desarrollo de la presente investigación es el principio de imparcialidad del juez, puesto que mediante el mismo se exige que el juez no se estructure ni a favor ni en contra de ninguna de las partes que intervienen en el proceso y se sujete únicamente a la ley.

Se hace alusión al derecho comparado para la aplicación de principios éticos consignados en el Código Procesal Civil y Mercantil, a fin de que sirvan de ilustración por no contar con parámetros de referencia que indiquen al litigante y al juez cuando se está realizando una conducta que va en contra de la veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, ya que se pueden realizar conductas sin mala intención, pero que atentan con dicho principio.

En el capítulo tres se detallan aspectos generales de la prueba, de la actividad probatoria, de los sistemas de valoración de la prueba y de la carga de la prueba, en donde el punto relevante se encuentra en la actividad probatoria, que como se verá está compuesta de cinco momentos y en algunos de ellos se observa con mayor precisión el principio dispositivo, pero en otros, basado en el examen liminar de la demanda se puede observar mayor intervencionismo del juez a fin de evitar un dispendio inútil de la jurisdicción, en el que se analiza la facultad de prevención que posee el juez, para que se complemente la prueba que fundamenta el derecho que alega el autor, sino además, como se verá, en aquellas potestades que tiene el juez para pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba, rechazando o admitiendo prueba. Por otra parte se hace un análisis crítico en los casos de la audiencia del proceso abreviado, donde de forma concentrada se realizan los momentos de la actividad probatoria, en relación a la etapa de preparación de la prueba, en el que el juez realiza actos de preparación de la prueba, adelantándose al momento de la proposición de la prueba que es el primero de la actividad probatoria.

Se hace referencia, a la importancia que tiene en la actividad probatoria el momento de la valoración de la prueba, ya que es la segunda oportunidad que se le presenta al juez donde se puede poner en práctica la iniciativa probatoria, sobre todo si se toma en cuenta la finalidad de la prueba, como la convicción que debe tener el juez acerca de la verdad de las afirmaciones hechas por las partes, será

pues ese el momento en que el juez puede sentir la necesidad de ordenar prueba de oficio, pues la está valorando y en ese lapso considera que la prueba es insuficiente.

Mediante el capítulo cuatro, se ha volcado el tema central de la presente investigación que refiere a los límites que posee el juez en la iniciativa probatoria en materia civil y mercantil, abundantemente ha sido tratado el tema en la doctrina, resuelto de forma diferente, dependiendo del sistema de normas que se posea, así como, dependiendo de la materia en la que se aplique, así será su tratamiento; dos son las formas prácticas mediante las cuales se ejecuta la iniciativa probatoria a saber, las medidas para mejor proveer, así como la prueba de oficio, ambas pueden tener una finalidad distinta, la primera tiene una finalidad aclaratoria sobre prueba que ya fue vertida, en cambio la segunda pese a que su finalidad es lograr el convencimiento del juez, al igual que la generalidad de las pruebas, en este caso, no ha precedido el medio de prueba que se ha ordenado como prueba de oficio, en ese sentido, se desarrolla en este capítulo, el rol que puede desempeñar un juez no obstante las facultades que se le concedan, así como, cuáles son las razones que tienen los jueces para abstenerse de ordenar prueba de oficio, dándose a conocer las reflexiones que se hacen para no considerar valederos los motivos para mantenerse en un abstencionismo judicial; Así mismo, se determina el tipo de sistema probatorio con el que cuenta El Salvador en materia civil y mercantil.

Que ante las facultades concedidas a los jueces, es necesario que haya garantías para el justiciable, en el sentido que el juez no debe hacer un ejercicio abusivo de las mismas, ello es lo que ha quedado contemplado como los límites que tiene el juez en la iniciativa probatoria. Aunado a que, como queda evidenciado, que pese a reconocerse por algunos juzgadores la facultad que poseen para ordenar prueba de oficio, no por ello opera de forma automática la sustitución del traslado de la carga procesal de las partes en los juzgadores; por otra parte, se introducen a la investigación, el régimen legal que poseen las diligencias para mejor proveer, determinándose por la redacción de la disposición que la contiene, que tienen carácter potestativo y que aunque el legislador le llame diligencias, son parte de los medios probatorios y en ese sentido son prueba, así mismo se manifiesta cuál es el momento procesal oportuno en el que procede practicarlas. Consecuentemente, respecto de las diligencias para mejor proveer, fue necesario establecer cuál es su presupuesto, es decir qué actividad se requiere que se haya dado, para que el juez la ordene.

Finalmente, se ha considerado que es necesario que el juez esté provisto de facultades, pero también se determina que éstas no pueden ser ilimitadas, ya que podrían realizarse por algunos sus facultades de forma abusiva, por ello, como garantía para el ciudadano es necesario que el juez atienda a esos límites que moderan su actuar en el proceso respecto de su iniciativa probatoria, de tal manera que debe respetarlas, pues que de lo contrario caería en vulneración de derechos fundamentales que devienen en nulidad de la actividad probatoria ordenada por el juez, y así se establecen los límites constitucionales y legales que tiene el juez para ordenar prueba de oficio.

# CAPÍTULO I

## LA CONFIGURACION DEL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL.

### PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

SUMARIO: 1.Introducción. 1.1 Antecedentes. 1.2. Influencia de La Constitución en el Proceso Civil y Mercantil. 1.2.1. Finalidad Constitucional del Proceso. 1.2.2. Fundamento Constitucional de la prueba en materia Civil y Mercantil. 1.3. Garantías del Proceso. 1.3.1. Protección Jurisdiccional, 1.3.1.1. El Derecho de Respuesta. 1.3.2. Derecho de Defensa. 1.3.3. El Debido Proceso. 1.3.4. Igualdad Procesal. 1.3.4.1. Igualdad de Armas. 1.3.5. Garantía de Audiencia.

#### 1. Introducción

Los Jueces de la República de El Salvador enfrentan un deber constitucional de administrar justicia, pero no una justicia ciega, sino que conlleve el dictado de decisiones justas, por lo que se requiere un cambio de paradigma, recurriendo para ello a elementos constitucionales y de la realidad social y conflictual. En ese sentido, sólo cuando el juez tenga un rol dinámico en el proceso<sup>1</sup> y deseche ese mapa conceptual que orientaba las actuaciones de un juez permeado por el rol pasivo que imponía el Código de Procedimientos Civiles<sup>2</sup>, el cual demostró en la práctica jurídica que esos mapas eran errados cuando entraban en contacto con la realidad social, podrá conllevar el dictado de decisiones justas y apegadas a la realidad social y conflictual.

Teniendo presente que un rol activo del juez en el proceso, puede provocar que las facultades de éste se vean aumentadas, poniendo en peligro las actuaciones del funcionario haciéndolo caer en la arbitrariedad, se vuelve necesario entonces, que el juez conozca cuales son los límites constitucionales, procesales, éticos y jurídicos que debe tener presente para establecer un equilibrio y no causar desconfianza en el sistema, que llegue incluso a ser causa de recusación del conocimiento del proceso,

---

<sup>1</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de la Prueba Judicial*, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Tomo I, Editores Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 28, el autor hace una breve reseña acerca de un moderno sistema probatorio en el que la forma de ventilar un proceso debe ser oral, aunque con ciertas excepciones como lo es la demanda, y además debe ser inquisitivo para que el juez investigue oficiosamente la verdad, y con libertad de apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica. Lo cual lleva a pensar en un Juez con un rol dinámico, como aquél Juez que se requiere en un proceso civil moderno, que le permita poder realizar el dictado de decisiones justas apegadas a la realidad, ello se logrará, cuando tales funcionarios obtengan un equipamiento mental y se despojen de la resistencia a los cambios.

<sup>2</sup> CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, Decreto Ejecutivo S/N, de fecha 31 de diciembre de 1881. Diario Oficial 1, Tomo 12, publicado el 01 de enero de 1882. El Cual fue derogado por Decreto Legislativo N° 712 de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial N°224, Tomo 381, de fecha 27 de noviembre de 2008, el cual contiene el Código Procesal Civil y Mercantil, no obstante se dio una prórroga a la vigencia de ciertos artículos, mediante Decreto Legislativo N° 377 de fecha 03 de junio de 2010, publicado en el Diario Oficial N°116 de fecha 22 de junio de 2010.

así como tampoco, que la pasividad que caracterizaba al Juez en aplicación del Código de Procedimientos civiles lo empuje a ignorar la realidad social y lo vuelva un juez negligente, simplista y sin compromiso con la administración de justicia.

Haciendo una reflexión previa acerca de la función que le corresponde al juez, la cual está determinada en las leyes de la República y en la Constitución, como lo es la de administrar justicia<sup>3</sup> con tal potestad el juez en la realización de la misma debe observar estrictamente la jerarquía normativa, es decir aplicando la Constitución como vértice de la pirámide normativa, lo que significa que la Constitución además de ser una fuente de derecho es la fuente formal de mayor jerarquía. En ese sentido, si el juez al dictar su sentencia, lo hace apegado a las normas y sobre todo sin faltar a los principios contenidos en la Constitución, el producto que resulte será una sentencia ecuaníme, pues habrá tenido como brújula de dirección la Constitución de la República.

### 1.1. Antecedentes

Contando con la Constitución de El Salvador como la herramienta fundamental de donde se instituyen todas las normas que forman parte del derecho secundario y que fija los límites<sup>4</sup>, alcances, principios<sup>5</sup> y presupuestos que deben respetarse en un proceso jurisdiccional constitucionalmente configurado, los cuales acomodándose a los nuevos cambios que se van produciendo por la tecnología, la realidad social actual y la necesidad de ir adaptando las normas a fin de satisfacer las demandas actuales, vuelcan necesaria la renovación de las leyes secundarias.

---

<sup>3</sup> CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Decreto Legislativo número 38 de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial número 234, Tomo 281 de fecha 16 de diciembre de 1983. Norma fundamental en la que en el Art. 172 establece: “*La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley*”.

<sup>4</sup> MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y Otros, *Derecho Constitucional General*, Segunda Edición, Editora Lorenza Correa Restrepo, Colombia, 2006, p. 166. Es en ese sentido, que la Constitución fija o establece límites para que tanto gobernantes como gobernados sepan de antemano a que estarán sometidos, así como para que nadie se apropie de las competencias de los demás.

<sup>5</sup> CORRALES, Roberto, *Justicia Constitucional en Bolivia*, Editorial Abya Yala, 2003, p. 41. En el que estima el autor que los principios que proporciona la Constitución para la creación de las normas constituyen las líneas rectoras sobre las cuales se desarrolla el influjo de las normas secundarias, mismos a los que el autor denomina principio pre legales, superiores o constitucionales.

Con la aprobación y entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil<sup>6</sup>, surge la expectativa de contar con un proceso en materia civil y mercantil que venga a mejorar de forma drástica la administración de justicia en esa materia, que permita superar añejos problemas, como mora judicial, pero sobre todo la insatisfacción de los usuarios por la administración de justicia civil recibida, lo cual, será posible lograrlo con una verdadera implementación de los principios que informan al nuevo proceso, con el nuevo rol asignado al juez de la materia, con la aplicación de las formas de valoración de las pruebas y con las facultades concedidas al juez en la recolección de las mismas.

Ante la presencia de un conflicto jurídico, se presentan diversas formas de solucionarlo, entre las cuales se encuentra: la autotutela<sup>7</sup>, autocomposición<sup>8</sup> y la Heterocomposicion<sup>9</sup>, de la que se tratará es de la Heterocomposicion, como una forma de solucionar el conflicto, en la que se requiere la intervención de un tercero imparcial, en yuxtaposición al derecho de una protección jurisdiccional, como deber del Estado de proteger a todas las personas en la conservación de sus derechos.

Es así, que en el art. 2 de la Constitución de la República, encontramos una enunciación de los derechos y garantías individuales, dentro de la que se destaca el derecho a una protección jurisdiccional, de allí que todos los jueces de la República encuentran un especial sometimiento a la Constitución en la resolución de los conflictos que estén supeditados a su conocimiento, sean estos de naturaleza pública o privada, en la que tendrán que aplicar los principios como mandatos de

---

<sup>6</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL aprobado por Decreto Legislativo número 712 de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial número 224, de fecha 27 de noviembre de 2008, y cuya entrada en vigor se produjo hasta el día 1 de julio de 2010, tras extenderse su *vacatio legis*, por Decreto Legislativo número 220, de fecha 11 de diciembre de 2009, publicado en el Diario Oficial número 241, de fecha 23 de diciembre de 2009, se prorrogó la entrada en vigencia debido a que era necesario preparar y fortalecer los recursos y mecanismos orientados a la efectiva aplicación de la nueva normativa de procesal civil y mercantil; por lo tanto se requería de una importante inversión de tiempo y recursos que no podían completarse en el plazo inicialmente definido para la entrada en vigencia del mencionado Código. Es así que se consideró necesario prorrogar la vigencia del Código antes referido.

<sup>7</sup> BAILON, Rosalío Valdvinos, *Teoría General del Proceso y Derecho Procesal*, Segunda Edición, Editorial Noriega, México 2004, p. 19, quien define la Autotutela como aquella forma de solución de la conflictiva social, consistente en que la solución del conflicto, litigio o controversia es impuesta por el más fuerte, el más hábil, o inteligente, aunque impera en mayor escala el uso de la fuerza.

<sup>8</sup> BAILON, Rosalío Valdvinos, *Op.cit.* p. 20, al respecto el autor define la Autocomposición como la forma de la solución de la conflictiva social, consistente en que la solución del conflicto la dan las partes por conducto de un tercero llamado amigable componedor.

<sup>9</sup> BAILON, Rosalío Valdvinos, *Ibidem*, p. 22, en relación a la Heterocomposicion el autor la define como la consistente en que la solución del conflicto la da El Estado, quien aparece reclamando para sí la función de impartir y administrar justicia.

optimización del proceso, según las posibilidades fácticas del mismo, realizando una ponderación de valores en base a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Así, al decidir las personas frente a un conflicto, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, por un proceso para la tutela de su derecho, debe tener la certidumbre que contará con un juez que tenga conciencia constitucional o cultura constitucional<sup>10</sup>, de manera que si no la tiene se verá menguada la fuerza normativa de la Constitución. De modo que, no basta la previsión que hace el Legislador en la Constitución, sino que se requiere para una aplicación eficaz y efectiva de los derechos del justiciable, que en el desarrollo de la normativa secundaria, encuentren tratamiento los principios consignados en la Constitución, al respecto se puede verificar que en el Código Procesal Civil y Mercantil a partir del Art.1 se regula el derecho que tiene todo sujeto de plantear su pretensión ante los tribunales, y la de oponerse a la ya incoada, ejercer todos los actos procesales que estime convenientes para la defensa de su posición y a que el proceso se tramite y decida conforme a la normativa constitucional y a las disposiciones legales<sup>11</sup>.

En ese orden de ideas, ese derecho de acudir al órgano jurisdiccional a recibir una tutela judicial efectiva se ve sustentado además en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuando en el Art. 8 de la misma establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por las leyes”<sup>12</sup>, además el Art. 7 del mismo texto normativo hace referencia a la igualdad de protección de las personas ante la ley. En ese mismo orden el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>13</sup>, regula la igualdad de las personas ante tribunales y cortes de justicia, tal como lo estatuye el Art. 14 número 1 del referido Pacto. En similar sentido lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando regula las garantías

---

<sup>10</sup> HARO, Ricardo, *La Conciencia Constitucional y El Magisterio Judicial de los Tribunales Constitucionales*, Comunicación del Académico de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2004, p. 7. disponible en [http://www.ancmyp.org.ar/user/files/La\\_Conciencia-Haro.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/La_Conciencia-Haro.pdf), sitio consultado el día 9 de febrero de 2012.

<sup>11</sup> CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, que como norma secundaria es en base a la cual se debe ventilar un proceso en materia civil y mercantil norma que a su vez tiene el carácter supletorio para otras materias distintas al civil y mercantil que no tengan disposición específica, aplicándose éste supletoriamente.

<sup>12</sup> DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHO HUMANOS, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, (ONU) en su resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>13</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, Suscrito por El Salvador el 21 de septiembre de 1967, Ratificado por D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. No.218, Tomo No. 265, de fecha 23 de noviembre de 1979.

judiciales en el Art. 8.1<sup>14</sup>, normas que de conformidad al Art. 144 de la Constitución son leyes de la República.

Respecto del derecho a la protección jurisdiccional en El Salvador, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha destacado tal derecho “(...)como realizador del derecho a la protección jurisdiccional— es el mecanismo del que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia o, desde otra perspectiva —la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones—, es el instrumento dentro de un Estado de Derecho por medio del cual se puede privar a una persona de los derechos consagrados a su favor, siempre y cuando aquel se realice de forma adecuada con la Constitución. En tal sentido, el derecho a la protección jurisdiccional que se analiza conlleva, entre otras, la posibilidad de que el supuesto titular de un derecho o de un interés legítimo acceda al órgano jurisdiccional a plantear sus pretensiones —en todos los grados y niveles procesales—, a oponerse a las ya incoadas por otras personas, a ejercer todos los actos procesales en defensa de su posición y, finalmente, a que el proceso se tramite y decida de conformidad con la Constitución y las leyes correspondientes, obteniendo una respuesta fundada en el Derecho”<sup>15</sup>. En el mismo orden de ideas se ha dicho por la Sala de lo Constitucional, que “las personas tienen derecho a que los procesos jurisdiccionales se desarrollen con total respeto de las categorías constitucionales procesales”<sup>16</sup>. De lo anterior se infiere que existe la posibilidad de alcanzar la protección de los derechos, a través de un proceso justo en donde se respeten las garantías y derechos fundamentales.

Con tal fundamento constitucional y normativo, el proceso constituye la herramienta que tienen las personas para hacer valer sus derechos, el que deberá configurarse con total respeto a las garantías constitucionales, en ese sentido el juez al sustanciar un proceso no puede llevarlo a cabo de forma arbitraria, sino respetando los procedimientos con aplicación de principios y garantías.

---

<sup>14</sup> CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Aprobado por D.L. N° 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82, Tomo 327, de fecha 5 de mayo de 1995.

<sup>15</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo con referencia 469-2009, de fecha 1 de febrero de 2012, considerando IV.1.A, p. 6.

<sup>16</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo con referencia 864-2002, de fecha 24 de junio de 2005, considerando III.1, p. 5, disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/> sitio consultado el día 10 de febrero de 2012.

En ese sentido, cuando se denomina proceso constitucionalmente configurado, se está hablando de Debido Proceso<sup>17</sup>, así se ha manifestado jurisprudencialmente, en donde la aplicación de principios tales como la legalidad, defensa y contradicción, igualdad procesal, dispositivo, aportación, oralidad y publicidad entre otros, tienen abierta aplicación, y no como sucedía con los principios contenidos en el antiguo Código de Procedimientos Civiles, en donde los principios procesales se encontraban en una diatriba posición con los principios del debido proceso, y no obstante ello primaba la necesidad de la prueba y el valor de la verdad en el proceso.

Así las cosas, con una nueva perspectiva del rol del juez, que permite el nuevo código procesal civil y mercantil y con la nueva generación de jueces en la materia, se forja una nueva plataforma de funcionarios que sin duda alguna están realizando transformaciones en los procesos, sin embargo habrán algunos aplicadores de justicia que permeados por el rol pasivo que imponía el código de procedimientos civiles, o por el temor a ser considerados como funcionarios parcializados, pueden continuar administrando una justicia ciega<sup>18</sup>, que conlleva al dictado de decisiones judiciales injustas; no obstante lo anterior lo deseable es que exista unidad de actuación jurisdiccional con una línea armónica del pensamiento judicial.

## 1.2. Influencia de la constitución en el proceso civil y mercantil

Tal como se ha dicho, el proceso es la herramienta con la que cuentan las personas para hacer valer sus derechos<sup>19</sup> de forma heterocompositiva, proceso que a su vez debe realizarse bajo un estricto

---

<sup>17</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia Inconstitucionalidad,15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 (acum.), de fecha 14 de febrero de 1997, considerando II. 4, al respecto la Sala de lo Constitucional ha dicho: “*la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño, sino que si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido ... y su contenido está integrado esencial y básicamente en el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado... lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona*”, en tal sentido ha de entenderse que un proceso constitucionalmente configurado es aquel donde se garantiza el respeto de los derechos fundamentales de la persona lo cual se logra si se respetan los principios y garantías constitucionales.

<sup>18</sup> En realidad no depende de los jueces si asumen un rol activo o pasivo dentro del proceso las herramientas están dadas a los juzgadores, lo que puede acontecer es que no las usen, pues la norma que la regula Art.7 CPCM es potestativa cuando dice: “*podrá*” pudiendo quedar con dudas y aun así emitir una sentencia, ello de alguna manera implica una subjetividad, porque si para las diligencias para mejor proveer tienen como presupuesto la duda del juzgador, ignorar su sentir bastara para no ordenarlas.

<sup>19</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo con referencia No. 7-2006, de fecha 10 de septiembre de 2008. En este punto la Sala de lo Constitucional ha dicho: “ (...)El proceso, como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia o, desde otra óptica, dicho proceso es el

cumplimiento de normas y principios constitucionales, examinándolo desde una perspectiva diferente, en contraposición a la clásica noción procedimentalista, en donde el proceso se veía únicamente como una simple sucesión de actos procesales entre los cuales se encuentran los de iniciación o alegación, de aportación y de conclusión, actos procesales que debían practicarse en tiempo y forma religiosamente<sup>20</sup>, ya que los formalismos imperaban por sobre los derechos de las personas.

Dicha noción de proceso ha ido cambiando con el paso del tiempo, de manera que tal como lo expresa JORGE W. PEYRANO citando al maestro COUTURE *“Toda Ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es en primer término el desenvolvimiento de un principio procesal y ese principio es, en sí mismo un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace”*<sup>21</sup>, por eso el develamiento de los principios que presiden al proceso ha llevado a los jueces a considerar su papel de defensores de la constitucionalidad, haciendo énfasis en la aplicación de principios derivados de la Constitución y de las normas, porque de éstas resulta en última instancia la correcta administración de justicia, llegando a considerar hoy en día, pero sin olvidar el principio de legalidad, que el juez debe evitar los ritualismos y la interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales<sup>22</sup>.

Es así, como influye la Constitución en el proceso, primero en el legislador, para que éste recoja de la norma fundamental los pilares que han de servirle para el desarrollo de la normativa secundaria, recibiendo de la Constitución los mandatos, principios y prohibiciones sobre los cuales se desarrolla la norma para la efectiva protección y defensa de los derechos de las personas; segundo en el juzgador para que tome en cuenta a la hora de juzgar los principios constitucionales que conforman un debido

---

único y exclusivo instrumento a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados a su favor..

<sup>20</sup> PEYRANO, Jorge W. *El proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, S.R.L. Lavalle 1208, Buenos Aires, Argentina, p. 7 puede decirse que el proceso en sí mismo es un acto procesal jurídico, en el que deben concurrir todos los requisitos de existencia y validez, y el surgimiento, desarrollo y terminación está determinado por la ley.

<sup>21</sup> La cita corresponde a COUTURE, Eduardo. Citado por PEYRANO, W. Jorge, *El Proceso Civil, Principios y fundamentos*. Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. Lavalle 1208, Buenos Aires, Argentina, p.7. conocido es que el proceso en sí conlleva la aplicación de principios generales que regulan su existencia, y que sirven para configurarlo respecto de los demás tipos de proceso del ordenamiento jurídico.

<sup>22</sup> CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, así lo establece el Art. 18 parte final, cuando a su tenor dice: Art. 18 *“Las disposiciones de este código deberán interpretarse de tal modo que se procure la protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la Constitución, dentro del respeto al principio de legalidad. En consecuencia, el juez deberá evitar el ritualismo y las interpretaciones que supediten la eficacia del derecho a aspectos meramente formales”*.

proceso que trazan los límites al juez que le impiden enervar las garantías que deben observarse en el proceso<sup>23</sup>.

### 1.2.1. Finalidad constitucional del proceso

Como Finalidad Constitucional del proceso se tiene la tutela de los derechos, la cual se llevará a cabo mediante el mecanismo del proceso, el cual no constituye un fin en sí, sino una forma a través de la cual se busca el pronunciamiento de un juez que venga a decidir sobre lo sometido a su conocimiento, sobre este punto, la posición de SAGASTEGUI es que el proceso no constituye un fin en sí mismo y en ese sentido señala que: *“El proceso no es un fin, sino un medio que tiene el derecho para conseguir la justa composición de la litis en casos contenciosos, o dar validez a las situaciones que se comprendan en la llamada jurisdicción voluntaria; esta duplicidad de fines del proceso comprende elementos como tutelar derechos, amparar pretensiones, permitiendo aplicaciones sea de un código procesal o de normas que existen en el ordenamiento jurídico en general”*<sup>24</sup>.

Evidentemente deja establecido el autor, que el proceso constituye la herramienta de la cual se valen las partes y el órgano jurisdiccional, los primeros para buscar la solución a su conflicto de intereses y, el segundo utilizando la norma correspondiente para darle solución a ese conflicto. Sustanciar entonces ese proceso, remozando en él los principios constitucionales, es el compromiso de los aplicadores de la justicia, permitiendo que exista una genuina disputa legal entre los contendientes, concluyendo que existe un nexo que vincula al proceso con la Constitución. En otras palabras mediante el proceso se logra concretizar los derechos reconocidos en la Constitución, por ello se dice que el proceso no es un fin sino un medio para la protección de los derechos del ciudadano.

---

<sup>23</sup> PARADA GAMEZ, Guillermo Alexander, *La Oralidad en el Proceso Civil*, Colección de profesores Volumen 1, Primera Edición, Departamento de Ciencias Jurídicas, UCA, San Salvador, El Salvador, 2008, p. 31. Por su parte el filósofo NORBERTO BOBBIO en su obra *Teoría General del Derecho*, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2007, p. 45, hace una distinción entre los principios procesales que han sido considerados los criterios básicos constitutivos e informadores del proceso que se equiparan a los principios constitucionales y los principios normativos o legales.

<sup>24</sup> SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro, *Instituciones y normas de derecho procesal Civil*, Parte General, Ed. San Marcos, 1993, p. 28. Al respecto, cabe hacer la siguiente consideración que dependerá de a qué parte le sirve el proceso como medio para determinar así su finalidad, algunos autores consideran que el proceso es el medio que sirve a las partes para lograr la protección y aplicación de sus derechos objetivos, en cambio otra parte de la doctrina consideran que el proceso tiene por finalidad servir al juez como la herramienta para el desarrollo de la función jurisdiccional.

De lo dicho cabe plantearse el siguiente cuestionamiento ¿cuáles son los momentos procesales en donde cobra aplicación efectiva los principios constitucionales?, de antemano se sabe que hay diversidad de pretensiones que se plantean en las tribunas, desde contenciosos hasta diligencias donde no existe contención de partes; en ese sentido se reconoce que, desde el primer momento de la interposición de la demanda o solicitud se está ante el ejercicio de uno de los derechos fundamentales como es el derecho de acceso a la protección jurisdiccional, provocándose desde ese momento una proximidad a la Constitución.

Por ello y aunque el derecho se ejerza basado en una ley secundaria, por una pretensión sustentada en el derecho adjetivo o material, procede desde ese instante el juzgador a realizar a instancia de parte o de oficio, un examen sobre la constitucionalidad de las normas de cuya validez depende la tramitación del proceso, así como del fundamento de las decisiones que se adopten en el mismo; ello a consecuencia de la vinculación que establece el Art. 2 del Código Procesal Civil y Mercantil, tratándose de un proceso por audiencias, se puede observar un dinamismo procesal en donde la Constitución posee una aplicación directa desde el inicio hasta el final del proceso y principios como la oralidad, inmediación, contradicción se superponen a la escritura, delegación y otros propios de un sistema eminentemente escrito.

Respecto de la prueba en un proceso predominantemente oral y con el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil que responde al deber constitucional de administrar justicia, sobre ese punto MICHELE TARUFFO hace una analogía significativa entre el Juez y el científico, entre el proceso y el laboratorio, entre las pruebas y el experimento, reconociendo que no existe una total y absoluta coincidencia, pero que de alguna manera existe una conexión significativa en el ámbito de la prueba y del razonamiento sobre los hechos y que se resuelve dependiendo de la imagen o la ideología del juez que se adopte, en ese sentido se excluye cualquier analogía si se piensa en un juez que no puede y no debe tender hacia la determinación de la verdad de los hechos, sino simplemente una verdad procesal, mientras que puede concebirse alguna analogía si se piensa sobre la base de una ideología legal-racional de la decisión, en la que el juez puede y por tanto debe realizar una determinación verdadera de los hechos sobre la base de un uso racional de las pruebas<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> TARUFFO, Michelle, *La Prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 327 y siguientes. Igual comparación realiza el autor en su obra *Conocimiento, Prueba, Pretensión y Oralidad*, Traducción de Lucas Correa Montoya, Editores Ara, Perú, 2009, p. 11. En el sentido que tanto el Juez

El razonamiento anterior implica que el juez debe poseer un rol activo en el proceso, pero no por esto debe olvidar cuáles son los límites constitucionales, éticos y legales que debe tener para establecer un equilibrio y no causar desconfianza en el sistema, ocasionando que se constituya en causa de recusación en el conocimiento del proceso.

### 1.2.2. Fundamento constitucional de la prueba en materia civil y mercantil

Tal como se mencionó en el apartado anterior, existe una vinculación de los jueces a la normativa constitucional, a las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que aquellos puedan desconocerlas ni desobedecerlas. Tal vinculación se adscribe en los siguientes supuestos: 1) La Constitución es derecho, es un documento jurídico y por lo tanto vinculante, tiene valor normativo directo, y no solamente es una norma, sino la primera de las normas, y por tanto ley superior, en tal sentido los jueces deberán tramitar los procesos y fundar sus decisiones conforme a lo prescrito en ella; y, 2) En relación a la interpretación de la normas, la cual deberá verificarse conforme a la Constitución, ello no solo implica cumplir con sus mandatos sino la absoluta necesidad de enjuiciar la norma y mediante el control difuso de la constitucionalidad de la norma tramitar su inconstitucionalidad por medio de la inaplicabilidad tal como lo prescriben los Arts. 149 y 185 Cn.

Respecto de la prueba, la Constitución de El Salvador no contiene una norma específica sobre la utilización de los medios de prueba, el fundamento constitucional para la prueba en el proceso se extrae del derecho fundamental de defensa, el cual está vinculado con el de garantía de audiencia, tal como se desprende de la interpretación de la Sentencia de Amparo dada por la Sala de lo Constitucional con numero de referencia 150-97 en donde define el derecho de defensa: *“dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de*

---

como el Laboratorista se encuentran en investigación constante, con un objetivo común, que es la búsqueda de la verdad, siempre y cuando el Juez adopte una concepción legal-racional de la justicia, comprometido con la búsqueda de la verdad como condición de veracidad, validez y aceptabilidad de la decisión, y es que como lo cita Michelle Taruffo, lo Jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que venga presentada en juicio como científica, y sigue diciendo que deben ponerse en el problema de verificar la validez y certeza de la información y que están destinadas a constituir la base de la decisión de fondo sobre hechos.

*manera plena y amplia*<sup>26</sup>. Es precisamente en la defensa de sus derechos donde las partes tendrán la facultad, la cual debe apreciarse como derecho, de aportar la prueba respectiva.

De igual forma se puede extraer el fundamento de los arts. 11 y 12 Cn. En cuanto a que el derecho de defensa se concretiza en poder formular sus alegaciones y poder probarlas, y el derecho de audiencia, adjunto a lo que abundantemente la jurisprudencia ha dicho, es un concepto abstracto en cuya virtud se exige que, antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele por completo de un derecho, debe ser oída y vencida con arreglo a las leyes<sup>27</sup>.

Igualmente, la misma Constitución de la República en su Art. 144, establece que los tratados son leyes de la República, tal como se ha relacionado anteriormente; por lo que, respecto al derecho de defensa y citando algunos tratados y convenios internacionales tenemos que el Art. 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos, en su texto dispone: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"<sup>28</sup> y el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a la letra prescribe: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de

---

<sup>26</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL. Sentencia de Proceso de Amparo con referencia No. 150-1997, de fecha 13 de octubre de 1998, Considerando II. 1 párrafo 6, Sentencia que sirve de fundamento jurisprudencial del derecho de defensa en la Constitución, el cual se constituye en una garantía que sirve al justiciable para defenderse de la acción iniciada en su contra mediante la aportación de la prueba respectiva

<sup>27</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo con referencia No. 301-1999, de fecha 1 de junio de 2000, considerando VI, p. 5. Precisamente porque toda persona que vea limitados sus derechos, tiene que tener la oportunidad de que manifieste todo cuanto convenga a su defensa ya sea que lo haga de forma oral o escrita, o bien aportando cualquier medio en su defensa.

<sup>28</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Aprobada por D.L. N° 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82, Tomo 327, de fecha 5 de mayo de 1995, que contiene en la mencionada disposición garantías judiciales de vital importancia puesto que mediante esta se tutelan los demás derechos de las personas y del cual se derivan una serie de requisitos que deben cumplirse en el desarrollo de un proceso, y es que todos aquellos que de alguna manera emitan decisiones que sobre los derechos de las personas debe de hacerse con un total respeto a las garantías que permita el desarrollo de un debido proceso, porque solo de esa manera podrán emitirse decisiones justas.

carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”<sup>29</sup>, destacándose que en ambos se proclama la igualdad de armas.

Configurado el derecho a la prueba como un derecho fundamental, no precisa de normas que la desarrollen para que tenga efectividad, ya que puede ser directamente aplicable por el juez, lo que se deriva de lo dispuesto en el Art. 172 Cn. puesto que no se avista la Constitución como una simple norma programática, sino con aptitud para regular en su forma y fondo tanto la producción de normas infraconstitucionales como actos y omisiones de particulares y entidades estatales, es lo que se ha dado en llamar como fuerza normativa de la Constitución, pues posee aplicación inmediata, en todas las etapas del proceso, de allí la necesidad de un juicio previo, y de que se respete en él, la garantía de defensa, incluyéndose en dicho proceso el uso de los medios de prueba pertinentes.

### 1.3. Garantías del proceso

Es la Constitución, como norma fundamental de un país, la que contiene no sólo el conjunto de derechos que deben ser protegidos, sino que, debe otorgar los mecanismos de defensa que deben utilizarse para conseguir la efectiva protección de esos derechos y que no queden los mismos como simples prescripciones que no puedan alcanzarse constreñidamente, por la vía recursiva, generando de esa forma seguridad en el usuario de la administración de justicia. Es así como se instituyen en la base fundamental normativa ciertas garantías<sup>30</sup> que sirven para la sustanciación de un proceso, especialmente al proceso civil, regido por audiencias, las que a continuación se detallan.

---

<sup>29</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, Suscrito por El Salvador el 21 de septiembre de 1967, Ratificado por D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. No.218, Tomo No. 265, de fecha 23 de noviembre de 1979, norma de derecho internacional en donde si bien es cierto se relaciona que dicho derecho lo será para ser ejercido en acusaciones de carácter penal, no debe limitarse su aplicación únicamente a esa materia, sino haciendo una interpretación extensiva debe serlo para cualquier materia, pues en todos ellos se tutelan derechos de las personas y a ello precisamente es a lo que se refiere cuando habla de “tribunal competente”.

<sup>30</sup> Se cuentan como garantías la protección jurisdiccional, el derecho de respuesta, el debido proceso, la igualdad procesal, la igualdad de armas, la garantía de audiencia y el derecho de defensa sin agotar en éstas todas las garantías que en determinado momento sirven al justiciable para asegurar su tratamiento en el proceso.

### 1.3.1. Protección jurisdiccional

La Constitución garantiza la protección del Estado hacia las personas, de los derechos consignados en ella, proveyéndole de ciertas herramientas a fin de que sean usadas, tanto para la conservación como para la defensa de los mismos, es así que puede utilizarse el proceso mismo, los recursos, sustanciados por el órgano jurisdiccional como tribunales ordinarios y competentes en conocer respecto de la tutela de los derechos contenidos en la constitución, dependerá del derecho vulnerado para el uso del tipo de proceso utilizado, es decir la vulneración del derecho puede dar lugar a un proceso civil, penal, mercantil, contencioso administrativo, laboral entre otros. A esto hay que agregar que no solo en la sede judicial se pueden restituir los derechos, sino también por la vía administrativa<sup>31</sup>, la que acá se esbozará es la protección jurisdiccional.

En la Constitución de la República de El Salvador en el Art. 2<sup>32</sup> se reconocen una serie de derechos y en esa misma disposición en la parte final del primer inciso se consigna la obligación del Estado de garantizar la conservación y defensa de los mismos. Siendo entonces que la protección jurisdiccional se concretiza en la protección de los derechos, que al ser vulnerados por cualquier persona, se debe acudir a la jurisdicción ordinaria, asimismo, si es por el órgano jurisdiccional que se transgreden los derechos del justiciable, se pueden ejercer los recursos establecidos en la norma; y si aún así, no se ven restablecidos los derechos de los usuarios, puede acudir internacionalmente para la protección o restitución del derecho subjetivo lesionado, una vez agotada la jurisdicción ordinaria. Aunado a que si es la misma norma la que los transgrede se otorgan los recursos de inconstitucionalidad de la misma, para que sea la Sala de lo Constitucional la que los resuelva, otorgándosele a ésta el conocimiento de los recursos de amparo.

---

<sup>31</sup> FERNANDEZ LARGO, Antonio Osuna, *Teoría de los Derechos Humanos*, Editorial San Esteban, España, 2001, p. 233, al consignarse la tutela jurisdiccional como una de las garantías de las personas para la defensa y conservación de los derechos de las personas se hace referencia a la esquematización que de los derechos hace la constitución y a las diversas formas de protegerlos, ofreciéndose en primer término la jurisdicción ordinaria, los recursos ante la Sala de lo Constitucional, la procuración dada por la Procuraduría General de República, así como la ofrecida por la Fiscalía General de la República.

<sup>32</sup> En el Art. 2 de la Constitución se establece lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral*” es en el compromiso de proteger en la conservación y defensa de los derechos consignados en la misma disposición que encuentra su fundamento la garantía de protección jurisdiccional.

Lo anterior no significa que mediante un proceso no se puedan limitar derechos, pues es el único instrumento a través del cual se pueden garantizar y limitar legítimamente derechos consagrados a favor de las personas, así como también debe tomarse en cuenta el régimen de excepción contenido en la Constitución de la República, para casos de guerra, específicamente en el Art.29 de la misma, en el que se establece que suspenden las garantías a excepción de las contenidas en los Arts. 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de dicha norma fundamental, de manera que mediante un proceso se pueden limitar derechos y esa garantía se puede limitar únicamente mediante decreto legislativo y en caso de guerra.

#### 1.3.1.1. El derecho de respuesta

Es el contenido en el Art. 6 de la Constitución que establece: “... *Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona...*”, la respuesta, es el segundo acto inmediato posterior que debe darse ante una petición que se formule ante autoridad alguna, remitiéndose al proceso jurisdiccional, después de la interposición de la demanda que contiene el petitorio o la determinación de la pretensión, la respuesta es la que el órgano jurisdiccional da ante la formulación de la petición, en otras palabras, es la decisión que el juez da después de sustanciar el proceso, pero que no se agota allí, sino que requiere que esa decisión se le dé a conocer al justiciable y que recaiga sobre lo pedido.

El derecho de respuesta se ve reflejado en la norma secundaria cuando instituye la obligación que tienen los juzgadores de resolver, la cual se encuentra contenida en el Art. 15 CPCM<sup>33</sup>, esta garantía depende del derecho de protección jurisdiccional, en donde deja sentado, que el juez bajo ninguna razón puede dejar de resolver al usuario de la administración de justicia, el juez siempre debe proveer una decisión sobre el caso sometido a su conocimiento, así tenga que enfrentar situaciones prácticas como negligencia probatoria, pruebas contradictorias o insuficiencia de pruebas, el incumplimiento de ésta obligación trae como consecuencia responsabilidad al funcionario que puede ser la civil, penal la

---

<sup>33</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, el cual en el Art. 15 establece: “*El juez no podrá, bajo ningún pretexto, dejar de resolver, ni aplazar, dilatar o negar la decisión de las cuestiones debatidas en el proceso. El incumplimiento de las obligaciones contenidas en este Código será sancionado de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica Judicial*”.

cual sancionada como incumplimiento de deberes contenido en el Art. 321 C.Pn. más, la responsabilidad administrativa que pudiere enfrentar y que puede llegar hasta una destitución del cargo.

Constituye también una vulneración al derecho de respuesta, aunque ésta no sea incumpliendo en forma total, la retardación con que la misma se emita, una justicia tardía no es justicia, en ese sentido huelga decir, que la tardanza en las decisiones vulneran el derecho de respuesta como garantía del proceso. Por otra parte, la motivación de la decisión judicial, es otra categoría o aspecto relevante de dicho derecho, que no es más que el hecho de dar a conocer cuáles han sido las razones que han motivado la decisión, de modo que si no lo hace incurriría el funcionario en una transgresión al derecho fundamental de respuesta. Finalmente considerar que el juez debe tomar las precauciones y medidas necesarias a fin de que su respuesta se vuelva efectiva, esto es la ejecución de la sentencia, mediante la cual se ve satisfecha la garantía fundamental de protección jurisdiccional que es de donde deriva el derecho de respuesta.

### 1.3.2. Derecho de defensa

El derecho de defensa como garantía fundamental de las personas<sup>34</sup>, tiene su asidero en el Art. 12 de la Constitución, sin embargo con dicha disposición podría pensarse que se limita al derecho penal, pues se preceptúa para toda persona a quien se le impute un delito se debe asegurar que contará con todas las garantías necesarias para su defensa y gozar de la asistencia de un defensor, pese a que la Constitución de la República lo reduce a la imputación delictiva, ello no significa que en materia civil y mercantil no deba observarse el cumplimiento de dicho derecho, reconociéndose que el derecho de defensa va de la mano con ciertos derechos que le son inseparables, como lo es derecho de aportar pruebas en el proceso, así como con la garantía de audiencia, sobre este punto la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dejado manifestado que: *“la garantía de defensa puede entenderse como la oportunidad procesal de configurar una contienda inter-partes que les permita argüir los elementos tendentes al desvanecimiento de los alegatos incoados por la contraparte, a fin de hacer valer sus derechos y demás intereses jurídicos. Dicha garantía existe en su aspecto*

---

<sup>34</sup> SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, Recurso de Casación, con referencia 107-C-2005, de fecha 22 de marzo de 2007 en que la Sala estableció *“El principio de inviolabilidad de la defensa, es una manifestación de que debe existir en todo momento una oportunidad razonable de defensa”*.

*material y técnico, ya sea que lo ejerza la persona que puede verse afectada en sus derechos o un profesional del derecho respectivamente*<sup>35</sup>.

Cabe destacar que desde una perspectiva constitucional el derecho de defensa<sup>36</sup> es aquel mediante el cual, la parte demandada tiene la facultad de formular su pretensión y rebatir los argumentos de la pretensión de la parte contraria. Desde una perspectiva procesal tiene dos magnitudes una que consiste en el derecho que tiene el demandado, a ser asistido por un procurador, derecho que debe ser garantizado por los juzgadores, y la otra que es la defensa material ejercida en un proceso, si bien es cierto en materia civil toda actuación por las partes materiales debe ser hecha a través de un procurador, tal como lo establece el art. 67 CPCM al dejar establecido que la procuración es preceptiva; sin embargo, existen actos procesales que permiten al demandado defenderse materialmente en un proceso civil, ante la exigencia de la procuración tal como se indicó antes, lo cual se puede ver reflejado en la participación de la parte demandada en un proceso civil, como cuando rinde declaración de propia parte propuesta por su procurador, así como en el acto de la conciliación, cuando manifiesta a su procurador los acuerdos a que pueden llegar con la contraparte, si bien es cierto esta dimensión es propia del derecho penal, pues es allá es donde mediante la declaración indagatoria el imputado puede defenderse materialmente, en el derecho civil son escasas las situaciones donde puede resultar aplicable.

Respecto de la procuración preceptiva, el Art. 75 CPCM, establece que todos los que carezcan de recursos económicos, podrán ser representados gratuitamente por la Procuraduría General de la

---

<sup>35</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de proceso de Habeas Corpus de fecha 10 de noviembre de 2004, con referencia 34-2003. En la que a su vez se manifiesta que puede ejercerse la defensa en su aspecto técnico y en su aspecto material, consistiendo la primera en la garantía del imputado de ser asistido en el transcurso de todo el proceso por un defensor y la segunda en la garantía del imputado de ser oído en el ejercicio de su defensa a través de su declaración en el proceso, en igualdad de condiciones, enfrente tanto las alegaciones como las pruebas de cargo, presentadas por la parte acusadora.

<sup>36</sup> SALA DE LO CONSITUCIONAL, Sentencia de proceso de Amparo con referencia 167/97, de fecha 25 de abril de 1999, Considerando II, apartado1, sobre el derecho de defensa la jurisprudencia al pronunciarse sobre la protección en la conservación y defensa de los derechos, ha señalado que *“nuestra Constitución, acertadamente, desde su art. 2 establece –haciendo una referencia textual– una serie de derechos –individuales, si se quiere– consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos –abierto y no cerrado– como fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello nuestro constituyente dejó plasmado en el art. 2, inc. 1º, el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas en favor de todo ciudadano, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descrito”*.

República, en ese sentido el Estado asume la obligación de defender y representar gratuitamente a las personas de escasos recursos económicos, sin embargo no incluye a las personas que se encuentren en las siguientes circunstancias; que esté impedida, esté ausente, o bien que se encuentre en una situación de emergencia o de peligro o simplemente que se desconozca si tuviere alguna persona que la represente en tales circunstancias y aunque la disposición relativa a las funciones del Procurador General de la República no los comprende<sup>37</sup> debería incluirseles, pues representan situaciones que en la práctica judicial tienen solución, pero que prolongan el proceso.

### 1.3.3. El debido proceso

En cuanto al debido proceso o proceso constitucionalmente configurado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que existe una identidad entre el llamado “derecho al debido proceso”, y el proceso constitucionalmente configurado. Así, ha dicho que, “desde un punto de vista exegético, hablar de debido proceso es hablar del proceso constitucionalmente configurado<sup>38</sup>, la doctrina sostiene lo siguiente: Que la expresión acuñada propiamente y que por cierto es de origen anglosajón es la de debido proceso. Cuando se hace referencia al debido proceso se intenta denotar la importancia que tiene no sólo prever una herramienta heterocompositiva capaz de garantizar la protección y la defensa de los derechos de las personas, sino además que el mismo se sustancie en los estrados conforme a la Constitución.

Que tanto las partes como el juzgador tengan en cuenta que existen límites definidos por un marco constitucional que prohíbe cualquier actuación que suponga enervar las posibilidades de actuación de alguno de los sujetos procesales<sup>39</sup>. De manera que para privar a una persona de sus derechos primeramente debe ser oída y vencida en juicio tramitado ante los tribunales previamente instituidos

---

<sup>37</sup> LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Decreto Legislativo Número 775, de fecha 03 de diciembre de 2008, D. O. 241, Tomo 381, publicado el día 22 de diciembre de 2008, el cual establece en el Art. 12 que corresponde al Procurador General de la República, dar asistencia legal, a las personas de escasos recursos económicos, y representarlas judicial y extrajudicialmente en la defensa de su libertad individual y de sus derechos laborales, excluyéndose así los hipotéticos casos de ausencia, impedimentos o que se encuentren en situación de peligro.

<sup>38</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo de fecha 26 de junio de 2000, con referencia 642-99, Considerando V. mediante el cual la sala fija como criterio la identidad que existe entre debido proceso y proceso constitucionalmente configurado.

<sup>39</sup> PARADA GÁMEZ, Guillermo Alexander, *Oralidad en el Proceso Civil*, Primera Edición, Publicación del Instituto de Investigación Jurídica de la UCA, San Salvador, 2008, p. 31 y 32. Y es que los límites para el caso tendrían un carácter funcional, es decir que rijan las actuaciones desempeñadas en un proceso.

para ello y con aplicación de las formalidades previstas. Así se establece en el Art. 11 Cn. cuando dispone que ninguna persona pueda ser privada de ninguno de sus derechos sin antes haber sido oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. Por su parte el Art. 14 Cn. establece que para que el órgano jurisdiccional pueda proceder a imponer una pena debe observarse el cumplimiento de un debido proceso<sup>40</sup>.

En ese sentido, cualquier proceso que se aparte del cumplimiento de las garantías procesales y constitucionales, no está apegado a la norma fundamental y por tanto, está incumpliendo con el derecho al uso del mismo, consecuentemente a la protección jurisdiccional. Se concluye entonces que la disposición de un proceso y su recta configuración constituye un hecho que, por un lado determina al Estado su obligación protectora, y por el otro, incorpora dentro del ámbito de los límites de la autonomía de la voluntad de cada sujeto, su uso sin más términos que los previstos por la ley. Atinadamente se aseveran entonces dos elementos que le caracterizan: por un lado el que sea un derecho de prestación en la medida que el usuario puede disponer del mismo para auto garantizarse la defensa o conservación de sus derechos; y por el otro que se trata de una configuración legal dado que el legislador lo va dotando de contenido.

#### 1.3.4. Igualdad procesal

Sobre la igualdad procesal se ha establecido por la Sala de lo Constitucional lo siguiente: Que es una transformación del principio de igualdad jurídica que contiene la Constitución de la República de El Salvador en el Art. 3 el cual establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión”<sup>41</sup>. Al trasladarse el principio de igualdad jurídica a una herramienta que garantiza

---

<sup>40</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Habeas Corpus, con referencia 78/2000, de fecha 14 de abril de 2000, Así lo ha establecido en dicha sentencia en la que expreso: “*El debido proceso contenido en el artículo catorce de la Constitución de la República, se refiere al proceso constitucionalmente configurado en el cual deben de respetarse los derechos fundamentales y garantías procesales de las personas*”.

<sup>41</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo, con referencia 317-1997, de fecha 26 de agosto de 1998, considerando III, apartado 2, sobre la igualdad procesal expreso: “*es un derecho subjetivo que posee todo ciudadano a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo, y exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de la ley, de manera que un órgano jurisdiccional no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada. En los supuestos de decisiones desiguales, debidas a órganos plurales, corresponde a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales establecer la*

la igualdad en el proceso en todos los aspectos ha de estimarse que la misma puede ser apreciada para todos los actores en el proceso y que por tanto puede tener diversas enunciaciones.

Por una parte la igualdad procesal puede enunciarse en el hecho que todos los hombres deben ser tratados y juzgados indistintamente, según lo determinado por las normas jurídicas<sup>42</sup>, tal acercamiento a lo que es la igualdad se refiere a aquellos que tienen el carácter de partes materiales en un proceso.

Para ARAZI ROLAND, *“la igualdad consiste en no establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en paridad de circunstancias y condiciones, pero nada impide contemplar en forma diferente situaciones que se estiman distintas, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni implique indebido favor o privilegio personal o de grupos”*<sup>43</sup>, que con tal definición de igualdad la interpretación de ésta se hará de forma dinámica, de manera que si existen condiciones de paridad entre la partes no está justificado un trato desigual, situación contraria sucede si una de las partes se encuentra en una situación de desventaja, tal es el caso que uno de ellos sea de escasos recursos económicos, en donde

---

*necesaria uniformidad en aplicación de la ley, en pro de la seguridad jurídica. Por tanto, puede concluirse que el derecho a la igualdad tiene dos perspectivas constitucionales: (a) la igualdad ante la ley; y (b) la igualdad en la aplicación de la ley. Conforme a la primera, frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y subjetiva. Según la segunda, cuya aplicación se hace [principalmente] en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuesto de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad”.*

<sup>42</sup> BORTHWICK, ADOLFO E.C. *Principios Procesales*, Editor Mario E. Viera, MAVÉ, Pellegrini 958, Argentina, p. 81. Aspecto en el que el autor manifiesta que la igualdad procesal implica que debe garantizarse un trato igualitario a las partes, donde tengan las mismas oportunidades y obligaciones, esto dentro de la inevitable desigualdad que genera el hecho de que uno es actor y otro demandado. Respecto de la igualdad la jurisprudencia ha señalado que en ocasiones la igualdad aparece como exigencia de equiparación, y que para ello es necesario criterios de relevancia al tenor del cual se van a considerar que datos son los esenciales para predicar la igualdad entre personas o situaciones distintas y es que no se pueden equiparar arbitrariamente aquellas situaciones o personas entre las que se den diferencias relevantes o por el contrario establecer diferencias entre aquellos cuyas divergencias son irrelevantes, por ello sostienen que la igualdad se traduce en la exigencia de diferenciación a circunstancia o situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren una regulación jurídica distinta. Por ello la igualdad debe ser considerada no en sentido estático sino dinámico, así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional en Proceso de Inconstitucionalidad con referencia 28-2002, de fecha 8 de abril de 2003, Considerando IV, apartado 1.A.

<sup>43</sup> ARAZI, ROLAND, *La prueba en el proceso civil, Teoría y Práctica*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001, p. 33. El juez en sus actuaciones procesales debe tratar en igualdad a las partes, en lo que respecta a sus derechos y facultades, sin establecer preferencias, ni permitir situaciones que generen desigualdades, sin embargo en una función socializadora del Derecho, tal como sucede en materia laboral, deben de atenderse las circunstancias de las partes.

el legislador permite que pueda litigar sin costos, estableciendo para ello la procuración gratuita, lo cual lejos de ser un trato desigual, lo que pretende es que sean puesto en igualdad de condiciones.

Con igual importancia, se ha dicho que la igualdad es un concepto jurídico determinable a partir de tres grandes dimensiones, a saber: Desde la perspectiva del legislador que debe formular la norma bajo los parámetros encomendados por el Constituyente (postulados tales como el ofrecer un trato idéntico en situaciones similares) debe hacerse hincapié en la terminología “situaciones similares”, puesto que no existe la absoluta igualdad jurídica, la cual se vuelve relativa, cuando se analizan las circunstancias de cada quien, y con el objetivo de neutralizar la desigualdad que pueda existir entre las partes habrá que dar un tratamiento diferenciado, con el objeto de llegar a un equilibrio de la condición procesal de las partes en el proceso.

Sobre ese punto la Sala de lo Constitucional ha dicho: *“El principio de igualdad es aquél que hace que los poderes, en sus actividades, den un trato equivalente a todas las personas que se encuentran en condiciones similares; sin embargo, también posibilita que se dé deliberadamente y en condiciones distintas, un trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados en una relación que presente criterios o rasgos diferenciadores relevantes, bajo criterios justificables y razonables a la luz de la misma Constitución”*<sup>44</sup>.

Siguiendo con las dimensiones, la segunda se establece desde la perspectiva del juzgador en el sentido que debe darle un cumplimiento irrestricto (sin perjuicio del control difuso que algunos jueces poseen al inaplicar o en su caso elevar la norma para evaluar su constitucionalidad) a la norma que por sí ya se presume constitucional y no puede so pretexto de considerarla contraria a la constitución dejar de aplicarla a menos que sea declarada así por la autoridad a la que le corresponde, o bien como se dejo ver, someterla al control de constitucionalidad.

Por último, en la tercera de las dimensiones para concebir la igualdad, desde la perspectiva del Juzgador, consiste en que se debe franquear a toda costa el andamiaje necesario para que se geste en los estrados un genuino debate procesal, lo cual únicamente puede alcanzarse si se proporcionan los

---

<sup>44</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de fecha 24 de julio de 2010, con referencia 22-2010 mediante la cual ofrece criterios en donde el juzgador pueda dar un tratamiento desigual basado en criterios justificables y razonables.

mismos espacios, tanto de ataque como de defensa a los adversarios<sup>45</sup>. CHIOVENDA, al respecto manifiesta que igualdad de los ciudadanos ante la ley consiste en que cuando se aplique este principio la ley se encuentra en la necesidad de repartir entre el actor y el demandado con equitativa proporción sus garantías<sup>46</sup>. Por su parte DEVIS ECHANDÍA, manifiesta que de la igualdad procesal se deducen dos consecuencias: a) la de que en el curso del proceso las partes gozan de igualdad de oportunidades para su defensa y b) que no son aceptables los procedimientos privilegiados en razón de la raza, sexo, religión, o fortuna<sup>47</sup>. Esto último, conocido también en la terminología procesal como identidad o igualdad de armas, entre los contendientes, ello significa una relativa paridad de condiciones de los justiciables, se postula entonces como una garantía procesal a través de la cual puede eficazmente conseguirse la bilateralidad de la audiencia.

#### 1.3.4.1. Igualdad de armas

Esta igualdad en el proceso significa, posibilitar a cada parte para que haga valer sus derechos ante el juez, rodearla de las garantías y quitarle todo tipo de obstáculos para que libremente pueda alegar en el ataque o en la defensa y aportar los medios de convencimiento necesarios<sup>48</sup>. Según este principio es

<sup>45</sup> PARADA GÁMEZ, Guillermo Alexander, Op. cit., p. 31 y 32. Es decir, que se generen dentro del proceso, igualdad de oportunidades a la pluralidad de partes que intervengan en un proceso, igualdad de derechos, lo que se traduce en una igualdad efectiva ante la administración de justicia.

<sup>46</sup> CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Reuss, Madrid, 1992, p. 661. Recuérdese que en la Constitución de la República específicamente en el Art. 3 se establece que: “*Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión*” y que no obstante ello existen algunas prerrogativas para ciertas personas para el caso por razón del cargo o función que realiza la persona.

<sup>47</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del proceso*, Segunda Edición Revisada y corregida, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 56, expone el autor como el derecho procesal se ha ido conformando como ciencia autónoma, ya no como un simple trámite procesal sino que con sus propios principios que la rigen y divide así en dos grandes ramas los principios en aquellos que son fundamentales del derecho procesal y del procedimiento.

<sup>48</sup> CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, en su disposición 181 dispuso: el principio de emplazamiento que establece: “*Todo demandado debe ser debidamente informado de la admisión de una demanda en su contra, a fin de que pueda preparar la defensa de sus derechos o intereses legítimos*”. Con ello se concede a la parte la posibilidad de conocer todo el material del proceso, y proceder a defenderse; así como también se consigna la posibilidad de que el demandado pueda defenderse en el proceso, no obstante la desigualdad económica disponiendo para ello la procuración de manera gratuita según el Art. 75 CPCM, eliminando así una dificultad económica de acceso a la justicia y en tercer lugar tenemos un principio que es el de la lealtad y buena fe contenido en el Art. 13 del mismo cuerpo de ley, mediante el cual se dispone: “*Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, cualquier partícipe en el proceso, deberán actuar con veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal. El juez procurará impedir toda conducta que implique actividad ilícita o genere dilación indebida del proceso. La infracción de las obligaciones de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal se sancionará con la condena en costas, y con el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera causado el infractor; sin perjuicio, de que el juez remita a la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de*

imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte -lo cual se logra mediante el emplazamiento- y manifestar ante el Juez los propios argumentos -contestación de la demanda-, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones -derecho de aportar pruebas en el proceso-.

El principio de igualdad de armas, como derivación del principio de igualdad y del de contradicción, crea la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y de defensa, que tengan idénticas posibilidades y cargas de prueba, así como la misma posibilidad de impugnación sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio. Nótese que para contestar una demanda, así como para proponer prueba es necesario que previamente sea emplazado el demandado lo cual implica la bilateralidad de la audiencia tal como lo explica ENRIQUE VESCOVI<sup>49</sup>, que “*el principio de igualdad supone la bilateralidad y la contradicción*”, esto significa que el proceso se desarrolla bajo la dirección del juez, pero entre las dos partes en condiciones de equidad, con idénticas oportunidades, en los medios de prueba, y en su valoración, sobre este punto no se cuenta en la legislación salvadoreña con normas que regulen esa igualdad de armas, sin embargo ante el vacío en el texto legal los jueces habrán de acudir a realizar una interpretación de la norma conforme a los principios generales del derecho.

### 1.3.5. Garantía de audiencia

Partiendo de lo establecido en la Constitución de la República, en el Art. 11 en cuanto a que ninguna persona puede ser privada de sus derechos fundamentales como la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho si ser previamente oída en juicio con arreglo a las leyes. Tratándose de una garantía que siendo de orden constitucional se debe cumplir y respetar, de allí su desarrollo en cada una de las

---

*Justicia la respectiva certificación sobre la conducta de los abogados interviniente*”. Excluyéndose así la posibilidad de que las partes en el proceso mientan o actúen de mala fe.

<sup>49</sup> VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2da Edición, Editorial Temis. S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, p. 54. La bilateralidad de la audiencia se constituye en principio procesal, mediante el cual se permite al demandado contestar la demanda, examinar la prueba y proponer prueba. La bilateralidad de la audiencia se puede ver mermada en situaciones procesales contenidas en procesos como el abreviado, pues de conformidad con el Art. 425 inc. 2 CPCM, permite que se pueda llevar a cabo la audiencia aun si la comparecencia del demandado y es precisamente en la audiencia que el demandado contesta la demanda, según el Art. 427 *Ibidem*, derecho que ya no podrá ejercer por el hecho mismo de celebrarse la audiencia sin su comparecencia, más debe pensarse que el juzgador habrá cumplido con la bilateralidad de la audiencia desde el momento que le emplazo, sin embargo, no se agota en ello dicho principio.

materias del derecho, que como derecho fundamental, implica que todas las personas que se vean sometidas a un proceso judicial antes de ver limitados sus derechos deben ser oídas por el juez de la causa.

La citada garantía tiene su desarrollo en materia civil en todas las etapas, circunstancias, y desarrollo del proceso, para ello, se establece el emplazamiento como acto de hacer saber al demandado que ha sido interpuesta una demanda en su contra, o en el hecho de oírle cuando se interpone recurso de revocatoria sobre la decisión dada por el juez, obviamente esta regla de orden constitucional tiene sus excepciones tratándose de actuaciones judiciales que pretenden garantizar la efectividad de la sentencia, verbigracia las medidas cautelares que deben dictarse *Inaudita Altera Pars*, es decir sin oír a la otra parte, con ellas se pretende garantizar la efectividad de la sentencia<sup>50</sup>, de tal modo, que si la parte a quien afecta lo resuelto se entera, podría verse limitada la efectividad de la sentencia.

Sin embargo, aquél que realizare conductas tendientes a nulificar la efectividad de la sentencia, se le impone una sanción, en el sentido que, si para sustraerse del pago de sus obligaciones para con los acreedores se alzare con sus bienes, lo ocultare o simulare enajenaciones para evitar responder, dicha conducta es sancionada por el legislador con alzamiento de bienes, previsto en el art. 241 Pn., desvirtuándose así la justificación, de que el demandado en los casos de medidas cautelares no deba ser oído, puesto que si llegare a disponer de sus bienes tendría que responder penalmente. Otro supuesto en materia civil en donde se justifica que aún en los casos de ejecución debe escucharse al demandado, lo encontramos en los procesos de ejecución forzosa cuando se le pide a éste que sea él quien haga una declaración bajo su palabra de honor sobre la tenencia o propiedad de bienes que permita hacerle frente a la ejecución, de tal manera, que si no lo hace, debe responder por desobediencia a mandato judicial<sup>51</sup>, y si lo hace, pero lo hace falsamente debe responder siempre dentro de la esfera penal por el delito de falsedad ideológica.

---

<sup>50</sup> PICO I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Editor José María Boch S.A, Barcelona, Argentina, 1997, p. 122, es considerado que por el riesgo de la insolvencia del demandado no debe de notificársele, pues pone en claro peligro la efectividad de la sentencia.

<sup>51</sup> Así lo regula el actual artículo 611 del código procesal civil y mercantil, sin embargo al realizar una prognosis fáctica del caso, cabe cuestionarse si efectivamente y en aplicación al principio de legalidad sería encuadrable la conducta típica demostrada por aquél deudor a quien se le requiere que presente en el plazo de cinco días una declaración de sus bienes o derechos para hacer frente a la ejecución; cuando que el supuesto fáctico que se sanciona en el Art. 313 del código penal, es a aquél que citado por un funcionario no comparece llamase éste jurado, traductor, interprete o depositario de bienes, dejando de fuera a las partes materiales de un proceso, en el inciso segundo de la disposición ultima citada incluye ya a las partes, sin embargo en una función definitoria del

En ese orden de ideas, no existe justificación legal para no cumplir con una garantía de orden constitucional, cuyo objetivo es evitar la indefensión, en ese sentido lo ha dicho la jurisprudencia nacional, cuando en la Sentencia de la Sala de lo Constitucional hace una vinculación de la garantía de audiencia al derecho de defensa cuando dice que: “ *el limite negativo de evitar en su desarrollo la indefensión, lo que tanto significa, entre otras manifestaciones, como tener que llamar directamente al proceso judicial a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que pueda ser parte procesal y ejercitar el derecho de defensa contradictoria si le conviene*”<sup>52</sup>, por ello, el siguiente derecho a analizar es precisamente el derecho de defensa.

En el Código Procesal Civil y Mercantil al instituirse el principio de defensa<sup>53</sup>, lo hace de la mano del principio de contradicción al designarse en su epígrafe de manera conjunta, sin embargo en el desarrollo del enunciado lo vincula además con la garantía de audiencia, manifestándose en el Art. 4 de dicho cuerpo normativo que: “*El sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes. En todo caso, cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir los de la contraria, y sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes*”<sup>54</sup>

Sintéticamente, el derecho de defensa es el derecho de alegar, probar, oponerse, contradecir a las pretensiones de la contraparte. Se debe destacar que el derecho de defensa es uno de los derechos de

---

código llama desobediencia a mandato judicial a aquellas conductas que cometidas por las partes se limitan a la incomparecencia, pero no incluye el supuesto de una obligación de hacer que para el caso sería el de análisis o bien se rehusare a prestar colaboración a una diligencia judicial tal como si lo dijo para los otros intervinientes en un proceso, contenidos en el inciso primero.

<sup>52</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia numero 82/1983, de fecha 20 de octubre de 1983. Sentencia en la cual queda manifestado por la Sala que existe una vinculación entre la garantía de audiencia con el derecho de defensa.

<sup>53</sup> LACRUZ BERDEJO, *Nociones del Derecho Civil Patrimonial*, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 64. En la que cuando el autor se refiere al derecho de defensa en primer lugar parte del ejercicio de ese derecho lo realiza, cuando se acude a los tribunales como una acción ya sea personal o real, sin embargo el enfoque que en esta investigación se le da al ejercicio del principio de defensa, es al realizado por el demandado ante la instauración de una demanda en su contra.

<sup>54</sup> Se refiere a los casos cuando lo que se pretende es garantizar la efectividad de la sentencia se dictan medidas cautelares sin oír a la parte contra quien se emiten, en cualquier otro caso emitir pronunciamientos el juez sin dar audiencia a la parte contraria se estaría vulnerando el derecho de defensa, de donde derivan actos procesales como el del emplazamiento, contestación de demanda, la facultad recursiva y otros dependen de dicho acto procesal.

carácter fundamental, y que por tanto los juzgadores que son los encargados del efectivo cumplimiento de ese derecho, deben hacer una lectura al principio de legalidad que impida toda aquella conducta que menoscabe su ejercicio efectivo.

## CAPÍTULO II

### PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

SUMARIO: 2. Introducción. 2.1. Inmediación Judicial. 2.1.1. Como el contacto personal del juez. 2.1.2. Como la participación del juez. 2.1.3. Como la identidad del juez. 2.2. Imparcialidad del Juez. 2.3. De Adquisición Procesal o de Comunidad de la prueba. 2.4. De Concentración. 2.5. De Contradicción. 2.6. Veracidad, Lealtad, Buena fe y Probidad Procesal. 2.6.1. Veracidad. 2.6.2. Lealtad. 2.6.2.1. Lealtad hacia sí mismo. 2.6.2.2. Lealtad hacia su cliente. 2.6.2.3. Lealtad hacia su contraparte. 2.6.2.4. Lealtad hacia el proceso. 2.6.3. Buena Fe. 2.6.4. Probidad Procesal. 2.7. Principio Dispositivo. 2.8. Principio de Aportación. 2.9. Principio de Congruencia.

#### 2. Introducción

Partiendo de la base, que para que todo proceso funcione correctamente, se requieren de principios que lo orienten como mandatos de optimización del proceso, los que en definitiva orientan la forma de tramitar o sustanciar el proceso, cuando estos principios se encuentran recogidos en el ordenamiento jurídico fundamental, se transforman en garantías que vienen a constituirse en mecanismos de protección que poseen los ciudadanos, frente al poder punitivo del Estado. En palabras de ADOLFO E.C. BORTHWICK en su obra principios procesales manifiesta: *“que son construcciones jurídicas llamadas a estructurar ciertas ideas fundamentales del proceso, a partir de las cuales se perfila un determinado sistema cuya finalidad es la de realizar las normas sustantivas”*<sup>55</sup>, muchas han sido las denominaciones que han recibido los principios procesales, pero todas ellas coinciden con la idea central que son directrices que inspiran el proceso, las cuales deben ser tomadas en cuenta por el juez para tramitar un proceso y decidir en él y que concretan y mediatizan las garantías constitucionales del Derecho Procesal y en cada principio podemos encontrar una norma constitucional de respaldo.

Así pues, desde la entrada en vigencia de la Constitución en El Salvador de mil novecientos cincuenta, se reconoce que ella no lo es todo, respecto a la aplicación del derecho adjetivo y que por ello es necesario acudir a los principios y valores que en la misma subyacen; y que por encontrarse en ellas se vuelven garantías, sí se piensa, desde una perspectiva de que el juez realiza el derecho, posiblemente no requiera acudir a dichos principios, pero, en una perspectiva moderna en donde el juez crea el

---

<sup>55</sup> BORTHWICK, Adolfo E.C. *Principios Procesales*, Editorial Mave, Pelligrini, Argentina, S/A, p.17, hace ver el autor que alguna parte de la doctrina prefieren denominarlos principios formativos, principios procedimentales, principios básicos del proceso, principios fundamentales, directivas, líneas matrices, con cualesquiera nombre que se les llame sirven para dirigir u orientar cada ordenamiento jurídico procesal.

derecho, requiere contar con un catalogo de principios, a fin de que se constituyan en las directrices para sustanciar un buen proceso.

En ese orden de ideas, hoy en día de todos es conocido que son muchos los principios<sup>56</sup> que regulan el proceso y que para cada una de las etapas del mismo, resalta la aplicación de ciertos mandatos o mandamientos como los llamaba el maestro COUTURE, por ello, luego de analizadas las garantías en el capítulo anterior, se centrará el estudio en los principios que rigen de forma específica a la actividad probatoria, entendiendo de antemano que tal actividad está compuesta por cinco etapas bien definidas como son: la proposición, la admisión o rechazo, la preparación, la ejecución y valoración de la prueba. Y en cada una de esas etapas hay aplicación concreta de ciertos principios que deben observarse, con el fin de no vulnerar derechos fundamentales de las partes, así como constituirse en una garantía al debido proceso.

En ese sentido y sin pretender realizar una lista taxativa de dichos principios, se cuenta con el principio de la adquisición procesal o de la comunidad de la prueba, principio de concentración, de congruencia, de contradicción, de economía procesal, de acumulación eventual, de impulsión procesal, de inmediación judicial, de oralidad, de preclusión, de publicidad, de imparcialidad judicial, de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, principio de aportación, principio dispositivo, de contradicción<sup>57</sup>, entre otros, los que aunados a otros principios, resultan ser aplicables a todo el desarrollo del proceso, sin embargo algunos de ellos, cobran mayor auge en la actividad probatoria y tienden a asegurar un debido proceso tal como se dijo supra.

Después de haber hecho referencia a las garantías constitucionales, para luego ocuparse de los principios procesales a fin de facilitar a los operadores de justicia y a los usuarios de la administración de justicia civil, conocer cuáles son los mecanismos de defensa con que cuentan, así como conocer la estructura de los principios consignados en el Código Procesal Civil y Mercantil en el título preliminar, capítulo primero y que el legislador salvadoreño denominó Principios Procesales. A continuación se

---

<sup>56</sup> BARBERIO, Sergio. Y Otros. *Doctrina Y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, Editorial Juris, Argentina, 2007, p. 210. En el que el autor manifiesta que desconocer los principios procesales equivale a quitar obligatoriedad a su aplicación, todo ordenamiento adjetivo incluye normas convalidatorias de la imperatividad de los principios procesales, y dado un conflicto normativo debe buscarse la solución dirimente teniendo en cuenta el principio procesal respectivo, ya que son construcciones normativas subsidiarias.

<sup>57</sup> BORTHWICK, Adolfo E. C. *Principios Procesales*, Op. Cit., S/A, pp. 17 y ss. Obra en la que el autor hace un prolijo desarrollo de los principios procesales enunciados.

hace referencia a los principios que a pesar de ser aplicables a todo el proceso lo son específicamente en la actividad probatoria.

## 2.1. Principio de inmediación judicial

Se llama Inmediación judicial, al principio por medio del cual se busca garantizar la presencia del juez en los actos procesales, así como que sea el mismo juez el que inmediate la prueba con el que emita la sentencia, sin que existan intermediarios entre el juez, las partes y la prueba, excluyéndose la posibilidad de que las alegaciones, las aportaciones probatorias y las conclusiones se realicen de modo indirecto, de tal manera que mediante dicho principio se permite que el juez se forme una convicción de los hechos de forma directa, evitándose así cualquier tipo de distorsión o deformación de la información cuando es recibida indirectamente<sup>58</sup>, no basta entonces con analizar el contenido de una declaración de testigo, sino que es necesario presenciar su declaración para poder valorar el comportamiento de éste mientras declara o la forma en que lo hace, y solo así el juez podrá decir en su sentencia que ese testigo merece credibilidad para el establecimiento de los hechos.

Resulta destacable analizar que hoy en día pese a la carga laboral impuesta por el Código Procesal Civil y Mercantil, al encomendarse al juez, la ordenación y dirección del proceso y hacerlo responsable por la demora ocasionada por su negligencia, no es razón ni pretexto para no observar el cumplimiento de este principio con la lealtad debida, como tampoco lo es la carga laboral que posee la administración de justicia. Tal es el margen de actuación del juez donde se puede observar la inmediación judicial que debe examinarse desde tres aspectos: 1.1. Como el contacto personal del juez; 1.2. Como la participación del juez; y 1.3. Como la identidad del juez.

### 2.1.1. Como el contacto personal del juez

En el examen del primero de sus aspectos, debe considerarse que la inmediación es el acercamiento del juez al proceso, a la proposición, a la práctica o recolección y a la valoración de la prueba,

---

<sup>58</sup> BORTHWICK, ADOLFO E.C. *Principios Procesales*, Op. Cit. p. 95 el autor sostiene que mediante la inmediación el juez adquiere por vía psicológica (por la aprehensión directa de los datos externos), gnoseológica (por la inexistencia de las especies intermedias entre el objeto y el sujeto cognoscente) y lógica (proposiciones que resultan evidentes por sí mismas), lo cual lo logra el juez si interviene personalmente en la actividad probatoria.

volviéndose así en uno de los “*principios formativos del proceso*” tal como lo ha dicho PODETTI<sup>59</sup>, que permite que el proceso sea mejor conocido y dirigido por el juez, que se emitan sentencias justas por el contacto y la relación directa con la prueba, con las partes, testigos y el objeto directo del proceso y que según las manifestaciones de EISNER “*pueda apreciar de manera directa la prueba introducida al proceso*”<sup>60</sup>. En ese orden, dispone el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil en su considerando IV, que la característica principal de la normativa del Código de Procedimientos Civiles era la de ser un proceso escrito, lento, formal y burócrata; en consecuencia, se requería la implementación de un código que mejorara con creces la calidad de la justicia civil-mercantil, incorporando una serie de preceptos modernos y propios de los procesos orales, como son el predominio de la oralidad y la presencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, función activa del juez, reducción de incidentes e impugnaciones y libre valoración de la prueba.

Consistiendo entonces la inmediación en el acercamiento del juez al proceso, a las partes, y a la práctica de la prueba<sup>61</sup>, en ese sentido, no es dable recordar aquellos días, en que contándose con un proceso eminentemente escrito, se delegaba la recolección de la prueba en los colaboradores o auxiliares del juez, al contrario, con la aplicación del principio de inmediación en el proceso civil, cesaron esos días en donde el juez valoraba simples papeles, más bien se establece a través de éste, ese contacto directo con las partes, con los testigos, e intervinientes en el proceso, con la pretensión, y con la recolección de la prueba en donde se valora además del lenguaje verbalizado, el corporal, proporcionándose la oportunidad de fallar con mejor acierto.

---

<sup>59</sup> PODETTI, Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado del Proceso Laboral*, Ed. Ediar Buenos Aires, Argentina, 1963, p. 192 y 193. El autor mira el principio de inmediación como formativo ya que traza directivas o las líneas matrices dentro de las cuales ha de desarrollarse las instituciones.

<sup>60</sup> EISNER Isidoro, citado por PEYRANO, Jorge W., *El Proceso Civil, Principios Y Fundamentos*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 291, quien manifestara que “la inmediación es el principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer de toda su significación el material de la causa desde el principio de ella, quien, a su término ha de pronunciar la sentencia que la defina”.

<sup>61</sup> BINDER, Alberto et. al, *Derecho Procesal Penal*, Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, p. 556. En materia penal se define el principio de inmediación en la valoración de la prueba como aquella mediante la cual se aprecia por el juez de manera personal y directa la práctica de los medios de prueba. En materia Civil y comercial se señala por Eisner Isidoro, en su obra *La inmediación en el proceso*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1963, P. 33, que el principio de inmediación es aquel en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias a fin que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien a su término ha de pronunciar la sentencia que la resuelve.

Para VESCOVI, ENRIQUE, y por el principio de inmediación “se requiere que el sentenciador tenga el mayor contacto personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso (PEYRANO). Su antítesis está formada por el principio de mediación, inspirado en el resquemor de que el contacto vivencial (especialmente del juez y las partes) pueda afectar la imparcialidad del juzgador; sustenta la conveniencia de que el tribunal guarde una relación impersonal e indirecta con aquellos elementos”<sup>62</sup>. Sin embargo tal vivencia es necesaria para intentar llegar no a una verdad procesal, sino acercándose más a una verdad real.

De ahí que, el juez deberá demostrar un celo judicial en su interrelación con las partes, movido por la necesidad de garantizarle a éstos la insospechabilidad de sus resoluciones, que impida adelantar criterio.

### 2.1.2. Como la participación del juez

Siguiendo con el examen del segundo de los aspectos y mediante la aplicación del principio de inmediación contenido en el Art.10 CPCM se formula: El juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma. Conteniendo la mencionada disposición una de las excepciones a la participación directa del juez en el procedimiento, ello por razón del lugar donde deba practicarse la prueba.

Aunque no está contemplado como excepción a la inmediación por razón del lugar, podría además pensarse qué sucede en aquéllos casos en donde por enfermedad o por otras circunstancias, quien deba rendir el testimonio no pueda comparecer a la sede del tribunal, el Art. 352 CPCM establece que

---

<sup>62</sup> VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, p. 52. En el que el autor supone o puede llegarse a pensar que por la inmediación se ve una participación del juez en el proceso, convirtiéndolo también en protagonista, y haciéndolo intervenir directamente en su desarrollo y hace que equívocamente se piense que puede perder su imparcialidad, por el contrario sostiene Vescovi, siguiendo a Peyrano, resulta difícil concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica que conferir al oficio del derecho-deber de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos, agregando que solo cuando el proceso es vivido por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de las partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los dichos.

se podrá acordar que preste la declaración de parte en el lugar de su domicilio, debe de considerarse que el juez y las partes se trasladaran al domicilio de la parte o testigo según fuere el caso, para recibirle su declaración, pero que sucede si su domicilio no está en la circunscripción territorial del juez del proceso, o si trasladándose puedan derivar perjuicios graves, pese a que la disposición no prevé las comisiones procesales, la respuesta lógica sería que también en tales casos podría delegarse al juez de esa jurisdicción la toma de la declaración pues hasta la misma disposición prescribe que se deben entregar por escrito las preguntas.

Situación distinta se presenta para la declaración del testigo, en donde por norma específica contenida en el Art. 373 inciso segundo CPCM<sup>63</sup> prescribe que el juez deberá trasladarse al lugar donde se encuentre el testigo, de manera que aunque estén previstas y permitidas las comisiones procesales en el Art. 10 en relación con el 141 ambos del CPCM, como normas generales, por disposición precisa no podrá delegarse su declaración.

Es pues, esa participación directa del juez que se requiere tanto en el desarrollo del proceso como en la prueba, lo que en palabras de VESCOVI, lo convierte también en su protagonista, sobre este punto, el Código Procesal Civil y Mercantil tiene diversas normas que conducen a considerar la participación directa del juez y sin embargo, no por ello se contradice en la imparcialidad.

### 2.1.3. Como la identidad del juez

Respecto de la identidad del juez<sup>64</sup> como tercer aspecto examinado del principio inmediación judicial, consiste en que el juzgador que reciba la prueba sea el mismo que emita el fallo, como una de las

---

<sup>63</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL dispone en El Art. 373: “Cuando *por enfermedad u otra circunstancia especialmente justificada resulte imposible o demasiado gravoso para el testigo comparecer a la sede del tribunal, podrá acordarse que declare en su domicilio o en el lugar en que se encuentre, a instancia de quien lo ha propuesto. Si la persona cuya deposición se pretende se encuentra fuera de la circunscripción territorial del tribunal, el juez deberá trasladarse al lugar respectivo. En lo demás se aplicará lo establecido para el supuesto de declaración domiciliaria de la parte*”.

<sup>64</sup> BENABENTOS, Omar A. *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Editorial Juris, Argentina, 2000, p. 52. En donde el autor además de cómo se enfoca la identidad del juez como persona, manifiesta que es mucho más importante la identidad de visión que debe existir en la estructura judicial, para la solución de ciertos problemas y a sus respectivas soluciones, a la postura de los jueces frente al ejercicio de la acción, en el sentido de que debe existir unanimidad y compromiso para la solución de conflictos y no solamente resolver por resolver para deshacerse de una demanda, sino con la visión de solucionar el conflicto, ello acarrearía que exista una mejor certidumbre judicial.

exigencias de un sistema donde las actuaciones judiciales predomina la oralidad y que de faltar tal identidad podría devenir en una nulidad la actuación procesal, tal como lo establece el Art. 10 del cuerpo de ley antes citado. Existen excepcionalmente ciertos supuestos, en donde la prueba que sustenta ese fallo no fue reproducida en su presencia, faltando a esa identidad que debe existir entre el juez que inmedia la prueba y el que dicta la sentencia, ese es el caso de las comisiones procesales que permite realizar el Código Procesal Civil y Mercantil en la disposición contenida en el Art. 393 cuando el lugar, las personas o el objeto que se pretende reconocer no se encuentren dentro de la jurisdicción territorial del juez de la causa, facultándosele para que pueda librar comisión procesal para ello, así como en los casos de anticipación de prueba y la imposibilidad de reproducirla en el proceso, por lo que deberán ser incorporados a través de su lectura.

## 2.2. Principio de imparcialidad del juez

Por otra parte, entre los principios procesales que deben regir el proceso y específicamente a la prueba, tenemos la imparcialidad del juez, en donde con un nuevo enfoque de cómo percibirla, puede decirse que es una garantía y presupuesto sobre el que descansan las demás garantías que destacan en el proceso<sup>65</sup>, y que debe verse desde una perspectiva interna y externa, en la primera de ellas, es aquella en donde el juez no tenga ningún prejuicio respecto de las partes que intervienen en el proceso, aunado al hecho de que el juzgador al momento de decidir un conflicto debe generar o inspirar confianza en el usuario, así como en los ciudadanos que conforman la sociedad donde ejerce su jurisdicción, del tal suerte que no puede confiarse la solución de un conflicto en un juez que no de garantía de su imparcialidad, ello deberá de valorarse en cada situación conflictual de acuerdo a la circunstancias concurrentes del caso.

Así lo ha dicho el tribunal constitucional de España en su sentencia 60/2008, de fecha 26 de mayo del 2008, en la que se dijo *“la imparcialidad judicial se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al*

---

<sup>65</sup>REVISTA DE DERECHO PROCESAL. AÑO 2011, Núm. 1-2, p. 27-33, Julio Sigüenza López Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Murcia, disponible en: <http://s3.amazonaws.com/ficheros->. Artículo en el que el autor hacen una exposición en cuanto a que en la legislación de España no existen causas que sirvan para evaluar el peligro de la imparcialidad, sin embargo las causas de abstención y recusación son parámetros para garantizar la imparcialidad del juez.

*ordenamiento jurídico como criterio de juicio*<sup>66</sup>, ello significa que el juzgador no solo debe ser imparcial sino además parecerlo, el juez podría estar firme en cuanto a sus decisiones, sin embargo las partes podrían pensar que ese juez ya se encuentra influenciado de alguna manera, sobre todo en aquellos casos en donde el juez ya conoció y sentenció en un litigio y por la vulneración de alguno de los actos procesales se declara por el juez superior, la nulidad de sus actuaciones, en tal situación aunque el juez no tenga ningún interés respecto de las partes ni del objeto del proceso sería mejor que se aparte del conocimiento de ese caso, puesto que ya conoció del mismo, ya presencié el desfile de la prueba, ya dictó sentencia; por lo tanto ya conoce el caso, debe entonces apartarse del conocimiento para dar garantía a los ciudadanos de su imparcialidad.

En ese orden de ideas, en El Salvador, se cuenta con legislación que regula casos de abstención y recusación, en donde el juez encontrándose en ciertas circunstancias pueda ver afectada o al menos poner en peligro su imparcialidad, para conocer de determinados asuntos, debiendo en esos casos abstenerse de conocer, esto porque la norma y la ética así se lo prescribe<sup>67</sup>.

Así las cosas, la imparcialidad del juez en el proceso *“reclama que éste no se estructure a priori a favor ni en contra de las pretensiones de una de las partes, sino que en si mismo represente la garantía de que la decisión mejor fundada en el derecho prevalezca”*<sup>68</sup> esto significa que tanto personal como funcionalmente debe permanecer como un tercero ajeno a los intereses del litigio y de sus titulares, esa imparcialidad es el contenido mínimo del derecho fundamental a un juez imparcial que la Constitución garantiza en el Art. 172 inciso tercero cuando establece: “Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la

---

<sup>66</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia de proceso de Amparo, con referencia 60-2008, de fecha 26 de mayo de 2008. Fundamento jurídico número 3 disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6292>== sitio consultado el día 22 de septiembre de 2012. En tal sentido dijo la sala que el juez no debe ser movido por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, o por motivos ajenos a la aplicación del derecho, en ese sentido se puede decir que el juez no puede asumir posiciones de parte ni tener conexiones con las partes que motiven una posición anímica a favor o en contra de las partes.

<sup>67</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL prescribe en el Arts. 52 las circunstancias de abstención y recusación, como un deber de los jueces, a declararla cuando exista motivo que ponga en riesgo su imparcialidad.

<sup>68</sup> VALLDECABRES ORTIZ, María Isabel, *Imparcialidad del Juez y los Medios de Comunicación*, Edición Tirant lo Blanch, 2004, p. 32, en la que la autora considera que para que la decisión sea imparcial el juez debe mantenerse en todo momento como tercero entre las partes y como garante de los derechos fundamentales, y que por ello es mas legitimo estimar que los peligros que se ciernen en la imparcialidad del juez más que para él, son peligros para el justiciable y debe por tanto considerarlo como una prerrogativa personal de los jueces.

Constitución y a las leyes”. Categóricamente la imparcialidad del juez consiste en la sujeción que en el ejercicio de sus funciones tenga el funcionario a la ley y se constituye en la garantía fundamental para conseguir ese fin.

De ahí que, debe considerarse como causas que ponen en peligro la voluntad del juez<sup>69</sup>, aquellas que tienen que ver con las partes materiales en el proceso, con los abogados que las representan así como con el objeto del litigio, en tales escenarios, es conveniente que el funcionario se aparte de su conocimiento, por ello el legislador en el afán de garantizar esa anhelada imparcialidad judicial, no limitó las causas de abstención sino mas bien, dejó abierto el catálogo de casos en los cuales los jueces que puedan ver alguna causa seria, razonable y comprobable que pueda poner en duda su imparcialidad, puedan abstenerse de conocer de ese asunto.

### 2.3. Principio de adquisición procesal o de la comunidad de la prueba

Asumida que es la carga de la prueba por las partes que intervienen en el proceso, tal como lo regula el Art. 7 y 321 CPCM y tomando en cuenta la finalidad de la misma, se introduce ésta al proceso, la cual después de pasar por la segunda de las etapas que es la admisión ya pertenece al proceso y no a las partes que la han propuesto, es mediante la instauración del principio de adquisición procesal o de la comunidad de la prueba<sup>70</sup>, que las pruebas pasan a tener un carácter común, en ese sentido cabe analizar, si después de admitida la prueba se podrá desistir de la misma, simplemente porque considera la parte que la propuso que le afectará su resultado, debiendo tenerse en cuenta el principio dispositivo, mediante el cual, sí las partes conservan siempre la disposición de su pretensión, con mayor razón deben de tener la disposición de las pruebas.

---

<sup>69</sup> VALLDECABRES ORTIZ, María Isabel, Op. Cit., p. 116. Haciendo ver la autora que la voluntad del juez no debe estar determinada más que por el sometimiento a su propia voluntad y que cualquier otra directriz haría caer al juzgador en un puro decisionismo.

<sup>70</sup> BORTHWICK, ADOLFO E.C. *Principios Procesales*, Editor Mario E. Viera, MAVE, Pellegrini 958, Argentina, p. 31, establece que una vez las partes hayan realizado la actividad probatoria que corresponda dependiendo de si lo que se prueba es la afirmación o la excepción, las pruebas aportadas se adquieren de forma definitiva en el proceso y revisten un carácter común. El autor citando a ESCOBAR FORNOS, dice: “*la prueba no pertenece a la parte que la aporto, sino al proceso, pues pasa a formar parte de una comunidad constituida por todas las partes, y por ello es posible que la prueba aportada por una de ella beneficie en todo o en parte a la contraria la cual puede aprovecharse de este beneficio*”

De lo apuntado, puede avisarse que se podría dar una aparente colisión entre el principio dispositivo y el de comunidad de la prueba, puesto que por el primer principio, se debe respetar el hecho de que la parte pueda disponer en no tener interés en determinada prueba, pero por el segundo principio, que es el acá esbozado ya no puede disponer de esa prueba porque ya no le pertenece, así sea el caso que él la hubiere propuesto y ya no desee introducirla, tal colisión deberá resolverse haciendo una ponderación de principios, en primer lugar el de comunidad de la prueba, tiene su fundamento en el derecho a la prueba y éste a su vez en el derecho de defensa, especialmente protegido y consignado en la Constitución de la República, por lo que el juez ante una situación semejante, en la que por una de las partes se pretende desistir de prueba aportada y admitida, pero por la otra parte existe interés en que dicha prueba se reciba, deberá resolver respetando la garantía de defensa, de donde deriva el derecho a la prueba.

De lo antes anotado, se puede decir que el principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba consiste “*en que las pruebas rendidas por una de las partes pueden ser aprovechadas por la otra, aunque no sea esta la que las haya ofrecido, ni rendido*”<sup>71</sup>, de ello resulta el carácter común de las pruebas y su eficiencia no depende de la parte de la cual provenga, sino de los efectos que produzca. Esto en palabras PEYRANO, JORGE W. manifestaba que: “*el principio sub examine, cumple dos funciones... la primera que denominaremos objetivadora, consiste en incorporar al proceso las resultas de ciertas actividades procedimentales,(...) la restante función a la cual se le asigna el calificativo de expropiadora, radica en conceder al proceso la facultad de apropiarse de determinadas actividades procesales*”<sup>72</sup>, de lo dicho se puede advertir que una vez ofrecida, admitida y ejecutada la prueba, ya no puede desistirse de ella y el juez deberá valorar, lo que favoreciere o perjudique al que la presentó, aunado a que no podrá desistir además, porque la prueba ya se ejecutó y en base al principio de

---

<sup>71</sup> BORTHWICK, ADOLFO E.C. *Principios Procesales*, Op. Cit. p. 33, citando a DORANTES TAMAYO, quien al formularse en qué consiste el principio de adquisición procesal lo contestó basado en el aprovechamiento que de las pruebas se podían derivar, en ese sentido, se debe tomar en cuenta tanto lo que perjudica como lo que beneficia independientemente de quien haya ofrecido la prueba, su base para sostenerlo era fue que la convicción del juez no puede ser dividida.

<sup>72</sup> PEYRANO, JORGE W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Editorial Astea, Buenos Aires, 1978, p. 339, respecto de la funciones del principio de adquisición procesal puede decirse que mediante la objetivadora un juez en la apreciación o valoración de la prueba, lo puede hacer de manera libre en el sentido deberá valorar tanto lo que beneficia como lo que perjudica a la persona que lo presenta, y respecto de la expropiadora, se da cuando una vez que el juez admite la prueba, la parte que la presenta pierde el dominio o el gobierno de esa prueba y pasa a ser parte del proceso, en ese sentido si ya fue admitida no puede desistirse de ella, siempre que exista oposición de la parte contraria.

preclusión ya pasó el momento oportuno en que podía desistir de ella, debe permitirse el desistimiento de la prueba, si admitida no se ha ejecutado.

#### 2.4. Principio de concentración

De entre la clasificación que de los procesos civiles declarativos pueda realizarse en comunes y abreviados, este principio tiene amplia aplicación en los últimos, independientemente ante quién se ventila, si lo es ante un juez de menor cuantía, o un juez de los civil y mercantil, que por razones de competencia territorial le corresponde conocer, principio que consiste en que el mayor número de las cuestiones litigiosas, incluyendo las incidentales, deben concentrarse en una sola actividad procesal, a fin de que sean resueltas en un mismo momento procesal oportuno; su aplicación práctica se puede observar en la audiencia única que se realiza en un proceso abreviado, donde se contesta la demanda, se propone, admite, ejecuta y se valora la prueba, y si la complejidad del caso lo permite, también puede dictar la sentencia<sup>73</sup>, y aún más que eso, si están presentes ambas partes puede declarar la firmeza de la sentencia.

Es interesante destacar, que este principio coadyuva al cumplimiento de otros principios como el de veracidad, puesto que el hecho de que en una sola audiencia se de la contestación de la demanda, se proponga, se admita y se ejecute la prueba, no da tiempo a la partes para que puedan ambientar la prueba de modo que mejor convenga a sus intereses, por la espontaneidad con que deberán declarar, pues de principio no saben con qué se van a enfrentar, pues no han escuchado lo que la contraparte va a contestar. Por otra parte, contribuye a la depuración del proceso, con mayor prontitud, como una contribución al principio de celeridad.

En la aplicación de este principio cabe preguntarse si tendrá el juez la oportunidad, aunque si las facultades de ordenar prueba de oficio o bien diligencias para mejor proveer en un proceso que de

---

<sup>73</sup> CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, en el Art. 222 prescribe: “El juez o tribunal podrá dictar oralmente la sentencia íntegra en los procesos abreviados y en los procesos especiales, si lo permitiera la complejidad fáctica y jurídica del proceso en cuestión; en los otros procesos, anunciará verbalmente el fallo. En el primer caso, el juez dictará in voce el fallo de la sentencia y una sucinta motivación y preguntará a las partes si anuncian su intención de recurrirla. Si ambas partes manifestaren su decisión de no impugnar la sentencia, declarará su firmeza en el acto. Si sólo se ha anunciado el fallo o si habiendo dictado sentencia íntegra ambas partes o alguna de ellas anunciaran su intención de recurrir, el juez la dictará luego por escrito en el plazo legal”.

forma concentrada realiza todas sus actuaciones, ha de considerarse, precisamente que en este tipo de proceso, las diligencias para mejor proveer no representan dificultad alguna, ya que el juzgador ipso facto, podrá ordenar las diligencias que le sirvan para aclarar la prueba que se estuviere introduciendo, pero qué sucede, si se trata de prueba aclaratoria que no puede practicarse de una forma concentrada, es decir en el mismo momento procesal, atentaría éste, contra el principio de concentración, de nuevo, el juez en la realización de una operación mental, ponderando los principios en colisión, debiendo inclinarse por aquél que permita el derecho a la prueba. Otra situación importante de recalcar es lo relativo a la interrupción de las audiencias<sup>74</sup>, respecto del principio de concentración, no hay nada que afecte mas a la prueba que el hecho de interrumpirla cuando ya ha comenzado el desfile probatorio, porque ello permitiría que si existe mala fe profesional, se puedan malversar la pruebas, de manera que el principio de concentración juega un papel importante en la actividad probatoria.

## 2.5. Principio de contradicción

El denominado principio de Contradicción, de bilateralidad, o de controversia, es una consecuencia de principios como el de igualdad, de inviolabilidad de la defensa y del debido proceso<sup>75</sup>, mediante este principio se establece la oportunidad de contradecir lo argüido por el actor en su demanda o por el demandado en su contestación o contravención, respectivamente; intervenir en el proceso, o debatir en el proceso, pero ello no significa que necesariamente tiene el deber de defenderse, de ofrecer pruebas o de impugnar las resoluciones, basta que se tenga la oportunidad de hacerlo y si no lo hiciera no por ello el proceso adolecerá de vicio alguno.

---

<sup>74</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, dispone la Interrupción de las audiencias en el Art. 211 diciendo: *“Iniciada la celebración de una audiencia sólo podrá interrumpirse por alguna de las causas siguientes: 1°. Cuando sea preciso resolver una cuestión incidental que no se pueda decidir en el acto. 2°. Cuando haya que practicar una diligencia de prueba fuera de la sede del tribunal y no pudiera verificarse entre una y otra sesión de la audiencia. 3°. Cuando no comparezcan los testigos o los peritos citados judicialmente y se considere imprescindible su declaración o informe...”*

<sup>75</sup> BORTHWICK, ADOLFO E.C. *Principios Procesales*, Op. Cit. p. 49, en el que manifiesta el autor que dicho principio no es más que una aplicación del principio de igualdad, al conferírsele a las partes igualdad de oportunidades, tanto en la defensa como en el ataque y que si concediéndosela no la utilizare, no por ello se considerará vulnerado el principio de contradicción, ya que estaría en la aplicación del principio dispositivo, no es pues el ejercicio efectivo de contradecir cuando cobra eficacia este principio, sino en la posibilidad que tiene la parte de ejercitarlo, por eso el autor le asigna un carácter de eventual al principio de contradicción.

Este principio, es una derivación de la garantía de audiencia, puesto que tiene como presupuesto para que pueda ejercerse, el hecho que se le hubiese oído en el proceso, a excepción de los casos de medidas cautelares que se dictan *inaudita altera pars*<sup>76</sup>. DEVIS ECHANDIA, extraía las siguientes derivaciones de este principio: a) *que dentro del proceso todas las partes deben de gozar de iguales oportunidades para su defensa; b) que no son aceptables los procedimientos privilegiados en razón de raza, fortuna, nacimiento o religión*<sup>77</sup>. En relación a la iniciativa probatoria del juez respecto de este principio, ha de formularse la siguiente interrogante: si la parte a quien le corresponde contradecir la prueba, no lo hiciere puede el juez en base a dicha facultad hacerlo, basados en que si puede ordenarla con mayor razón puede refutarla, se considera que la respuesta a esa interrogante es un no, ya que el contradecir la prueba le corresponde a la parte que no ha presentado la prueba y la iniciativa probatoria tiene su presupuesto en la duda interior que sintiere el juez, que no es precisamente el motivo de una contradicción.

## 2.6. Principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal

Reflexivos sobre el temor y desconfianza que la sociedad tiene de los profesionales del derecho, así como, ante la ausencia de un Código de Ética, y de un colegio de abogados que los fiscalice, es importante establecer normas que controlen la actuación profesional de los abogados y específicamente de los procuradores, sobre todo porque esa actuación incide en el proceso. De este modo se incorpora como principio la veracidad, la lealtad, la buena fe y la probidad procesal, con la finalidad que fije los lineamientos sobre los cuales debe descansar el desenvolvimiento de las partes en el proceso y regular concretamente el desenvolvimiento de la conducta de éstos.

Es así que, con el ingreso del principio de veracidad, lealtad, buena fe y probidad procesal, se confiere categoría legal a normas éticas, puesto que el legislador está consciente de lo importante que son tales categorías, lo que en palabras de ABELARDO TORRE manifestaba *“el hombre celoso de su dignidad,*

---

<sup>76</sup> BORTHWICK, ADOLFO E.C. *Principios Procesales*, Op. Cit. p. 53, para el autor de la obra e principio de contradicción no tiene excepciones, porque no son excepciones las que se realizan, cuando se dicta una medida cautelar sin oír a la otra parte, sino lo que únicamente se da es que el acto del emplazamiento para oír a la otra parte se posterga, en ese sentido siempre hay que oír pero posteriormente, constituiría una excepción si realmente se diera una supresión de la garantía de audiencia.

<sup>77</sup> BORTHWICK, ADOLFO E.C. *Principios Procesales*, Ibídem. p.51, el autor entiende que todas las personas son iguales ante ley pero que existen casos de determinados funcionarios que en consideración a su investidura por razón del cargo, gozan de privilegio constitucional y podrán ser juzgados eventualmente por otro juez.

*respetar en su vida no solo las leyes, sino también las normas morales*<sup>78</sup>, quedando incorporados contenidos éticos a las estructuras jurídicas normativa y procesal<sup>79</sup> como virtudes cardinales que debe poseer el abogado.

En ese orden de ideas y si bien es cierto, ya en el Código de Procedimientos Civiles se contemplaba que todo abogado que promoviera artículos ilegales sería condenado en costas, si esas solicitudes o gestiones fueren conocidamente maliciosas o sin otro objeto que demorar o complicar el asunto y en especial, si apareciese delito o falta, se facultaba al juez, para que de oficio diera cuenta a la Corte Suprema de Justicia para que se le suspendiera al abogado culpable, así rezaba el Art. 1293 del Código de Procedimientos Civiles derogado, por el Art 705 CPCM, por parte de los jueces poco o nada se hacía para que se procediera sancionando el actuar dilatorio y malicioso, pues por el principio dispositivo, se esperaba a que resultara la parte contraria denunciando el actuar malicioso, no hacerlo es considerado como falta de conciencia institucional<sup>80</sup>, tanto incurre en una falta procesal aquel que la realiza como el que permite que ese tipo de conductas se den sin hacer lo que conforme a derecho le corresponda.

Es con los cambios generados por el Código Procesal Civil y Mercantil, que se dota al órgano judicial de las herramientas necesarias para evitar que conductas demostradas por las partes en las actuaciones judiciales, puedan ocasionar dilación indebida en el proceso, implique actividad ilícita, o bien que constituyan delito, facultándose al juez de una potestad no solo avizora sino inhibitoria, de ese tipo de conductas, pudiendo en dichos casos el juez proceder a la imposición de una sanción con la condena en costas y el resarcimiento de los daños y perjuicios que causare el infractor, aunado a ello a la certificación de su actuación a la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia y si el caso fuere constitutivo de delito a certificarlo a la Fiscalía General de la República.

---

<sup>78</sup> TORRE, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Séptima Edición actualizada, Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 108, para quien, quién ejerce una profesión no solo debe respetar el régimen jurídico correspondiente, sino además las normas éticas que se reputen de observancia para cada profesión, y en este caso además pues están contempladas entre las normas que contienen los principios que rigen el proceso civil.

<sup>79</sup> PARMA, Marcelo Fernando, *Vademécum de Ética Jurídica*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, p. 265, en donde el autor hace ver los valores éticos que debe tener un abogado, frente a sus iguales, a sus clientes, así como frente al juzgador.

<sup>80</sup> La objeción de conciencia institucional, en pocas palabras se puede decir que es el rechazo al cumplimiento de una obligación legal, que en una situación concreta es incompatible con las convicciones personales defendidas por una persona, en ese sentido los jueces por el rol pasivo, consideraban que para denunciar los actos maliciosos del juez debía mediar una denuncia.

### 2.6.1. Veracidad

Si bien es cierto el legislador contempla en uno solo los principios éticos, se tratará de desarrollar por separado cada uno de ellos, analizando con cuales conductas se puede faltar a esos principios éticos. Así pues, vistas las actuaciones de las partes y la veracidad<sup>81</sup> que las mismas deben contener, no implica que con tan solo la manifestación de las partes y por el principio de veracidad, lo manifestado por éstos se tendrá como cierto, por el contrario debe acotarse que éstas constituyen argumentaciones que no los exime de presentar prueba que fundamente sus alegaciones, salvo que dichos hechos hayan sido admitidos por la contraparte, y ni aún en tal caso, sí se considera que el allanamiento es temerario.

Por otra parte, no debe olvidarse que las partes procesales guardan una identidad con los intereses de las partes materiales que representan y que por tanto sus argumentaciones estarán ambientadas de acuerdo a la satisfacción de dichos intereses. No obstante ello, deberá evitarse cualquier tipo de engaño en los planteamientos que se formulen, lo cual puede anticiparse desde el momento de la interposición de la demanda, cuando se proporciona la identidad del demandado a fin de impedir un verdadero emplazamiento, con el objeto de lograr objetivos espurios, o bien cuando se engaña proporcionando un domicilio del demandado para su emplazamiento que se adapta mas a la comodidad del actor que a lo real de las circunstancias. Sobre esa mala práctica, el legislador previó en el art. 523 CPCM como uno de los motivos de forma, que habilitan la casación de la sentencia en su numeral noveno la falta de emplazamiento, el cual puede darse porque se haya proporcionado una dirección errónea de forma intencionada faltando así a la verdad con que debe proporcionarse la información en el proceso.

### 2.6.2. Lealtad

Junto a la veracidad el legislador trata la lealtad, como valor fundamental que debe regir nuestra vida, el cual indica caminar por el camino de la rectitud, y si así se hiciere implica un actuar procesal de forma recta es decir sin engaños o fraude, debiendo entenderse la lealtad como un valor que puesto en

---

<sup>81</sup> DE LA TORRE DIAZ, Francisco Javier, *Ética y Deontología Jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, p. 298. Manifestando el autor que la veracidad, como norma ética de actuación está vinculada con la lealtad, y esta a su vez con la verdad, en ese sentido no puede considerarse al proceso como una guerra donde gane el más hábil sino aquel que tiene la razón, en ese sentido los abogados no pueden acudir a la mentira ni a la artificiosa ocultación de la verdad para ganar un litigio.

práctica por el abogado lo debe tener hacia sí mismo, hacia su cliente, hacia su contraparte y hacia el proceso, lo cual muestra que a pesar de tener su posición en el litigio, no debe actuar fraudulentamente. Aunado a que la lealtad debe constituirse como una regla de actuación que debe ser aplicada no solo por las partes procesales sino por todos aquellos que intervienen en el proceso ya sea como parte material o procesal, más importante aun la lealtad que el juez debe demostrar en el proceso.

#### 2.6.2.1. Lealtad hacia sí mismo

Hablase de lealtad hacia sí mismo<sup>82</sup> desde la perspectiva procesal, cuando el abogado reconoce sus falencias académicas para iniciar, seguir y fenecer un caso determinado y las cambia por fortalezas, pues reconoce que iniciarlo en esa forma sería un suicidio procesal, que le traería como consecuencia, el fracaso del proceso, y la mediocridad como profesional; igual situación se requiere respecto del juez de quien se espera que sea un profesional que académicamente esté en constante preparación, versado en derecho, quizá más que las partes que actúan en el proceso y no precisamente por querer resaltar superioridad académica, sino porque ante su conocimiento se ha sometido una controversia, la cual desde el punto de vista de las partes materiales es su caso y representa para ellos, una situación judicial importante, por lo tanto se requiere de la sapiencia del funcionario que lo resolverá debiendo estar preparado para ello.

#### 2.6.2.2. Lealtad hacia su cliente

Cuando se habla de lealtad hacia su cliente, en primer lugar el abogado debe pensar en que quiere que esa persona vuelva y busque sus servicios como profesional, lo cual hará si ha alcanzado la satisfacción en la resolución de su caso, pero si se analiza desde el matiz procesal, entraña aquel tipo de conductas en la que genere confianza y compromiso de su parte en el desarrollo del proceso<sup>83</sup>, así anticipar a su cliente las posibles soluciones que pueden darse en el proceso, siendo al cliente

---

<sup>82</sup> TEMPLE Ines, Boletín electrónico, *Asociación de Egresados y Graduados PUCP* Disponible en: [http://aeg.pucp.edu.pe/boletinaeg/articulosinteres/articulos72\\_temple.htm](http://aeg.pucp.edu.pe/boletinaeg/articulosinteres/articulos72_temple.htm) Sitio consultado el día 23 de septiembre de 2012, en donde se trata sobre la lealtad hacia uno mismo desde el aspecto profesional.

<sup>83</sup> DE LA TORRE DIAZ, Francisco Javier, Op. Cit., p. 298, de lo manifestado por el autor se puede concluir que el compromiso hacia el cliente debe ser tal, que cuando el abogado entre en controversia personal con el juez de la causa, situación que no debe permitirse por el lado del juez pues éste no debe personalizar los procesos, pero si así lo fuere, reconociendo la existencia de ciertos jueces que actúan así en el sistema judicial, el abogado encontraría un motivo justificante para retirarse del proceso si sabe que de continuarlo tramitando le causará serios problemas a su cliente de tal suerte que perjudique los intereses del mismo.

completamente sincero, o bien ayudarlo a elegir la que sea menos costosa pecuniariamente, hacerle ver cuál es la que menos desgaste físico, emocional, temporal y económico le cause, sin importar cuánto deje de percibir por su selección, todo ello le ayudará a que se cree esa confianza en su cliente, no actuar en contra de la ley, solo por el afán de demostrarle al cliente que actúa en defensa de sus intereses, sin olvidar, el deber del secreto profesional que tiene el abogado para con éste y el compromiso se denotará cuando demuestre un interés genuino por su cliente, en cuanto a preocuparse por su caso y tratar de encontrarle soluciones.

Lo anterior, lo previó el legislador cuando reguló la aceptación del poder en el Art. 70 CPCM cuando dice que el procurador deberá prestar el asesoramiento y defensa jurídica a la parte en el proceso y la representará en la realización de los distintos actos procesales. Así mismo al negarle todo valor probatorio a la prueba que haya sido obtenida con violación a la exención del deber de guardar el secreto profesional.

Respecto de la lealtad hacia el cliente desde la perspectiva del juez, de todos es sabido que el juez no tiene clientes, pues la administración de justicia es gratuita, tal como lo prescribe el Art. 181 Cn., en consecuencia no pagan por el servicio que se les presta, sino mas bien, ante el juez existen usuarios de la administración de justicia, y en ese sentido puede decirse que el único compromiso del juez es con la Constitución y con las leyes secundarias, y cuando el juez faltare a ese compromiso, estaría faltando a la lealtad hacia los usuarios, quienes desde el inicio esperan que su caso sea resuelto apegado a la norma y no a otros aspectos.

#### 2.6.2.3. Lealtad hacia la contraparte

Seguidamente, en relación al abogado, en la lealtad hacia la contraparte, podría pensarse que por no estar velando por los intereses de la contraparte no le corresponde serle leal; sin embargo en actuaciones como cuando realiza algún tipo de negociación a fin de dar por terminado el proceso, haciéndolo sin el consentimiento de su poderdante, sería como sostener negociaciones no serías pues carece de la facultad, igual situación podría pensarse en el caso en donde el abogado trate de llegar a una terminación del proceso negociando no con el abogado sino con la parte material dejando de fuera en el asesoramiento al abogado de la contraparte, o bien en aquellos casos donde los abogados dan

explicaciones a los jueces de los casos en ausencia de la contraparte<sup>84</sup>, estos y otros casos que en la práctica tribunalicia podrían presentarse pueden y deben ser impedidos en primer lugar por la propia iniciativa del abogado, caso que su ética no se lo dicte el juez debe impedirla pues implica actividad ilícita en el proceso.

De la misma manera, el juez, aunque no tenga contraparte en el proceso, por ser un sujeto procesal que se ubica superpartes, debe lealtad a ambas partes en el proceso, en el sentido que no puede dar asesoramiento a ninguna de las partes sobre la tramitación del proceso, puesto que además de estar esa conducta sancionada en el código penal como prevaricato, en el Art. 310 CPCM, estaría el juez faltando a una norma ética, que no solo acarrea responsabilidad penal sino profesional.

#### 2.6.2.4. Lealtad hacia el proceso

Finalmente, en la lealtad de las partes hacia el proceso, los procuradores faltan a la lealtad cuando realizan conductas como, inducir a error al juez, citando jurisprudencia para robustecer sus argumentos de forma maliciosa, que aunque cierta pero está superada, presentar escritos ofensivos, sea que estas ofensas sean para con el tribunal o su contraparte, conducta que ya ha sido prevista por el legislador, imponiendo el deber de abstención, tal como se establece en el Art. 160 CPCM<sup>85</sup>, también cuando se plantean incidentes, oposiciones y recursos innecesarios o improcedentes con el único motivo de dilatar mas el proceso, sancionándose con la imposición de costas, tal como se prevé en el Art. 260 inciso 3 ibídem<sup>86</sup>, o bien cuando se presenten recursos, para evitar la firmeza de la decisión, según el Art. 275 del mismo cuerpo de ley; así como, valerse de pruebas falsas, emplear ardid o maniobra dolosa que induzca a error al tribunal, interponer ante el tribunal su influencia personal o la de un tercero para lograr

---

<sup>84</sup> CODIGO DE ÉTICA FORENSE, *Colegio de Abogados de Santa Fe*, Disponible en: [http://www.casf.org.ar/casf\\_ng/el-colegio/tribunal-de-conducta/codigo-de-etica-forense](http://www.casf.org.ar/casf_ng/el-colegio/tribunal-de-conducta/codigo-de-etica-forense), sitio consultado el día 23 de setiembre de 2012, los casos dados a vía de ejemplo, se encuentran contenidos de manera expresa en el Art. 3 de dicho cuerpo normativo.

<sup>85</sup> Tal y como se regula en el capítulo tercero del código Procesal Civil y Mercantil que contiene las formalidades que debe contener los escritos y expedientes el cual establece en el Art. 160.- Los escritos deberán ser legibles, evitar cualquier expresión ofensiva, consignar en el encabezamiento los datos identificadores del expediente, expresar con la debida claridad lo que se pretende y ser suscritos y sellados por el abogado que los presenta.

<sup>86</sup> Lo cual prevé el legislador como una sanción a la parte que utiliza los incidentes con el único objeto de dilatar mas los procesos, estableciendo en el inciso tercero del Art. 260 CPCM lo siguiente: El incidente de oposición se resolverá en dicha audiencia y sólo será recurrible la decisión que estima justificada la oposición. En otro caso se ordenará la continuación de los trámites, imponiendo al requerido el pago de las costas que hubiera generado el incidente.

sus propósitos, casos que están previstos y sancionados por el legislador como fraude procesal, tráfico de influencias entre otras figuras delictivas, debiendo entonces actuar en el proceso de tal manera conforme a la lealtad que incluso sean capaces de develar las pruebas que tuvieren como en el caso de las estipulaciones probatorias, contenidas en el Art. 321 inciso tercero CPCM, y no ocultar la prueba pues incluso, se pone de manifiesto que es con la presentación de la demanda que debe anexarse materialmente toda la prueba documental que se tuviere precluyendo además el derecho de presentarla.

De nuevo, la lealtad hacía el proceso, pero ahora observada por el juez, implica que el juez tiene deberes en el proceso que no debe dejar de cumplir, entre estos esta la obligación de resolver contenida en el Art. 12 CPCM, la cual no puede dejar de cumplir, ni aplazar, dilatar, o negar la decisión, puesto que su compromiso es la administración de justicia de una forma pronta y cumplida lo que dejara de hacer si se rehúsa a resolver, y que trae como consecuencia la no lealtad hacía el proceso por parte del juez, y que se proyecta en la responsabilidad judicial.

### 2.6.3. Buena fe

En relación a la Buena Fe, esta se puede apreciar en la conducta procesal de las partes, ya que al entablar una pretensión en el ámbito jurisdiccional la misma debe ser procedente, en ese sentido las partes no deben pretender obtener del aparato jurisdiccional aquello que revista o tenga apariencia de ilícito, o que sea totalmente improcedente<sup>87</sup>. En ese orden de ideas, si la parte actora formula una demanda basada en hechos que son falsos, está realizando un abuso del derecho<sup>88</sup>, lo cual va en contra del principio de Buena Fe Procesal. al respecto la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 1346/2001, ha dicho lo siguiente en relación a la aplicación del principio de la buena fe; *“su aplicación no está limitada a derechos y obligaciones contractuales, sino a todas las ramas del derecho, incluida la procesal; concepto opuesto a la mala fe, dolo, engaño, fraude, infidelidad, mala intención, malicia, violencia; concepto regulado por el código civil; cumplimiento de derechos y*

---

<sup>87</sup> BARBERIO, Sergio y Otros, *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, Editorial Juris, Primera Edición, Rosario, Argentina, 2007, p. 89. En el que se sostiene que el criterio expuesto es una derivación del principio general de Buena Fe.

<sup>88</sup> BALESTRO FAURE, Miryam, *La Proscripción del Abuso de los Derechos Procesales*, Parte General, 2001, p. 939. Junto a la buena fe, el abuso del derecho, se constituyen en un límite del derecho subjetivo y que puede generar responsabilidad civil si se causa algún daño del mismo

*obligaciones se sujetan al principio de buena fe; desarrolla las ideas de mala fe, dolo, engaño, fraude, infidelidad, mala intención, malicia, y violencia; diferentes términos que destina el Código Civil para destacar lo contrario a la buena fe; ejercicio está limitado para evitar contrariar la buena fe y la equidad; Idea contrapuesta a la buena fe; Razón de limitar el pleno ejercicio de derechos”<sup>89</sup>.*

Son muchas las conductas que las partes procesales pueden demostrar en un proceso que revelen falta de buena fe, como cuando el abogado demandante omite deliberadamente el domicilio del demandado, con el fin de evitar el emplazamiento y el ejercicio de sus consecuentes derechos, o bien cuando proporcionan un domicilio erróneo a propósito con el fin de prorrogar la competencia, o para evitarse el viaje de presentar la demanda en el domicilio del demandado. Sin embargo, si se analiza el ámbito de aplicación de la buena fe procesal, de la letra del Art. 13 CPCM. se determina que son dos ámbitos: uno objetivo y otro subjetivo, en el ámbito objetivo se advierte que se aplica a todo tipo de proceso civil o mercantil, y en el ámbito subjetivo, del inciso primero de la referida disposición se indica que debe ser acatado por todos los partícipes del proceso, y no solo incluye a los que expresamente señala la disposición puesto que se manifiesta que en general, cualquier partícipe en el proceso, quedando comprendidos el juez, peritos, testigos, ejecutores y cualquier otro que de alguna forma participe en el proceso<sup>90</sup>.

#### 2.6.4. Probidad procesal

Respecto a la Probidad Procesal, concebida como la rectitud del comportamiento forense que deben observar las partes en el proceso, de tal manera que si así no lo hicieren puede causar daño a la otra parte, lo que pretende el legislador es que las partes actúen con integridad y honorabilidad en los distintos actos procesales, ya que sin probidad el proceso podría degenerarse en una lucha

---

<sup>89</sup> SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva de Casación, con referencia 1346-2001, de fecha 24 de julio de 2001.

<sup>90</sup> FUENTES, Fernando Toribio y Otro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Primera Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid España, 2012, p.463, el autor hace ver que el incumplimiento a la buena fe esta sancionada con multa, a diferencia del país que acarrea condena en costas, sin perjuicio de la responsabilidad profesional que resultaría de la certificación que el juez puede mandar a la sección de investigación profesional de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo cabe cuestionarse cuál será la sanción cuando quien haya actuado de mala fe sea un perito que no sea abogado, o un testigo, habría que verificar si con su conducta no ingresa a la esfera penal pues en tal caso cabe la certificación a la Fiscalía General de la República.

fraudulenta<sup>91</sup> y si así lo hicieren el juez tiene la obligación de impedir estas conductas tal como se ha dicho antes.

Para el maestro EDUARDO COUTURE, al hablar acerca de la probidad dice: “*el juicio es una lucha, pero la lucha también tiene sus leyes, y es menester respetarla para que no degenera en un combate primitivo. Las leyes del debate judicial no son solo las de la habilidad, sino también la lealtad y la probidad, el respeto a la justicia*”<sup>92</sup>, en ese orden de ideas cuando se habla de probidad en palabras SANTAELLA, “*la probidad es un principio deontológico de carácter universal*”<sup>93</sup>. Como se deja evidenciado, los valores morales y éticos deben ser parte del desenvolvimiento profesional dentro de un proceso, so pena de responsabilidad civil, profesional y si el caso lo amerita incluso penal.

En suma, tal como se manifestó anteriormente, el Código Procesal Civil y Mercantil instituye en un solo principio diversas formas de proceder éticas de los litigantes, sin embargo no proporciona a casuística, conductas que contradigan ese principio, es importante entonces conocer lo que se legisla en otros países sobre el tema sobre todo cuando se trata de legislaciones nuevas o bien cuando las instituciones procesales se fueren renovando, por ello y atendiendo al derecho comparado se recurre al Código de Procedimiento Civil de Brasil que en el Art. 17 instituye lo siguiente: se reputa litigante de mala fe: 1) Aquel que deduzca pretensiones o defensas, cuya falta de fundamento, no pueda razonablemente desconocer; 2) Altere intencionalmente la verdad de los hechos; 3) Omitan intencionalmente hechos esenciales para la decisión de la causa; 4) Haga uso del proceso con el propósito de conseguir objetivos ilegales; 5) Oponga resistencia injustificada al desenvolvimiento del proceso; 6) Proceda de modo temerario en cualquier incidente o acto del proceso; 7) Provoque incidentes manifiestamente infundados; contenidos en la Sección II con el título de la responsabilidad de las partes por daño

---

<sup>91</sup> PUPPIO, Vicente J., *Teoría General del Proceso, Manuales de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello. Séptima Edición, Revisada y Actualizada, Caracas 2008, p. 179. Mediante la utilización de incidentes, recursos, sin razón jurídica valedera, o bien el uso de las objeciones sin sentido alguno.

<sup>92</sup> COUTURE, Eduardo, citado por Vicente J. PUPPIO, en la obra *Teoría General del Proceso, Manuales de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello. Séptima Edición, Revisada y Actualizada, Caracas, 2008, p. 179. En la que el autor manifiesta diversas formas de actuación procesal que son consideradas como faltas de probidad como por ejemplo cuando el abogado transcribe una frase aislada del texto para dar a entender un planteamiento distinto al sostenido en la doctrina o en la jurisprudencia, o como cuando interpone un recurso infundado, o bien cuando propone testigos que desconocen los hechos.

<sup>93</sup> SANTAELLA citado por DE LA TORRE, Francisco Javier, en *Ética y Deontología Jurídica*, Editorial Dickinson, Madrid, 2000, p. 113. Disponible en: <http://books.google.com.sv/books?id=> sitio consultado el día 25 de septiembre de 2012, en el que se refiere el autor a la probidad como la honradez, y que una persona tiene que ser ante todo una persona honesta.

procesal<sup>94</sup>. Por lo que atendiendo a las circunstancias del caso y habiendo dejado el legislador abierto a la interpretación, sirvan estos casos que contempla el derecho comparado como un indicio acerca de qué conductas pueden enmarcarse y que atenten contra este principio.

## 2.7. Principio dispositivo

Respecto de la dinámica que debe observarse en un proceso, con relación a la conducta que las partes o el juez deben demostrar, y en relación a los poderes de actuación concedidos a cada una de las partes y al mismo juez, puede decirse que la aplicación del principio dispositivo en un primer momento, como lo es en la iniciación del proceso, concede esas facultades de poder accionar el sistema jurisdiccional totalmente a las partes, en contraposición a la oficialidad del proceso<sup>95</sup>, que se dispone para la materia penal en donde es responsabilidad del Estado perseguir de oficio los delitos que se cometieren, encomendando a una institución estatal como lo es la representación fiscal la dirección de la investigación.

En materia civil, tal persecución jurisdiccional se deja en manos del titular del derecho subjetivo, o con un interés legítimo, que se discutirá dentro del proceso civil, permitiendo el legislador que no solo tenga en sus manos el decidir iniciar un proceso sino el continuarlo y disponer de su finalización cuando así lo creyere conveniente. Para OLASO, LUIS MARIA, *“son las partes las que determinan el alcance y contenido de la disputa legal. Es muy propio de un sistema que exagera la autonomía de la voluntad de los particulares, y exalta en demasía el derecho subjetivo”*<sup>96</sup>. Para SENDRA, VICENTE GIMENO, el principio dispositivo es un principio autónomo, cuya aparición estuvo determinada por razones económicas, que se vuelve una característica de la forma de Estado que posea determinado país, de tal

---

<sup>94</sup> CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE BRASIL, Decreto Legislativo número 5869, de fecha 11 de enero de 1973, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm), sitio web visitado el día 22 de septiembre de 2012.

<sup>95</sup> Y ALONSO, Carlos de Miguel, *El Principio Oficial y el Principio Dispositivo en el Proceso Civil*, en Revista de Derecho Procesal, No. 7, marzo de 1974, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 3, en la que el autor llama principio rogado al principio dispositivo puesto que en este se concede toda la iniciativa a las partes, y en el principio oficial se deja a que sea por iniciativa del juez que pueda iniciarse un proceso.

<sup>96</sup> OLASO, Luis María, *Curso de Introducción al Derecho “Introducción a la Teoría General del Derecho”*, Tomo II, Editorial Texto C. A., Caracas, 2007, p. 192. Para este autor el principio dispositivo suele combinarse con el principio de impulso del proceso por las partes, sin embargo con el código procesal civil, se requiere el principio dispositivo para la iniciación del proceso, pero una vez iniciado se debe conjugar con el principio de dirección y ordenación del proceso, dejando el legislador la facultad al juez para que sea este quien en la función de ordenación dé impulso al proceso a fin de evitar su paralización.

manera que si se posee un Estado liberal<sup>97</sup>, tanto en la aportación de los hechos, como en la verificación de la prueba se le veda al Juez la labor de completar el material instructorio<sup>98</sup>.

Inversamente a lo que sucede en un Estado Social de Derecho, en donde se le conceden mayores facultades al juez para poder llegar a la verdad real, y no conformarse con la verdad formal que es aquella que es suministrada precisamente por las partes. Para FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA, *“es aquél que asigna a los particulares tanto la iniciativa del proceso, como el del impulso subsiguiente, también le confiere a las partes la facultad de fijar la cuestión fáctica y el poder de renunciar a ciertos actos del proceso”*<sup>99</sup>.

En ese orden de ideas, en El Salvador se encuentra el fundamento constitucional del principio dispositivo en el Art. 2 Cn. cuando reconoce el derecho a la propiedad, y garantiza el ser protegido en la conservación y defensa de dicho derecho; asimismo en la libertad de contratación que establece la norma fundamental en el Art. 23 Cn. cuando en lo pertinente se refiere a que ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos y los requisitos que se requieren para ello, de allí que el fundamento constitucional del principio dispositivo se encuentra en el deber del Estado de proteger el derecho de propiedad de las personas y de respetar el derecho de los ciudadanos de terminar de la forma que éstos dispongan sus asuntos.

No obstante se le conceden al Juez facultades directivas y ordenadoras, con las cuales se puede lograr una justicia pronta y cumplida, si bien es cierto no puede contribuir a la formación del material factico, solamente requiere la iniciación del proceso por las partes, para que el juez con su rol dinámico lo

---

<sup>97</sup> Por Liberalización del proceso es decir la expansión de los derechos individuales y colectivos al ejercicio de la libertad y la democratización es decir la introducción de derechos políticos, individuales y colectivos

<sup>98</sup> SENDRA, Vicente Gimeno, *Derecho Procesal Civil, “El proceso de Declaración”*, Parte General, Primera Edición, Editorial Colex, 2004, p. 42, en donde el autor hace una exposición de los principios referentes a la Formación del material factico, haciendo una comparación entre el principio de aportación y el de investigación, equiparando cada una en forma respectiva con un Estado Liberal y Estado Social.

<sup>99</sup> FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, y Cristina González de la VEGA DE OPL. *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Editorial Advocatus, Cordova, 2003, p. 120, las autoras analizan el principio dispositivo en cuatro momentos procesales a saber: en la iniciación del proceso, en el impulso del mismo, en la fijación de la cuestión fáctica, y en la renuncia de ciertos actos procesales, sin embargo como se ha dicho antes para el impulso del proceso basta la iniciación que del proceso hagan las partes para que el juez en base a su rol de director del proceso pueda ordenar cualquier diligencia que evite la paralización del proceso.

impulse dándole cumplimiento a lo prescrito en el Art. 14 CPCM. Pero siempre bajo el respeto del principio dispositivo contenido en el Art. 6 CPCM.

Entendidas las facultades directivas y ordenadoras del proceso, ha de considerarse que en materia civil, se requiere la aplicación del principio dispositivo para la iniciación del proceso, pero una vez iniciado esté el juez puede continuarlo, cabría la aplicación del principio de impulsión oficiosa del proceso, que en palabras de BORTHWICK, ADOLFO E.C., “ *se relaciona directamente con el sistema inquisitivo, y consiste en que una vez iniciado el mismo, el juez o el secretario (según el acto de que se trate), deben sostener la progresividad de su marcha, sin necesidad de que las partes lo insten, resultando aquellos responsables de su omisión o demora en su sustanciación*”<sup>100</sup>, denótese el impulso oficioso, en el deber que recae sobre el juez, respecto de la tramitación del proceso y dejando los dispositivo para su iniciación. En realidad, el principio dispositivo no tiene una aplicación pura en el derecho procesal salvadoreño, pues aunque se advierte que se cuenta con el principio dispositivo como mandato de optimización para el proceso, ello no quiere decir que se le haya limitado al juez, pues basta la lectura del código procesal civil y mercantil para darse cuenta de las facultades que le han sido otorgadas al juzgador.

Continuando con el principio dispositivo pero ya no en la fase inicial del proceso sino, en las subsiguientes etapas, la aplicación del mismo se refiere a dejar la disponibilidad de la pretensión en manos de las partes, para que puedan finalizarla de la forma<sup>101</sup> y en el momento que les convenga, ya sea que esta finalización se dé, de forma unilateral, o bien por acuerdo entre las partes, como una aplicación del principio dispositivo, permitiendo el legislador a las partes que decidan que va a pasar con su pretensión; además de esas formas existen otras en donde se finaliza el proceso, pero ya no por

---

<sup>100</sup> BORTHWICK, Adolfo E.C. *Principios Procesales*, Editorial Mave, Argentina, 2001, p. 90. En la normativa Salvadoreña se pueden advertir ciertas disposiciones que permiten identificar al proceso con un sistema de impulsión oficiosa cuando además de establecerlo de una forma clara, se le hace responsable al juez de cualquier demora que pudiera ocasionar en el proceso por su negligencia, como lo establece el Art. 14 CPCM, o en normas donde se faculta al juez para que pueda utilizar todos los medios que considere idóneos para averiguar la localización del demandado, tal como se instituye en el Art. 181 Inciso 2 *Ibidem*, o si después de realizar todas las diligencias pertinentes para la localización del demandado no lo lograre, deberá sin necesidad de petición de parte ordenar la publicación de edictos a fin de emplazar al demandado así se ordena en el Art. 186 *Ibidem*.

<sup>101</sup> A este respecto se cuenta con la finalización anticipada del proceso, mediante las cuales, se le pone fin al proceso por simple disposición de las partes, en las que unas dependen específicamente del demandante, otras del demandado y por supuesto las que dependen de la ley, ellas se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil a partir del Art. 126 de dicho cuerpo normativo.

disposición de las partes, sino de la ley como una sanción al abandono o dejación que las partes hagan del proceso.

En materia de aportación de prueba, el principio dispositivo implica que corresponde a las partes determinar con qué medios de prueba establecerán su pretensión, disponer de la prueba en cuanto a que puedan prescindir de ella, siempre y cuando no se haya incorporado al proceso, pues cuando ya se incorporo, ya no pueden disponer de la prueba ya que la misma pasó a ser parte del proceso.

Como ha quedado evidenciado, el principio dispositivo cobra vida en tres aspectos del proceso, en su iniciación, ya que éste solo puede iniciarse a instancia de parte; en la disponibilidad del derecho material, puesto que una vez iniciado el juez queda vinculado a la voluntad de la partes, en cuanto a que éstos tienen la facultad de disponer de su derecho material en el cual han fundado su pretensión<sup>102</sup>; y, en cuanto a la aportación de prueba tal como ha sido enunciado, queda vinculado en cuanto a determinar cuáles son los medios de prueba que presentarán para establecer su pretensión.

Tal como se mencionó, en cuanto a las facultades del juez en la dirección de la prueba, éstas son indiscutibles, así se deja manifestado, iniciando con la facultad que tiene el juez respecto de admitir o rechazar una prueba, si esta resultare ser impertinente o inútil, así se establece en el Art. 317 inciso 3° CPCM<sup>103</sup>, aunado a ello la facultad del juez de admitir o rechazar preguntas en la declaración de parte si no se realizaren de conformidad con la ley, es decir rechazará aquellas que no estén redactadas con precisión y claridad, o que contengan valoraciones, sugerencias o calificaciones que puedan dirigir la contestación de la parte, así lo ordena el Art. 349 en relación con el Art. 348 ambos del CPCM, situación similar se presenta en la facultad concedida al juez respecto de moderar el examen de testigos, previsto así en el Art. 368 CPCM y decidir cuál de ellas es o no objetable, sumado a la facultad aclaratoria que posee, de manera que el juez puede dirigir preguntas al testigo, si algún punto no le hubiere quedado claro, prescrito así en el Art. 369 CPCM.

---

<sup>102</sup> PALACIOS LINO, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Decimosexta edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 64. Autor que además agrega como aspecto del principio dispositivo, la delimitación del thema decidendum, la aportación de los hechos, y la aportación de la prueba, sin embargo esos tres aspectos se analizaran cuando se trate el principio de aportación por estar diseñado así en el código procesal civil y mercantil, y contemplar en el Art. 7 CPCM lo relativo a la aportación de los hechos y las prueba de las afirmaciones que de esos hechos se haga.

<sup>103</sup> A ese respecto el Art. 317 CPCM, con el epígrafe Proposición de Prueba, en su inciso tercero establece: "...El Juez evaluará las solicitudes de las partes, declarará cuáles pruebas son admitidas y rechazará las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles...."

## 2.8. Principio de aportación

El principio de aportación propio del proceso civil común, y que se presenta como una consecuencia del principio dispositivo, en donde ya no se habla de la potestad de ejercitar la actividad jurisdiccional o no y sus otras implicaciones mencionadas anteriormente cuando se trata ese tema, sino más bien de la facultad exclusiva de las partes de poner en conocimiento del juez los hechos que conforman la base de su causa de pedir<sup>104</sup>, o que fundamentan su petición, dicho de otra forma todo el material fáctico, que le servirá al juez para que en base al principio de congruencia<sup>105</sup> pueda fundar su decisión, lo que en palabras de MORELLO, AUGUSTO M. al referirse a planteamiento que los abogados hacen en su demanda dice: *“El proceso debe nacer y desarrollarse del modo previsto, requiere de información sobre las circunstancias determinantes, acerca de los hechos de mayor relevancia. Sin ese saber mal puede estudiarse el caso, invocar el derecho aplicable, reducir dificultades, asumir correctamente el enfoque y armar la estrategia, el plan al que habrá que ajustarse –con las adecuaciones y corrimientos que la dinámica de ese obrar aconsejen- para arribar al desemboque que se trazó (aun aproximadamente) en el inicio”*<sup>106</sup>.

En ese sentido, son las partes las que le dan a conocer al juez los hechos en los que basan su pretensión, sobre las cuales aquél debe limitar su pronunciamiento, limitando al juez, en la aportación de esos hechos ya que de hacerlo así atentaría contra el proceso civil ya que se estaría convirtiendo en

---

<sup>104</sup> Según el Código Procesal Civil y Mercantil en el Art. 91 delimita la causa de pedir así: *“Con carácter general, la causa de pedir la constituirá el conjunto de hechos de carácter jurídico que sirvan para fundamentar la pretensión, ya sea identificándola, ya sea dirigiéndose a su estimación. En los casos en los que la pretensión se apoye en un título jurídico o causa legal, será ésta la que constituya la causa de pedir. Si fueran varios los hechos, las partes deberán alegarlo o hacerlos valer en el período de alegaciones iniciales, así como todos los títulos jurídicos o fundamentos legales, que puedan integrar la causa de pedir y que fueran conocidos al tiempo de presentarlos. En todo caso, los hechos, títulos o causas nuevas o de nuevo conocimiento que puedan afectar la delimitación de la pretensión podrán incorporarse al proceso hasta la finalización de la audiencia preparatoria, de conformidad con lo dispuesto en este código”*. Así las cosas los hechos fácticos constituyen la causa de pedir, y la causa de pedir es la que sirve de fundamento de la petición, y éstos a su vez constituyen el objeto del proceso así lo prescribe el Art.94 del mismo cuerpo de normas citado.

<sup>105</sup> Principio de Congruencia contenido en el Art. 218 CPCM mediante el cual se establece: *“las sentencias deben ser claras y precisas, y deberán resolver todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados y debatidos... con estricta correlación entre lo que se pide... sin alterar la pretensión y respeto a los hechos alegados por las partes como base de la causa de pedir...”*

<sup>106</sup> MORELLO, Augusto M. *El Proceso Civil Moderno*, Editora Platense, La Plata, Argentina, 2001, p. 275, al referirse al conocimiento que debe ponerse a disposición del juez para que sea éste quien analice el objeto de la pretensión, el contenido del litigio, y el quantum de lo pide, debiendo extremarse la aplicación del principio de acceso a la justicia de manera que no debe dudarse de lo que se expone en la demanda, para el autor es el principio que debe privar dado que el rechazo de oficio cercena el derecho de acción.

parte, no pudiendo ser parte y juez<sup>107</sup> así lo establece el Art. 218 CPCM<sup>108</sup>. Estando además impedido el juez de entrar a verificar los hechos no afirmados por ninguna de las partes, así como tratar de esclarecer aquellos hechos que están expresamente admitidos por la otra parte; sin embargo hay ciertos casos donde el juez puede entrar a esa esfera privada de las partes y tratar de esclarecer lo que incluso ha sido admitido por la contraparte, tal es el caso en que habiéndose allanado, el juez advierta que es contrario al orden público, o al interés general, o que se realiza en perjuicio de tercero, o bien con ese allanamiento se encubre un fraude de ley.

Con las mencionadas circunstancias y no obstante estar habilitado el juez para dictar sentencia, debe rechazar ese allanamiento y ordenar que el proceso continúe su curso, así lo dispone el Art. 131 CPCM. Paradójicamente a lo expuesto por el legislador cabe cuestionarse en estos casos sobre en quién recae la carga de la prueba puesto que el actor puede válidamente pensar que ya no necesita presentar prueba para fundar su derecho, por haber sido admitidos los mismos por la parte contraria y no hay en ese caso hechos controvertidos. Respecto a este punto, la carga debe recaer sobre aquél que tiene el interés en que se declare la Constitución de ese derecho y como por el allanamiento hecho aunque el juez no lo acepte ha dejado evidenciado que tiene el mismo interés del actor, por ello debe considerarse que cualquiera de las partes en este caso tiene la carga de la prueba de la Constitución del derecho.

Acerca del fundamento constitucional, puede decirse que no concurre una norma específica sobre la utilización de los medios de prueba, su fundamento constitucional se extrae del derecho fundamental a la defensa y su consecuencia del derecho a la prueba, asentándose éstos como base constitucional para la prueba en el proceso civil. Configurado el derecho a la prueba como un derecho fundamental no precisa de normas que la desarrollen para que tenga efectividad.

---

<sup>107</sup>RAMIREZ SUZANA, Manuel Antonio, *Constitucionalización del proceso civil*, Editora Buho, República Dominicana, 2005, p. 81, el autor manifiesta que no puede el juez aportar los hechos ya que ese papel le corresponde a las partes es como convertirse en juez y parte lo cual es incompatible con el sistema del proceso civil.

<sup>108</sup>Disposición que contiene el principio de congruencia que debe existir entre lo pedido y lo resuelto por el juez estableciéndose lo siguiente: Art. 218 “*Las sentencias deben ser claras y precisas, y deberán resolver sobre todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados y debatidos. El juez deberá ceñirse a las peticiones formuladas por las partes, con estricta correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve*”.

Jurisprudencialmente, en sentencia de la Sala de lo Constitucional<sup>109</sup> se hace una interpretación del art. 11 y 12 Cn. 8.1 CADH, 144 Cn. 14.1 PIDCP en el que se proclama la igualdad de armas. Diciendo que: “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”, que de manera directa sirva de fundamento al principio de aportación, consecuentemente, el principio de aportación consiste en la introducción del material fáctico e introducir la prueba de ese material fáctico. A ese respecto, la Sala de lo Constitucional encuentra el fundamento de ese derecho de aportar prueba en el principio de defensa que tienen todas las personas, en el sentido que tanto actor como demandado tienen ese mismo derecho, el actor para defender su derecho que de alguna manera ha visto vulnerado y el demandado para oponerse a lo pretendido por el actor

Así las cosas, se dice que dicho principio posee una doble faceta, una *material*, que comporta que sobre las partes recae la carga de la alegación de los hechos, sobre los que debe fundamentar el juez su decisión y una *formal* que se refiere a que recae en la parte la obligación de probar los hechos que alega<sup>110</sup>, a esa primera faceta, *la material* se ha hecho alusión en la primera parte del desarrollo de este principio, ahora en relación a la segunda faceta *la formal* y que se refiere a que recae en la parte la obligación de probar los hechos que alega, o lo que hoy en día conocemos como carga de la prueba, que a la vez se consagra como un principio que en palabras de DEVIS ENCHANDIA, Hernando, “*indica al juez que cuando falte la prueba o esta sea insuficiente, sobre los hechos en que debe basar su sentencia, debe resolver a favor de la parte contraria que tenía dicha carga*”<sup>111</sup>. Sin embargo este principio a lo largo de la historia procesal ha sufrido cambios que ayudan al juez a establecer a quién beneficia la no presentación de una prueba, sino valorando además quien de las partes tenía la facilidad de presentar la prueba.

Por ello, cuando se habla de carga suele pensarse preliminarmente en el tipo de cargas que se generan al interior del proceso, existiendo en el proceso, cargas genéricas y cargas que son específicas; las

---

<sup>109</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Proceso de Amparo con referencia No. 150-1997, de fecha 13 de octubre de 1998, responde a la cita literal de Sentencia que sirve de fundamento jurisprudencial del derecho de defensa en la Constitución.

<sup>110</sup> SANCHEZ, Ricardo Juan, *La responsabilidad Civil en el proceso Penal*, Primera Edición, Editorial La Ley, Madrid, noviembre 2004, p. 108. Lo importante de determinar la carga de la prueba se presenta en los casos en que el juez después de vertida la prueba tiene dudas, es decir no se ha logrado su convencimiento en tal caso habrá que determinar quien tenía la carga de probar, para establecer quien soporta las consecuencias.

<sup>111</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general del Proceso*, Segunda Edición, Editorial Universidad S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 75.

primeras es decir las genéricas, son aquellas que corresponden a ambas partes, a guisa de ejemplo se puede mencionar la carga procesal de hacerse representar por un abogado tal como se prescribe en el Art. 67 CPCM<sup>112</sup>, o bien la carga procesal de probar los hechos conducentes o controvertidos, tal como se regula en el Art. 7 en relación con el Art. 321 ambos del CPCM<sup>113</sup> y es a ésta a la que concretamente, habrá que referirse más adelante; ahora en alusión a las cargas específicas que no son más que aquellas que le corresponden en particular a alguna de las partes se pueden mencionar por ejemplo el hecho de contestar la demanda, esa carga únicamente le corresponde al demandado, así como la carga de presentar prueba documental que obren en su poder, ésta carga solamente puede recaer en aquel bajo cuyo poder se encuentren las pruebas documentales, como otro de los ejemplos de la carga específica.

De tales cargas habrán entre ellas algunas que con su no ejercicio, no acarrear consecuencias desfavorables pero habrán otras que sí, así se puede mencionar aquella carga que su no ejercicio provoca la prescripción de su derecho material sustantivo, tal como sucede en la prescripción de la acción ejecutiva derivada de un título, por el contrario no sucede ninguna consecuencia cuando no se cobran las costas procesales a las que fue condenado el demandado y es precisamente de la carga de prueba que se tratará más adelante

## 2.9. Principio de congruencia

La actividad probatoria debe recaer sobre los hechos alegados, la que se realizare fuera de éstos, debe estar excluida de la valoración que el juez haga en la sentencia, caso contrario se estaría vulnerando por el funcionario el principio de congruencia<sup>114</sup>. La instauración de este principio en el Código Procesal

<sup>112</sup> Art. 67 CPCM establece en su primero inciso: “*En los procesos civiles y mercantiles será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, nombramiento que habrá de recaer en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso*”.

<sup>113</sup> Art. 7 CPCM que en lo pertinente manifiesta: “*...La proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros;...*” por su parte el Art. 321 del mismo cuerpo normativo establece: “*...La carga de la prueba es exclusiva de las partes...*”

<sup>114</sup> MORELLO, Augusto Mario, “*Los hechos y la prueba*” en AA.VV., en *Prueba I*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editor Rubinzal Culzoni, S/A p.21 en el entendido que la prueba debe descansar sobre los hechos alegados por las partes, cualquier otro medio de prueba que no estuviere correspondencia con ellos, debe ser desechada por el juez, con mayor razón el juez no puede ordenar ningún medio de prueba que no estuviere en relación directa con los hechos alegados y controvertidos, en ese orden de ideas, si por la fabilidad de éstos hubiesen sido incorporadas por las partes o por el juez, mediante el principio de congruencia, no podrán ser valorados para fundar la sentencia, puesto que no corresponden a los hechos alegados de resolverlo en contrario el juez estaría resolviendo extra petit o ultra petit.

Civil y Mercantil surge con el nacimiento del mismo, si bien es cierto, ya se contenía en el Código de Procedimientos Civiles, cuando establecía en el Art. 421 *“Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso...”*, es mediante el Art. 218 CPCM<sup>115</sup> que se incorpora específicamente tal principio el cual encuentra su fundamento en la Constitución de la República en el Art. 18 que contiene el derecho de respuesta.

Para los jurisconsultos existen dos tipos de congruencia la interna y la externa: *“la congruencia interna consiste en que la sentencia no contenga resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre si... la congruencia externa exige que la sentencia haga ecuación en los términos de la litis<sup>116</sup>”*, por su parte la Sala de lo Constitucional al referirse al principio de congruencia dijo: *“En cuanto al principio de congruencia se ha afirmado que busca que la sentencia, y en general toda resolución judicial, guarde una identidad jurídica entre lo resuelto por el juez, sea o no estimatorio, y las peticiones planteadas por las partes en el proceso, con lo cual se delimita el contenido de las resoluciones que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las solicitudes formuladas por los involucrados en el proceso<sup>117</sup>”*.

Mediante la congruencia se le prohíbe al juzgado resolver mas allá de lo pedido, o lo que conocemos untra petit, o bien fuera de los pedido, extrapetit<sup>118</sup>, en consecuencia mediante el principio de congruencia se establecen límites al juez, que no corresponden a su iniciativa probatoria, sino a sus facultades resolutorias.

---

<sup>115</sup> Disposición en la cual se establece: *“Las sentencias deben ser claras y precisas, y deberán resolver sobre todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados y debatidos. El juez deberá ceñirse a las peticiones formuladas por las partes, con estricta correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve. No podrá otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, ni cosa distinta a la solicitada por las partes. Sin alterar la pretensión, y con respeto a los hechos alegados por las partes como base de sus causas de pedir, el juzgador podrá emplear los fundamentos de derecho o las normas jurídicas que considere más adecuadas al caso, aunque no hubieran sido invocados por las partes”*.

<sup>116</sup> SALA DE LO CIVIL, Recurso de Casación, con referencia 176- C-2004, de fecha 27 de abril de 2005 en el que la Sala manifiesta *“Cuando se falla conforme a lo pedido no hay incongruencia; pero se utilizan normas o figuras jurídicas diferentes a las invocadas por las partes. Tampoco la hay, cuando se declara sin lugar o con lugar en todos sus extremos una demanda”* es decir aunque no se resuelva favorable a la parte no por eso se vulnera el principio de congruencia.

<sup>117</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Habeas Corpus, con referencia 244-2009 de fecha 29 de junio de 2010.

<sup>118</sup> BAILON VALDOVINOS, Rosalío, *Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil*, Editorial Limusa S.A. de C.V., México DF, 2004, p. 2004, el límite que se pone por este principio va dirigido en el sentido que debe haber identidad entre lo resuelto y lo controvertido.

## CAPÍTULO III

### LA PRUEBA

SUMARIO: 3. Introducción. 3.1. Definición de Prueba. 3.2. Diversas Acepciones de Prueba. 3.3. Objeto de Prueba. 3.4. Fuentes y Medios de Prueba. 3.4.1. Distinción entre Fuente de Prueba y Medio de Prueba. 3.5. Actividad Probatoria. 3.5.1. Ofrecimiento o Proposición de la Prueba; 3.5.2. Admisión o Rechazo de la Prueba; 3.5.3. Preparación de la Prueba. 3.5.4. Ejecución y Práctica de la Prueba, 3.5.5. Apreciación, Valoración o Valuación de las pruebas 3.6. Sistemas de Valoración de la Prueba. 3.6.1. Prueba Legal o Tasada. 3.6.2. La Sana Crítica. 3.7. Carga de la Prueba.

### 3. Introducción

La prueba, constituye la actividad más importante del proceso, puesto que mediante ella se conseguirá obtener la convicción del juez, no lógica ni matemática, sino psicológica sobre la existencia o inexistencia de las afirmaciones que de los hechos se formulare<sup>119</sup>, quien además estimará o desestimaré la pretensión planteada, razón por la cual la prueba ha cobrado importancia y desarrollo a tal grado que hoy en día se habla de derecho probatorio como parte de la ciencia del derecho; entendiendo por derecho probatorio, la disciplina que estudia las normas y que regulan la actividad demostrativa en el proceso<sup>120</sup>. De tal manera que es importante desarrollar en este tema qué debe entenderse por prueba, y dar respuesta a interrogantes como ¿qué debe probarse?, ¿con qué debe probarse? ¿A quién le corresponde probar?, así como ¿qué sistema de valoración de prueba recoge el Código Procesal Civil y Mercantil?

### 3.1. Definición de prueba

Luego del análisis hecho en el apartado 1.3.1., del proceso constitucionalmente configurado, así como de los principios que informan el proceso y específicamente a la prueba es necesaria la aproximación conceptual para luego analizar situaciones que la práctica tribunalicia pueda presentar en el tema de

---

<sup>119</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “*Los Hechos y la Prueba*” en AA.VV., *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Prueba I*, Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina, s/a, p. 9. En realidad la prueba puede verse como actividad, pues mediante ésta se comprueba la veracidad de las afirmaciones, o bien si se ve desde su finalidad, se ve como el instrumento que ayuda a alcanzar la veracidad de las convicciones.

<sup>120</sup> FAVELA OVALLE, José, *Derecho Procesal Civil*, Séptima Editorial Harla, p. 106. Manifestando que si el proceso se inicia mediante una demanda que contiene peticiones, la sentencia es la decisión que sobre esa petición se emita, y esta sentencia estimara fundada la petición siempre y cuando se haya presentado prueba al respecto en ese sentido la prueba es el arte del proceso tal como lo manifiesta el autor citando a Jeremías Bentham.

prueba. Primeramente, se iniciará con el significado etimológico del término de prueba el cual deriva del latín *probare* y significa veracidad de los hechos en que se funde el derecho de algunas de las partes en el proceso.

Muchas han sido las definiciones que de prueba se han dado a lo largo de la historia como de las investigaciones, dependiendo de la finalidad de la prueba, de su función y hasta del autor que la defina, para CARNELUTTI FRANCESCO la prueba es “*el trabajo del juez estriba en conocer cómo sucedieron los hechos: reconstrucción y valoración, las pruebas son los instrumentos para la reconstrucción, las normas son los de la valoración*”<sup>121</sup>, como puede verse se define a las pruebas en base a la finalidad de la mismas, es decir a lo que se pretende con ellas y no a lo que constituyen en sí mismas.

Para KIELMANOVICH JORGE L. el vocablo prueba deriva del latín *Probe*, que puede traducirse como buenamente, rectamente u honradamente, definiendo la prueba así: “*prueba es tanto la demostración de la existencia de un hecho ignorado o no confirmado, como la confirmación de un hecho supuesto previamente confirmado*”<sup>122</sup>.

En el mismo sentido se analiza por JORDI FERRER BELTRAN, quién citando a Hugo Alsina manifiesta “*Prueba es la comprobación judicial, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido, del cual depende el derecho que se pretende*”<sup>123</sup> para el autor citando a MIRANDA ESTRAMPES dice que: “*uno de los errores que mas confusiones ha producido en relación al concepto*

---

<sup>121</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Traducido por Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Pedagógica Iberoamericana, p. 82. En el sentido de que es la prueba la que le suministra al juez el conocimiento de los hechos que forman del objeto de prueba.

<sup>122</sup> KIELMANOVICH Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Segunda Edición actualizada, Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina, p. 20. En el mismo sentido define la Prueba COUTURE, Eduardo J. en su obra fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición Póstuma, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, p. 215. al decir que “*la prueba es todo caso una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto*” en ese sentido la prueba es para el autor un método tanto de averiguación porque con ella se pretendía establecer lo que no se sabe aun por las partes así como un método de demostración, porque con ella se comprueba lo que se afirma.

<sup>123</sup> BELTRAN FERRER, Jordi, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2005, p. 30. Sobre la base de lo dicho, comprobación, no es más que verificar, para lograr la verdad como resultado sobre los hechos alegados, matemáticamente se puede explicar así: la resta sería la verificación que jurídicamente sería el medio de prueba, para lograr establecer que la suma estaba bien hecha, en donde la suma, jurídicamente está conformada por los hechos.

*de prueba ha sido el de señalar la verdad como finalidad esencial de la prueba procesal, afirmando que la prueba consistía en la demostración o averiguación de la verdad de un hecho”*<sup>124</sup>.

Sobre la misma línea, es decir desde la perspectiva en donde se define la prueba “*circunscribiendo a su finalidad al fin de producir en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica ni matemática, sino psicológica sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados*”<sup>125</sup>. Con esta definición la prueba es aquella que tiende a producir en el juez una certeza, en ese sentido no se requiere que sea verdadero o falso lo que se demuestra, sino más bien que se produzca esa convicción en el juez.

La Sala de lo Contencioso Administrativo en su sentencia definitiva de fecha treinta y uno de mayo de dos mil uno, define la prueba de la siguiente manera: “*La prueba es aquella actividad que desarrollan las partes o el Tribunal para adquirir el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso. (...) La prueba es el medio procesal más relevante para determinar los hechos, a efecto del proceso, pues el enjuiciamiento final de la sentencia de fondo exige como labor previa a la del juicio de Derecho: primero, deben fijarse los hechos relativos al proceso y, después, éstos se subsumirán bajo las correspondientes normas jurídicas*”<sup>126</sup>. En otro orden, se emplea el termino prueba como sinónimo de medio de prueba, en ese sentido se dice que hay prueba si se cuenta con algún medio probatorio para acreditar los hechos en el proceso<sup>127</sup>.

Finalmente, se habla de prueba para designar la actividad que se desarrolla en el proceso, con la finalidad de llevarle la convicción al juez sobre la verdad de los hechos constitutivos o impeditivos. Véase que en esta acepción se ve la prueba como un estadio del proceso o bien como una actividad procesal, que se realiza intraproceso.

---

<sup>124</sup> BELTRAN FERRER, Jordi, Op. Cit., p. 31, afirmando el autor que nada tiene que ver la finalidad de la actividad probatoria y el resultado probatorio.

<sup>125</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Op.Cit., p. 10. Cabe agregar que a los hechos afirmados que requieren prueba, se puede adicionar el hecho que sean controvertidos, puesto que de lo contrario, no la necesitaran, como tampoco todos aquellos hechos introducidos al proceso pero que no han sido alegados por las partes.

<sup>126</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva con referencia 114-S-2000, de fecha 31 de mayo de 2001, apartado 3.2. como puede verse de esta sentencia que define la prueba la ve como la actividad ya sea de parte o del tribunal, es decir la prueba no es exclusiva de las partes sino que la puede hacer llegar el tribunal.

<sup>127</sup> LLOBREGAT GARBERI, José, y Guadalupe Buitrón RAMÍREZ, *La Prueba Civil*. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 28. Se utiliza el vocablo prueba como sinónimo de medio de prueba, tomándose como la primera concepción del término prueba.

En conclusión, por prueba puede entenderse *“la actividad procesal en la que, mediante la práctica de los diferentes medios de prueba, se pueden alcanzar resultados probatorios, a los efectos de acreditar los hechos que conforman y que fundamentan las respectivas pretensiones de las partes”*<sup>128</sup>, como puede verse que la definición dada por Llobregat, se logra incluir en ellas las tres acepciones de prueba, pareciendo ser esta la más aceptable que debe adoptarse por ser la más completa.

### 3.2. Diversas acepciones de prueba

Respecto de la palabra “Prueba”, se pueden encontrar diversas acepciones, en la que algunos doctrinarios parten del significado del verbo probar<sup>129</sup>, como un ejercicio mental que realiza el juzgador al comparar los hechos aducidos por las partes en sus alegaciones iniciales con la prueba ofrecida y admitida para demostrar las afirmaciones que hubieren realizado las partes.

Mediante la expresión “prueba”, utilizada en el lenguaje procesal, se hace referencia a tres acepciones fundamentales<sup>130</sup>: 1) Al procedimiento para probar, como aquella actividad que se realiza tanto por las partes como por el órgano jurisdiccional, es ésta acepción, la que más responde al concepto de prueba; 2) Al medio por el cual se intenta demostrar, haciendo referencia al conjunto de medios probatorios de los cuales se extrae la convicción judicial, sirve en este caso para designar los diferentes medios de aportación o de introducción de las fuentes de prueba al proceso; y, 3) Al resultado, de lo que ha sido probado, es decir el hecho mismo de la convicción judicial, en ese sentido, algo está probado cuando ha quedado suficientemente demostrado<sup>131</sup>, en otras palabras, se dice que en un hecho concreto hay

<sup>128</sup> LLOBREGAT GARBERI, José, y Guadalupe Buitrón RAMÍREZ, Op. Cit., p. 28, dentro de las pretensión de las partes habrá que considerar aquellos que sean constitutivos, impeditivos, excluyentes y extintivos.

<sup>129</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil y Comercial*, Tomo 2, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, p. 171, al respecto el autor afirma que la prueba *“en su acepción lógica que probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significación contiene expresa una operación mental de comparación, desde ese punto de vista la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos”*

<sup>130</sup> OLASO ALVAREZ, Jorge, *La Prueba en materia civil*, Primera Edición, Editorial Editorama, San José Costa Rica, 2006, p.8, se introduce como acepciones del término prueba, refiriéndose en primer lugar a los medios probatorios, en segundo lugar al deber de probar en donde es mas propio hablar de carga de la prueba, y en tercer lugar lo utiliza como el estado cognoscitivo al cual arriba el juzgador o la juzgadora después de haber realizado la valoración de la prueba.

<sup>131</sup> DE SANTO, Víctor, *La Prueba Judicial*, Teoría y Práctica, Segunda Edición Actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1994, p.28, el autor siguiendo a Palacio, define la prueba como: la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminados a crear la convicción judicial, acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones

prueba cuando se quiere significar el resultado arrojado por la práctica de la prueba, cuando ha conseguido la finalidad acreditativa de un hecho<sup>132</sup>.

En atención a las acepciones y a las definiciones formuladas en el apartado anterior, resulta esencial atender a la que considera que la prueba es la actividad que tiende a la demostración de la verdad.

### 3.3. Objeto de la prueba

Dicho lo anterior nos ubica ante la necesidad de cuestionarse ¿qué es lo que se debe probar? Lo cierto es, que la existencia humana está rodeada de hechos<sup>133</sup>, pero no todos requieren verificarse, sino solamente aquellos que han sido alegados y que sirven de base para constituir derechos o impedirlos, esos son los hechos conducentes, en ese sentido no puede producirse prueba sobre hechos que no han sido articulados por las partes, y que siendo articulados no se hayan controvertido por la contraparte<sup>134</sup>, desde la perspectiva de carga objetiva o material, y para dar respuesta a esa interrogante puede pensarse se prueban los hechos, o bien las afirmaciones que de esos hechos se hace, al respecto el Código Procesal Civil salvadoreño se refiere de forma indistinta a esos dos objetos de prueba, cuando en el Art. 321 CPCM manifiesta que las partes tienen derecho a probar las afirmaciones que de los hechos hubieren dado a conocer, infiriéndose de esta parte de la disposición que lo que deben probar las partes son las afirmaciones que de los hechos se haga en igual sentido se regula en el Art. 313 del mismo cuerpo normativo cuando determina el objeto de la prueba en el numeral primero de dicha disposición.

Empero, en la misma disposición primeramente citada en el párrafo anterior, en la parte final cuando el legislador se refiere a los medios de prueba que se pueden utilizar manifiesta que, pueden ser

---

<sup>132</sup> LLOBREGAT GARBERI, José, y Guadalupe Buitrón RAMÍREZ, *La Prueba Civil*. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 28. Es decir puede considerarse también, como el resultado de un proceso de verificación de la verdad, la prueba en ese sentido es esa convicción que ha generado en el juez los diversos medios de prueba introducidos.

<sup>133</sup> OLASO ALVAREZ, Jorge, Op. Cit, p.12, quien proporciona una definición de los hechos que corresponde a Leo Rosenberg citado por Juan Montero Aroca, en la obra *La Prueba en el Proceso Civil*, en donde conceptualiza los hechos, diciendo que “*son los acontecimiento y circunstancias concretas, determinadas en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico*”

<sup>134</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo y otros, Op. Cit. p. 19. Hechos controvertidos, sobre los cuales debe recaer la sentencia, pues sobre ellos es que debe recaer la prueba y no otros.

aquellos que dada la naturaleza del debate posibiliten comprobar los hechos alegados, refiriéndose en esta parte a los hechos y no a las afirmaciones que de esos hechos se haga, en el mismo sentido manifiesta cuando enumera el legislador la excepción de prueba, lo hace diciendo que los hechos admitidos, notorios y evidentes no requieren ser probados, asimismo en el Art. 309 *Ibíd*em, cuando en la audiencia preparatoria se fija el objeto de la prueba, se refiere a los hechos que quedaran excluidos por estar admitidos o estipulado, como puede verse nuevamente se refiere de forma indistinta al objeto de la prueba.

No obstante la dualidad de manifestaciones hechas por el legislador lo que debe acreditarse son las afirmaciones que de los hechos hagan las partes. Al respecto la Sala de lo Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha resuelto: *“La carga de la prueba incumbe a quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho; y, a quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho de actor”*<sup>135</sup>. De esa forma se da respuesta a la ambigüedad cometida por el legislador en la norma.

### 3.4. Fuentes y medios de prueba

Hasta aquí se ha pretendido dar respuesta a interrogantes planteadas respecto de la prueba, como ¿qué debe probarse?, ahora es preciso definir ¿con qué se debe probar?, lo cual conduce a plantearse el problema de las fuentes y medios de prueba, por ello, antes de dar respuesta a tal interrogante conviene precisar la definición de fuente y medio, así por ejemplo en un caso concreto, entiéndase por fuente el testigo y su conocimiento que sobre los hechos posee, la fuente posee la característica que preexiste al proceso y existe aunque el proceso no llegare a realizarse. En cambio el medio de prueba es el que permite que ingrese la información al proceso y solo existe mediante la realización del proceso.

---

<sup>135</sup> SALA DE LO CIVIL, Sentencia definitiva en Recurso de Casación, con Referencia 118-C-2006, de fecha 29 de mayo de 2008. Máxima 5. Sentencia en la que además agrega La carga de la prueba incumbe al que afirma, no al que niega, y de ahí que le corresponda en principio al actor; y al demandado, cuando reconviene o se excepciona; con respecto a las obligaciones en concreto, incumbe las pruebas de las mismas al que exige su cumplimiento; y la de su extinción, al que la opone. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/>. Sitio consultado el día 20 de octubre de 2012.

### 3.4.1. Distinción entre fuentes de prueba y medios de prueba

Cuando se habla de medio de prueba; éste consiste en el método de aportación, el cual es ofrecido por las normas secundarias procesales y se asienta para el caso, en la declaración del testigo, ya que es mediante ésta que se introduce el conocimiento que posee la fuente, en el evento citado, el testigo. En palabras de ENRIQUE PALACIO LINO, medios de prueba son “*los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos*”<sup>136</sup>. De lo dicho entonces, el medio es la forma, el método, o el modo en que se introduce la información al proceso, implicando una actividad procesal, que posee un momento oportuno en el proceso dependiendo de qué forma o método se haya utilizado para introducirla.

No debe confundirse cuando el medio de prueba consiste en una conducta humana<sup>137</sup>, como es el caso del testigo, donde la conducta de éste consiste en rendir su declaración, siendo entonces la declaración del testigo, el medio de prueba, el testigo y su conocimiento, la fuente de prueba. Consecuentemente la fuente de prueba es un concepto extrajurídico, ya que es una realidad anterior al proceso, y está compuesta de elementos que concurren en la realidad, preexisten independientemente de que el proceso llegue a existir y finalmente es lo sustancial y material, por el contrario los medios de prueba, aluden a conceptos jurídicos, solo acaecen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Descansan en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso y se forma durante el proceso y pertenece a él y para terminar es lo adjetivo y formal.

Respecto de los medios de prueba el Código Procesal Civil y Mercantil introduce un catálogo de medios de prueba que son admisibles en materia civil y mercantil, sin embargo, de lo previsto en el Art. 330 CPCM<sup>138</sup> puede decirse que no limita o reduce la oportunidad de demostrar la veracidad de sus

---

<sup>136</sup> PALACIO LINO, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, decimo sexta edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 395, el autor establece de dicha definición que todo medio de prueba entraña una actividad procesal, en ese sentido que actúa como vehículo para lograr obtener los datos que le servirán al juez para resolver.

<sup>137</sup> FAVELA OVALLE, José, *Derecho Procesal Civil*, Séptima Editorial Harla, p. 126. Como se dijo el autor establece que no debe confundirse entre la persona a quien se ve como sujeto de prueba y su conducta el medio de prueba, en ese sentido son sus declaraciones las que constituyen el medio de prueba.

<sup>138</sup> De conformidad al Art. 330 inciso segundo CPCM, establece: “... *los medios no previstos por la ley serán admisibles...*” el legislador tomando en cuenta la realidad social cambiante, los avances en la tecnología,

afirmaciones a solamente esos medios de pruebas contenidos y desarrollados en la norma, sino mas bien permite que pueda introducirse la información por cualquier otro medio de prueba aunque el mismo no esté previsto en la norma, no obstante, esta potestad no es arbitraria, pues posee como límite, que no afecte la moral, la libertad personal y a terceros.

Con todo, se introduce una lista de medios probatorios entre los que se encuentran: la prueba documental, la declaración de parte, el interrogatorio de testigos, la prueba pericial, el reconocimiento judicial, los medios de reproducción, sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información, como cabe apreciar a simple vista del elenco de medios probatorios, es posible destacar que algunos de ellos son novedosos, pues entraron a formar parte como nuevo medio de prueba con la implementación del reciente Código Procesal Civil y Mercantil y algún otro simplemente ha cambiado de nombre, como es el caso de la declaración de parte, que viene a sustituir a la prueba por confesión del derogado código de procedimientos civiles, constituyéndose como una verdadera novedad la reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información, admitiendo ahora la norma que se utilice cualquier medio técnico que permita evidenciar su contenido<sup>139</sup>.

No cabe duda que el legislador ha querido con ello apropiarse las normas procesales al desarrollo de la tecnología y a la forma en que actualmente se maneja la información, datos, negociaciones, registros, operaciones y transacciones entre otros, siempre que dichos registros sean pertinentes al proceso. Sin embargo tal novedad no lo es para todo el derecho pues en el código de comercio ya se contemplaba la posibilidad para los comerciantes, para archivar mediante microfilm, discos ópticos los registros, documentos e informes, con el fin de guardar eficientemente después de dos años de emisión los documentos, conservando éstos el mismo valor probatorio<sup>140</sup>.

---

establece que por cualquier medio aunque no esté previsto en la ley, se pueda introducir la información al proceso.

<sup>139</sup> Respecto a la reproducción del sonido y la imagen, el Código Procesal Civil y Mercantil no deja claro de qué forma es que se llevara a cabo la reproducción de manera que podría cuestionarse si incluye en esta forma declaraciones de testigos, que haciendo uso de redes sociales que permiten la reproducción de la imagen y el sonido se encuentren fuera del territorio salvadoreño, para el caso el uso de skype, facetime, facebook, o Messenger de servidores como yahoo, Hotmail, etc.

<sup>140</sup> Así se dispone en el Art. 455 del C.Com. “*Los comerciantes podrán hacer uso de microfilm, de discos ópticos o de cualquier otro medio que permita archivar documentos e información, con el objeto de guardar de una manera más eficiente los registros, documentos e informes que le correspondan, una vez transcurridos por lo menos veinticuatro meses desde la fecha de su emisión. Las copias o reproducciones que deriven de microfilm, disco óptico o de cualquier otro medio, tendrán el mismo valor probatorio que los originales siempre que tales*

Debe tenerse en cuenta que el medio de reproducción y almacenamiento de información como medio de prueba, la fuente la constituyen los soportes o instrumentos técnicos que contengan información de sonido, voz, datos o imagen, como por ejemplo discos de audio y video, unidades C de una computadora, cinta de casete, conductores universal en serie o *USB*<sup>141</sup> y en general unidades externas de almacenamiento el medio de prueba estaría determinado por los medios de reproducción que para estos casos lo constituiría el acto procesal de reproducirlo mediante cualquiera de ellos como por ejemplo, cañón, monitor, y todos aquellos que permitan visualizar imágenes y percibir sonido así como medios de reproducción de audio.

### 3.5. Actividades probatorias

El proceso está formado por alegaciones iniciales, donde se le dan a conocer al juez los hechos fácticos que posteriormente servirán de base para el dictado de la sentencia, pero para poder obtener una sentencia satisfactoria debe pasarse por la actividad probatoria, que permita persuadir al juez sobre la verdad de las afirmaciones sostenida por las partes; saber de qué forma se hará llegar y se incorporara esa prueba al proceso, como se valorará por el juez la prueba es precisamente lo que constituye las actividades probatorias, y se compone básicamente de los siguientes momentos: a) ofrecimiento o proposición de la prueba; b) admisión o rechazo de la prueba; c) preparación de la prueba; d) ejecución y práctica de la prueba, e) apreciación, valoración o valuación de las pruebas<sup>142</sup>, de estos momentos y de acuerdo con la normativa procesal civil y mercantil, aunado a la práctica judicial se verá cuál de estos momentos corresponde exclusivamente a las partes y en cuál de ellas se ejerce mayor injerencia por el juez.

---

*copias o reproducciones sean certificadas por Notario, previa confrontación con los originales. En caso de falsedad, se estará a lo dispuesto en el Código Penal”*

<sup>141</sup> por sus siglas en inglés “universal serial bus”, que significa conductor universal en serie, es una tecnología desarrollada por las principales empresas de computación, encaminada a desarrollar un sistema de comunicación, para conectar accesorios a una computadora, comúnmente designado para llamar así a las memorias portátiles, por el puerto donde tienen acceso.

<sup>142</sup> OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, Séptima Edición, Editorial Harla, México, 1990, respecto de la apreciación, valoración, o valuación de la prueba se ha de desarrollar dicho tema en el análisis de los sistema de valoración de la prueba.

### 3.5.1. Ofrecimiento o proposición de la prueba

Se trata del primero de los momentos con que inicia la actividad probatoria, precisa establecer de acuerdo al tipo de proceso, cuál o cuáles son los momentos procesales oportunos para el ofrecimiento de la prueba; regla común para todos los tipos de procesos es: que el primer momento para el ofrecimiento de la prueba es con las alegaciones iniciales o actos de alegación que se realizan con la presentación de la demanda, es allí donde se presenta la primer oportunidad de ofrecer prueba así se estatuye en el Art. 276 No. 9 CPCM<sup>143</sup>. Resulta importante aludir que en este momento de las alegaciones iniciales, es decir de la presentación de la demanda, así como de la contestación de la misma, tal oportunidad la posee tanto el actor como el demandado, solo que en distintos escritos, el actor en la demanda y el demandado en su contestación.

La segunda oportunidad para proponer la prueba en el proceso común, se da en el momento de la celebración de la audiencia preparatoria, y en la celebración de la audiencia única si el proceso fuere abreviado, en las que una vez se haya intentado la conciliación y de haber permitido el saneamiento de los defectos procesales, que deberá ofrecerse la prueba, en el primero de los procesos, si fuere común, es en el momento procesal de celebrarse la audiencia preparatoria, en dicha audiencia la oportunidad se presenta para ambas partes, así lo prescribe el Art. 292 *ibidem*<sup>144</sup>, aunado a lo establecido en el Art. 310 y 317 CPCM que robustece lo dicho en cuanto a que es en la audiencia preparatoria que debe ser propuesta la prueba por las partes. Sin embargo si se trata de prueba documental de forma excepcional a los demás medios de prueba, la parte actora, quien debió ofrecerla y aportarla en su escrito de alegación inicial es decir en la demanda, ya le precluyó el momento de ofrecerla y aportarla, esto tiene como excepción, es decir que puede hacerlo en la audiencia probatoria, cuando la ley se lo autorice,

---

<sup>143</sup> Disposición que contiene los requisitos formales que debe contener una demanda, y el cual establece: “Que todo proceso principiará por demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión. La demanda debe contener: ....Nº9 El ofrecimiento y determinación de la prueba...” es la primer oportunidad de ofrecer la prueba, lo cual debe valorar el juez al momento del juicio liminar realizado a la demanda, pero qué sucede si se cumple con dicho requisito pero el abogado no agoto toda la prueba que pretendía ofrecer sino que se reservo alguna que no mencionó, pudiendo resultar ser muchas las razones por las que no las ofreció, desde la mala fe, pasando por la ignorancia, es decir que no sabían que existían, hasta llegar a un simple olvido, ¿será posible que estas puedan admitirse si solo son mencionadas en otro momento del proceso? ha de considerarse que no existe obstáculo legal ni procesal para ello.

<sup>144</sup> Por la Disposición contenida en el Art. 292 CPCM, se ofrece el contenido de la audiencia preparatoria, la cual tiene cuatro finalidades a saber: a) intentar la conciliación; b) el saneamiento de los defectos procesales; c) fijar la pretensión y el tema de prueba; d) proponer y admitir prueba y solo excepcionalmente e) se podrá recibir prueba que por su naturaleza sea posible diligenciar en dicha audiencia.

verbigracia en el caso del Art. 308 CPCM<sup>145</sup> o cuando sea posterior a los hechos de alegación o anteriores pero los desconocía, así como cuando por fuerza mayor o por otra causa justa haya estado impedido de presentarla.

Ahora bien, cual es la incidencia del juez respecto de la prueba en ese momento inicial, de todos es sabido que, al presentarse una demanda, el juez debe realizar un examen de constitucionalidad de las normas que sirven de base para el planteamiento de la pretensión, luego un examen de competencia tanto objetiva, como funcional, material y territorial, así como realizar un examen de la legitimación material, es decir, para establecer si el derecho le asiste y la legitimación procesal para estimar que puede representar a su poderdante, pues bien, en ese examen realizado y a fin de evaluar si el derecho le asiste debe verificarse la prueba documental ofrecida y aportada en el momento de presentar la demanda, puesto que precluye la oportunidad de presentarla.

En ese orden de ideas, y al estar confiado al juez la dirección del proceso, este debe conducirlo adecuadamente, facultad mediante la cual, si el juez advierte que el derecho no está fundamentado, puede válidamente hacer prevenciones, como cuando la demanda no cumple con las formalidades establecidas para su presentación, siendo una de ellas, precisamente el ofrecimiento y determinación de la prueba, lo cual tiene que ver con el objeto de la pretensión, aunado al requisito contenido en el numeral 7 del Art. 276 CPCM, que establece que junto con la demanda se deben presentar todos los documentos que acrediten el cumplimiento de todos los presupuestos procesales, por lo que, basado en la necesidad de evitar un dispendio inútil de la función jurisdiccional previene a la parte que la presente. Puede verse en esa actuación cierto dinamismo del juez solicitando prueba instrumental, sobre todo si trata de casos en donde dicho instrumento constituye un requisito de procedibilidad<sup>146</sup>, y no por esa

---

<sup>145</sup> Art. 308 CPCM, que prescribe: “Las partes podrán aportar en la audiencia preparatoria los documentos o informe de peritos que se revelen necesarios a la vista de las alegaciones iniciales de la parte contraria. También podrán presentar las que se deriven de las precisiones, aclaraciones, y concreciones efectuadas al amparo de las disposiciones de este código...” Cuando se trate de prueba documental la cual debió de ser presentada juntamente con la demanda por el demandante, a excepción de este caso que está expresamente contemplado en la ley.

<sup>146</sup> Piénsese en el caso de un proceso de inquilinato, en el que se arrienda un inmueble para negocio, de conformidad con el Art.1765 C.C. que contempla un caso de renta impaga, el actor para que pueda demandar la terminación del contrato debe probar que ya realizó las dos reconvenciones de pago que contempla la ley, mas sin embargo no lo presenta, sino solamente el contrato de arrendamiento del cual solicita su terminación, reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que dicha reconvención debe hacerse por la vía judicial, constituyéndose en un requisito de procedibilidad que coadyuva a establecer la mora en el proceso de terminación de contrato de arrendamiento por la causal de mora en el pago de la renta.

actuación puede pensarse que el juez está faltando al principio de imparcialidad, sino utilizando su facultad directiva y evitando el dispendio inútil de la jurisdicción.

Con todo, no se agota con la presentación de la demanda o con la contestación de la misma, el momento en el que las partes pueden ofrecer prueba al proceso, sino que pueden aun ofrecer hasta en la audiencia probatoria de conformidad al Art. 311 CPCM<sup>147</sup>, en el supuesto siguiente: si se hubiere tratado de una audiencia preparatoria en la que no se contara en ese momento con la prueba y no obstante ser instrumental, puede aun según la referida disposición ofrecerla y proponerla hasta en la audiencia probatoria, ello aunado a aquellos casos, donde se requiera acreditar prueba material o tangible, es precisamente en la audiencia probatoria que se debe de ofrecer dicha prueba, así lo prescribe el Art. 325 inciso 3° CPCM<sup>148</sup>, Finalmente puede ofrecer prueba después de dictada la sentencia en el proceso, cuando se ha hecho uso del recurso de apelación, en segunda instancia así se establece en el inciso segundo del Art. 514 CPCM<sup>149</sup>.

### 3.5.2. Admisión o rechazo de la prueba

Una vez ofrecida la prueba, ya sea en las alegaciones iniciales o en la audiencia preparatoria el juez debe pronunciarse sobre la admisión o rechazo de la prueba, pudiendo admitir toda aquella prueba que reúna requisitos de oportunidad en el ofrecimiento de la prueba, es decir que haya sido ofrecida en el momento procesal oportuno atendiendo al medio probatorio de que se tratare<sup>150</sup>, analizando

---

<sup>147</sup> Art. 311 establece que: “la prueba instrumental en que las partes funden su derecho será admitida en la audiencia preparatoria, si las partes quisieran fundamentar otras pruebas instrumentales, su admisión se examinará en la audiencia probatoria...”

<sup>148</sup> Que mediante la disposición contenida en el Art. 325 inciso tercero que se faculta a la partes para que aun que ya haya pasado la audiencia preparatoria se pueda introducir prueba, el cual a la letra expresa: “...para la admisión de esta clase de prueba, la parte deberá solicitar que se autorice la identificación de la prueba material correspondiente...la parte solicitara al juez que considere marcada y admitida la prueba identificada...” como se ve son varios los momentos en que las partes pueden ofrecer prueba, esto se debe a la influencia que ha tenido la conformación del Código pues los redactores tuvieron como modelo tanto el Código Español como el Uruguayo.

<sup>149</sup> Art. 514 Inc.2 CPCM el cual dispone: “... tanto el recurrente como el recurrido podrán proponer la práctica de prueba...” como puede verse durante toda la tramitación del proceso y hasta en segunda instancia se puede hacer uso de ese derecho de aportar prueba.

<sup>150</sup> Especial atención merece en este punto de la admisión de la prueba para el caso que se tratare de prueba electrónica puesto que los requisitos que respecto de su admisibilidad se requieren no han sido previsto por nuestro legislador en la normativa, constatando una total ausencia de normas que lo regulen, cabe entonces preguntarse qué se requiere para singularizar el medio de prueba, para establecer la especificación de su contenido, a fin de garantizarle a la parte contraria la prueba que se introducirá cuales serán entonces los elementos que para tales casos deberá manifestar la parte a fin de que se le admita la prueba el Art. 398 CPCM

previamente si la prueba fue propuesta cumpliendo con las formalidades que para el medio de prueba se requiere<sup>151</sup>, asimismo, se auxiliará el juez de los criterios de necesidad<sup>152</sup>, legalidad<sup>153</sup>, pertinencia<sup>154</sup>, utilidad<sup>155</sup> o idoneidad de la prueba. Una vez que la parte haya tenido la oportunidad de ofrecer y proponer la prueba, cumpliendo con los requisitos de oportunidad, formalidad, y criterios antes mencionados, deberá el juez pronunciarse sobre su admisión o rechazo de la prueba; siendo en la audiencia preparatoria, e inmediatamente después de que las partes hayan comunicado al juez las pruebas, emitirá la decisión sobre su admisión tal como lo prescribe el Art. 317 Inciso 3<sup>156</sup> en relación con el Art. 292 CPCM. Pero no solo este es el momento de admitir prueba, si se trata de prueba que ha sido propuesta excepcionalmente fuera del momento oportuno serán otros los momentos de admisión de la misma, verbigracia, en el momento de la audiencia probatoria, o en la etapa recursiva, tal como se menciono en el párrafo final del apartado anterior.

En la práctica procesal, el juez no dicta un auto de admisión de prueba, sino que ésta, es parte de la resolución que de forma oral y sin perjuicio de documentarse en acta, emite en la audiencia preparatoria, en la que se señala la fecha de la audiencia probatoria. Antes de eso, únicamente se

---

ligeramente establece que para proponerla deberá hacerse de acuerdo los requisitos ya previstos en el Código para los demás medios de prueba,

<sup>151</sup> Si se tratase de prueba testimonial deberá cumplir con los requisitos generales para los medios de prueba en cuanto a manifestar el medio de prueba a utilizar, es decir singularizarlo el medio ofrecido, especificar su contenido, y que es lo que pretende probar con ese medio de prueba y que no es más que darle a conocer a la parte contraria la finalidad de la prueba, tales requisitos generales de admisión se pueden extraer de la lectura de los Arts. 310 y 317CPCM, aunado a que debe cumplir formalidades especiales que para cada medio de prueba se requiere, así por ejemplo si el medio de prueba propuesto hubiese sido prueba testimonial deberá cumplir además con requisitos de admisibilidad contenidos en el Art. 317 CPCM que se refieren a la identidad del testigo, lo cual se logra con manifestarle al juez las generales del testigo, agregando el cargo o cualquier circunstancia que permita identificarlo.

<sup>152</sup> Sobre la necesidad de la prueba, no existe una definición legal, tal vez porque el legislador consideró que no es más que la ordinaria y común precisión que tienen las partes de probar los extremos de su conveniencia, sin embargo la podemos extraer a contrario sensu de lo que no requiere ser probado del Art. 314 CPCM, todo lo que no esté en esa disposición necesita ser probado, de allí la necesidad de la prueba.

<sup>153</sup> En relación a la licitud de la prueba, el Art. 316 CPCM establece los casos en donde no debe admitirse prueba entre éstos tenemos aquellos en donde la fuente de prueba se ha obtenido ilícitamente, con vulneración de derechos constitucionales.

<sup>154</sup> FUENTES DIAZ, Antonio, *la Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tratamiento y Practica, Segunda Edición, Editorial Boch, España, 2004, p.56. En el que se hace alusión respecto de la pertinencia, el Art. 318 CPCM establece que no se admitirá ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma, en ese sentido el medio de prueba debe estar dirigido a acreditar o descartar un hecho alegado por las partes.

<sup>155</sup> FUENTES DIAZ, Antonio, *Ibidem*. el autor por utilidad, hace referencia a lo inútil, como ineficacia práctica de la prueba, como característica de aquellas que en ningún caso pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, infructuosidad que puede provenir de la innecesaridad de la prueba. En ese sentido es innecesaria la prueba verbigracia si los hechos ya fueron admitidos, o bien que tales hechos ya están asegurados con otro medio de prueba.

<sup>156</sup> En el Inciso 3° del Art. 317 “el juez evaluará las solicitudes de las partes, declarará cuales pruebas son admitidas y rechazará las que resulten manifiestamente impertinente o inútiles”

pueden tener por ofrecidas las pruebas, si hicieron uso del derecho a la prueba en los alegatos iniciales. Respecto de la decisión del juez de su admisión o inadmisión cabe preguntarse si dicha decisión es recurrible al respecto el Art. 317 inciso segundo parte final en relación al Art. 320 CPCM, el primero establece que no será recurrible, sin embargo las partes pueden solicitarle al juez que se asiente en el acta su disconformidad, con el objeto de interponer recurso de la sentencia definitiva, en el mismo sentido lo hace en la segunda disposición, ello porque una de las finalidades del recurso de apelación es revisar la prueba que no hubiere sido admitida<sup>157</sup>.

Especial atención merece la actividad probatoria en el proceso abreviado, en donde por tratarse de una única audiencia es en ella que se propone, admite, ejecuta y se valora la prueba, sin perjuicio de la que se hubiere propuesto en el escrito de demanda simplificada, aunque éste no constituye un requisito formal de la misma, tal como se establece en el Art. 418 CPCM. Y es precisamente el hecho de ser un proceso de una sola audiencia el que hace que la actividad probatoria resulte modificada, pues se adelanta la actividad probatoria de preparación de la prueba, ya que aún sin haberse admitido y con tres días de anticipación a la realización de la audiencia, se realizan las esquelas de citación, una vez que por auto simple el juez admita la demanda, señala la fecha de la celebración de la audiencia única, previniéndole a las partes que se hagan acompañar de los medios de prueba de que intenten valerse, hasta este momento no existe pronunciamiento de su admisión y sin embargo, el juez le ha pedido a las partes que presenten la prueba, sin saber si las mismas reunirán los criterios de admisibilidad y formalidad<sup>158</sup>.

### 3.5.3. Preparación de la prueba

La preparación de la prueba no constituye un apartado especial dentro de la normativa secundaria de la actividad probatoria, sino que, se encuentra de forma implícita en las disposiciones relativas a la prueba, preparar la prueba implica que si las partes hubieren solicitado que los testigos fueren citados

---

<sup>157</sup> Así lo prescribe el Art. 510 numeral 4 CPCM, y es por esa razón que se le llama al recurso de apelación privilegiado pues permite que aun en segunda instancia se pueda incorporar prueba. Por otra parte qué sucedería si no se hizo protesta de prueba que no le fue admitida, ¿será recurrible la sentencia, por el numeral cuarto?, ha de considerarse que sí, pues de esa forma se garantiza el derecho de acceso a la justicia. Asimismo resulta recurrible en casación la sentencia que se dicte en apelación por denegación de prueba legalmente admisible, así lo dice el motivo de forma contenido en el Art 523 numeral 10 CPCM,

<sup>158</sup> Situación especial se presenta en el caso del proceso abreviado en el que las etapas de la actividad probatoria se ven en una forma concentrada y además alteradas pues se adelanta la preparación de la prueba a la admisión de la prueba, ello se justifica pues el proceso abreviado, tal como su nombre lo indica es simplificado.

judicialmente, se proporcione el lugar donde se practique la citación y se verifique la extensión de la respectiva cita o bien la entrega de la respectiva esquela de citación a las partes para que sean éstos quienes los presenten al momento de la audiencia, tal como se manifiesta por el legislador en el Art. 360 CPCM<sup>159</sup>, tratándose de una audiencia de proceso abreviado y si se pretende incorporar prueba testimonial o documental, la preparación de la prueba consistiría en la solicitud realizada por la parte interesada, por lo menos con tres días de anticipación a la celebración de la audiencia, en que se le extienda la esquela de citación o el requerimiento a la parte que presente la documentación.

Dentro de este apartado de la actividad probatoria podría incluirse como preparación de la prueba aquellos actos procesales realizados por el juez donde deba librarse comisión procesal a otro juez para la práctica de prueba, o bien cuando se pone a disposición del perito los objetos, documentos, o lugares o personas para la realización del examen, sobre los cuales habrá de emitir su dictamen.

#### 3.5.4. Ejecución y práctica de la prueba

No existe en el Código Procesal Civil un plazo establecido tanto para la aportación como para la práctica de la prueba, lo que ahora se establece es el momento procesal y actos procesales, como la audiencia preparatoria, la demanda y su contestación<sup>160</sup>, donde puede practicarse la prueba. Excepcionalmente, así lo decreta el Art. 292 CPCM, podrá recibirse la prueba en la audiencia preparatoria, o bien si se tratase de prueba anticipada o de comisiones procesales, de lo contrario, la prueba debe practicarse en la audiencia probatoria si se tratase de proceso común, o en la audiencia única si se tratase de proceso abreviado, observando el cumplimiento de los principios de la oralidad, inmediación, contradicción, audiencia que debe llevarse a cabo en el plazo de sesenta días siguientes a la audiencia preparatoria, si fuese proceso común<sup>161</sup> o entre un mínimo de diez días y un máximo de

---

<sup>159</sup> El Art. 360 regula que: “*Los testigos serán presentados por la parte que los propuso, para lo cual se le entregará a ésta una esquela de citación que deberá contener el motivo del llamamiento. No obstante lo anterior, en el momento de proponer la prueba, la parte podrá solicitar que los testigos sean judicialmente citados, caso en el que deberá hacerse constar el lugar en el que puede practicarse la citación*”.

<sup>160</sup> ACOSTA, José V. *Negligencia Probatoria*, Editores Rubinzal-Culzoni, Argentina, p.13. el autor hace referencia acerca de los tiempos en los cuales debe realizarse el ofrecimiento de prueba.

<sup>161</sup> Así lo señala el Art. 311 inciso 2 CPCM, “...*El tribunal fijara, la fecha de comienzo de la audiencia probatoria, la cual deberá estar comprendida dentro de los sesenta días siguientes a la audiencia preparatoria...*”.

veinte, entre la citación y la efectiva celebración de la audiencia<sup>162</sup>, si se tratase de un proceso abreviado.

Llegado el día de la audiencia, ésta debe celebrarse con las pruebas que se hayan admitido si fuese proceso común o si se trata de proceso abreviado con las pruebas de que intenten valerse, sin embargo podría suceder por ejemplo, que algún testigo que estando debidamente citado no comparezca a la audiencia, ante tal situación cabe que tenga o no motivo justificado para no comparecer, sino lo tuviere, se debe proceder a la imposición de una multa, tal como lo establece el Art. 362 Inc.1 CPCM cuyo monto se fijara entre uno y tres salarios mínimos urbanos más altos vigentes, más si tuviese justo motivo la parte que lo propuso podría solicitar la interrupción de la audiencia, por considerar que es imprescindible su declaración<sup>163</sup>. En cambio, si por considerar que no es imprescindible el dicho del testigo, prescinde de su declaración, aunque éste no haya comparecido no procedería la imposición de la multa pues ha prescindido de su declaración por las facultades que el principio dispositivo le concede a las partes en el proceso.

Cabe detenerse a pensar, si tratándose de prueba documental y encontrándose el proceso ya en la etapa probatoria de la ejecución de la misma, en donde la actividad probatoria de ofrecimiento por las partes ya precluyó, y sin embargo el juez considera que por la complejidad de la prueba documental aportada requiere de conocimientos especiales en la materia, piénsese verbigracia, en casos de terminaciones de contrato para la confección de obras arquitectónicas, en donde se presentan mapas que requieren ser interpretados por expertos en arquitectura, tipografía o cartografía, cuyas interpretaciones no fueron ofrecidas por las partes como prueba, ¿puede válidamente ordenarlas el juez, a fin de fallar con mayor acierto?, si la respuesta es positiva, quién realizará el interrogatorio

---

<sup>162</sup> De tal forma se establece en el Art. 423 Inciso 1 CPCM, que en lo conducente dice: "... se realizará dentro de un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dicho acto y un máximo de veinte..." tal disposición se consigna que la audiencia se celebrará en única convocatoria, sin perjuicio que se den cualquiera de las causas de suspensión o interrupción de la audiencia situaciones expresamente comprendidas en el Art. 208 y 211 del mismo cuerpo de ley.

<sup>163</sup> Tal situación puede presentarse con mayor frecuencia cuando se citan por medio de esquila dirigida directamente por el tribunal y se ve minimizado el ausentismo si son las partes las que se comprometen a presentarlos al juzgado; merece especial atención el hecho de que la declaración de ese testigo, si bien es cierto la parte la considero importante, y por eso la propuso, puede que no sea imprescindible para probar el extremo procesal que pretendía, en tal caso, no consideró el legislador el hecho de que sea la misma parte la que ya no le interese incorporar al testigo por variadas razones, en semejante situación no estaría justificada la interrupción de la audiencia, a que se refiere el Art. 211 Numeral 3 CPCM, prescindiendo de manera voluntaria la parte de presentarlo, en ese caso por el principio dispositivo, la primera de las obligaciones del testigo citado a declarar se ha desvanecido

directo que prescribe el Art. 387 Inciso 3 CPCM, ésta representaría una dificultad práctica de una prueba sin haber sido solicitada por las partes, y que solo tiene como finalidad la aclaración de la prueba propuesta por las partes.

### 3.5.5. Apreciación, valoración o valuación de las pruebas

Tratase de uno de los momentos de la actividad probatoria, quizá la más importante puesto que le permite al juez fundar en su interior la convicción de la verdad de los hechos discutidos<sup>164</sup>, consiguiendo en ese momento procesal la finalidad que persigue la prueba que no es más que obtener la convicción del juez sobre la existencia o no, de determinados datos discutidos por las partes<sup>165</sup>. Al realizar esta actividad el juez enfrenta un elenco probatorio, debiendo valorar las pruebas en forma individual y en su conjunto<sup>166</sup>, lo cual ha de considerarse como un método de valoración y no un sistema al tenor de los que dispone el Art. 416 CPCM, ya que tal como lo manifiesta MABEL A. DE LOS SANTOS “*los medios de prueba no constituyen en absolutos compartimentos o estancos; no puede examinarse ninguno sin hacer incursiones en los demás y cada uno de ellos reposa en mayor o menor medida sobre los otros*”<sup>167</sup>, y sólo si después de haber valorado en su conjunto, aún le surgieran dudas podrá disponer de las diligencias para mejor proveer.

Esa actividad mental realizada por el juez, no se encuentra sometida a normas legales, así como tampoco señala la legislación en qué momento procesal debe ordenarla el juez, cabe preguntarse si deberá hacerlo inmediatamente después de introducido cada medio probatorio, la posición de algunos jueces es que terminada de rendir la declaración de testigo si algún punto no quedó claro el juez,

---

<sup>164</sup> ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, Editorial IB de F, Traducción de Ernesto KROTOSCHIN, Segunda Edición en Castellano, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 213, es precisamente esa la finalidad de la prueba que el juzgado funde en su interior la veracidad de los hechos alegados

<sup>165</sup> ALCUBILLA, Enrique Arnoldo y Rafael Fernández VALVERDE, *Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Tercera Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2007, p.458. El autor haciendo alusión a la valoración de la prueba, se refiere a lo que en el presente trabajo se ha denominado como finalidad de la prueba.

<sup>166</sup> CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL prescribe en el Art. Art. 416.- El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento.

<sup>167</sup> DE LOS SANTOS, Mabel A. “El Juez frente a la Prueba”, AA.VV., *La Prueba*, Coordinador Augusto M. Morello, Librería Editora Platense, S.RL. La Plata, 1996, p. 243, ello significa que las pruebas deben ser valoradas en su conjunto.

basado en las diligencias para mejor proveer, puede preguntar al testigo; otra posición es que en el momento en que el juez valora la prueba es cuando advierte las dudas de la prueba vertida y solo respecto de esta para aclarar es que podrá ordenar prueba, en ese sentido ubican tal actividad probatoria de la valoración de la prueba, al momento de dictar la sentencia, valoración que deberá estar sometida a las reglas de la sana crítica, que viene a constituir un sistema de valoración de la prueba, el cual se desarrolla a continuación.

### 3.6. Sistemas de valoración de la prueba

Otro de los estadios principales de la prueba tiene que ver con una actividad importantísima del juez, pues mediante ella toma la decisión de los asuntos que son sometidos a su conocimiento y corresponde a los sistemas de valoración de la prueba<sup>168</sup>, lo que en palabras GERHARD WALTER, puede denominarse apreciación de la prueba<sup>169</sup>, al respecto existen dos sistemas de valoración de la prueba<sup>170</sup>: a) prueba legal o tasada; b) la sana crítica o bien lo que algunos autores consideran como prueba libre o sistema de libre valoración de la prueba<sup>171</sup>; pudiendo destacarse que dicho sistemas no

---

<sup>168</sup> Entiéndase de forma indistinta valoración o apreciación de la prueba pues así lo han tratado diversos autores refiriéndose a esa actividad como un mismo concepto entre ellos tenemos a Devis Echandía, Hernando, en su obra *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tercera Edición. Editorial Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 1974, tomo I., p. 287; Falcón, Enrique, *Tratado de la prueba civil, comercial, laboral, penal y administrativa*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003, p.245. Sentis Melendo, Santiago, *La prueba, Los grandes temas del Derecho Probatorio*, Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 240. En realidad son múltiples los autores que ven la valoración de la prueba y apreciación de la prueba, como una misma, pero como no se trata de hacer una enumeración taxativa se nombran éstos a vía de ejemplo.

<sup>169</sup> WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, Versión Castellana de Tomás Banzhaf, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p.41. se hace ver que al juez se le daban instrucciones fijas acerca de cómo sopesar la producción de la prueba cuando esta era diversa y opuesta la una a la otra, este autor hace ver además que valorar o apreciar la prueba son parte de un modelo de constatación.

<sup>170</sup> DE LOS SANTOS, Mabel A. “El Juez frente a la Prueba”, AA.VV., *La Prueba*, Op. Cit., p. 241, con tales fundamentos, la autora respecto de los sistema de valoración de la prueba, enuncia tres, el de las pruebas legales, el de la libre apreciación o libre convicción, y el de la sana crítica, división tripartita que hace la autora, la cual no es compartida por muchos autores que únicamente los reducen a dos.

<sup>171</sup> SANCHIS, Luis Prieto, *Introducción al Derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha. Cuenca 1996. P. 199. el autor señala dos sistemas de valoración de la prueba, en el mismo sentido es expuesto por el autor Víctor Cubas Villanueva en su obra *La actividad Probatoria*, p. 274. agregando que el primero de los sistemas además recibe el nombre de tarifa legal y el segundo recibe otra denominación de apreciación en conciencia, sin embargo el Maestro Caferatta Nores, José en su obra la prueba en el proceso penal página 40, dice que son tres los sistemas de valoración de la prueba. Prueba legal, íntima convicción y libre convicción, o sana crítica racional, haciendo una distinción entre íntima y la libre convicción en el sentido que con la íntima convicción el juez puede valorar la prueba según su leal saber y entender, en donde lo importante es que se convenza él con la prueba, sin que esté obligado a fundamentar sus decisiones, precisamente es un sistema utilizado en materia penal por el personal del jurado, pero un sistema de valoración de tal magnitud en materia civil limitaría la interposición de recursos, se prestara a la arbitrariedad e incumpliría con el principio de motivación consagrado en el Art. 216 CPCM; de la misma forma es expuesto por el autor Midón, Marcelo

son excluyentes entre sí, puesto que pueden coexistir dentro de la actividad jurisdiccional, aplicando uno respecto de determinado medios probatorio y el otro sistema respecto de otro medio de prueba, verbigracia, el sistema de valoración legal o tasada respecto de la prueba documental tal como aparece redactado el Código Procesal Civil específicamente en el Art. 341, 353, 389 CPCM.

Por su parte KIELMANOVICH JORGE L. al referirse a los distintos sistema de valoración y citando al maestro COUTURE dice que *“los criterios de valoración de la prueba son a nuestro modo de ver, tres: a) pruebas legales: imputación anticipada en la norma, de una medida de eficacia; b) sana critica: remisión a criterios de lógica y de experiencia por acto valorativo del juez; c) libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos<sup>172</sup>”*, según el último de los criterios de valoración y concebido así el sistema de la libre apreciación de la prueba, puede decirse que no cabría incorporar en este a la sana crítica, tal como lo plantea el maestro COUTURE, sin embargo con tal nota distintiva y apreciación subjetiva de eficacia concedida al juez fácilmente degeneraría en la arbitrariedad o bien conducir a la dictadura judicial<sup>173</sup>.

---

Sebastián, al decir en su obra *Derecho Probatorio*, Parte General, que los sistemas de valoración de la prueba son tres: a) Prueba tasada, tarifada o legal, donde es el legislador quien tasa el valor de los medios de prueba, señalándole al juez las condiciones que aquellos deben reunir para ser eficaces, así como el criterio que para la apreciación ha de utilizar, aun con prescindencia de su personal convicción; b) La Libre apreciación o íntima convicción, en un sistema donde los jueces tienen más amplio margen de libertad para apreciar, sin ataduras a reglas de ningún género, el valor de las pruebas que se hubieren rendido, el juez solo debe someterse a su propia convicción; c) La Sana Critica o sistema mixto, este representa el centro entre los dos sistemas anteriores, es un sistema de apreciación de prueba por el juez caracterizado por el hecho de que tal ponderación no es tan libre, pues se halla sometida a reglas que son normas de criterio fundadas en la lógica y la experiencia. Por su parte Jorge L. Kielmanovich, en la obra *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*. p.137, resume en tres los sistemas de valoración de la prueba en el de prueba legal, el de sana critica y el de la libre convicción.

<sup>172</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Op. Cit. p.140, el juez debe decidir, basado en la sana critica, la cual tiene a la lógica y a la experiencia como parámetro, la libre convicción en cambio es un régimen voluntarista de apreciación de la prueba que no es aplicable entendido así al proceso civil, sino a materias determinadas como aquellas en las que se decide por un jurado.

<sup>173</sup> MIDON, Marcelo Sebastián, *Derecho Probatorio, Parte General*, Editorial Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 2007, p.164. El Juez debe respetar las normas establecidas en la valoración de la prueba, si existe prueba legal, como en el caso de la prueba documental, sin embargo si la ley lo faculta para decidir en base a la sana critica, debe hacerlo sobre el elenco probatorio alegado y a las pruebas introducidas en el proceso.

### 3.6.1. Prueba legal o tasada

En relación al primero de los sistemas, con el código de procedimientos civiles se hacía por parte del legislador un reemplazo en la labor judicial de operar intelectualmente la prueba para establecerle su valor, el legislador no le dejaba esa función al juez al prescribirle desde cuales eran los medios probatorios que podían admitirse, hasta cual sería el grado de convencimiento que podía derivarse de cada prueba; sistema que actualmente ha ido perdiendo aplicación, produciéndose lo que en palabras de BORJA NIÑO, al referirse al sistema legal que poco a poco ha perdido importancia, decía que: *“en la medida que la ciencia avanza, que el hombre dispone de más medios para acceder a la realidad y para estar al tanto de las razones y motivos psicológicos y físicos que forman la conducta humana<sup>174</sup>”*, las evaluaciones tarifarias se han ido suprimiendo de las normativas civiles y mercantiles.

La tarifa legal implica que el legislador determina para ciertos medios probatorios de manera apriorística el valor que corresponde atribuir a cada medio probatorio, en ese sentido el legislador establece ciertos requisitos para el otorgamiento de ciertos contratos o actos, para que surjan a la vida jurídica, a las que se les designa como solemnidades y tienen un carácter probatorio, por lo tanto la forma de demostrar su validez y existencia, es mediante dicho instrumento, otorgando cierto grado de validez a un instrumento así el Art. 341 CPCM, habla de prueba fehaciente, respecto de los instrumentos públicos y de prueba plena respecto de los instrumentos privados, considerándose que el grado de validez para los instrumentos públicos los es por sus solemnidades.

Igualmente, debe considerarse que existe sistema legal o tasado de prueba, cuando es el legislador el que señala el medio probatorio y solo ese medio puede presentarse para acreditar determinado evento, tal como sucede en el Art. 340 CPCM, en donde el legislador determina que para comprobar la autenticidad de un instrumento privado se hará mediante el cotejo de letras, efectuado por perito, de tal suerte que es con ese y sólo con ese medio probatorio y no otro, que deberá establecerse la autenticidad del instrumento. En suma, la prueba legal o tasada o bien tarifada como se le designa por algunos autores en la doctrina existe en la normativa, si es el legislador el que determina los medios

---

<sup>174</sup> BORJA NIÑO, Manuel Antonio, *La Prueba en el Derecho Colombiano*”, Segunda Edición, Editorial Unab, Colombia, 2003, p. 167, dando a conocer el autor además las razones que justifican el paulatino desaparecimiento de la prueba legal o tasada.

probatorios con los cuales se ha de probar la pretensión, si impone o excluye determinados medios de prueba para la demostración de ciertos hechos, o si le confiere valor a cada medio probatorio<sup>175</sup>.

En el derecho moderno se han ido desplazando los sistemas de valoración que distancian al juzgador de los fines del derecho, del proceso y de la justicia, en donde el juez tenía que fallar sin estar convencido de la verdad, introduciéndose así el sistema de la sana crítica.

### 3.6.2. La sana crítica

Sin lugar a dudas, se trata de un sistema intermedio entre los dos sistemas que son los opuestos, aunque no excluyentes, el primero el denominado de la prueba legal o tasada a la cual se ha hecho referencia antes y el segundo el de la libre apreciación de la prueba, si bien es cierto una parte de la doctrina, reduce los sistemas únicamente a dos incluyendo dentro del sistema de libre apreciación el sistema de la sana crítica<sup>176</sup>, es con la introducción del sistema de la sana crítica en materia civil, que se le faculta al juez para que sea éste quien en base a la libre valoración de la prueba<sup>177</sup>, y después de haber observado el desfile probatorio, fundamente su fallo de acuerdo a su libre apreciación de la prueba, teniendo como límites la experiencia y la lógica<sup>178</sup>, para JORGE L. KIELMANOVICH, la sana

<sup>175</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Segunda Edición Actualizada, Editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 138. Sobre ese punto el autor cita como ejemplo de prueba legal o tasada, la prohibición de prueba de testigos para probar en algunos casos, en la legislación salvadoreña y precisamente en el derecho civil sustantivo se cuenta con el Título XXI denominado DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES y en el Art. 1579 C.C. se establece que: “No se admitirán prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito” así como también se hace exclusión de prueba de testigos en los Arts. 1580,1581 C.C.

<sup>176</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. Op. Cit. p. 138, en cuanto a los sistemas de valoración de la prueba una parte de la doctrina reduce únicamente a dos, dejando de fuera la sana crítica e incluyéndola en la libre convicción, sin embargo son diferentes por los criterios utilizados en ambas para la valoración de la prueba, como diferentes son los destinatarios que la deben utilizar como sistema de valoración.

<sup>177</sup> MIDON, Marcelo Sebastián, Op. Cit. p. 164. Establece que en el sistema de valoración de prueba en la cual se utilice la sana crítica el juez no es tan libre pues se halla sometido a normas de criterio como son la lógica y la experiencia, aunado a los criterios de higiene mental, de manera que al momento de realizar la ponderación de las pruebas deberá operar la prueba con el recto entendimiento de la razón humana y al conocimiento que como juez posee.

<sup>178</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Introducción a la Lógica*, Primera Edición, Universidad Autónoma de México, Año 2004, en donde se indica que la lógica, es el instrumento perfecto que garantiza que si lo utilizamos con proposiciones verdaderas nos dará conclusiones verdaderas, y se rige por las siguientes leyes: a) ley de la no contradicción, según la cual la misma cosa no puede ser y no ser a la misma vez y bajo el mismo respecto, ello significa que no se puede afirmar y negar a la misma vez, verbigracia al fallar en una sentencia el juez no puede establecer que el incumplimiento del contrato se debió a razones de fuerza mayor y sin embargo declara terminado el contrato con condena por los daños producidos por su incumplimiento; b) ley del tercero excluido, según la cual algo es o no es, pero nunca ambos, se falta a la reglas de la lógica del tercero excluido, si el juez al

crítica es el sistema donde se reserva al arbitrio judicial la concreta determinación de la eficacia de la prueba según reglas lógicas y máximas de experiencia<sup>179</sup>, pero no la experiencia común, sino aquella que deriva de su ejercicio de juez, haciéndose similitudes de este sistema de prueba con expresiones como libre convicción, persuasión racional, convicción racional científica.

Con el sistema de la prueba legal o tasada podía suceder que el juez se alejara de la verdad puesto que debía resolver conforme al valor asignado al medio probatorio, tal sistema se reserva únicamente para la prueba documental, así lo prescribe el Art. 416 CPCM, lo que se pretende es que el juzgador emita decisiones justas, pues estarán motivadas en su convencimiento personal, íntimo y racional.

Acerca de los sistemas de valoración de la prueba y tratándose de prueba científica MICHELE TARUFFO, manifiesta: *“el verdadero cuestionamiento se da en la valoración que de la prueba científica haga el juez, y a las condiciones en las cuales el juez, sobre la base de estas pruebas pueda llegar a considerar como verdadero el hecho de la causa”*<sup>180</sup>. Y es que sin tratar de eludir la forma de valoración de la prueba, debe reflexionarse que la prueba legal o tasada ha colapsado y ahora es sustituida por la sana crítica en donde prevalece el principio del libre convencimiento del juez, en el que es el juez el que tiene la discrecionalidad<sup>181</sup> para valorar la prueba, de concederle a ésta un grado de credibilidad y extraer de ella sus propias conclusiones que le ayuden a establecer bien la falsedad o la veracidad de las pretensiones que forman el objeto de proceso.

---

momento de la audiencia preparatoria declara inadmisibles determinadas pruebas que le fue ofertada, y al momento de la audiencia probatoria la valora para emitir su fallo. y c) la ley de la Identidad según el cual todo ser es idéntico a sí mismo o bien, todo es lo que es, en materia civil el juez falta a esta ley cuando falta al principio de congruencia, es decir cuando resuelve sobre pretensiones que le han sido formuladas o cuando afirma hechos que no han sido introducidos por las partes.

<sup>179</sup> KIELMANOVICH, Jorge L. *Ibíd.*, p. 139, expone el autor que no existen reglas definidas en la ley acerca de la apreciación de la prueba, pero eso no quiere decir que el juzgador goce de discrecionalidad absoluta, sino más bien que el juzgador puede realizar abstracciones de orden filosófico e intelectual con el fin de asegurar el más certero y eficaz razonamiento que conduzca a la decisión más justa.

<sup>180</sup> TARUFFO, Michele, *Conocimiento, Prueba, Pretensión y Oralidad*, Traducción de Lucas Correa Montoya, Editores Ara, Perú, 2009, p. 19. Se refiere a la seguridad que de la prueba científica se puede obtener, en tales casos como prueba directa no deja al juez margen alguno para dudar, por eso en tales casos la sana crítica tiene límites representados por el carácter científico de la prueba.

<sup>181</sup> ARANGO; Rodolfo, *¿Hay Respuestas correctas en el Derecho?*, Ediciones Uniandes, Bogotá, Colombia, 2004, p.66, en el que citando a Hart, dice que: Discrecionalidad, no es sinónimo de Arbitrariedad, y en ese sentido no releva al juez de basar sus decisiones en razones generales, ya que como no se dispone de una escala general de valores que permita adoptar una única respuesta para cada caso y que sea esta la correcta, razón por la cual el Juez debe justificar su decisión en razones generales decidiendo con sus propias creencias y valores.

Refiriéndose el autor a dos tipos de criterios que se presentan en este sistema de libre convencimiento del Juez haciendo su distinción bien que se refiera a la materia penal o a la civil, precisando que para la materia penal el criterio típico es el de la prueba por encima de cualquier duda razonable y para la materia civil el criterio de valoración de la prueba es el de la probabilidad prevalente, en el sentido que la prueba es más relevante si tiene cualquier tendencia a ser, la existencia de un hecho, más o menos probable. En la legislación Salvadoreña no se cuenta con una regla de valoración como la que posee el sistema anglosajón, siendo la regla *del más probable que no*, y que además este establecida en las normas de valoración de la prueba, mas sin embargo, cuando el juez de lo civil y mercantil valora las pruebas que se tienen para otorgar una medida cautelar, deberá analizar los elementos que le permitan considerar la existencia del derecho, debiendo ser éstas para poder otorgar la medida, *más probable que su inexistencia*, así lo establece el Art. 433 CPCM al estatuir los elementos que sirven de presupuestos para la adopción de medidas cautelares<sup>182</sup>.

Continuando con el sistema de valoración que posee El Salvador, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia definitiva de Casación en el proceso clasificado con el numero 244-C 2006, al referirse a la Sana Critica manifiesta: “*Sistema de la sana crítica o sea las reglas del correcto entendimiento humano, las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia que tenéis que aplicar en el ejercicio de vuestra función jurisdiccional, pues al ser la sana crítica la unión de la lógica y la experiencia y aplicar como lo señala el reconocido procesalista EDUARDO J. COUTURE, en el orden intelectual, sin olvidar lo que él mismo le llama, con higiene mental, tendiente a realizar el más certero y eficaz razonamiento*”<sup>183</sup>; se precisa entonces que el juez haga una valoración de cada medio de prueba de forma individual, atribuyéndole un valor o significado a cada prueba en particular, así como también que la realice en forma compleja.

En las reglas del correcto entendimiento, la lógica y la experiencia, son utilizadas a fin de encontrar “*el grado de veracidad que puede atribuirse a los distintos medios de prueba empleados*”<sup>184</sup>. Sin que pueda

---

<sup>182</sup>El Art. 433 del Código Procesal Civil y Mercantil con el epígrafe: Presupuestos en lo pertinente establece: “...El solicitante deberá acreditar, en forma adecuada, la buena apariencia de su derecho, y para ello deberá proporcionar al juez elementos que le permitan, sin prejuzgar el fondo, considerar que la existencia del derecho, tal como lo afirma el solicitante, es más probable que su inexistencia...”

<sup>183</sup> SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva de Casación, con referencia 244C-2006, de fecha siete de octubre de 2008, consultada en Master Lex 2000.

<sup>184</sup>BRITO, Raúl Alejandro, *Derecho Privado Romano*, “*El Proceso Apud Iudicem*”, Tomo I, Primera parte, p. 247, disponible en <http://doctrina.vlex.cl/vid/proceso-355688870>, consultado el día 28 de septiembre de 2012. A

realizarse tal actividad de manera mecánica y fría, sino más bien auxiliado el juez de principios como la inmediación, deberá atribuir valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia del hecho y el modo en que se produjo, y en aquellos casos que se presentare más de una prueba para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento. Estableciéndose legalmente que la motivación será completa y debe tener en cuenta todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto, con apego a las reglas de la sana crítica, así reza el inciso segundo del Art. 217 y 416 CPCM.

Como se dijo antes, actualmente no está establecido ni el valor probatorio ni los medios de prueba a presentar<sup>185</sup>, ni existe un catálogo de esos medios probatorios, si bien en cierto existe una regulación de ciertos medios probatorios. Al consignarse en el inciso segundo del Art. 330 CPCM los medios no previstos por la ley<sup>186</sup> serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados, se dejó abierta la posibilidad de introducir cualquier medio de prueba siempre y cuando no vaya en contra de la legalidad de los medios de prueba que sí previó el legislador, de allí que, tampoco existe prueba legal en la legislación salvadoreña, respecto no a su valoración sino a la determinación de los medios de prueba.

Ahora bien, respecto de la valoración de la prueba, con el Código de Procedimientos Civiles se asignaba un valor a cada medio probatorio y sí este se vulneraba según el art. 10 de la Ley de Casación ahora derogada, ésta contemplaba casos como la aplicación equívoca de las normas de valoración de la prueba, y sobre la base de dicha norma, se podía acudir agotando los recursos respectivos a la Sala

---

razón de ello el juzgador debe motivar sus sentencias, expresando cuales fueron los razonamientos fácticos y jurídicos, que le condujeron en la apreciación y valoración efectuada de la pruebas.

<sup>185</sup> En cierto modo puede considerarse que aunque no esté restringido los medios probatorios que pueden introducirse, existen en el código reglas que limitan la incorporación de la prueba tales como la pertinencia, la idoneidad, la licitud y la necesidad de la prueba.

<sup>186</sup> Mediante el At. 330 CPCM de donde se logra extraer una demostración del principio de libertad probatoria, pues en dicha disposición, pueden quedar enmarcada cualquier tipo de soporte que contenga información, y que le sirva como prueba, la verdad es que al consignar esta norma el legislador lo que quiso es no reducir, ni cerrar, ni poner límites a los medios de prueba que puedan introducirse tomando en cuenta los avances tecnológicos, ya que con los medios de reproducción contenidas en la sección sexta, hubiesen quedado comprendidos cualquier otro medio que vaya con la informática y tecnología. No se trata de cualquier otro medio que no esté en el Código Procesal Civil y Mercantil, pero que si lo está en otra ley, pues el precepto es claro al decir “medios no previsto por la ley”, es decir no deben pertenecer a ninguna otra materia.

de lo Civil en casación de la sentencia, actualmente el recurso de casación ha quedado incorporado en el Código Procesal Civil y Mercantil, desarrollado a partir del Art. 519 y siguientes, en donde se establece como una causal de procedencia del recurso de casación cuando se omita relacionar los hechos probados, falta de fundamentación jurídica y oscuridad en la redacción del fallo, dejando de fuera la causal del recurso que se refería a la aplicación equívoca de las normas de valoración de la prueba, debido a que para el derecho procesal han desaparecido las normas de valoración de la prueba, casi en su totalidad.

Indiscutiblemente, el sistema de la sana crítica para la valoración de la prueba es el que mejor garantiza el dictado de decisiones que se acerquen a la verdad, distanciando al juez de aquellos sistemas que lo convierten en un juez frío, desterrando todo tipo de valoración hecha por el legislador de manera indiferente y sin atender a la casuística.

### 3.7. Carga de la prueba

Resulta destacable mencionar que el término carga tiene un significado especial en el lenguaje judicial, el cual viene de la traducción de la voz latina *onus*<sup>187</sup>, la palabra carga impone entonces el deber de obrar de determinada forma de tal manera que si así no se hiciere se expone a obtener consecuencias desfavorables en el proceso. Para EDUARDO PALLARES, “es uno de los conceptos fundamentales del derecho procesal moderno...que consiste siempre en hacer algo,... y quien tiene la carga, puede cumplirla o no cumplirla libremente. La ley no lo constriñe, porque la impone solamente en beneficio”<sup>188</sup>, así se puede hablar del concepto de carga en general y del concepto de carga en particular, desde el punto de vista general se refiere a las cargas procesales que pesan sobre las partes a lo largo del proceso como contestar la demanda, alegar excepción, etc., en cambio existen cargas en particular y es precisamente cuando se habla de carga de la prueba<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 87, en la obra se menciona que inicialmente la palabra carga era traducida como peso, de allí el hecho de que alguna doctrina traducida del italiano se le menciona a la carga de la prueba como peso de la prueba.

<sup>188</sup> PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, Décima Primera Edición, México, 1968. Según Pallares, la carga de la prueba consiste en la necesidad jurídica en que se encuentran las partes de probar determinados hechos, si quieren obtener una sentencia favorable a sus pretensiones.

<sup>189</sup> MICHELLI, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, Traducida por Santiago Sentis Melendo, Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia, 2004, p.53, para el autor la carga de la prueba es ejercida como una facultad, sin embargo que si no se realiza no conlleva el resultado favorable que se espera.

En tal sentido algunos autores ubican la carga como un deber mientras que otros como una facultad, entre los primeros se encuentran CARNELUTTI<sup>190</sup> y COUTURE<sup>191</sup>, entre lo que la ubican como facultad tenemos a DEVIS ECHANDIA<sup>192</sup>, MICHELLI<sup>193</sup> y ROSENBERG<sup>194</sup>, y es que aquellos consideran que es un imperativo del propio interés, mientras que los segundos que lo ven como facultad, manifiestan que nadie tiene el deber de triunfar<sup>195</sup>, sin embargo véase como quiera verse si como deber o facultad, lo cierto es que tal como lo manifiesta SENTIS MELENDO que la carga de la prueba ya sea que se vea como “*imperativo jurídico, derecho subjetivo, obligación, deber, facultad, poder, potestad*”<sup>196</sup>, la carga de la prueba deviene siempre en carga y por tanto si no se asume por las partes la actividad jurisdiccional activada se volvería inoficiosa.

Ante ello, cabe formularse otra pregunta: ¿Quién tiene la carga de probar? Como carga subjetiva o formal, estará en aquél que pretenda acreditar su derecho, esta actividad deberá realizarla desde el inicio de un proceso, determinando cuales son los medios probatorios que deberá presentar para ver satisfecha su pretensión, en consecuencia para dar respuesta a ello, se dice que quien debe probar es aquel que necesita corroborar sus afirmaciones. Según la doctrina alemana sostenida por LEO ROSENBERG, se dice que el demandante solo debe probar los hechos generativos del derecho, y al demandado corresponde probar los hechos impeditivos y destructivos de ese derecho<sup>197</sup>. En

---

<sup>190</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Traducción y Compilación Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994, p. 83.

<sup>191</sup> COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición Póstuma, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 241. Ello puede inferirse cuando el autor manifiesta en su obra que la carga de la prueba es una conducta impuesta a uno a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.

<sup>192</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición, Editorial Universidad SRL, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 364. Para éste autor la carga procesal es una facultad en razón de que es considerado un derecho subjetivo procesal en donde si no se interpusiere pruebas puede conducir a una sentencia desfavorable.

<sup>193</sup> MICHELLI, Gian Antonio, Op. Cit. p.55 el autor basa el concepto de la carga de la prueba sobre la idea de ejercicio de facultad reconocida por la ley con el fin ulterior de obtener un resultado favorable.

<sup>194</sup> ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, Traducción de Ernesto Krotoschin, Segunda Edición en castellano, Editorial I B de F, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 73, éste considera que la carga de la prueba es una facultad, y por tanto coloca al juez ante la necesidad de decidir si usarlas o no.

<sup>195</sup> ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*, Op. Cit., p.88, sosteniendo que las partes pueden organizar su conducta como mejor les parezca, inclusive en sentido contrario al sostenido en la norma puesto que no por ello se conduce a una actividad ilícita o antijurídica.

<sup>196</sup> SENTIS MELENDO, Santiago, citado por ARAZI Roland en su obra *La prueba en el proceso civil....* Op. Cit., p. 89. La distinción entre la carga de la prueba como derecho u obligación debe centrarse en los efectos que general su no cumplimiento, mientras que el incumplimiento de un derecho no acarrea consecuencias negativas el de la carga como obligación, acarrea consecuencias adversas ante su no cumplimiento.

<sup>197</sup> ROSENBERG, Leo, Op. Cit., p. 114. De entre la clasificación que de los hechos se pueden hacer tenemos los hechos impeditivos, constitutivos, modificativos, extintivos y excluyentes, de donde se puede precisar que los

consecuencia y auxiliándonos del criterio de la utilidad, así como al momento en que se debe determinar a quién le sirven la pruebas, en la primera de las preguntas que se formulara ¿qué es lo que se debe probar? corresponderá al abogado litigante determinar la prueba a presentar y asumir dicha carga, en cambio la segunda interrogante ¿a quién le corresponde probar? Dependerá de a quien haya hecho las afirmaciones y a quien le resulten necesarias esas pruebas, ello, lo determinara el juez, en el momento de dictar sentencia, por las consecuencias que acarrea la no presentación de la prueba.

Encontrándose el juez ante una situación en donde el proceso ya tuvo su curso normal y resultando que quien alega la afirmación de un hecho no alcanzó a presentar la prueba por múltiples razones, no logrando probar las afirmaciones de los hechos fundamentales que sustentan su pretensión en el proceso y no obstante ello es necesario que ante la obligación que tiene el juez de resolver emita una decisión que le ponga fin al litigio, tal como se establece en la obligación de resolver que tiene el juez contenido en el Art. 15 CPCM<sup>198</sup>. Lo que en doctrina responde al nombre de *non liquet*<sup>199</sup>, expresamente prohibido por la ley secundaria y con su basamento en la Constitución de la República, en el Art.18 que contiene, el derecho de petición y de que se resuelva lo pedido por los ciudadanos.

Resulta pertinente hacer las siguientes distinciones, si esta carga no fue realizada por negligencia, o bien por imposibilidad para realizarla, ante la carencia de reglas claras en la distribución de la carga de la prueba, es al juez a quien corresponde colmar estas deficiencias haciendo usos de criterios de razonabilidad<sup>200</sup> si se trata de negligencia y en respeto del derecho de igualdad procesal el juez deberá resolver favorable a la contraparte, pues no logro fundar su derecho; ahora bien, si se tratara de una

---

constitutivos son los generadores del derecho y constituyen el presupuesto del derecho que se reclama, mientras que los impeditivos imposibilitan el nacimiento del derecho que se reclama, verbigracia, el consentimiento viciado, el plazo, por ello puede decirse que corresponde al demandado presentar la prueba sobre ello, pues es éste a quien le interesa demostrar que aunque los hechos constitutivos existan, éstos no pueden surtir efectos.

<sup>198</sup> El Art. 15 del Código Procesal Civil y Mercantil en lo pertinente manifiesta que; “*el Juez no podrá bajo ningún pretexto, dejar de resolver (...)*” no cabe ni siquiera en estos casos aquellos en donde se le permita al juez diferir su decisión pues en tales casos único que se le está permitiendo es diferir mas no dejar de dar su decisión tal como lo prescriben los arts. 301 Inciso tercero y 302 inciso segundo del mismo cuerpo normativo, que se refieren a los casos de difícil solución.

<sup>199</sup> ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*, Op. Cit., p. 93, este autor manifiesta que en el derecho romano cuando el juez no llegaba a tener el íntimo convencimiento de la verdad podía eludir el pronunciamiento mediante el *non liquet*, vale decir “no lo veo claro”, lo que hoy en día se encuentra abolido y más aun expresamente prohibido según las norma secundaria y primaria de la república.

<sup>200</sup> SANTIBÁÑEZ Yañéz Cristián y Roberto MARAFIOTI, *De las Falacias, Argumentación y Comunicación*, Primera Edición, Editorial Biblos, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 12, se sostiene por el autor que el criterio de la razonabilidad es aquel mediante el cual se observa el peso de las razones que justifican las consideraciones que se han tenido para tomar una decisión.

imposibilidad fáctica de aportar esa prueba el juez deberá resolver el litigio determinando a cuál de las partes perjudica el hecho de no haberse presentado determinada prueba.

En ese orden de ideas y de la pregunta a quién le corresponde probar, cabe hacer la siguiente valoración: desde sus inicios la carga de la prueba ha sufrido variaciones, con el derecho Romano hasta avanzado el siglo XX se ha sostenido *Onus probandi incumbit actori*<sup>201</sup>, que establece que la carga de la prueba corresponde al actor, con los avances en el desarrollo del derecho procesal como ciencia y no solo como un derecho adjetivo evolucionó de tal manera que surge *Incumbit probatio qui dicit, non qui negat*<sup>202</sup>, mediante el cual se impone la carga de la prueba a aquél que “afirma” o “niega”, ante las inconsistencia que presentaban esos brocárδος, se clasifican los hechos y en base a ello se impone la carga de la prueba, al actor la prueba de los hechos que fundamentan la pretensión, y al demandado los de la excepción<sup>203</sup>. Y así ha sido sostenido por la jurisprudencia de este país; sin embargo se presentaran casos en los cuales la parte que alega no tiene la facilidad o el contacto con la prueba que siendo pertinente le correspondería presentar, dicha situación representa uno de los problemas del derecho procesal probatorio que merece precisar.

MICHELLI GIAN ANTONIO, propone en su obra *La Carga de la prueba* una nueva regla para determinar quien debe probar en un proceso consignando que la carga de la prueba corresponderá a aquél según el efecto jurídico exigido; en ese sentido si alguien quiere triunfar con su pretensión, defensa o excepción, debe presentar prueba, afirmando “*que la carga de la prueba parece establecida principalmente por la posición ocupada por la parte misma, respecto del efecto jurídico pedido*”<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> ARAZI, Roland. *Ibídem*, p. 98. Durante mucho tiempo ha predominado esta máxima que establece que corresponde al actor la carga de la prueba. Pero no solo hacia recaer en el actor la prueba de los hechos constitutivos sino además los impeditivos y extintivos, en ese sentido el actor no solo debía probar la existencia de su derecho sino además que no se le había extinguido, lo cual no es aceptado en nuestra realidad normativa.

<sup>202</sup> ARAZI, Roland, *Ibídem*, p. 99, por razones de justicia, se establece dicha máxima que establece que la carga de la prueba la tiene quien afirma un hecho liberando de esa carga a quien se le liberaba de esa carga cuando se limitaba a negar los hechos expuestos por su contra parte, pero presenta el problema que toda negación implica una afirmación. Ejemplo negar que se debe implica afirmar que ya se pago.

<sup>203</sup> CHIOVENDA, José, *Instituciones de derecho Procesal*, Traducción de Gómez Orbaneja, Revista de Derecho Privado, Tomo 3, p. 92, en la cual se clasifica las pretensiones en hechos constitutivos, impeditivos y extintivos.

<sup>204</sup> MICHELLI, Gian Antonio, *la Carga de la Prueba*” Traducido por Santiago Sentís Melendo, Editorial Temis S. A. Bogotá, Colombia, 2004, p.70 en el que el punto central de la carga consiste en determinar a quién le corresponde obtener un presupuesto jurídico será ese entonces a quien la ley le confiere el poder para la consecución de cierto efecto jurídico en el mismo sentido se cita a este autor por ARAZI, Roland, en *La prueba en el proceso civil*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 104.

Finalmente y para determinar a quién corresponde la carga de la prueba tenemos lo que se conoce como carga dinámica de la prueba<sup>205</sup>, regla que permite al juez dar un fallo aun cuando no esté convencido de cómo sucedieron los hechos, no sin antes haber agotado el juez con sus facultades para introducir medios de prueba en base a los límites que la ley le impone, solo entonces el juez puede acudir a esta regla, permitiendo trasladar la carga a aquél que aunque no haya hecho la afirmación de los hechos por su facilidad de obtención de la prueba, le corresponderá a éste presentarla, según esta teoría debe valorarse en cada caso en concreto, quien está en mejor posición de producir la prueba del hecho controvertido, ello aunado a que las máximas establecidas en el derecho romano no son inamovibles y que las mismas haciendo una interpretación de las normas de tal modo que se procure la protección y eficacia de los derechos de las personas, permite reconocer y valorar en cada caso a quien de acuerdo a su posición, fáctica, social, económica, o jurídica, se encuentra en mejor capacidad para demostrar las afirmaciones que de los hechos han realizado las partes, así será entonces a quien corresponda la carga de la prueba.

Lo anterior debe ser valorado con mucha prudencia sobre todo porque debe tomarse en cuenta la locución latina que dice: *nemo tenetur edere contra*<sup>206</sup>, lo que tiene un fundamento en la Constitución de la República que es el derecho a lo no autoincriminación, en ese sentido si por el dinamismo de la prueba se traslada al demandado la carga de presentarla no obstante el resultado le afecte, en alguna medida se estaría vulnerando el principio de la no autoincriminación<sup>207</sup>. Sin embargo, la ley secundaria ha establecido ciertas cargas, que soporta quien debe introducirlas al proceso puesto que de no hacerlo conlleva una presunción en su contra, así tenemos el caso de la declaración sobre hechos de la parte, en donde si la parte citada a responder el interrogatorio no lo hiciera con justa causa se tendrán por aceptados los hechos personales atribuidos por la contraparte<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> MORELLO, Augusto M. *La Prueba Tendencias Modernas*, Segunda Edición Ampliada, Editora Platense, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, p.189 al referirse al traslado de la carga de la prueba la denomina colaboración activa y establece que sin atentar contra los derechos de defensa ni llegar a impulsar una conducta que le obligue a las partes a producir elementos susceptibles de esgrimirse en su contra, ni a establecer una autoinculpación, se deberá evaluar en qué medida esa conducta incide en la acreditación de los hechos.

<sup>206</sup> ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*, Op. Cit., p. 97, brocárdo que indica que nadie está obligado a suministrar prueba en su contra.

<sup>207</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, establece en el Art. 12 en su inciso segundo establece: (...) *no pudiendo ser obligada a declarar*. Precepto donde se funda la posibilidad de que una persona ni puede ser obligada a declarar y en caso de decidir hacerlo tampoco debe tomarse su declaración bajo juramento, ello por el derecho a la no autoincriminación.

<sup>208</sup> Así lo manda el Art. 347 CPCM que en lo pertinente dice: *“Las partes tienen la obligación de comparecer y responder los interrogatorios de la parte contraria y del Juez, que versen sobre los hechos personales. Si la parte citada para ser sometida al interrogatorio en audiencia, no comparece sin justa causa, se tendrán por*

Sobre la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba<sup>209</sup>, en El Salvador, y si bien es cierto tal como se mencionó anteriormente no se cuentan con normas que ayuden a determinar al juez sobre la distribución de la carga de la prueba, tampoco puede advertirse de la lectura de las disposiciones relativas a la carga de la prueba, que no pueda aplicarse dicha teoría de acuerdo al caso fáctico que se trate, pues en primer lugar únicamente se cuenta con la norma del derecho sustantivo del código civil contenida en el Art. 1569 C.C. en donde se establece que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas, que trata de una norma especial para probar obligaciones, pero qué sucede en los casos en donde lo que debe probarse sean derechos, según el código procesal civil y mercantil, la carga esta impuesta a las partes sin determinar a cuál de ellas, es por ello que el juez se debe de auxiliar de tal regla a fin de dar protección jurisdiccional a aquellos que tienen una posición procesal débil.

Lo anterior, aunado al hecho que se cuenta con la norma mediante la cual, si la prueba se encuentra en manos de la otra parte se le puede pedir al juez que le prevenga que la presente tal como se establece en el Art.288 CPCM para los casos donde no se cuente con la prueba pero la parte que pretende valerse de ellas puede comunicarle al juez el lugar donde se encuentra. Si bien es cierto, dicha disposición no se refiere a persona sino a lugar, no es posible realizar una interpretación restrictiva pues de ser así no se estaría en procura de la protección y eficacia de los derechos de las personas<sup>210</sup>.

Pudiendo valerse las partes de dicha norma en aquellos casos en donde si no se dispusiere de la prueba documental bastara con indicarle al juez cual es su contenido, el lugar en que se encontrare y solicitarle las medidas respectivas para su incorporación y es que, más que la existencia de reglas que

---

*aceptados los hechos personales atribuidos por la contraparte, salvo prueba en contrario*”. Haciéndose por parte del legislador una presunción judicial.

<sup>209</sup> BARBERIO, Sergio José y otros, *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, Editorial Juris, Argentina, 2005, p.64 define la teoría de la carga dinámica de la prueba como un concepto al que además denomina prueba compartida y que consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar pruebas al juzgador, tendiendo con ello a darle prioridad a la verdad objetiva sobre la verdad formal, con la sola finalidad de dar una solución que garantice una efectiva justicia, con decisiones justas, como una forma de volver eficiente la función jurisdiccional.

<sup>210</sup> Así lo prescribe una de las norma contenidas con el epígrafe Reglas para la Aplicación de las Normas Procesales Art. 18 CPCM que en lo pertinente dice: *“las disposiciones de este código deberán interpretarse de tal modo que se procure la protección y eficacia de los derechos de las persona, y la consecución de los fines que consagra la Constitución, dentro del respeto al principio de legalidad...”* con esta norma el legislador está procurando que cuando exista duda sobre una norma la interpretación que se haga de la misma se debe realizar de modo que favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

ayuden a establecer a quien afecta la no presentación de la prueba es el cambio de mentalidad de los operadores de la administración de justicia lo que puede ayudar, a realizar una integración e interpretación de las normas de forma que se garanticen la protección de derechos, solo entendiendo así el derecho y tomando en cuenta tal como enuncia MARCELO SEBASTIAN MIDON *“la visión publicista y solidarista del derecho procesal, en cuya virtud el proceso supera el mero interés de las partes, acentuando la necesidad de contar con la efectiva cooperación de los litigantes”*<sup>211</sup>. Se podrá imponer la carga de la prueba a aquél que esté en capacidad de suministrarla con menos dilaciones, costos y vejámenes, por encontrarse en mejores condiciones para suministrar esa prueba.

De lo expuesto hasta aquí, cabe hacer las siguientes precisiones y es que la carga dinámica de la prueba, que permite el desplazamiento de la carga de la prueba no puede ser de aplicación indiscriminada puesto que solo podría aplicarse para ciertos casos, no obstante no contar con normas que regulen la distribución de la carga tal como se ha expresado, y habiendo dejado el legislador a nivel procesal abierta esa carga para cualquiera de la partes, contando únicamente con la norma del derecho sustantivo contenida en el Art. 1569 C. C. el cual reza en lo pertinente: Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquélla o ésta. y siendo que la jurisprudencia del país sostiene la doctrina alemana sustentada por LEO ROSEMBERG en cuanto a establecer que la carga de la prueba incumbe a quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho; y, a quien se oponga a una pretensión, en cuanto hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del demandante tal como se dejo citado líneas atrás, *“dicho desplazamiento solo funciona cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley conduzca a resultados disvaliosos o inocuos”*<sup>212</sup>. En consecuencia esta teoría se vuelve de aplicación excepcional.

Agregado a lo anterior es preciso hacer notar que el desplazamiento de la carga no lo puede ser de toda la prueba, sino solo de aquella de la cual está en más facilidad una de ellas, no implica entonces

---

<sup>211</sup> MIDON, Marcelo Sebastián, *Derecho Probatorio*, Parte General. Primera Edición, Editorial Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 134, manifestando que en realidad no son necesarias las reglas de la carga de prueba, porque no son estas las que va a hacer que el fallo sea justo, sino mas bien se necesita que se dé una solución justa o al menos lo menos injusta posible. Ya que imponer una prueba a alguien solo por la existencia de una regla es lo que se conoce como la probatio diabólica.

<sup>212</sup> MIDON, Marcelo Sebastián, *Op.Cit.*, p. 138. Pese a que en nuestro país no contamos con reglas que determinen la distribución de la carga de la prueba y los efectos que genera el no presentarla la manifestación hecha por el autor es conducente y aplicable al país en tanto se cuenta con la norma del derecho sustantivo.

que se exonera de presentar cierta prueba, o de realizar un total traslado de la carga de la prueba en la contra parte.

Respecto del desplazamiento de la carga de la prueba existe criterio jurisprudencial dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en uno de los argumentos relativos a la violación del Art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>213</sup> expresa que: *“en casos de desaparición forzada la defensa del Estado no puede descansar en la imposibilidad del demandante de allegar pruebas al proceso dado que en dichos casos es El Estado el que detenta el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos bajo su jurisdicción y por ello se depende, en la práctica, de la cooperación del propio Estado para la obtención de la pruebas necesarias”*<sup>214</sup>. Entendiendo de antemano que la jurisprudencia de dicha Corte sienta precedente a nivel judicial, que aunque es materia distinta a la procesal civil y mercantil se puede extraer ciertos parámetros de la misma como para darle aplicación en la materia que nos ocupa, así por ejemplo, la situación de superioridad en que se encuentra El Estado respecto de la parte que le demanda, la facilidad de la prueba que tiene el mismo en contraposición a la parte que le demanda; en ese orden, si se llegare a presentar tales presupuestos en materia civil y utilizando las reglas de la heterointegración del derecho resulta factible la aplicación de tal teoría.

Volviendo al punto, en dónde como carga genérica se encuentra la carga de probar los hechos conducentes o controvertidos, en ese sentido no puede producirse prueba sobre algo que no haya sido articulado por las partes en las alegaciones iniciales, contando como regla general con lo siguiente: La parte debe probar el precepto jurídico o lo que conocemos como presupuestos fácticos normativos cuya aplicación peticiona, en consecuencia, no está obligado a probar los hechos admitidos, salvo en los casos mencionados antes, así como tampoco tiene la obligación de probar los hechos excepcionados de prueba.

---

<sup>213</sup> Al respecto se manifiesta en dicha disposición: *“Toda Persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y mora. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*

<sup>214</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia del caso Bámaca Velásquez Versus Guatemala, de fecha 25 de noviembre de 2000, con referencia Serie C Numero 70, apartado 52. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_70\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf). sitio consultado el día 24 de 10 de 2012, en igual sentido se ha resuelto en la sentencias de la misma Corte en el caso Cantoral Benavides, caso Neira Alegría, caso Gangaram Panday, caso Godínez Cruz y caso Velásquez Rodríguez.

Sobre esos hechos excepcionados de prueba se encarga el Art. 314 CPCM, enumerando que tipos de hechos son los que habrán de excluir de prueba, por ello es preciso primero distinguir aquellos hechos que sin son relevantes en el proceso de aquellos que no lo son, es decir los que requieren prueba y aquellos que aunque no recaiga la mas mínima actividad probatoria el tribunal puede tenerlos por acreditados<sup>215</sup>. En ese sentido puede expresarse que, en las afirmaciones que de los hechos se haga, habrá aquellos que necesitan ser probados<sup>216</sup>, entre los que se encuentran los hechos relevantes y los controvertidos; y habrán aquellas afirmaciones de hechos que no requieren prueba como los hechos irrelevantes, los no controvertidos, los estipulados, los notorios, los evidentes, los que corresponden a la costumbre, siempre que las partes estuvieren conforme con su existencia.

El Código Procesal Civil y Mercantil al establecer los cuatro objetivos en una audiencia preparatoria, fija como uno de ellos, establecer el tema de prueba, es decir lo que necesita o requiere prueba, así lo regula el Art. 292 CPCM, y sobre ese mismo punto el Art. 309 del mismo cuerpo normativo al referirse a la fijación del objeto de prueba es decir a lo que se probará en la audiencia probatoria, señala que son los hechos en los que exista disconformidad, excluyendo como objeto de prueba o que no necesitan ser probados aquellos hechos que resulten admitidos o estipulados por ambas partes. En ese sentido, el legislador hace una clasificación de los hechos que requieren ser probados así: hechos disconformes o controvertidos y a los que no requieren prueba, como hechos conformes, admitidos o estipulados o bien no controvertidos.

De lo expuesto, están exentos de prueba, aquellos que no necesitan ser probados para que el juez los considere en la sentencia<sup>217</sup>. El Art. 314 CPCM enuncia los siguientes: los hechos admitidos o estipulados por las partes; los hechos que gocen de notoriedad general; los hechos evidentes; la costumbre, si las partes están conformes con su existencia y contenido y sus normas no afecten el

---

<sup>215</sup> LLOBREGAT, José Garberí, y Guadalupe BUITRON RAMÍREZ, *La Prueba Civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 34, los autores hacen una doble clasificación para establecer que hechos requieren prueba distinguiendo de entre los hechos necesitados de prueba aquellos que están exentos de prueba.

<sup>216</sup> CAMACHO, Azula Jaime, *Manual de Derecho Probatorio*, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 24, haciendo el autor una equiparación entre los hechos que necesitan prueba con aquellos que son el tema de prueba es decir los que constituyen los presupuestos fácticos de las pretensiones sobre los que debe versar la prueba.

<sup>217</sup> ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001, p. 64. Es preciso distinguir entre estos aquellos que no necesitan ser probados y aquellos hechos que están excepcionados de prueba, no necesitan ser probados los hechos considerados en base a la teoría de la normalidad, que establece que si algo se repite o sucede con frecuencia, se convierte en normal, en ese sentido si sucede algo anormal este debe probarse.

orden público; respecto de los hechos admitidos, el código procesal civil y mercantil, distingue entre hechos admitidos expresamente, admisión que podrá ser total o parcial y hechos admitidos tácitamente; a la admisión expresa le denomina allanamiento y al silencio del demandado, o si brindare respuestas evasivas se considerará una admisión tácita. Es la aplicación del principio dispositivo el que faculta a las partes para que puedan admitir los hechos ya sea total o parcialmente,<sup>218</sup> constituyéndose en un allanamiento de las pretensiones del demandante, sin embargo la aplicación de dicho principio tiene límites que se encuentran consignados en el Art.131 inciso primero parte final CPCM y es que cuando el juez entienda que esa admisión de los hechos es contraria al orden público o al interés general o se realiza en perjuicio de tercero o encubre un fraude de ley, puede rechazar esa admisión de hechos y en tal caso estaría la parte que alega en la obligación-carga, de aportar la prueba que corresponde.

Ahora bien, aunque el código designa en un solo numeral<sup>219</sup>, los hechos admitidos con los estipulados, no significan lo mismo, pues una cosa son los hechos admitidos y otra los estipulados, tanto por su gestación, como por el momento procesal en que se manifiestan, los hechos admitidos deviene de un acto unilateral del demandado, que se produce al contestar la demanda, en cambio los estipulados deviene del consenso de ambas partes, y se produce una vez iniciado el proceso hasta diez días antes de la audiencia probatoria o bien en el acto mismo de la audiencia. Al respecto cabe hacer las siguientes acotaciones, pareciera que el legislador las instituyó para el caso que se encuentre en un proceso común, pues es donde se desarrolla la audiencia preparatoria, ¿qué sucede entonces si se trata de un proceso abreviado o procesos especiales que contiene el código?, nada impide que puedan aplicarse al no haberse regulado de manera expresa como lo hizo para el común, debe aplicarse para los otros tipos de procesos pues el no hacerlo estaría limitando los derechos de las partes.

Respecto de los hechos notorios, su definición precisa que se le separe de los hechos que son del conocimiento personal del juez, mientras que los primeros son de conocimiento general, los segundos son conocidos exclusivamente por el juez, pudiendo utilizar el juez en su sentencia los primeros, pero

---

<sup>218</sup> PALACIO. Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal civil*, Decimo Sexta Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 393. El autor establece que los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra están exentos de prueba, sin embargo esta regla sufre una excepción que se da cuando se trata de materias indisponibles para las partes.

<sup>219</sup> Art. 314 CPCM cuando se proporciona los casos de excepción de prueba en el numero primero se establece: los hechos admitidos o estipulados por las partes, estos no requieren ser probados.

no los segundos<sup>220</sup>. Aunque el Código Procesal Civil y Mercantil contiene la norma que excluye de prueba los hechos notorios, no ofrece una definición acerca de qué se va a entender por hecho notorio, por ellos es preciso acudir a la doctrina.

Y respecto de la definición de hecho notorio, PALACIO, LINO ENRIQUE, manifiesta que a fin de precisar un concepto de hecho notorio, es necesario excluir de su ámbito las siguientes características: *“La generalidad, no es necesario que el hecho sea conocido de todo el mundo, sino por un círculo social; el conocimiento absoluto, basta el conocimiento relativo o sea la posibilidad de poder verificar la existencia del hecho mediante el auxilio de una simple información; el conocimiento efectivo, en el sentido que no se requiere percepción directa del hecho, basta su difusión por el medio respectivo”*<sup>221</sup>. La jurisprudencia, ha considerado en reiteradas sentencias que el hecho notorio es aquel que es de conocimiento público de la sociedad salvadoreña<sup>222</sup>, excluyendo la generalidad pues lo circunscribe a la sociedad salvadoreña y el conocimiento efectivo, lo que requiere es la publicidad de ese conocimiento, en el sentido que se haya difundido su noticia.

Por su parte, los hechos evidentes; tal como su nombre lo indica es aquello que está claro y que no ofrece la más mínima duda, y que surgen de la mera percepción sensorial del juez o magistrado, por ello en palabras de COUTURE, EDUARDO, *“la exención de la prueba de los hechos evidentes no constituye sino un aspecto del problema más vasto del saber privado del juez, como elemento integrante de su decisión”*<sup>223</sup>, sin embargo, no se trata de que el juez introduzca elementos probatorios que emanan de su conocimiento particular, sino de la introducción de datos que la experiencia de juez le permite, en estos casos se da la exención de prueba, pues se presenta una actividad supletoria del

<sup>220</sup> ARAZI, Roland. Op. Cit., p. 68, el autor manifiesta que el hecho notorio es conocido por el juez fuera del proceso, pero se trata de afirmaciones consideradas como verdad indiscutibles por una colectividad.

<sup>221</sup> PALACIO, Lino Enrique. Op. Cit., p. 394. En sentido contrario considera Llobregat, José Garberi, y Otro, quienes en su obra *La Prueba Civil*, manifiestan que para que la notoriedad se convierta en causa de exención probatoria es imprescindible que la misma sea absoluta y general, general en el sentido que no esté circunscrita a un ámbito territorial, y absoluta que no sea privativa de un determinado grupo social.

<sup>222</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Referencia 19-2012, de fecha 05 de junio de 2012 numeral 2 literal C, disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/> sitio consultado el día 02 de noviembre de 2012.

<sup>223</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición Póstuma, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 229. Los hechos evidentes son aquellos que son conocidos por todos y se extraen del conocimiento general de la vida, del conocimiento general de las cosas y de lo que ocurre normalmente en el desarrollo de las mismas. Verbigracia, no hace falta introducir prueba para justificar que la noche sin luna es oscura. Así lo ha sostenido ISIDORO EISNER en su obra *La Prueba en el Derecho Civil*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 46.

juez en la actividad probatoria en donde es la experiencia y el conocimiento normal de las cosas que posee el juez, lo que la suple.

Finalmente y respecto de la costumbre, ésta es objeto de prueba por tratarse de situaciones propias de la conducta humana<sup>224</sup>, siempre y cuando no exista acuerdo entre las partes en litigio, sin embargo, el legislador le agrega que si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afectan el orden público, están exentas de prueba y es lo que comúnmente se conoce como costumbre admitida, consecuentemente si sobre la realidad y existencia de la costumbre no existe disconformidad, debe irremisiblemente, tenerse por probado el extremo procesal que se pretende probar mediante la costumbre, volcando innecesaria e inútil cualquier actividad probatoria que tenga por objeto la acreditación de la costumbre<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> AZULA, Camacho Jaime, *Manual de Derecho Probatorio*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 16. Siempre y cuando las partes no estuviesen conformes en su existencia, en ese sentido si las partes están de acuerdo se permite por el legislador que estén exentas de prueba.

<sup>225</sup> LLOBREGAT, José Garberi y Guadalupe Buitrón RAMIREZ, *La Prueba Civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 39, agrega el autor que en caso que se requiera probar la costumbre esta se podrá acreditar mediante cualquier medio probatorio, sin limitación de ningún tipo en cuanto a su clase.

## CAPITULO IV

### LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

SUMARIO: 4.Introducción. 4.1. Generalidades. 4.2. Diligencias para mejor proveer. 4.2.1. Régimen Jurídico de las Diligencias para Mejor Proveer. 4.2.1.1. Son Facultativas. 4.2.1.2. Forman Parte de Los Medios Probatorios. 4.2.1.3. Oportunidad de las Diligencias para Mejor Proveer. 4.2.2. Diligencias para Mejor Proveer y El Principio de Imparcialidad. 4.2.3 Presupuesto de las Diligencias para Mejor Proveer. 4.3. La Prueba de oficio. 4.3.1. El Debido Proceso y La Prueba de Oficio. 4.3.2. La Prueba de Oficio y el Principio de Imparcialidad. 4.3.3. La Prueba de Oficio y El Derecho de Defensa. 4.3.4. Justificación de la Prueba de Oficio. 4.4. El rol del Juez. 4.4.1. El Abstencionismo judicial. 4.4.1.1. Incompatibilidad del Derecho a La Prueba con La Iniciativa Probatoria del Juez. 4.4.1.2. Inadecuación al Carácter Privado del Objeto Litigioso con La Iniciativa Probatoria. 4.4.1.3. Existencia de Interés Único de las partes. 4.4.1.4. La protección de la Carga de la Prueba. 4.4.1.5. La Salvaguarda de la Necesaria Imparcialidad del Juez. 4.4.2. El Activismo judicial. 4.5. Los Límites del juez en la Iniciativa Probatoria. 4.5.1. El Derecho de Petición. 4.5.2. La Imparcialidad del Juez. 4.5.3. El Derecho de Defensa.

#### 4. Introducción

Partiendo del difícil tratamiento y contradicción que representa por una parte la iniciativa probatoria del juez civil, cuando se le faculta para ordenar diligencias para mejor proveer o bien para ordenar prueba de oficio, y por otra parte, los límites que tiene para el ejercicio de dicha facultad, en un sistema regido por el principio dispositivo que norma el Código Procesal Civil y Mercantil, que consiste en que tanto la iniciación del proceso, como su desarrollo y terminación del mismo corresponde a las partes, lo que se traduce en la facultad de poder accionar el sistema, desarrollarlo y terminarlo; son éstas las que corresponden a su vez a un sistema regido por el referido principio, aunado al principio de aportación mediante el cual se establece que no solo los hechos deben ser introducidos al debate por las partes sino que además la proposición de la prueba les corresponde exclusivamente a las partes<sup>226</sup>.

Partiendo de los referidos principios y de la facultad contenida en el Art. 7 inciso tercero del Código Procesal Civil y Mercantil, en donde se establece que la proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros, empero el juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio; se observa que, la primera parte de este inciso

---

<sup>226</sup> MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la Prueba*, Traducido por Santiago Sentis Melendo, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004, p. 155, el autor señala que no obstante el proceso este dominado por el principio dispositivo, el juez no se encuentra en una posición pasiva, sino que posee suficientes poderes, para la dirección del proceso, y excepcionalmente posee iniciativa, pero la carga de la prueba recae sobre las partes, haciendo una distinción en el proceso de dos fases, la fase inductoria y la fase decisoria, por lo que en la fase inductoria son las partes las que deben introducir la prueba, mas en la fase decisoria, si una situación de hecho permanece incierta, por la necesidad de decidir puede ordenar prueba.

se encuentra en armonía con lo establecido en el Código Civil específicamente en el Art. 1569<sup>227</sup>, en cuanto a la exclusividad, no obstante con la disposición derogatoria contenida en el Art. 705 CPCM, se deja sin efecto todas aquellas normas o leyes contenidas en otros cuerpos normativos, referidos a las materias que regula el procesal civil y mercantil, en ese sentido, la atribución de presentar prueba ya no solo es exclusiva de las partes, por permitírsele al juez ordenar prueba para mejor proveer y hasta prueba de oficio.

Ahora bien, al referirse el Art. 217 CPCM a los requisitos de la sentencia, el legislador consideró que uno de los elementos formales que debe observar el juez al emitir una sentencia, es referirse a las pruebas propuestas y practicadas, aludiéndose en dicha disposición únicamente a las pruebas que las partes hubieren propuesto, dejando de lado aquellas que hubieren sido ordenadas por el juez en base a la facultad concedida en la prueba para mejor proveer y la de oficio<sup>228</sup>, pareciera ser que para fundamentar la sentencia no deberán considerarse dichas pruebas, lo cual sería un absurdo ya que la finalidad de la prueba no cumpliría su cometido que es precisamente aclararle al juez la prueba que fue introducida pero que dejó puntos oscuros.

Habiéndose analizado en capítulo anterior, el tema de la carga de la prueba y sobre quién recae la misma, determinándose que es en las partes, ahora se entrará a analizar cuándo, pese a que existe esa carga en las partes, el juez puede ordenar prueba sea ésta para mejor proveer o de oficio<sup>229</sup>, lo cual no debe valorarse como carga en el juez, sino más bien como una facultad, pues si se viese como carga

---

<sup>227</sup> Disposición contenida en el Título XXI que se refiere a la prueba de las obligaciones y que establece que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas, ello obviamente salvo algunas excepciones en donde no obstante alegarlo no le es exigido que presente prueba como en el caso de que se pactaren intereses por mora, basta establecer el retardo y sin necesidad de probar el perjuicio para que se le paguen dichos intereses

<sup>228</sup> GOMEZ, Sánchez Jesús, *Los Procesos Civiles Declarativos*, Editorial Dykinon, Madrid, 2003, p. 75. El Autor al hacer el análisis de la actividad probatoria considera que el juzgador altera de manera indebida el onus probandi, y que consecuentemente no puede invertir la carga de la prueba que cada una de la partes en el proceso les corresponda, mucho menos puede sobrepasar el juzgador realizando una carga que les corresponde a las partes, de ser así la sentencia que se dicte en ese proceso puede resultar casable. Según la legislación salvadoreña para que resulte casable la sentencia tiene que ubicarse en cualquiera de los motivos de fondo y forma, contenidos en los Arts. 522 y 523 CPCM, y al referirse a la prueba como motivo de forma no incluye el supuesto fáctico de ordenar prueba por el juez, sino únicamente los supuestos de denegación de prueba, no practicar prueba admitida, o bien practicar un medio de prueba ilícito.

<sup>229</sup> MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la Prueba*, Traducido por Santiago Sentis Melendo, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004, p. 156, haciendo una distinción de los poderes decisorios, en cuanto a que se vuelve necesario que el juez los posea puesto que sobre él pesa siempre la obligación de resolver aunque el hecho este de forma incierta en ningún momento puede colocarse ante un *non liquet* a diferencia de los instrumentales que son necesarios para la mejor conducción del proceso.

se estaría hablando de dos sistemas existentes<sup>230</sup> en cuanto al sujeto sobre el cual recae la iniciativa para la práctica de la prueba.

Esos sistemas son el dispositivo y el inquisitivo, en el dispositivo se asienta la iniciativa de poner o solicitar prueba, en las partes; mientras que en el inquisitivo, radica en el juez, pero no como facultad, sino como deber funcional del juez en investigar. Sobre este punto PIERO CALAMANDREI, opina que: *“se pueden imaginar en abstracto dos sistemas típicos contrapuestos, uno fundado sobre la iniciativa oficial, en el que el órgano judicial tenga en todo momento el poder de proceder de oficio, aun sin ser requerido por los otros sujetos del proceso, y el otro opuesto, basado en la iniciativa de parte, en el que el órgano judicial no pueda proceder, sino cuando sea estimulado por los otros sujetos del proceso”*<sup>231</sup>.

Así pues, por el principio dispositivo corresponde a las partes la potestad de iniciar el proceso, determinar su objeto, y como consecuencia contraen la obligación de probar las afirmaciones que de los hechos hacen y que les sirven de fundamento para su pretensión, produciendo como resultado, la restauración del principio de aportación, mediante el cual se exige a las partes que sean éstas las que realicen la actividad probatoria de forma exclusiva<sup>232</sup>, la misma posición es sostenida por ANDRES DE LA OLIVA SANTOS quien manifiesta: *“que la primera manifestación del principio dispositivo es que el proceso no comience por iniciativa del propio órgano jurisdiccional, sino solo por la de un sujeto jurídico que pretende obtener una resolución jurisdiccional concreta... iniciado el proceso y fijado su objeto principal puede renunciar a obtener lo que ha pedido...alegar hechos y argumentos y aportar*

---

<sup>230</sup> CALVINHO, Gustavo y Otros, *Temas Vigentes en Derecho Procesal y Probatorio*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2008, p. 114. En la que se hace una equiparación del sistema dispositivo con el acusatorio, y del inquisitivo con el de oficialidad, estableciéndose además uno intermedio entre ambos que es el mixto, el primero se caracteriza porque su inicio, impulso o finalización es atribución exclusiva de las partes interesadas y son las partes las únicas que aportan las pruebas al proceso y por el contrario en el inquisitivo se le deja al juez para que sea este quien además de las partes pueda investigar iniciar, y probar en un proceso. En el caso de sistema mixto como el nuestro se establece que la carga de la prueba la tienen las partes y sin embargo también se conceden ciertas facultades al juez para ordenar diligencias para mejor proveer y prueba de oficio.

<sup>231</sup> CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, Traducción y compilación por Enrique Figueroa Alfonso, Obra Compilada y Editada, Editorial Pedagógica Iberoamericana, p. 81. En la que el autor considera que en el sistema inquisitivo, hay una sujeción de las partes al juez, en cambio en el sistema dispositivo, el poder del juez es limitado y condicionado a la actividad de las partes.

<sup>232</sup> LOPEZ, Yagües, Verónica, *La Prueba de Reconocimiento en El Proceso Civil*. Editorial Las Rozas, Madrid, España, 2005, p. 75. La autora manifiesta que cuando ambos principios refiriéndose al principio dispositivo y de aportación se interrelacionan equivale a afirmar que se está ante un modelo procesal en donde la iniciativa probatoria está reservada únicamente para las partes.

*pruebas*<sup>233</sup>. Pareciera ser que basta con la iniciación, para poder clasificar al sistema como dispositivo, sin embargo como se verá más adelante, el principio dispositivo no se agota con la iniciación sino que debe observarse durante el transcurso del proceso.

Cuando se dejan todas las facultades de iniciación a las partes, podría considerarse que una vez iniciado el proceso y fijado lo que se pretende, podría dejarse al órgano jurisdiccional la labor de descubrir si hay o no hechos, pero, dejar al sistema de justicia una labor de esta naturaleza sería impropio y poco razonable, sobre todo, si uno de los principios que debe regir el proceso en nuestro sistema es el dispositivo, que no lo limita únicamente a la iniciación; sin embargo, debe considerarse que en un sistema basado en los principios de oralidad e inmediación, resulta necesaria la intervención judicial, concediéndosele al juez la posibilidad que al momento de practicarse la prueba, posea ciertas facultades para ordenar la práctica de otros medios de prueba, que le servirán para aclarar la que ya ha sido incorporada<sup>234</sup>.

Se analizará en este capítulo las facultades que posee el juez de ordenar prueba para mejor proveer y prueba de oficio, y de qué manera un juez, no obstante esas facultades concedidas por la norma secundaria, enfrenta el servicio de la administración de justicia. Como se verá dependerá del rol que asuma en el proceso, si se encuentra permeado por conceptos vetustos, continuará con el rol de abstencionismo judicial, temiendo que de adoptar otro como es el de dinamismo judicial, pueda vulnerar principios como la imparcialidad judicial.

#### 4.1. Generalidades

Es el cambio de paradigma, lo que ha provocado, que hoy en día en los procesos ya no solo se busque la verdad procesal o formal<sup>235</sup>, sino que en esa lucha constante por alcanzar el valor justicia, exista un

---

<sup>233</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y Otros, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, Editorial Universitaria, Ramón Areces, Madrid, España, 2012, p. 205 y ss. Mediante el principio dispositivo, el titular de un derecho es el único que puede solicitar la iniciación de un proceso con la finalidad de reclamar la tutela de su derecho que se ha visto vulnerado.

<sup>234</sup> ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, Parte Primera, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 213, de tal forma que no debe verse como una disminución en el principio dispositivo, pues la partes siempre conservaran el derecho de disponer del objeto de la pretensión, mas bien, debe verse como aquellas facultades que debe tener el juez una vez iniciado el proceso y fijado el objeto de la prueba.

<sup>235</sup> BARBERIO, Sergio José y otros, *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, Editorial Juris, Argentina, 2005, p.60 en dicha obra, el autor citado al Profesor Marcelo López Mesa manifiesta que el fin del

verdadero esfuerzo que viene desde los legisladores al instituir normas que dotan a los juzgadores y que se constituyen en verdaderas herramientas, para que puedan ordenar diligencias para mejor proveer con el único objeto de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio y llegar así a obtener la verdad real o material. Lo antes mencionado sin duda constituye, una mezcla entre los sistemas inquisitivo y dispositivo, pero solo en lo referente a las pruebas, en ese sentido se le puede denominar inquisitivo probatorio<sup>236</sup> hasta cierto punto, pues no debe olvidarse que tampoco lo es para todas las pruebas ni para todos los medios de prueba.

Y es que, el hecho de que el órgano judicial dependa totalmente de las partes para la prueba es tan nocivo como si el juez tuviera la potestad investigativa de forma absoluta, es decir ninguno de los dos extremos son saludables al proceso, en consecuencia, debe buscarse un equilibrio entre ambas facultades, es decir ni el órgano judicial debe poseer toda la facultad investigativa, ni debe ser exclusividad de las partes, ya que de ésta manera se permite que se garantice una tutela judicial efectiva, en donde el juez no sea un simple espectador, sino que cuente con las herramientas necesarias que le permitan obtener la certeza de los hechos y la obtención del dictado de resoluciones justas<sup>237</sup>.

Sobre ese punto ROLAND ARAZI, en su artículo Principios Procesales de la Prueba y refiriéndose a las facultades que poseen los jueces, manifiesta: “*No deben retacearse los poderes de los jueces por temor a que éstos abusen de ellos*”<sup>238</sup> y sigue manifestando citando a SENTIS MELENDO, que “*el peligro más frecuente que presentan los poderes del juez en materia probatoria, es el no ejercicio de ellos; un*

---

proceso es el arribo a la verdad verdadera y no a un pálido reflejo, una verdad procesal teñida de falsedad o quimera, atribuyendo a su vez, un significado a lo que debe considerarse por verdad desde el campo gnoseológico ontológico, siendo esta la adecuación de una idea a la realidad.

<sup>236</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I, Editores Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, p. 28. Resulta que el autor al referirse al moderno sistema probatorio considera que últimamente se está generalizando el principio inquisitivo probatorio y consecuentemente el carácter mixto del proceso inquisitorio y acusatorio en los procesos modernos.

<sup>237</sup> LOPEZ, Yagües, Veronica, Op. Cit. P. 77. Para la autora el hecho de otorgarle al juez un amplio margen de iniciativa probatoria puede resultar tan peligroso y erróneo como el conferirla con exclusividad a las partes, por ello debe establecerse un punto de encuentro y otorgar la mayor facultad a las partes y las mínimas al juez. Con esa misma limitación ha sido otorgado en la legislación salvadoreña pues se le faculta para que pueda ordenar diligencias para mejor proveer, pero solo respecto de la prueba que ya fue debida y oportunamente aportada por las partes.

<sup>238</sup> ARAZI, Roland, “*Los Principios Procesales y la Prueba*” en AA.VV., la Prueba, Coordinador Augusto Morello, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina, 1996, p. 36. De no utilizar el juez sus poderes quedaría navegando en un mar de dudas o ante la imposibilidad de poder arribar a la convicción que le permita un concreto juzgamiento.

*magistrado puede pasarse la vida sin hacer uso de los poderes que la ley ha puesto en su manos, y que los ha puesto para que los ejerciten...al contrario el peligro está en que el juez por exceso de trabajo o por indiferencia no haga uso de esas facultades, cuando la situación del pleito así lo exija*<sup>239</sup>. Limitándose en consecuencia a dictar sentencias menos justas y alejadas de la verdad de los hechos.

Es fundamental establecer cuál es el papel del juez ante la prueba, en un proceso que domina el principio dispositivo, donde se determina que es a las partes a las que exclusivamente les corresponde la actividad de aportar las pruebas, o si por el contrario, dicho principio se ve atenuado cuando en las normas que rigen el proceso, se establece el principio de dirección y ordenación del proceso que de alguna manera hace compatible esa actividad con la iniciativa probatoria del juez, lo cierto es que el Código ofrece esas herramientas como se ha dicho antes, mediante las diligencias para mejor proveer y la prueba de oficio, sin embargo esa facultad tiene límites, los cuales son de índole constitucional y legal. Respecto de los límites de índole legal<sup>240</sup>, es la misma norma secundaria la que da los parámetros para ordenarlas, pero cabe preguntarse, cuando el juez ordena esa prueba, quién la admite, quién valora su pertinencia, utilidad, necesidad y licitud de la prueba; resulta obvio responder, que si el juez la ordenó, es porque consideró que la prueba era necesaria, pertinente, útil y lícita. Ahora bien los límites constitucionales, se encuentran en el derecho de petición y en el derecho de defensa, de los cuales más adelante se reseñará.

#### 4.2. Diligencias para mejor proveer

Para iniciar con las diligencias para mejor proveer es necesario traer a cuenta el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el cual establece que: el impulso y la dirección del proceso debe corresponder al juez, para que éste adopte oportunamente las decisiones pertinentes, además el juez debe estar dotado, de las siguientes facultades: i) de disponer pruebas para esclarecer

<sup>239</sup> ARAZI, Roland, “*Los Principios Procesales y La Prueba*” Op. Cit. p.36. En ese sentido puede decirse que para la administración de justicia, así como para los usuarios del sistema judicial, enfrentan mayores problemas el hecho de estar ventilando sus conflictos ante jueces pasivos, por la ausencia del compromiso, que ante un juez activo ya que éste debe actuar dentro de los límites que la Constitución le imponga.

<sup>240</sup> BARBERIO, Sergio José y otros, *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, Editorial Juris, Argentina, 2005, p. 64 señalando que en un sistema donde existe prueba legal o tasada, uno de los límites impuestos a la iniciativa probatoria está determinado porque la ley en esos casos ya establecía cuál medio probatorio se debía utilizar para probar un hecho, con el Código procesal Civil y Mercantil existe libertad probatoria, sin embargo se deben respetar los criterios de pertinencia, utilidad, necesidad y legalidad de la prueba los cuales se podrían válidamente constituir en los primeros límites legales a la iniciativa probatoria.

los hechos; ii) el deber de utilizar los poderes de averiguación de la verdad; iii) la carga de aportación inicial de las pruebas; como queda evidenciado el código que sirve de modelo ya consagraba la iniciativa probatoria del juez civil<sup>241</sup>. Desde luego que previo al Código Procesal Civil y Mercantil, en el Código de Procedimientos Civiles no se contemplaban las diligencias para mejor proveer, sino que únicamente se contaba con una norma contenida en las disposiciones generales, específicamente en el Art. 1238 Pr. C. en cuanto se les permitía a los jueces que accedieran a lo que no estuviere prohibido y proporcionare alguna facilidad al solicitante, en esa disposición se basaban para ordenar diligencias para mejor proveer, ya que sin actuar contra la ley, de alguna manera se le facilitaba al solicitante, a que se practicaran diligencias que no fueron oportunamente ofertadas. Actualmente, pese a que el principio dispositivo y de aportación rigen el proceso, se introducen con el Código Procesal Civil y Mercantil las diligencias para mejor proveer.

Diligencias que, realizando una prognosis del proceso, ubican al juez frente a la prueba en el preciso momento en que este debe valorarla, haciéndolo de forma individual y en su conjunto, advirtiéndolo en ese momento que dichas pruebas resultan insuficientes para fallar con mejor acierto, permitiendo el legislador que cuente con la herramienta consistente en las diligencias para mejor proveer, las cuales se encuentran reguladas en la Legislación Salvadoreña en el Art. 7 CPCM, y que se pueden definir como *“aquella facultad que tiene el juez para que en casos de duda sobre la prueba que ya fue debida y oportunamente aportada pueda ordenar prueba a fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio”*<sup>242</sup>.

Como se ha mencionado en el capítulo anterior, existe libertad en cuanto a los medios probatorios que serán utilizados por las partes teniendo como límite únicamente la moral o la libertad personal de las

---

<sup>241</sup> CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, texto del Anteproyecto, Historia de las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988.

<sup>242</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de proceso de Amparo, con referencia numero 40-2010, de fecha 27/04/12, considerando V.3.B.b. en la cual define las diligencias para mejor proveer *“como un mecanismo utilizado para completar la prueba vertida en el proceso, en virtud del cual el juez o tribunal puede corregir la deficiencia que la producción probatoria ha originado, a fin de emitir adecuadamente una sentencia de fondo; por ello dicha actividad solo puede estar referida a la prueba que ya fue oportunamente ofrecida, admitida, producida y controvertida por las partes”* si bien es cierto la Sala lo sostiene al igual que la norma legal que preceden las diligencias para mejor proveer sobre prueba que ya fue vertida, ninguna dificultad se advierte de que mediante otro medio de prueba se aclare un medio de prueba que ya fue incorporado por las partes como sería el caso que se utilice la prueba pericial para aclarar prueba documental o un reconocimiento de lugar, pues su finalidad es aclaratoria, en ese sentido, la prueba no se introduce por el juez de forma autónoma si no por la vía de la aclaración.

partes o de terceros, cabe entonces cuestionarse, si esa misma libertad que tienen las partes, la posee el juez para ordenar diligencias para mejor proveer, apriorísticamente se puede responder a ese planteamiento con un no, puesto que, aunque el Código Procesal Civil y Mercantil permite ordenar diligencias para mejor proveer lo permite únicamente sobre aquella prueba que ya fue aportada y sólo para esclarecer algún punto oscuro y contradictorio. Pero, bien podría tratarse, de otros medios de pruebas los que se requieran para aclarar ese punto oscuro y contradictorio. En ese sentido, no es dable ordenar prueba para mejor proveer de forma autónoma, es decir, sin que exista actividad probatoria realizada por las partes, sino que sobre esa prueba que ya fue ofertada, admitida y practicada se ordena otra prueba que sirva para clarificarla, verbigracia: en la práctica del reconocimiento judicial solicitado por las partes, en un proceso de deslinde necesario, el juez ordena la prueba pericial para obtener la información técnica de los linderos.

Respecto de lo anterior, algunos autores como ANDRES DE LA OLIVA SANTOS, lo considera un principio al que denomina como: *“El principio del Juez no prevenido”*, el cual consiste en que el Juez es el director de la investigación, lo que no significa que él investigará, sino que los titulares de los derechos reciben las prevenciones del juez, para que realicen la investigación, y aporten la prueba, sin dejar el juez de tener la máxima imparcialidad y objetividad, sin embargo, aduce el autor que es natural que quien dirige la investigación, de alguna manera se forje una idea concreta de los hechos, en otras palabras se contamine con el conocimientos de los hechos y en ese orden de ideas es posible atacarle mediante una recusación, pues habrá realizado de forma anticipada enjuiciamientos provisionales de los hechos<sup>243</sup>. Sin embargo, en la legislación salvadoreña, no puede decirse que el juez es director de la investigación sino director del proceso y no puede trasladársele a él esa carga de investigar.

#### 4.2.1. Régimen jurídico de las diligencias para mejor proveer

En la medida en que el juzgador determine que las diligencias para mejor proveer son prueba, cobrarán mayor importancia, aunque el legislador les denomine diligencias, serán prueba, puesto que si le sirven al juez para resolver y aclarar la prueba, son pruebas en sí mismas, y en ese sentido vuelven necesario

---

<sup>243</sup> SANTOS, Andrés de la Oliva, y otros, *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Parte General, Editorial Universitaria, Ramón Areces, Madrid, España, 2012, p. 209. El autor sugiere que para evitar que el juez director de la investigación emita decisiones contaminadas, es mejor que uno sea el juez instructor y otro el sentenciador, tal diseño opera para la materia penal en nuestro sistema.

establecer cuál es el régimen jurídico de éstas diligencias que son destinadas a conocer de mejor manera los hechos, y a las que se les seguirá llamando en esta investigación como diligencias para mejor proveer por así haberlas denominado el legislador, así como por la finalidad con que están instituidas; y a las que una parte de la doctrina les ha denominado "*Clausula general o abierta*"<sup>244</sup>, y otra parte como "*diligencias finales*"<sup>245</sup>, en semejantes casos se ordenan con la limitante que sirvan únicamente para esclarecer la prueba aportada y controvertida.

Con todo, existe cierta aversión del juez a ordenar las diligencias para mejor proveer, ya que la vigencia del principio dispositivo exige no solamente que la parte inicie el proceso<sup>246</sup> y aporte los hechos, sino que por el principio de aportación se exige además que sean las partes las que ofrezcan y produzcan la prueba, con la sola intención de demostrar la veracidad de sus afirmaciones<sup>247</sup>; no obstante, en la legislación salvadoreña se permite que de forma concomitante al principio que prevalece en la carga de la prueba, existan las diligencias para mejor proveer, como facultad para el juez en complementar el

---

<sup>244</sup> DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *Ley de Procedimiento Laboral, Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial La Ley, España, 2006, p. 692, consideradas como aquellas que propuestas por las partes y admitidas por el juez y que ni aun con la diligencia debida no han podido practicarse.

<sup>245</sup> FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes, *La Carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil*, Primera Edición, Editorial Ley, España, 2006, p.69. Sobre este punto resulta interesante lo expuesto por ASECIO MELLADO, José María, y MAGRO SERVET, Vicente, *La Aportación de Documentos en Primera y Segunda Instancia y La Proposición de la Prueba en el Recurso de Apelación*, Editorial La Ley, Madrid 2007, p. 78. Cuando al referirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, sostiene que éstos con una visión privatista interpretan las diligencias finales como meramente excepcionales y supeditadas siempre a la previa actividad de las partes y su diligencia, de tal manera que en ningún caso el juez podía suplir la inactividad de las partes o su falta de diligencia, con tal interpretación la LEC vigente fue influenciada de modo que aunque autoriza actos probatorios de oficio los supedita a la actividad previa y a la diligencia de las partes. Al consultarse la LEC vigente, en su Artículo 435. Establece: Diligencias finales. Procedencia.1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:1.ª No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.2.ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.3.ª También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos

<sup>246</sup> AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de Derecho Probatorio*, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p.222 por el principio dispositivo, además a las partes corresponde disponer del derecho material pretendido, finalizando el proceso, ya sea mediante el desistimiento, la transacción y otras formas anticipadas de terminar el proceso.

<sup>247</sup> PALACIO LINO, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Decimo Sexta Edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 403. El autor reconoce que la incorporación de las medidas para mejor proveer se consignan pues estas contribuyen al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva.

material probatorio ofrecido por las partes, opinando que con tales facultades, puede fácilmente interpretarse que se está sustituyendo el papel de las partes; empero y a fin de garantizar el uso adecuado de las mismas, precisa conocer por parte del juez porqué se decretan, en qué momento se decretan y cuál es su fundamento jurídico, categorías pertenecientes al régimen legal de ellas.

Deteniéndose a reflexionar, lo que en palabras del maestro EDUARDO COUTURE se denomina imperativos procesales<sup>248</sup>, que no es más que lo que conduce al juez a ordenar las diligencias para mejor proveer, para el caso es la duda presentada; este imperativo no tiene identidad con el que mueve a las partes en el proceso, pues éstos pretenderán obtener una sentencia satisfactoria. En cambio, lo que lo mueve al juez a ordenar las diligencias para mejor proveer es la realización de la función jurisdiccional de una manera justa y equitativa, no obstante presentarse el imperativo procesal, es necesario conocer cuál es el régimen legal que lo regula y que a continuación se detalla.

#### 4.2.1.1. Son facultativas

Debe establecerse que, no es obligatorio para el juez el ordenar diligencias para mejor proveer<sup>249</sup>, sino únicamente cuando las condiciones del proceso así lo requieran, ya que de ser así no estaríamos ante un sistema acusatorio, sino inquisitivo. El juez cuando lo requiera las ordenará, el Art. 7 CPCM. claramente lo establece así cuando consigna “*el juez podrá ordenar*”<sup>250</sup>, y en ningún caso debe

---

<sup>248</sup>COUTURE, Eduardo J, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1958, p.109, llamándole imperativos procesales a aquellas conductas que les corresponde observar a ciertos sujetos del proceso las cuales se dividen en deberes, cargas y obligaciones. Para el caso se trata de un deber del juez para fallar con mejor acierto. Ello evoca pensar, la prueba se introduce para convencer al juez, en ese sentido, es el juez el que siente las dudas después de vertida la prueba y por tanto ante la duda deberá actuar de una forma determinada, es entonces que se presenta el impulso que lo moverá a ordenar prueba para mejor proveer y es lo que en efecto se denomina imperativo procesal.

<sup>249</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Sexta Edición, Editorial Arazandi, SA. España. 2011, p. 547, tal facultad no debe verse como tal, pues cuando se le atribuyen al juez facultades más bien se le están concediendo deberes, por el compromiso que tiene este de dar una tutela judicial efectiva, de manera que no es tan potestativo o facultativo el hecho de ordenarlas, pero ese compromiso del juez con la administración de una recta justicia no es una razón suficiente, puesto que entonces tendría que decirse que cualquier actuación del juez estaría justificada y podría ordenar cualquier diligencia con tal que fuere para llegar a la verdad, ello no es así sino que además debe concurrir el supuesto de hecho y es que la prueba requiera ser aclarada.

<sup>250</sup> OLASO ALVAREZ, Jorge, *La Prueba en Materia Civil*, Primera Edición, Editorial Editorama, San José, Costa Rica, 2006, p. 135. A diferencia de la legislación Costarricense, en la legislación salvadoreña las diligencias para mejor proveer son una facultad para el juez, como una ampliación de las probanzas, cuando le haya quedado algún punto oscuro, en aquella la prueba para mejor proveer es además, una posibilidad que el ordenamiento jurídico le otorga a las partes para ofrecer medios de prueba no indicados con anterioridad o que le hayan sido denegados o declarado inadmisibles. Así lo establece el Art. 331 C.P.C. de Costa Rica. En el que se dice: Listo el proceso para la sentencia, y antes de dictarse ésta, los tribunales podrán acordar, para mejor

interpretarse que pueda ser utilizada por las partes, cuando pasado el momento de aportación de prueba, éstas requieran solicitarle al juez la incorporación de prueba mediante la vía de la diligencia para mejor proveer, en este caso el juez puede denegarlo, porque no son el resultado de su necesidad aclaratoria y estaría vulnerando el principio de preclusión de la prueba, pues ya se vio que si bien es cierto se puede proponer prueba hasta en la audiencia probatoria, ello solo será posible en casos especiales ya contemplados en la ley.

Por otra parte, se encuentran dentro de la misma norma otras disposiciones que consagran aplicaciones particulares de esta facultad concedida al juez, como cuando se le faculta a que pueda formular preguntas al declarante para obtener aclaraciones de la parte material en el proceso<sup>251</sup>, o bien cuando formula preguntas al testigo<sup>252</sup> o al perito con la misma finalidad<sup>253</sup>. Aclarándose que no obstante contar con estas facultades, ello no significa una derogación del principio dispositivo, que como ya se dijo coexiste con las facultades concedidas al juez, puesto que requiere como antecedente que se haya dado una actividad probatoria.

---

proveer, la práctica de cualquier medio probatorio de los previstos en este Código, o la ampliación de los recibidos; también podrán tener a la vista cualquier actuación, de lo cual se dejará constancia si fuera de influencia en la decisión. La prueba para mejor proveer podrá comprender probanzas enteramente nuevas o que hayan sido declaradas inevaluables o nulas, o rechazadas por extemporáneas o inadmisibles, o que se refieran a hechos tenidos como ciertos en rebeldía del demandado, siempre que se consideren de influencia decisiva en el resultado del proceso.

<sup>251</sup> Como se advierte del Art. 350 inciso 2° CPCM, En el desarrollo del interrogatorio ya sea que se le formule a la parte contraria o propia parte, visto desde quien lo realiza el juez tiene la facultad, más no el deber de formular preguntas aclaratorias.

<sup>252</sup> En igual sentido se faculta cuando el legislador consigna “*podrá*”, en el Art. 369 CPCM, agregándole en este caso que esa pregunta aclaratoria debe realizarse con la limitación que el deber de imparcialidad impone.

<sup>253</sup> Especial atención merece tal facultad, en el caso del perito, de quien por haber vertido su dictamen de forma escrita tal como lo establece el Art. 386 CPCM, las partes ya no lo ofrecen para que exponga su dictamen en audiencia, puesto que por la redacción del Art. 387 CPCM consideran que constituye una facultad para las partes, ello no puede ser así, ya que al momento de valorar la prueba pericial se valoran tres aspectos esenciales, a saber, la idoneidad del perito, el contenido de su dictamen y la declaración vertida en audiencia, para la ilustración de este apartado cabe preguntarse si no habiendo solicitado la parte que propuso o que solicitó la realización de la pericia, que se expusiera su dictamen, puede el juez proceder a realizar las preguntas aclarativas. Se puede responder a ello con un sí, ya que el inciso final de la citada disposición establece “*en todo momento*”, ha de entenderse que todo momento lo es para cualquier etapa del proceso, como para los casos donde no se haya ofrecido la exposición del dictamen, ya que lo que habilita al juzgador es que exista algún punto del cual se requiere mayor claridad.

#### 4.2.1.2. Forman parte de los medios probatorios

El juez por muchas dudas y facultad aclaratoria que tenga, no podrá ordenar diligencias que no sean de las establecidas y contenidas en los medios probatorios, verbigracia: En los casos de la prueba documental, si posee dudas sobre la traducción podrá designar un perito para una nueva traducción, tal como se establece en el Art. 333 en relación con el Art. 334 inciso final CPCM; en el caso de la prueba testimonial de declaración de parte el Art. 350 Inciso 2 CPCM, establece que el juez podrá formular preguntas al declarante, para obtener aclaraciones, en similar forma se regula para el caso de declaración de testigos en donde en el Art. 369 Ibídem, se faculta al juez para que pueda formular preguntas aclaratorias al testigo; respecto de la prueba pericial, mediante la facultad concedida en el Art. 387 Inciso final del mismo cuerpo de ley, se permite que el juez pueda interrogar al perito sobre algún punto respecto del cual se requiera mayor claridad a su prudencial criterio. Quedando evidenciado que por requerirse la actividad probatoria las diligencias para mejor proveer son parte de los medios probatorios<sup>254</sup>.

En ese orden de ideas, se ha de reflexionar si en un proceso de incumplimiento de contrato de diseño y confección de una obra, en la que se presenta prueba documental, para valorarla se requiera conocimientos especiales, como cuando se aportan documentos en los que se ha utilizado un programa de diseño de tipo CAD, que por sus siglas en ingles significa *Computer Aided Design*, para valorar en el diseño si efectivamente fue cumplido o incumplido el contrato a lo mejor el juez requiera auxiliarse de un perito que para el caso podría ser un ingeniero, o un arquitecto u otro profesional de la materia, que ayude con su conocimiento especializado a aclararle al juez si en el caso en concreto, se ha cumplido con los modeladores en tercera dimensión no paramétricos, y para comprender la prueba, si la parte no lo ha ofrecido, el juez puede ordenar en base al Art. 7 inciso 3 en relación con el Art. 400 CPCM la respectiva prueba pericial.

Si bien es cierto, el Art. 400 CPCM regula la necesidad de auxilio pericial en una situación distinta a la mencionada en el párrafo anterior, lo cierto es que, en dicha disposición se facultó al juez para ordenar el perito para el caso de medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de

---

<sup>254</sup> La doctrina que ha negado el carácter de prueba a las diligencias para mejor proveer lo hacían basado en el concepto de prueba y esta como actividad de las partes para el juez y no de actividad de éste y para éste, haciéndole falta la legitimación de la procedencia de la prueba.

información, aunque se trate de un medio de prueba distinto al documental, por regularse una situación análoga, puede el juez ordenarla también en aquellos casos<sup>255</sup>.

#### 4.2.1.3. Oportunidad de las diligencias para mejor proveer

Ahora, acerca del momento procesal oportuno en que el juez pueda ordenar diligencias para mejor proveer, no existe disposición alguna que fije plazo para ordenarlas, en ese sentido se ha de considerar que es necesario establecer cuál es el momento oportuno para ello en caso que el juez lo requiriese; por una parte se puede precisar que como se trata de prueba ofrecida y aportada por las partes, será en el momento mismo de verse la prueba, es decir, en la audiencia probatoria, lo cual no presenta ningún problema si basado en la posibilidad que el código prevé, se dicta la sentencia en la audiencia misma, pero si por el contrario, la sentencia se emite dentro del plazo de ley, quince días tal como lo regula el Art. 430 CPCM, entonces las debe ordenar en el momento de valorar la prueba<sup>256</sup>, pues es precisamente en ese momento que le surgen las dudas al juez acerca de la prueba vertida.

No obstante lo anterior, hay situaciones en que se presenta la necesidad en el momento mismo de que se practica la prueba, o sea en la audiencia probatoria, como se dijo antes, así como cuando se trate de prueba anticipada, en tal caso, será en el momento de verse la prueba que deberá procederse a ordenar prueba para mejor proveer, puesto que si uno de los motivos para anticipar la prueba ha sido cuestiones de salud de la fuente de prueba por ejemplo, posiblemente esa fuente de prueba no esté disponible para el día de la audiencia probatoria y visto que se trata de prueba anticipada será en dicho momento que procederán las diligencias que aclaren el medio aportado por las partes. Como se ve, las situaciones fácticas pueden ser diversas, así serán diversos los momentos en donde el juez requiera decretarlas.

---

<sup>255</sup> Así se dispone en el Art. 19 CPCM, que cuando exista vacío legal, se deberá acudir a las normas y fundamentos de normas que rigen situaciones análogas, que para el caso que nos ocupa se requiere auxiliarse del perito por el conocimiento técnico, que puede ser necesario cuando se vaya a reproducir un medio de reproducción del sonido, voz o de la imagen

<sup>256</sup> En ese sentido, debe existir prueba en el proceso y no puede el juez suplir mediante las diligencias para mejor proveer la negligencia de las partes en aportar prueba pues en tal caso se colocaría a las partes en una desigualdad procesal.

#### 4.2.2. Diligencias para mejor proveer y el principio de imparcialidad

Uno de los aspectos que debe analizarse respecto de las diligencias para mejor proveer es, sí al ordenarlas el juez, se vulnera el principio de imparcialidad, ya antes se ha manifestado en qué consiste dicho principio el cual significa que el juez, tanto personal como funcionalmente debe permanecer como un tercero ajeno a los intereses del litigio y de sus titulares, esa imparcialidad es el contenido mínimo del derecho fundamental a un juez imparcial. Al ordenarse diligencias para mejor proveer, se presentan ciertos escenarios que le van quitando la connotación de vulneración a la imparcialidad, verbigracia: La necesaria intervención de la partes en la práctica de estos medios de prueba<sup>257</sup>, es decir el que puedan participar en el diligenciamiento de la misma, y que lo hagan en el mismo grado de igualdad, el contar con las mismas herramientas para intervenir y controvertir esa prueba y el hecho de desconocer el juez cual será el resultado de la prueba ordenada para mejor proveer, son situaciones que hacen que se vaya disminuyendo el temor a la pérdida de la imparcialidad del juez que ordena la diligencia, por parte de los actores en un proceso.

#### 4.2.3. Presupuesto de las diligencias para mejor proveer

Para que el juez pueda ordenar diligencias para mejor proveer se requiere: a) que haya existido actividad probatoria de las partes procesales; b) que sobre esa actividad probatoria hubiesen quedado ciertos puntos oscuros; c) que las diligencias tengan relación con el tema de prueba o los hechos aportados por las partes; en ese sentido el juez no puede ordenar una prueba que no esté en íntima relación con prueba que ya fue aportada, pues en tal caso, estaría excediendo los límites y realizando una investigación oficiosa del caso, téngase presente que no es la negligencia probatoria de las partes<sup>258</sup>, ni la preclusión en el ofrecimiento de la prueba, la que sule el juez, sino lo que busca es el

---

<sup>257</sup> Tal como se regula en el Art. 369 CPCM, las partes pueden objetar las preguntas que el juez formule, y además tienen la oportunidad de interrogar sobre la pregunta aclaratoria, es esa participación lo que efectivamente permite que las partes o usuarios al sistema vayan perdiendo el temor a que exista vulneración del principio de imparcialidad.

<sup>258</sup> El Código Procesal Civil y Mercantil no previó una norma para regular la negligencia de las partes en la aportación de la prueba, parece que pensó el legislador que esos supuestos no se darían, regulando únicamente el caso de la preclusión de la aportación de la prueba documental, en consecuencia está excluida esa situación fáctica para poder ordenar diligencias para mejor proveer y es que de haberse regulado así habría una franca vulneración del principio de igualdad procesal.

esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, como la meta que debe aspirar la recta administración de justicia<sup>259</sup>.

En ese sentido, el juez no podría ordenar la declaración de un testigo que no ha sido ofrecido por alguna de las partes, aunque hubiese sido mencionado por alguno de los testigos que rindió su declaración, o que hubiese sido desistido por la parte que lo ofreció, ya que se colocaría en una desigualdad procesal a las partes y de poderse realizar en este tipo de prueba, debería de ser aplicable a los demás medios de prueba.

En la practica tribunalicia sucede el siguiente fenómeno en donde los jueces comprometidos con la verdad, con la tutela judicial efectiva y con el rol dinámico del juez, deciden en algún momento del proceso actuar proactivamente, así sucedió en un caso de acción reivindicatoria, en el que la persona demandada se encuentra en posesión del inmueble y la parte actora desiste de la prueba testimonial en la audiencia preparatoria, irremisiblemente se quedará sin prueba pertinente para establecer la posesión del inmueble por parte del demandado<sup>260</sup>, el juez en base a una iniciativa que encuentra su fundamento legal en la función de dirección y ordenación del proceso<sup>261</sup>, le indica a la parte que haga

---

<sup>259</sup> PALACIO LINO, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Décimo Séptima Edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003 p. 402, en la obra se considera que son las normas procesales las que admiten que el juez pueda completar el material probatorio aportado por las partes, de forma concurrente con la carga de la prueba que tienen las partes, por su parte JORGE L. KIELMANOVICH, en su obra *Teoría de La Prueba y Medios Probatorios* Segunda Edición Actualizada, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996, p. 716 sobre ese punto, el autor sostiene una posición diferente, pues manifiesta que el juez no puede suplir la negligencia de la partes o reemplazar la carga procesal que a las partes se les impone.

<sup>260</sup> SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva en Recurso de Casación con referencia 139-C-2005, de fecha 11 de enero de 2008, disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/> sitio consultado el día 16 de febrero de 2013. Así lo ha sostenido la Sala de lo Civil, cuando manifestó: “*En el supuesto que la acción reivindicatoria se trate de una cosa singular, el reivindicador está en la necesidad de probar que el demandado es el actual poseedor de la cosa que pretende reivindicar; es indiferente que el poseedor sea regular o irregular, porque tanto uno como otro son poseedores; la posesión se traduce en una serie de hechos materiales y visibles que hacen suponer la calidad de dueño o de poseedor de la cosa de que se trata; esos hechos deben probarse por medio de testigos*”.

<sup>261</sup> GARBERI LLOBREGAT, José y Guadalupe BUITRON RAMIREZ, “*La Prueba Civil*” Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, Madrid, 2004, p. 122. Es lo que en España también recibe el nombre de prueba de oficio no cuando ordena la prueba sino cuando se considera la posibilidad de que el órgano judicial intervenga en la conformación de la prueba para esclarecer y acreditar los hechos sin que sea el mismo tribunal el que la proponga, resultando ser una sugerencia probatoria de oficio, es decir que la parte debe reconsiderar que las pruebas propuestas puedan resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, siendo en tal caso las partes y no el tribunal las que propongan la prueba. Tal facultad está expresamente contenida en el Art 429.1.II LEC, que dispone: “*Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los*

una reconsideración sobre la prueba ofertada y desistida<sup>262</sup>; si bien es cierto no es el juez el que propone la prueba ni le dice que no debe desistir de la misma, le hace saber que reconsidere su decisión, lo cual indica claramente que no está realizando de la mejor manera la proposición de la prueba<sup>263</sup>.

Similar situación se presentó ante uno de los juzgados de la capital<sup>264</sup> en el que la jueza ordenó la interrupción de la audiencia basada en el Art. 211 numeral primero del CPCM<sup>265</sup>, por considerarlo necesario a fin de que la parte demandada fuera representada técnicamente, en este caso se trata de que la parte demandada no controvertió los hechos, haciendo una manifestación expresa de aceptar como ciertos todos los hechos, en un proceso reivindicatorio, lo que equivaldría a un allanamiento, en primer lugar tratándose de un Procurador Público, estaría limitado para realizar tal acto procesal ya que se requiere poder especial, que bien podría haberse otorgado *apud acta* en el momento mismo de realizarse la audiencia, sin embargo la parte material no estaba de acuerdo con ello, evidenciando por parte del profesional un total descuido en su actuar procesal, indicando con tales actos a la juzgadora, que la parte material se encontraba en total indefensión, por lo que al advertir tal situación y evitar una indefensión técnica de las parte demandada decide interrumpir la audiencia a efectos de garantizar el debido proceso, que en tal situación un juez con actitud pasiva en el proceso, ante el allanamiento

---

*autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente*". En el Salvador no existe norma similar al respecto, sin embargo, basados en principio de dirección y ordenación del proceso contenido en el Art. 14 CPCM los jueces con un rol dinámico dentro del proceso encuentran asidero legal para actuar en análogas circunstancias.

<sup>262</sup> Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil, Santa Ana, Referencia 4941 IPP/12M1

<sup>263</sup> El solo hecho de indicarle a la parte que desiste de la prueba, esta significando que el actuar del litigante no es el adecuado, si bien es cierto no le dice de forma concreta que no desista, sino únicamente le hace ver que reconsidere la prueba que ha ofertado o que ha desistido, al juez en estos casos no debe motivarlo el hecho de que si desiste de esa prueba perderá el litigio, pues en tal caso si se estaría inclinando hacia una de las partes, sino que conociendo él la idoneidad de los medios probatorios para establecer determinados extremos procesales, sabe que el dispendio de la jurisdicción será inútil ya que no se contará con la prueba idónea que le lleve convicción al juzgador; en estos casos el juez actúa en base al principio de tutela judicial efectiva, economía procesal, ya que de desestimarse su pretensión, seguramente activará de nuevo el aparato jurisdiccional; tampoco puede pensarse que en semejante caso se vulnera el principio dispositivo ya que si a pesar de la advertencia hecha por el juez, la parte desiste de la prueba, nada puede hacer el juez en tal caso.

<sup>264</sup> Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil, San Salvador, Jueza 2, Licenciada María Angela Miranda, Referencia 2-PC-5-10-12. Proceso Común Reivindicatorio de Dominio.

<sup>265</sup> Disposición que establece: "Iniciada la celebración de una audiencia sólo podrá interrumpirse por alguna de las causa siguientes: 1°. Cuando sea preciso resolver una cuestión incidental que no se pueda resolver en el acto", caso en el que la juzgadora advirtió que el trabajo realizado por el procurador público no estaba siendo realizado de la mejor forma, pues colocaba a su representado ante la situación de reconocer la legitimación en la acción dominical ejercida por el actor, como que éste tiene el derecho de propiedad de la cosa que reivindica; y que efectivamente lo está privando de la posesión de ésta.

hecho en audiencia<sup>266</sup>, hubiese podido finalizar allí el proceso procediendo a dictar la sentencia estimativa correspondiente, tal como se faculta en el Art. 131 inciso primero CPCM.

Análoga situación, sucedió en otro de los juzgados de lo Civil y Mercantil<sup>267</sup> en donde en la audiencia preparatoria y precisamente en la etapa donde se fija el tema de prueba, se singulariza el medio probatorio, se establece su contenido, y se indica la finalidad de la prueba, por negligencia u olvido, el procurador de la parte actora omitió hacer el ofrecimiento de una prueba documental, que había sido debidamente ofrecida e incorporada junto con la demanda respectiva; el Juez actuando en un rol dinámico, advirtió tal situación, previniéndole a la parte que revisara la prueba documental a fin de determinar con precisión la misma.

Como puede verse, estando el juez en el primero de los casos expuestos ante un desistimiento de la prueba, si él considera que si se desiste de esa prueba no se obtendría del proceso una sentencia satisfactoria, aunque no se opone, hace ver que tal desistimiento no es la forma más feliz para el otorgamiento de sus pretensiones; así mismo ante la negligencia u olvido, así como la evidente falta de preparación del profesional y la intervención oportuna del juez no han provocado hasta el momento desconfianza en las actuaciones de los jueces, ello debido a la motivación que de sus resoluciones hacen.

#### 4.3. La prueba de oficio

Muchas son las facultades concedidas al juez, comprendiendo las otorgadas en la iniciación del proceso, en la fijación de los hechos y en la fijación del tema de prueba, las cuales pueden ser ejercidas desde la iniciación, prosecución del proceso, pasando por su impulso oficioso, hasta respecto de la prueba que se incorporará en el mismo. Ciertamente es que una vez que se inicia el proceso por las partes

---

<sup>266</sup> CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR, en Sentencia Definitiva de Recurso de Apelación, con referencia N° 4-UH-1999, de fecha 12/04/99 disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/> sitio consultado el 17 de febrero de 2013, para los efectos que un allanamiento implica y que jurisprudencialmente ha dicho la Cámara que: *“El allanamiento requiere que se proponga en la contestación de la demanda o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia; que el demandado reconozca “expresamente” las pretensiones de la demanda aceptando sus fundamentos de hecho y que el juez no advierta fraude o colusión en el proceso y que sea puro y simple, esto es, sin que contenga condiciones”*.

<sup>267</sup> Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil, Jueza 2, Licenciada Ana Cecilia Suria Delgado, Proceso Común Reivindicatorio de Dominio

estas conservan siempre la disponibilidad del derecho pretendido, así lo dispone el Art. 6 CPCM.<sup>268</sup>, sin embargo este principio por el cual se faculta a las partes a disponer del derecho subjetivo o interés legítimo pretendido no es absoluto para la partes y el juez con las facultades concedidas puede oponerse inclusive a su finalización cuando así lo requiriesen las partes si advirtieren que tal decisión implica un fraude de ley, y por otra parte como facultad concedida al juez, puede ordenar la suspensión del proceso de oficio y su finalización anticipada de la misma forma<sup>269</sup>.

Ahora bien, no es a esa iniciativa del juez en la prosecución del proceso lo que por ahora importa aclarar, sino mas bien a la iniciativa que el juez tiene al ordenar una prueba de oficio<sup>270</sup>, iniciando entonces, por establecer el significado de lo que es la prueba de oficio, tal actividad intelectual implica determinar quién aporta la prueba al proceso y en ese sentido ha de decirse que la prueba de oficio es *“la acordada por el juez en el proceso sin que exista petición de parte”*<sup>271</sup>. Es con tales facultades que

---

<sup>268</sup> Principio Dispositivo contenido en el Art.6 CPCM, el cual establece: “La iniciación de todo proceso civil y mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso; y dicho titular conservará siempre la disponibilidad de la pretensión...” tal disposición tiene su fundamento en el derecho individual contenido en la Constitución en el Art. 2, en cuanto a que el justiciable para proteger sus derechos fundamentales puede buscar la tutela jurisdiccional, como puede verse, este principio discurre sobre la idea de que los juzgados de lo civil y mercantil no se mueven por su propio impulso o iniciativa, esto es verdadero, respecto de la iniciación del proceso, así como para la fijación de los hechos y del tema de prueba, pero no lo es en todos los casos respecto de la finalización, pues si bien es cierto que una vez iniciado el proceso, si el demandado contesta allanándose a las pretensiones del actor como para que el proceso termine inmediatamente después de su allanamiento con la sentencia, así como desde la perspectiva de ambas partes demandante y demandado cuando llegan a un acuerdo sobre la pretensión procesal de forma bilateral mediante la transacción, si el juzgador entiende que ese allanamiento es contrario al orden público, o al interés general, se realiza en perjuicio de tercero o encubre un fraude de ley, lo rechazará y ordenará que el proceso siga su curso, así lo regula el inciso primero del Art. 131 CPCM, similar situación puede darse en la transacción en semejantes condiciones, en donde el juez deniega la homologación lo que implica necesariamente la continuación del proceso, así se dispone en el Art. 294 *Ibíd.*

<sup>269</sup> Según el Art. 198 CPCM, la suspensión del proceso se da por presentarse supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, o bien la finalización anticipada en caso de improponibilidad sobrevenida, así se dispone en el inciso cuarto del Art. 127 del mismo cuerpo de ley.

<sup>270</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Editorial Arazadi, SA, Sexta Edición, Madrid, 2011, p. 587. Sostiene que los poderes del juez en el proceso civil han causado cierta polémica, por ejemplo, al referirse a los poderes oficiosos del juez, en cuanto a la prueba, manifiesta que se trata evidentemente de concepciones ideológicas que priman los poderes del juez en el proceso, en contra de las garantías de las partes y cuya base es hoy sobradamente conocida que respondían al predominio de los poderes del Estado sobre el individuo en la sociedad. Y es que los poderes del juez solo deberían ser sobre prueba cuya existencia debe haberse manifestado por las partes en los alegatos iniciales o bien que sean el resultado de otros medios de prueba, pues de lo contrario el juez estaría utilizando su conocimiento privado para incluirlos en el proceso. En contra, de esa tesis se encuentra PICÓ I JUNOY, Joan, en *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Editor José María Bosch, Primera Edición, Barcelona, 1996, p. 267. Autor que propugna por que el juez cuente con facultades en la iniciativa probatoria, pero fijándole cierto límites.

<sup>271</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Sexta Edición, Editorial Arazadi SA. Sexta Edición, Madrid, 2011, p. 508. Para el autor la prueba de oficio depende de cómo hayan evolucionado las facultades jurisdiccionales para el juez civil así como al desarrollo de las normas relativas a la prueba.

se permite establecer qué tipo de sistema posee la legislación procesal civil y mercantil salvadoreña, resultando que para la iniciación del proceso es dispositivo, ya que son las partes las que deben iniciarlo con la interposición de la demanda; asimismo, del sistema inquisitivo se dejan ver ciertas facultades como lo es la prueba de oficio y las diligencias para mejor proveer, ello deja ver que el sistema procesal salvadoreño es de carácter mixto.

Tomando en cuenta el diseño del sistema que posee la legislación procesal civil y mercantil salvadoreña, en el que el principio dispositivo tiene un predominio y que por otra parte concede facultades al juez para ordenar prueba de oficio<sup>272</sup>, lo cual de ninguna manera significa un desplazamiento de la carga de la prueba en el juez, ni un despojo del derecho a la prueba que poseen las partes, permitiendo el Legislador que, cuando existan dudas de parte del juez, pueda decretar prueba de oficio, específicamente el reconocimiento judicial<sup>273</sup>, sin que por ello, se le libere a las partes procesales de la carga que poseen de probar la afirmación de los hechos constitutivos, los impeditivos o extintivos.

En realidad, la prueba de oficio ya se encontraba materializada y con creces en el código de procedimientos civiles, en disposiciones que regulaban la prueba por instrumentos, verbigracia: Art. 256 Pr.C., mediante el cual, si el juez consideraba necesario confrontar el protocolo, de oficio la podía acordar; asimismo según el Art. 329 del mismo cuerpo normativo, actualmente derogado, regulaba el hecho de que el juez de oficio podía citar testigos, aunado al evento de que cuando se requería prueba pericial era el juez el que de oficio determinaba sobre qué punto debía recaer la pericia, acordando además la prueba pericial de oficio tal como lo establecía el Art.364 *ibídem*, sin olvidar el Art. 368 todos

---

<sup>272</sup> CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO SAN SALVADOR, con referencia CF-01-176-A-2003, de fecha 8 de diciembre de 2003, las facultades para dictar prueba de oficio son reducidas si se parte del principio de legalidad, situación distinta sucede en violencia Intrafamiliar, que cuenta como principio rector el de la oficiosidad en virtud del cual el juez puede ordenar de "*mutuo proprio*" la práctica de cualquier diligencia para descubrir la verdad de los hechos.

<sup>273</sup> Existen en el Código Procesal Civil y Mercantil dos casos más de prueba de oficio, pero que no se aplican de forma genérica, sí no para casos especiales verbigracia que se tramiten cuestiones incidentales, la audiencia que se celebre para resolver la misma deberá realizarse con las reglas del proceso abreviado, en ella se deberá ventilar la prueba que se aportare del incidente, pudiendo el juez en ese caso y cuando procediere designar un perito de oficio. Así se establece en el Art. 268 inciso 4° CPCM, parecida situación se da en el caso de los documentos presentados en el proceso que provienen del extranjero cuya redacción se encuentra en otro idioma, si el juez considera conveniente una nueva versión podrá de oficio acordarla, y será esta la que se tomará en cuenta, de manera que aunque la disposición no lo diga se refiere al nombramiento de un nuevo perito que es el experto en la materia quien deberá hacer la nueva traducción del documento. Así se establece en el Art.268 Inciso 4° del mismo cuerpo de ley.

del Código de Procedimientos Civiles, que se refería a la prueba por inspección ordenada de oficio por el juez. Facultades que ahora si se quiere se puede decir que han sido limitadas, únicamente a la prueba por reconocimiento judicial.

Sobre esa iniciativa<sup>274</sup>, que analizada no solo en la etapa probatoria sino desde la interposición de la demanda pero después de interpuesta la misma, no se trata de que el juez aporte hechos al proceso, que como ya se dijo antes, éstos hechos deberán ser aportados por las partes los cuales se constituyen en el objeto del proceso, no significa que, atendiendo a la facultad examinadora que realiza el juez al recibir la demanda, no pueda realizar alguna prevención a la parte actora, para que aclare respecto de los hechos, puesto que sobre ello deberá versar su sentencia, y deberá cumplir con uno de los requisitos esenciales como es la congruencia, en ese sentido el juez incide en el aporte de los hechos, pero no aportándolos, sino previniendo para se aporten en debida forma ya que al fin de cuentas son los que determinan la sentencia.

#### 4.3.1. El debido proceso y la prueba de oficio

El Debido Proceso, debe *per se* constituirse en una garantía del respeto a los derechos y principios que protegen a las personas frente a tres situaciones con que la función jurisdiccional puede acarrear daño al usuario de la administración de justicia, tales como el silencio judicial, el error judicial y la arbitrariedad judicial, sobre este punto la jurisprudencia de El Salvador se ha pronunciado diciendo que mediante el Debido Proceso se *“asegura al ciudadano la observancia de las reglas constitucionales procesales, cuyas finalidades son por una parte, el respeto de los derechos fundamentales básicos que no pueden ser limitados sin justificadas razones, y por otra, la obtención de una sentencia ajustada a derecho”*<sup>275</sup>.

En ese orden de ideas, la garantía del Debido Proceso se encuentra fundada en la Constitución Salvadoreña en el Art. 11 inciso primero el cual establece: *“Ninguna persona puede ser privada del*

---

<sup>274</sup> PICO I JUNOY, Joan, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Editor José María Boch, Barcelona, 1996, p. 207, en la que el autor manifiesta que si el hecho de que las partes posean el derecho a la prueba limita, restringe o excluye toda iniciativa probatoria por parte del juez, y si ello no fuere así precisa establecer cuál es su alcance y sí la misma posee límites.

<sup>275</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Habeas Corpus, con referencia 334-99, de fecha 25/04/99, disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/> sitio consultado 07 de febrero de 2013

*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*". Si bien en el texto constitucional no se destacan de manera expresa las garantías que se derivan del mismo se puede entender, que la existencia del debido proceso conlleva de forma implícita aquel proceso en el que se le aseguren todos los derechos derivados del mismo<sup>276</sup>, que para la actividad probatoria sería específicamente la imparcialidad judicial y el derecho de defensa del justiciable, en el sentido que el derecho a un juez imparcial forma parte de un proceso con arreglo a las leyes.

Del mismo modo se encuentra el reconocimiento de la garantía al debido proceso en la normas internacionales, para el caso en la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 8 hace mención a las debidas garantías a las que toda persona tiene derecho al momento de ser sometido a un proceso judicial, con la finalidad de no violentar derechos fundamentales, en el mismo sentido se regula en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 14<sup>277</sup>, por último, pero no por ello menos importante la Declaración Universal de Derechos Humanos en el Art. 10<sup>278</sup> normas que de conformidad con el Art. 144 Cn constituyen leyes de la República y por tanto son de obligatorio cumplimiento.

#### 4.3.2. La prueba de oficio y el principio de imparcialidad

Como es sabido, la imparcialidad es de las garantías que confirman que al momento de que un juez emita su decisión no tenga ninguna vinculación con las partes sean estas formales o materiales, o bien con la pretensión del proceso y que la única vinculación que tenga sea hacia la Constitución y a las leyes, tal como se establece en el Art. 172 Inciso 3° Cn., en tal sentido, parte de la doctrina considera que la imparcialidad puede verse menoscabada con las facultades concedidas al juez al ordenar prueba de oficio, puesto que si la ordena es porque no fue ofrecida por alguna de las partes y en ese orden de

---

<sup>276</sup> CASAL H. Jesús María, Alfredo ARISMENDI A., Carlos Luis CARRILLO A., *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional*, Tomo II, Primera Edición, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

<sup>277</sup> Disposición que en lo pertinente establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"

<sup>278</sup> En la que se establece que: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."

ideas cualquiera puede pensar que está favoreciendo a la parte que beneficia la prueba ordenada de oficio por el juez.

Ahora bien, tal como se citó supra la imparcialidad judicial deriva del debido proceso y sobre su aparente vulneración al ordenarse la prueba de oficio, la Sala de lo Constitucional ha manifestado que ordenar prueba de oficio no quebranta el principio de imparcialidad, expresando lo siguiente: *“La mera incorporación de prueba de oficio no determina un quebranto a la imparcialidad del juzgador, toda vez que el resultado de la actividad probatoria también podría favorecer al imputado<sup>279</sup>, y en todo caso tales elementos de prueba quedan expuestos a control y contradicción de las partes. En consecuencia, si bien corresponde a la acusación delimitar los hechos objeto de la imputación y las personas contra las que se dirige, nada se opone a que el juzgador acuerde de oficio y de forma excepcional la práctica de medios concretos de prueba, (...) Así, la práctica de prueba de oficio en aras de la búsqueda de la verdad real, está dirigida a esclarecer los hechos que han sido objeto de argumentación por los sujetos procesales y que, por ende, se constituyen en objeto de enjuiciamiento”<sup>280</sup>.*

Es pues la búsqueda de la convicción judicial, el fundamento de la iniciativa probatoria, ese y solo ése puede ser el motivo que mueva al juez a ordenar la prueba de oficio, por ningún motivo puede considerar el ayudar a la parte menos aventajada, ni aun a pretexto de establecer o colocar en igualdad real a los litigantes, puesto que pretender equiparar a las partes, ordenando por esa razón prueba de oficio, sí que podría colocar al juez como juez y parte.

---

<sup>279</sup> PICO I JUNOY, Joan, *El Derecho a la Prueba en El Proceso Civil*, Primera Edición, Editor José María Bosch S.A. Barcelona, España, 1996, p.242, en el mismo sentido lo contempla en su obra en el cual establece que el argumento más pesado para que un juez no ordene prueba de oficio es el principio de imparcialidad, mas sin embargo no puede decirse que está faltando a ello puesto que el juez no se decanta a favor o en contra de una de las partes, pues antes de la práctica de la prueba, no se sabe a quién puede beneficiar o afectar la práctica de esa prueba, el único objetivo que ha movido a ese juez es el cumplimiento eficaz de la función jurisdiccional.

<sup>280</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de los Artículos 45, 71, 129, 129-A, 149, 149-A, 208, 214-C, 263-A, 302, 313, 345, y 346-B Código Procesal Penal, artículos 15, 16, 20, 53, 84, 142, 162, 167, 173, 180, 235, 237, 254, 261, 266, 267, 268, 273, 287, 309, 318, 320, 323, 340, 348, 352, 355, 367, 372, 391, 392, 393, 394 y 396. Ley Penitenciaria, artículos 103, 42-B, 42-C, 42-D y 42-H y con referencia 5-2001/10-2001 Acum. Pág. 155 disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/> sitio consultado el día 21 de noviembre de 2012.

#### 4.3.3. La prueba de oficio y el derecho de defensa.

Respecto del derecho de defensa que deriva del debido proceso y del que a su vez deriva el derecho a la prueba, como derecho que tienen las partes para producir toda la prueba relevante de la que estén en posesión, así como para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal, se entiende que son aspectos fundamentales derivados del derecho de defensa, así como también del derecho de acción, porque sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer éstos derechos pero que no se les permita probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas<sup>281</sup>, que son la base de sus pretensiones y defensas.

Corresponde ahora examinar si con la facultad concedida al juez de ordenar prueba de oficio se da un quebrantamiento de este derecho de prueba<sup>282</sup>, ha de decirse que tal quebrantamiento no existe como tal, puesto que no se da una sustitución ni despojo por parte del juez del derecho de aportar prueba en el proceso, sino que se practicará cuando el juez lo considere necesario, como se ha indicado antes, el juez requiere de prueba al momento de dictar sentencia y no antes, las partes por el contrario en el transcurso del proceso deberán garantizarse el resultado favorable proponiendo las pruebas pertinentes.

Para tratar este tema, es necesario partir del hecho de establecer que no se cuenta con una disposición que regule de manera específica la prueba de oficio<sup>283</sup> en forma general, que permita al juzgador salvadoreño superar la deficiente actividad probatoria de las partes, como una manifestación concreta de las facultades probatorias del juez, que contribuya al esclarecimiento de los hechos con respeto total

---

<sup>281</sup> Puesto que las aseveraciones no son juicios de valor absolutos o que impliquen un valor absoluto y por tanto deben probarse, sin embargo, vuelve necesario referirse en este apartado, al hecho de cómo ordenando prueba de oficio se pueden vulnerar el derecho de defensa que tienen las partes.

<sup>282</sup> TARUFFO Michelle, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil* Traducido por Lucas Corea Montoya, Ara Editores, Lima, Perú, 1984, p.75, acerca de la carga de la prueba, el autor en su estudio de la prueba pone en evidencia que por muchos años se ha visto el derecho de presentar prueba como una carga, obviándose el hecho de verlo como derecho y en ese sentido que sea objeto de tutela, así lo analiza en su obra.

<sup>283</sup> La LEC contiene el Art. 282 que establece: “*las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*”. Una disposición semejante no la posee la legislación salvadoreña únicamente consagra el principio de oficiosidad para la aplicación de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, y en el caso civil, existen facultades oficiosas pero éstas van encaminadas a la dirección y ordenación del proceso, pero no se tiene una norma general como la transcrita.

al derecho de defensa. Cabe preguntarse, de qué forma se garantiza el derecho de defensa, sino existe regulación específica de la prueba de oficio, únicamente se cuenta con el reconocimiento judicial del Art. 390 CPCM, pues bien en primer lugar, la decisión del juez que ordena la prueba de oficio debe estar debidamente motivada, es decir expresando las razones por las cuales se ordena, en segundo lugar con el hecho de hacérselo saber a las partes, a fin de no vulnerar el debido proceso, determinando con precisión el medio de prueba y la hora en que ha de verificarse, y en tercer lugar, permitiendo la participación de las partes en la práctica de dicha diligencia, es así que se considera desvanecido cualquier prejuicio en contra.

Es pues, la motivación, el hecho mismo de hacer saber la práctica de la diligencia, así como permitiendo su participación, lo que disipa el temor que en la prueba de oficio exista vulneración al derecho de defensa, pues no solo se les hace saber a las partes la práctica de la misma sino que además participan en la ejecución de ésta en igualdad de condiciones y oportunidades. Podría imaginarse el hecho hipotético donde un juez ordena prueba de oficio, para el caso concreto, ordena el reconocimiento judicial del inmueble, estará cuestionándose el lector, quién admite esa prueba y si admite recurso su admisión, al respecto y haciendo una comparación de la prueba que es propuesta por las partes, cualquiera que sea la decisión del juez, si es admitida o rechazada, no admite recurso alguno, pero las partes deben solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer el recurso respectivo de la sentencia<sup>284</sup>. Igualmente puede suceder en el caso que sea el juez el que ordene la prueba de oficio, solicitando las partes que se deje constancia de su desacuerdo con la práctica del reconocimiento.

En otro orden, paralelamente al proceso penal tenemos al proceso civil, a pesar de corresponder al derecho público y privado respectivamente, la intervención del Estado al regular las actividades jurisdiccionales es cada vez mayor, no importando, si la materia a regular corresponde o no al derecho público y es así como se instaura para el derecho civil el principio dispositivo<sup>285</sup> y para el derecho penal

---

<sup>284</sup> Así se dispone en el Art. 317 Inciso 3° CPCM, tal disposición es aplicable por la integración de las normas que permite el Art. 19 del mismo cuerpo de ley, pues no está contemplado por nuestro legislador para el caso de la prueba que ordena de oficio el juez, en ese sentido si las partes no están de acuerdo con la prueba ordenada, como para los casos normales donde el juez la admite o rechaza no admite recurso alguno, igual ha de ser en la prueba de oficio, reservándose se derecho para cuando se recurra de la sentencia.

<sup>285</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Sexta Edición, Editorial Arzadi, España, 2011, p.515, haciendose una distinción entre el principio dispositivo y el inquisitivo manifiesta el autor que con dicho principio presupone la existencia del proceso a la petición del interesado, ejemplificando que con el hecho mismo

el acusatorio, el primero es un mandato de optimización del proceso, mientras que el segundo un sistema procesal, de cualquier modo que quiera llamárseles, ambos indican la forma de iniciar un proceso y en ambos debe ser por las partes, que para el caso penal y dependiendo del tipo de acción que se inicie corresponderá al Fiscal General de la República y si bien es cierto es Estatal, no por ello deja de ser parte en el proceso y como tal independiente del Juez. De modo que, teniendo similitud en cuanto a la forma de tramitar los procesos, para la materia penal ya ha dicho la Sala de lo Constitucional que la prueba de oficio no vulnera el principio de imparcialidad, pues bien existiendo la misma razón legal debe existir la misma disposición en derecho. En ese sentido, en materia civil no existe pronunciamiento de la Sala respectiva sobre la prueba de oficio, por lo que existiendo en materia penal, sirve la misma por tener identidad en la razón legal sobre la que se pronuncia.

En consecuencia en materia civil aún no se cuenta con jurisprudencia al respecto, considerando que como regla de interpretación al no estar previsto en materia civil y mediante la analogía, servirá como instrumento para aplicarlo en materia civil.

#### 4.3.4. Justificación de la prueba de oficio

Una de las razones por las cuales los jueces de lo civil no ordenaban prueba de oficio es porque se estimaba que con ellas se vulneraba el principio dispositivo<sup>286</sup>, sin embargo queda establecido que con ésta no se vulnera dicho principio, puesto que las partes siempre conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso. Y son las partes las que en primer término están obligadas a ingresar las fuentes de prueba al proceso, y el juez solo puede hacerlo en determinados casos, cuando se justifique a fin de alcanzar una decisión basada en la verdad de los hechos del litigio.

Otra de las razones por las cuales el juez no solía ordenar prueba de oficio, era por la concepción de que, de hacerlo se convertiría en juez y parte, teniendo como premisa que es a las partes a las que les corresponde aportar las pruebas al proceso y en decir de JUAN MONTERO AROCA, de ordenar prueba

---

de poner un derecho a conocimiento del juez, desde allí ya se está ejerciendo el principio dispositivo, agregándole que también lo ejerce cuando dispone de su finalización.

<sup>286</sup> PICO I JUNOY, Joan, *El Derecho a la Prueba en El Proceso Civil*, Primera Edición, Editor José María Bosch S.A. Barcelona, España, 1996, p.260, estas justificaciones las hace el autor como una de las soluciones que propone para armonizar el carácter privado del objeto litigioso con la naturaleza indisponible del proceso.

de oficio se “*hubiere convertido en auxiliar de una de las partes*”<sup>287</sup>. Sin embargo, la actividad realizada por el juez al ordenar prueba de oficio no es la de averiguación de los hechos, sino una actividad de verificación de los mismos<sup>288</sup>, en donde el objetivo final es alcanzar la justicia como valor superior de la función jurisdiccional.

Con tales concepciones el Juez se consideraba limitado en sus facultades, que aunque estaban establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, aquél no las ordenaba, ya que ni aún podía pronunciarse de defectos que podía poseer la demanda, de manera que tenía que esperar a que fueren denunciadas por la contraparte mediante la vía de la excepción u oposición, lo que ocasionaba un dispendio inútil del proceso que atentaba contra el principio de economía procesal. Al contrario de lo que sucede hoy en día, en donde las facultades consagradas en el Código Procesal Civil y Mercantil se ven mermadas a comparación del Código de Procedimientos Civiles y no obstante las pocas concedidas al juez como la expresada en el Art. 277 y 278 CPCM, le permiten que si advierte alguna deficiencia en la presentación de la demanda o bien llegase a advertir algún defecto en la pretensión, pueda prevenir si es subsanable o rechazar la demanda sin necesidad de prevención, no necesitando en consecuencia que sea señalado el defecto por la contraparte.

En ese orden de ideas, si bien se han acrecentado las facultades ordenadoras y de dirección del juez para poder prevenir o rechazar la demanda sin necesidad de participación de la parte contraria, esto lo verifica el juez debido a las tantas veces mencionada facultad directora y ordenadora del proceso. En relación a la prueba de oficio, el legislador disminuyó los casos en que el juez puede ordenarla y la dejó únicamente para el caso del reconocimiento judicial, mas esto no ha detenido a los jueces a actuar activamente, sin que las partes sientan desconfianza de ellos, ni que se les coloque en una situación de desigualdad procesal, quienes sin argumentar nada en contra aceptan la decisión judicial, lo que le concede merito a estas actuaciones judiciales es la motivación de las mismas, es entonces el hecho de

---

<sup>287</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Op. Cit., p. 510. Jugando el juez el papel de auxiliar de las partes, precisamente de aquella que hubiere resultada beneficiada con la prueba, el juez debía cuidarse de no incurrir en parcialidad, o de que no asumiera un papel de juez y parte, con tal razonamiento el juez quedaba apartado de cualquier actividad que contribuyera al dictado de la sentencia.

<sup>288</sup> ALVARADO BELLOSO, Adolfo, en su obra *El Debido Proceso*, Colección Temas Procesales Conflictivos, Editor EGACAL, Escuela de Altos Estudios Jurídicos, Lima, Perú, p. 152, lo que en palabras del autor denomina confirmación a lo que otros autores denominan comúnmente prueba, en vista que este último tiene un carácter multívoco, y que por tanto causa confusiones al intérprete y extraordinaria perplejidad al estudiante.

hacerle saber a las partes las razones del porqué se procede de esa forma, lo que permite que éstas no sientan desconfianza en el sistema.

Diseñado como estaba el proceso civil, en la práctica se demostró que no era la mejor forma para administrar justicia en la materias, ya que los procesos fueron desarrollados lentamente y una justicia lenta no es justicia, porque muchas cuando venían a ser decididos, tales resoluciones resultaban innecesarias por muerte del solicitante u otras razones, aunado a la desidia de las partes que dejaban que los procesos fenecieran por falta de impulso, encontrándose regidos por el principio general de petición de parte, nada podía hacerse para avanzar en ellos.

Actualmente, los jueces basados en la facultad de director y ordenador del proceso, al realizar el examen de admisibilidad de la demanda, pueden advertir que para fundamentar su pretensión a la parte le hace falta algún presupuesto material o esencial, entendiéndolos como aquellos que habilitan a la parte para el ejercicio de una acción y que puede ser la falta de legitimación procesal o bien de un presupuesto que habilita para iniciar la acción, como el titulo donde funda su derecho material, en ese sentido, el juez al hacer el análisis liminar de la demanda advierte que le hace falta un documento que le habilita para el ejercicio de la acción, por lo que basado en las disposiciones antes mencionadas puede hacer la prevención y pedirle a la parte que la presente puesto que de ese documento deriva el fundamento de su derecho que lo legitima como parte material en el proceso, o bien que constituya un presupuesto de procedibilidad en el proceso<sup>289</sup>.

Sobre lo anterior el tratadista JUAN MONTERO AROCA ha manifestado que: *“en la actualidad se ha atribuido al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles en quien dirige el proceso, aclarando que esa dirección se refiere a la que antes hemos llamado facultades procesales...se comparte plenamente que el juez controle los presupuestos procesales en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso y la posibilidad*

---

<sup>289</sup> ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil II*, traducido por Romera Vera, Buenos Aires, 1955, p. 44, el autor hace una distinción acerca de los que son los presupuestos y los impedimentos, diciendo que los presupuestos son los que pueden ser observados por el juez de oficio en cambio los impedimentos, deben ser alegados por una de las partes al momento de contestar la demanda, obviamente que tratándose de la demanda quien deberá observarlos es el demandado. Mas el Art. 277 N°7 CPCM, contempla los requisitos de la demanda y el caso expuesto encuentra su asidero legal en dicha disposición.

de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto”<sup>290</sup>. En ese sentido se ha dejado de ver el proceso como algo propio de las partes, aunque en él se ventilen derechos privados, sino como una herramienta para la administración de justicia, por ende de derecho público.

En base al principio de economía procesal, el proceso tiene que ser útil, por ello no se justifica que el juez a sabiendas de que va a llegar a un final que le va a impedir dictar una sentencia de fondo, no prevenga a la parte que presente la prueba en que funda su pretensión, esto conduce a reflexionar ¿cuál es el momento en que el juez puede pedir prueba?, si es en el momento del ofrecimiento de prueba o audiencia preparatoria o bien en el momento en que la prueba se incorpora es decir audiencia probatoria o si por el contrario, puede hacerlo antes que las partes ofrezcan prueba; debe pensarse que puede hacerlo desde antes que las partes la ofrezcan, es decir tratándose de prueba documental, el juez está en la facultad para hacerlo desde ese momento de la presentación de la demanda pues probablemente desde ese momento descubrirá la necesidad de esa prueba, aunado al hecho de que debe pedirse en ese momento, por ser ese el momento procesal oportuno para que las partes aporten la prueba documental, porque de lo contrario precluye la oportunidad de hacerlo, convirtiéndose el juez en palabras de CALAMANDREI<sup>291</sup>, en un espectador del proceso dejando de lado su función de director y ordenador del proceso

#### 4.4. El rol del juez

Queda evidenciado que el juez tiene facultades, aunque limitadas a las establecidas por el legislador y a las cuales por el principio de legalidad, deberá someterse, sin embargo, habrán casos en donde al juez le corresponda estar ante un dilema que va desde lo absurdo de una posición que lo hace bajar hasta las arenas del debate para perseguir probanzas que de ordinario le corresponden a las partes, hasta la insensata posición de hacerle afrontar el dictado de una sentencia injusta, con las manos atadas para

---

<sup>290</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Op. Cit., p. 512. En el que el aumento de los poderes técnicos del juez van en desmedro del principio dispositivo, no fue sino con Grandi y Calamandrei que se hizo ver que ese reforzamiento de la autoridad del juez se le concedían como una necesidad de orden técnico.

<sup>291</sup> RUDOLFFI DUNLOP, Sergio, *Nuevas Orientaciones de la prueba*, Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 21, disponible en <http://books.google.com.sv/books?id=> sitio consultado el día 29 de septiembre de 2012. Estos fueron tratados en un curso de charlas con especialistas chilenos, organizados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

todo esclarecimiento que le permitiese dictarla en justicia<sup>292</sup>. Ha de entenderse que para no encontrarse en un dilema como el anterior se le deben reivindicar al juez las facultades, que le permitan sustraerse del rol de juez pasivo, espectador del proceso, y que esperando que por el principio dispositivo discurra lo que quiera acaecer en el proceso, y que por el contrario opte por el activismo judicial, que le permita conocer la verdad jurídica objetiva del caso, ordenando pruebas para mejor proveer y prueba de oficio. Dejando atrás la concepción de que el proceso sirve como herramienta para la satisfacción de pretensiones, sino como la herramienta que sirve para alcanzar el valor justicia.

Establecer el rol que el juez debe tener dentro del proceso, más que el de simplemente resolver la controversia sometida a su conocimiento, lleva aparejado el hecho de determinar cuáles son las facultades que posee el juez en la iniciativa probatoria, guardando identidad entre el rol pasivo con la aplicación pura del principio dispositivo y el de rol activo con el sistema inquisitivo, donde predomina el principio de oficiosidad<sup>293</sup>.

#### 4.4.1. El abstencionismo judicial

Basados los jueces en la idea de que son las partes las interesadas en conseguir el triunfo en el proceso, consideran que puede abandonarse en ellas la iniciativa probatoria del proceso, permeados del temor a quebrantar el principio de imparcialidad y el de igualdad procesal toman una actitud pasiva en el proceso, creyendo que por imperar el principio dispositivo, permanecer pasivos en el proceso es lo correcto. No es más que lo que en palabras de GIROLAMO MONTELEONE definía como: “*un juez pasivo e inerte, impotente, espectador de las astucias de las partes y de sus defensores*”<sup>294</sup>. La absoluta

---

<sup>292</sup> DIAZ FUENTES, Antonio, *La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tratamiento y Practica*, Segunda Edición, Editorial Bosch, España, 2004, p. 109, en donde el autor hace alusión que mediante el Art. 435 LEC., se hace una sustitución de lo que antes fueron las diligencias para mejor proveer por las diligencias finales, las cuales vienen a convertir al juzgador en una esfinge inerte, puesto que tal como lo dispone la referida disposición que en lo conducente dice: “*Diligencias finales. Procedencia. 1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas...*”

<sup>293</sup> OLASO ALVAREZ, Jorge, *La Prueba en materia civil*, Primera Edición, Editorial Editorama, San José Costa Rica, 2006, p.54, el autor considera que existen algunas legislaciones como la Costarricense que se le otorgan mayores facultades al juzgador para dirigir el proceso y lograr su conclusión y son precisamente esas facultades las que son un reflejo del principio de oficiosidad y no obstante tener aplicación dicho principio no por eso se desplaza el principio dispositivo, dado que siempre son las partes las que deben aportar las pruebas en el proceso.

<sup>294</sup> GIROLAMO, Monteleone, *El Actual Debate sobre las orientaciones publicistas del Proceso Civil*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, N° 7, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 239. Una intelección del principio

pasividad del juez civil se fundamenta en cinco argumentos que carecen de la justificación suficiente<sup>295</sup>, los cuales de manera sucinta son: incompatibilidad del derecho a la prueba con la iniciativa probatoria del juez; inadecuación del carácter privado del objeto litigioso con la iniciativa probatoria; existencia del interés único de las partes; la protección de la carga de la prueba y la salvaguarda de la necesaria imparcialidad del juzgador.

#### 4.4.1.1. Incompatibilidad del derecho a la prueba con la iniciativa probatoria del juez.

Este argumento se sustenta, en la idea que los únicos sujetos que pueden aportar pruebas son las partes del proceso, ya que a ellas se les atribuye en el ordenamiento jurídico la facultad de hacerlo, así lo prescriben diversas disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil específicamente el Art. 7 inciso 3° que a su letra dice: “*La proposición de las pruebas corresponde exclusivamente a las partes o por los que tienen la calidad de terceros*” aunado al Art. 321 del mismo cuerpo de normas que en lo pertinente dice: “*la carga de la prueba es exclusiva de las partes*”, de tales normas se desprende que ese derecho le corresponde a las partes y habría que evitar que el juez se interponga en el ejercicio de ese derecho y en ese sentido sólo a las partes les corresponde determinar qué medios de prueba utilizarán para establecer sus pretensiones, en consecuencia si a la carga de la prueba se le ve como derecho y por tanto sujeto a protección, y la iniciativa probatoria como facultad del juez, ambas no deberían coexistir en un proceso y mucho menos en una normativa, pues estas resultan ser opuestas.

La anterior idea, no puede considerarse verdadera, puesto que ni las partes ni el juez poseen el monopolio de la prueba; en ese sentido, son absolutamente compatibles y si bien es cierto las partes tienen la libertad de utilizar los medios de prueba que estimen necesarios para lograr el convencimiento del juez, ello no significa que el juzgador no pueda disponer de oficio ciertas pruebas a las que expresamente se le faculta<sup>296</sup>, y es que esa fue precisamente la idea del legislador al consignar tal posibilidad en el Código.

---

de aportación de parte no puede conducir a un juez pasivo, so pretexto de que se afecte su imparcialidad, pues la misma ley permite que en determinados casos se pueda ordenar la prueba de oficio.

<sup>295</sup> PICO I JUNOY, Joan, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Editor José María Bosch, Barcelona España, 1996, p 232. Fundamentos que han servido al juez para mantenerse en total pasividad, y no obstante permitir la normativa decidían continuar en esa situación, considerando que gran parte del cambio del rol del juez se debe a su aptitud.

<sup>296</sup> PICO I JUNOY, Joan, Óp. Cit. p. 233, debe entenderse que la facultad del juez de ordenar prueba de oficio no va en detrimento del derecho que poseen las partes de elegir el medio probatorio que incorporarán en el proceso

#### 4.4.1.2. Inadecuación del carácter privado del objeto litigioso con la iniciativa probatoria

Este segundo argumento, se refiere a que las partes deben ser libres en la disposición de su pretensión, lo cual está en íntima conexión con el principio de justicia rogada, según el cual las partes tienen la carga procesal<sup>297</sup> de iniciar el proceso, determinar en forma clara su pretensión y las pruebas que les ayudarán a confirmar la verdad de su pretensión, en ese sentido el predominio del proceso es de las partes y el juez según este principio lo único que debe hacer es acogerse a la actividad de las partes<sup>298</sup>. En otras palabras, el juez no puede ordenar prueba para establecer si por parte del demandante existe el derecho de crédito que alega o bien si por parte del demandado existe cualquier medio que lo haya destruido; según esto, le estaría vedado al juez pronunciarse sobre alguna prueba documental que la parte requiriese para establecer su objeto litigioso, lo cual tampoco es cierto, si volvemos al punto a que se ha referido antes, que constituye uno de los requisitos de la demanda, especialmente cuando la parte que interpone su pretensión ante el órgano jurisdiccional, se le impone la carga de acreditar con los documentos necesarios su pretensión y de no hacerlo, el juez puede prevenirle por una sola vez para que en el plazo de cinco días cumpla con las formalidades establecidas<sup>299</sup>.

Aunado a lo anterior, este argumento se sustenta en la idea superada de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado<sup>300</sup>, según el cual, como lo que se ventila tiene carácter disponible o privado, el proceso también debe tenerlo; no obstante, el carácter privado del objeto litigioso no

---

para probar su pretensión, puesto que además de consignarse en la norma la facultad, es el juez a quien le corresponde decidir sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba propuesta por las partes y de donde deriva el fundamento de la obligación del juez a motivar la denegación de prueba.

<sup>297</sup> Respecto de la carga procesal para estos efectos es considerada como aquel imperativo procesal que pesa en las partes de iniciar, desarrollar y finalizar el proceso y que sin embargo, aunque tengan la carga no es exigible de forma coercitiva, pero se hacen acreedores de la consecuencia de no haberlo ejercitado debida y oportunamente, para mejor ilustración DEVIS ECHANDIA, Hernando, lo trata en su obra *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*, Editorial ABC, Tomo I, Bogotá, Colombia, 1981, p. 10

<sup>298</sup> ALZATE RIOS, Luis Carlos, *Temas de Derecho Procesal Administrativo Contemporáneo*, Editorial La Gran Colombia, 2011, p.67, por el principio dispositivo el juez debe respetar lo pretendido por las partes.

<sup>299</sup> Sobre este punto véase los Arts.276 numeral 7 y 278 ambos del CPCM, que contienen los requisitos que debe contener la demanda, y la facultad del juez de prevenir que los complemente.

<sup>300</sup> PICO I JUNOY, Joan, *Ibidem*, p. 235, en el sentido que ya no se puede concebir al proceso con una visión privada, pues estas han sido superadas, sino más bien una visión publicista del proceso, es decir aquel que considera al proceso como una herramienta para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Estos razonamientos pertenecían la visión privatista del proceso que como ya se mencionó ha sido superado, en ese sentido no existe duda que el conflicto sometido a conocimiento del juez es de carácter privado pero eso no quiere decir que el proceso sea privado, sino de orden público, consecuencia de ello es la gratuidad de la justicia y la indisponibilidad del procedimiento.

significa que el proceso tenga carácter privado, por consiguiente las normas con las cuales se tramitará el proceso no dependen del arbitrio de las partes ni del juez sino del principio de legalidad<sup>301</sup>, mediante el cual se indica que el proceso debe desarrollarse de acuerdo a la norma; en ese sentido, la función jurisdiccional que se ejerce en materia civil, es una función pública; basta entonces reconocer el carácter público de la función para imaginarse cuál debe ser el rol desempeñado por el juez, de ahí que para garantizar una tutela judicial efectiva debe dotársele al juez de las herramientas necesarias.

#### 4.4.1.3. Existencia de interés único de las partes

El tercer argumento sostenido por el juez para mantenerse en un abstencionismo judicial, se encubre en que existe en las partes un interés único que los identifica con su finalidad en el proceso, cada uno pretende obtener una sentencia favorable a sus pretensiones, uno de ellos pretenderá la declaración, constitución, modificación o extinción de un derecho, mientras que el otro podría plantear un allanamiento a la pretensión o bien una oposición a la misma; en cierto modo, este argumento se concreta en que cada parte tiene su propio interés y por tanto son los que mejor lo defenderán, así pues, nadie mejor que ellos, ni el juez puede conocer los medios de prueba que acrediten la verdad de sus afirmaciones. Por su parte el juez no puede tener identidad de interés con ninguna de las partes y el único interés<sup>302</sup> que puede tener es el de administrar una recta aplicación de la justicia, lo cual se puede lograr aunque el juez tenga iniciativa probatoria precisado que lo que se pretende es llegar a la verdad objetiva o real.

Según este argumento el interés de la parte actora por ser de carácter privado no es compatible con la iniciativa probatoria del juez, pero es que se olvidan los doctrinarios que la sostienen, que a la par de ese interés privado de la parte se encuentra el interés social, que es el que deben tener los jueces con

---

<sup>301</sup> Principio que se encuentra contenido en el Art. 3 CPCM, mediante el cual se establece que “todo proceso debe tramitarse...conforme a las disposiciones de este Código...” véase entonces que el modo a desarrollarse el proceso no pertenece a los litigantes sino al Estado.

<sup>302</sup> ZERPA MORLOY, Mariana, *Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso*, Primera Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2006, p.130, en el que se manifiesta que en el proceso se entrelazan tres tipos de interés, a saber: el interés jurídico directo y personal de las partes materiales de la causa, de donde se deriva su posición ya sea esta activa o pasiva, un segundo interés directo y derivado del anterior que es el posee un tercero extraño en un inicio al proceso y el tercer interés que es el interés general, el interés de la sociedad, puesto que la sociedad siempre está interesada en afirmar el sentido de justicia que sostiene el ejercicio soberano del poder de la jurisdicción, que al reconocerse ese interés general y público se faculta a aquel que sin ser el directamente interesado pueda tener iniciativa probatoria.

el compromiso de disminuir los conflictos civiles, el cual de no resolverse ahora repercutirá después, ya que el mismo estará sin resolverse. De aquí, se deduce que el Juez frente a la falta de prueba podría causar un estancamiento de la resolución del conflicto o el dictado de una sentencia injusta con falta de equidad, por lo que debe contar con las herramientas que le permitan dictar una sentencia en equidad, sin dilaciones y dentro del límite de la verdad.

Por ende, no se concibe la idea de que se acuda al sistema jurisdiccional para la solución de la controversia y que por no ser del interés del juez, emita una sentencia lo más alejada de la realidad posible, esa frialdad no se concibe más que sólo en un juez temeroso, que lo único que consideraría como su finalidad es resolver el conflicto entre las partes, sin que ocupe un grado de importancia el conocer la verdad de los hechos; por ello es necesario, que el juez no solo cuente con las herramientas que le permitan dar una sentencia como expresión de la verdad y de la justicia, sino que la mentalidad de éste debe ser de compromiso y de entendimiento que el deber de administrar justicia se le impone como un imperativo procesal.

#### 4.4.1.4. La protección de la carga de la prueba

El cuarto argumento de los jueces que adoptan una actitud pasiva en el proceso, es que deben respetarse las normas que dictan la carga de la prueba y con la iniciativa probatoria el juez se estaría probando la existencia o la inexistencia de hechos, que en virtud del *onus probandi* corresponde probar a una de las partes<sup>303</sup>, con ello el juez estaría destruyendo la institución de la carga de la prueba. Si recordamos lo que establece el Art. 321 CPCM<sup>304</sup> que le confiere tal carga de forma exclusiva a las partes, de modo que si el juez ordena prueba de oficio estaría asumiendo una carga que no le corresponde, si bien es cierto legalmente se establece esa carga única y exclusivamente a las partes,

---

<sup>303</sup> BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, México, 1974, p.92, en el que el autor considera que si el juez ordena pruebas distintas a las ofrecidas por las partes, se violaría el principio que obliga al juez a respetar la carga de la prueba.

<sup>304</sup> Disposición que dice en el inciso primero: “*La carga de la prueba es exclusiva de las partes. Sin embargo, respecto de la prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro y contradictorio, en tales diligencias no se podrán introducir hechos nuevos, bajo ninguna circunstancia, ni tampoco practicar ningún medio probatorio no introducido oportunamente por las partes*” parece ser que existe de parte del legislador una contradicción en este caso, pues por una parte manifiesta que no se podrá practicar ningún medio probatorio que no haya sido introducido oportunamente por las partes, pero por otra faculta a que el juez pueda ordenar el reconocimiento judicial de oficio, así como también la prueba pericial en ciertos casos.

ello no quiere decir que el juez no pueda ordenar prueba, sobre todo si se ve la norma contenida en el Art. 390 y 400 ambos del CPCM, que tales facultades no atentan contra la protección de que goza la carga de la prueba, ya que en la primera de las disposiciones solo la ordenará el juez cuando lo considere necesario para el dictado de la sentencia; no se da entonces ningún desplazamiento de la carga de la prueba en el juez. En el segundo de los supuesto que regula la ultima disposición citada, se refiere cuando el juez considera necesaria la intervención del perito para poner en duplicación los medios de reproducción de sonido, voz o de la imagen, como puede verse se deja la facultad para ordenar la prueba de oficio a la necesidad del juez y no como una carga procesal.

Que tal argumento sostenido por los jueces para mantenerse pasivos o en un total abstencionismo judicial carece de sentido, sobre todo si se toma en cuenta, tal como se citó en el tercer capítulo de esta investigación, lo que es prueba y en el decir de la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, “*La prueba es aquella actividad que desarrollan las partes o el Tribunal para adquirir el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso*”<sup>305</sup>, como se ve, lo que se quiere lograr es el convencimiento del juez, analizado por la finalidad de la prueba. Cabe aclarar, que cuando se habla de carga se hace referencia a aquella actividad que debe ser realizada por las partes; en realidad la carga se vuelve carga cuando la parte que no presentó la prueba tiene que soportar las consecuencias de su prueba deficiente al momento de dictar la sentencia. En tal sentido tampoco se vulnera la institución de la carga de la prueba, pues no se da un desplazamiento de la misma a manos del juez. Ya que si las partes no introducen prueba inexorablemente devendrá una sentencia desfavorable. Pues la prueba de oficio presupone de alguna manera cierta actividad probatoria.

---

<sup>305</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva con referencia 114-S-2000, de fecha 31 de mayo de 2001, apartado 3.2. véase que al definirlo comprendió que además de las partes también podía ser realizada por el tribunal y que si la realizaba el tribunal por medio del juzgador sería cuando fuere necesario para adquirir el convencimiento de la verdad. Si bien es cierto esto se manifestó dentro del contexto de la vigencia del código de procedimientos civiles, y en materia de lo contencioso administrativo, pero en la definiciones que la Sala de lo Civil ha dado de prueba la más reciente manifiesta: “*La prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido; así, para que las pruebas sean admisibles deben ser pertinentes, esto es, concerniente al hecho que se pretende establecer, o, deben ceñirse al asunto de que se tratan*” SALA DE LO CIVIL, en Sentencia Definitiva de Recurso de Casación, con referencia 76-CAM-2009, de fecha 02 de febrero de 2010, a pesar que se da definición de prueba no se dice por quien debe ser aportada, mas al referirse a la carga de la prueba lo ha dicho en reiteradas ocasiones que “*En la carga de la prueba incumbe probar a quien alega la existencia de un hecho, no a quien lo niega, más al demandado le puede corresponder la prueba de los hechos en que basa su excepción, en virtud del principio de derecho reus in excipiendo fit actor, al tornarse el demandado en actor de su excepción*”. SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva en Recurso de Casación, de fecha 14 de noviembre de 2008, en similar forma lo manifiesta para el actor.

#### 4.4.1.5. La salvaguarda de la necesaria imparcialidad del juzgador

El quinto argumento para que sigan teniendo los jueces una actitud pasiva en el proceso<sup>306</sup>, es la creencia de la pérdida de la imparcialidad, pues se afirma que al actuar de oficio está prejuzgando en su decisión final<sup>307</sup>. Consideran que la protección de la imparcialidad del juez es el fundamento más serio que justifica la actitud pasiva del juez para practicar pruebas no propuestas por las partes y aunque el legislador otorgue esas facultades al juez, no las aplican por considerar que las mismas menoscaban el principio de imparcialidad que debe ser la principal característica del Órgano Judicial. No cabe duda, que el juez debe ser imparcial en la toma de la decisión, esa imparcialidad es consustancial al concepto de jurisdicción, pero no para colocarlo como un mero espectador en el proceso, a las resultas de la actividad de las partes.

Es necesario recordar, que la Constitución garantiza el principio de imparcialidad en el Art. 172 inciso tercero cuando establece: *“Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”*. En ese sentido la imparcialidad del juez consiste en la sujeción que en el ejercicio de sus funciones tenga el funcionario a la ley y se constituye en garantía fundamental; el que el juez no tenga ningún prejuicio hacia ninguna de las partes ni al proceso mismo es lo que implica la aplicación del principio de imparcialidad y en caso de ordenar prueba estaría favoreciendo a la parte que resulte beneficiada con el resultado de la práctica de la misma.

En tan importante función del juez de administrar justicia, la imparcialidad es un principio que debe regir toda la actividad del juzgador, en la que el juez no puede suplir la negligencia probatoria de las partes; por lo tanto, al ordenarse la práctica de diligencias para mejor proveer o prueba de oficio, debe evitarse

---

<sup>306</sup>PICO I. JUNOY, Joan, Op.Cit., p. 232. Ha sido el principio dispositivo el que ha colocado a los jueces por mucho tiempo en una actitud pasiva, pero dicho principio ha sufrido una modificación en cuanto que, aunque la iniciación del proceso esta confiada a las partes y en el proceso civil se ventilan relaciones jurídico privadas, la finalidad de todo juez debe ser el de la justicia y de allí la función social realizada por el juez, en cuyo cumplimiento deberá de hacerse valer de las herramientas otorgadas para el cumplimiento de su función sin temor a generar descredito en el sistema.

<sup>307</sup>PICO I. JUNOY, Ibídem. p. 241. El juez con su compromiso de administrar justicia, debe ir más allá de la simple aplicación de la norma, y pasar a la interpretación de la misma, siempre que lo haga en favor de la justicia y con la finalidad de lograr la tutela de los derechos de los usuarios de la justicia civil.

que la misma desequilibre la situación probatoria entre las partes<sup>308</sup>, puesto que: la iniciativa probatoria del juez ya sea como diligencias para mejor proveer o la prueba de oficio, no proceden en salvaguarda del interés particular sino de la recta administración de la justicia.

Ciertas reflexiones sobre el tema pueden ayudar a considerar si efectivamente se vulnera el principio de imparcialidad, en primer lugar al ordenar el juez una prueba de oficio, no conoce el resultado de la misma, en ese sentido no se puede decir que el juzgador se está decantando por favorecer a alguna de las partes faltando a su deber de imparcialidad, sino únicamente lo hace para cumplir de forma eficiente la función jurisdiccional asignada<sup>309</sup>, así mismo lo ha sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó dicho en el desarrollo del apartado 4.3.2 cuándo se trató el apartado de la Prueba de Oficio y el Principio de Imparcialidad, por lo que, debe remitirse el lector a los comentarios del mismo. Concluyendo que la necesaria característica del Órgano Judicial de que sea imparcial, no es contradictoria con el compromiso de dictar una sentencia con convicción judicial, sino más bien irán encaminadas a obtener la efectiva tutela de los derechos de las partes.

En segundo lugar, en la legislación salvadoreña se legitima para actuar oficiosamente en otras materias como las sometidas a la jurisdicción de Familia<sup>310</sup>, así como a la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar<sup>311</sup>, aunado a la sometida a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, tal como se deja ver en la ley de la materia, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>312</sup>; igual situación ha de decirse de la

---

<sup>308</sup> FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la prueba*, tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 635. Solo la aplicación rigurosa del principio dispositivo impide que el juez pueda suplir la negligencia, la incapacidad, los errores o la ignorancia de los apoderados en la utilización de las pruebas en el proceso.

<sup>309</sup> PICO I. JUNOY, Joan, Op. Cit. p. 244, Es que el juez desconoce antes de practicarse una prueba cuál será el resultado, argumento razonable que impide considerar que cuando el resultado de esa prueba beneficia a una de las partes, el juez ya estaba parcializado para beneficiar a esa parte.

<sup>310</sup> En donde dispone el Código Procesal familiar en el Art. 55 dispone que: “*No requieren prueba los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la contraria, los hechos notorios y los evidentes. No obstante lo dispuesto en el Inciso anterior, cuando la Ley exija prueba específica o el Juez la considere necesaria para mejor proveer, ordenará su recepción aún de oficio*”.

<sup>311</sup> La Ley Contra la Violencia Intrafamiliar en su Art. 22 Dispone: “*En los procesos que se siguieren conforme a esta ley el juez o jueza respectivo, deberá aplicar los principios de oralidad, intermediación, concentración, celeridad, igualdad, economía, probidad y oficiosidad. En la valoración de la prueba, los Jueces aplicarán la sana, crítica.*” Facultándose al Juez por el principio de oficiosidad a que pueda realizar una investigación de los hechos, ordenando prueba en el proceso.

<sup>312</sup> Mediante la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa se establece en el Art. 48 “*La Sala podrá subsanar de oficio los vicios de procedimiento que por su naturaleza podrían producir nulidad. También podrá ordenar de oficio, para mejor proveer la recepción de cualquier clase de prueba, solicitar los dictámenes e informes que estime pertinentes y la remisión de los expedientes originales, los cuales una vez vistos, serán*

materia laboral<sup>313</sup>, cuestionándose entonces que si el legislador lo permite para esas materias estaría asumiendo que en esas materias el juez no será imparcial, situación ésta que ni por indicio es compartida por la jurisprudencia ni por la doctrina, pues aunque se faculte la prueba de oficio, no por ello dejará de resolver con la imparcialidad debida<sup>314</sup>.

En tercer lugar, el hecho de haber consignado el legislador la facultad del juez para que pueda ordenar el reconocimiento de oficio, en el Art. 390 Inciso 2° CPCM, tampoco está indicando que se admite la vulneración de la imparcialidad del juez, porque de considerarlo así no la hubiese concedido. Sería un contradictorio que por una parte concede facultades amplísimas aunque sea por la vía de la aclaración cuando se faculta al juez a preguntarle al testigo y que por otra se considere que ordenar la prueba de oficio si la vulnera, además mayor es la facultad del juez cuando se opone a una prueba, rechazándola, que cuando la ordena<sup>315</sup> y nada sobre faltar a la imparcialidad se dice en tales casos.

Hasta acá se llega con los argumentos en contra de la iniciativa probatoria, los cuales a su vez se fueron desvirtuando con los razonamientos que se han proporcionado y que servirán para la elección del juez, en mantenerse o no, en un abstencionismo judicial, pasando a ser un juez con dinamismo judicial y parte de lo que hoy en día se conoce como un derecho procesal moderno.

---

*devueltos al lugar de su procedencia*” disposición en la cual deja ver el legislador que en esta materia también se otorgan facultades al juzgador.

<sup>313</sup> En el Código de trabajo se regula en el Art. 398 establece que: “*En cualquier estado del juicio antes de la sentencia, el juez podrá practicar de oficio, inspección, peritaje, revisión de documentos, hacer a las partes los requerimientos que fueren necesarios, y ordenar ampliación de las declaraciones de los testigos, todo para fallar con mayor acierto*”.

<sup>314</sup> En dicha ley se conceden amplias facultades al órgano jurisdiccional véase el Art. 48 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual dispone: “*La Sala podrá subsanar de oficio los vicios de procedimiento que por su naturaleza podrían producir nulidad. También podrá ordenar de oficio, para mejor proveer la recepción de cualquier clase de prueba, solicitar los dictámenes e informes que estime pertinentes y la remisión de los expedientes originales, los cuales una vez vistos, serán devueltos al lugar de su procedencia*”.

<sup>315</sup> En el Código Laboral, contiene una norma que instituye la oficiosidad, en ese sentido una vez interpuesta la demanda el proceso continua de oficio así lo establece el Art. 382 cuando consigna: “*Interpuesta la demanda el proceso será impulsado de oficio*” aunado a lo establecido en el Art. 398 que dice: “*En cualquier estado del juicio antes de la sentencia, el juez podrá practicar de oficio, inspección, peritaje, revisión de documentos, hacer a las partes los requerimientos que fueren necesarios, y ordenar ampliación de las declaraciones de los testigos, todo para fallar con mayor acierto*”.

#### 4.4.2. El activismo judicial

Para un Juez comprometido, su único interés será el de hacer Justicia y el medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad. Por tal razón, el juez como órgano del Estado, requiere contar con suficientes instrumentos, facultades o poderes jurisdiccionales, que lo autoricen para realizar de oficio una amplia averiguación de la verdad en el proceso, con miras a un interés superior de justicia. Ello implica que el juez, dentro del proceso, se valdrá de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables para formar la convicción necesaria, suficiente y motivada respecto a la verdad jurídica objetiva, cuidando siempre que no medie agravio para el derecho de defensa.

Sin embargo, de nada valdría contar con las herramientas, si el Juez no realiza un cambio de paradigma asumiendo un rol activo dentro del proceso, cuidando que las facultades que éste pueda tener en el proceso no lo hagan caer en arbitrariedad, que lo convierta en un juez déspota o autoritario; se requiere entonces, que el juez conozca cuales son los límites constitucionales que debe tener, para establecer el equilibrio que se requiere para no causar desconfianza en el sistema, que llegue incluso a ser causa de recusación del conocimiento del proceso, así como tampoco tal pasividad lo empuje a ignorar la realidad social y lo vuelva un juez tibio, simplista y sin regodeo a las partes.

Caso contrario, el no acceder a la llamada interna de desear encontrar la verdad jurídica objetiva, devendrá en el dictado de una sentencia formal, que no se enlaza con el sentido justicia, en esa línea del pensamiento el Juez en materia civil debe estar provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo activo, rápido y seguro. Un activismo judicial no quiere decir el ejercicio abusivo de los poderes-deberes del juez sino cumplir de una mejor manera posible su finalidad de impartir justicia y por qué no decirlo, contribuir con ello a la paz social<sup>316</sup>.

Consientes de las implicancias que conlleva el ejercicio de la judicatura y sobre todo, cuando se desenvuelve con el protagonismo aquí delineado, se requiere conocer cuáles son los límites

---

<sup>316</sup> Hacer un replanteo del juez civil es necesario y no por ello debe sentirse temor al cambio, puesto que si se ve el derecho comparado, la intervención activa del juzgador en la iniciativa probatoria no ha llegado a crear desconfianza en el sistema en cuanto a que se crea que los jueces son parciales, a manera de ejemplo, se puede mencionar países como Alemania, Italia y Francia, en donde se ha concedido plena iniciativa probatoria al juez, sin pérdida de imparcialidad.

constitucionales para asegurar que quede confinado a ellos, puesto que la Constitución no concede poderes ilimitados y los jueces son personas que actúan con freno, teniendo en cuenta la exigencia de la administración de justicia y el juramento que rindió al asumir el cargo de cumplir y hacer cumplir la justicia. En ese sentido, el activismo no puede ser concebido de forma libre porque entonces se estaría ante jueces déspotas que realizan un acto legal de forma ilegal. Pasemos ahora a conocer esos límites constitucionales del juez en la iniciativa probatoria.

#### 4.5. Los límites constitucionales del juez en la iniciativa probatoria

Plantear el tema de los límites, es cuestionarse hasta dónde puede llegar el alcance del juez para ordenar prueba, aunque sea con la finalidad de llegar al convencimiento necesario, que le permita fallar con claridad y acierto. En tal caso si la ha ordenado el juez es porque siente la necesidad en su interior, generada por la duda<sup>317</sup> de esa prueba a fin de que le permita que su decisión sea la más adecuada, porque con ella podrá llegar al convencimiento de alcanzar un grado de certeza en el establecimiento de los hechos y esto solo lo podrá determinar cuándo se haya realizado la prueba y no antes, constituyéndose así, en uno de los pilares más fuertes para sostener que la iniciativa probatoria del juez es fundamental en la actividad probatoria. Sin embargo, con el objeto de precaver las refutaciones que puedan formularse a la mencionada iniciativa, es necesario convenir los siguientes límites con el objeto de evitar el arbitrio judicial. Los límites constitucionales, se encuentran en el derecho de petición, en la imparcialidad del juez, en el derecho de defensa y la congruencia.

##### 4.5.1. El derecho de petición

Uno de los límites está representado por el derecho de petición, que consiste en la facultad de las partes de dirigir sus peticiones de manera decorosa a las autoridades legalmente establecidas, tal como se regula en el Art. 18 Cn., ejerciéndose ésta en la demanda donde se deja sentado el *petitum*<sup>318</sup> y la

---

<sup>317</sup> LLOBREGAT GARBERI, José, y Guadalupe Buitrón RAMÍREZ, *La Prueba Civil*. Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 182, por eso el autor considera necesario que debido a que es el juez el que dice la prueba que se recibirá la misma no pasará por el filtro de la admisión por tanto resulta necesario que él tenga la autentica obligación de razonar debidamente sobre los motivos por los cuales consideran necesaria esa prueba.

<sup>318</sup> PICO I JUNOY, Joan, Op. Cit. p. 267 en la que el autor define el *petitum* como “*la petición que se dirige al órgano jurisdiccional, y que constituye uno de los elementos que delimita el objeto del proceso*”.

*causa petendi*<sup>319</sup>, entendidos éstos como el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, así las cosas, el juez en la iniciativa probatoria deberá tener en cuenta los hechos introducidos en la demanda y que han sido controvertidos por la partes, sobre la base que los hechos deberán ser introducidos por las partes y no por el juez<sup>320</sup>, en el ejercicio del derecho de petición, mediante el cual se pone en práctica el principio dispositivo y el de aportación de parte.

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede investigar hechos que no hayan sido introducidos por las partes; éste primer límite está proporcionado por la finalidad de la iniciativa probatoria del juez en cuanto a que sólo puede ordenarla para esclarecer los hechos controvertidos<sup>321</sup> y ni aún, si de la práctica de las pruebas resultan nuevos hechos que no han sido aducidos por las partes, respecto de los que el juez no podrá resolver, puesto que no debe faltar al principio de congruencia con la base fáctica planteada por los litigantes. De allí que, habrá abuso del juez, si el hecho investigado no ha sido aportado por las partes, o bien cuando exista un total vacío de prueba, porque no habrá nada que aclarar. Y es que según la norma, la iniciativa probatoria ejercida por el juez en las diligencias para mejor proveer tiene carácter complementario pero no sustitutivo<sup>322</sup>.

Este límite desaparece en materias de interés social como familia, violencia intrafamiliar, laboral y contencioso administrativo, en donde el interés general de la sociedad y del Estado está supeditado a la protección de forma directa a los miembros de la sociedad que hacen uso de esas jurisdicciones especiales y donde se les conceden a los jueces los más amplios poderes de investigación, pero siempre sometidos a los principios constitucionales del debido proceso y los especiales de cada proceso.

---

<sup>319</sup> PICO I JUNOY, Joan, *Ibidem*, dicho autor establece como el segundo de los elementos del objeto del proceso la causa petendi, definiéndola “*como la causa que configura la petición*”.

<sup>320</sup> La actividad probatoria del juez sólo puede recaer en las alegaciones formuladas en las alegaciones iniciales, es decir en la demanda o en la contestación de la demanda o su reconvencción, así como en hecho nuevo que hayan sido aducidos oportunamente por alguna de las partes y si la actividad probatoria la sobrepasa se violentaría el principio dispositivo y de aportación.

<sup>321</sup> MIDON, Marcelo Sebastián, *Derecho Probatorio*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2007 p.224 en ese sentido la norma secundaria le permite al juez ordenar prueba solo para clarificar, no para indagar, investigar, escudriñar, permitiendo distinguir entre lo que es investigar y clarificar.

<sup>322</sup> PALACIO LINO, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Decimoséptima Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003, p.403. En la que el autor manifiesta que son las leyes procesales las que permiten que de forma concurrente con la carga de la prueba que pesa sobre las partes coexistan las facultades de los jueces para complementar por iniciativa propia el material probatorio.

#### 4.5.2. La imparcialidad del juez

Este límite se establece en el sentido que el juez solo podrá ordenar prueba de oficio o diligencias para mejor proveer si las mismas resultan ser una derivación de los medios de prueba introducidos por las partes, ello conlleva que se haya realizado previamente actividad probatoria por las partes, pues por mucho conocimiento que tenga el juez sobre los hechos, éstos no pueden ser utilizados para ordenar prueba, ya que de hacerlo iría en contra de la característica del órgano judicial como lo es su imparcialidad, contenida en el Art. 172 Inc. 3 Cn, de modo que, si de la prueba testifical, documental, pericial, pueda derivar la presencia de un tercero que pueda tener conocimientos relevantes en el caso, o bien aparezca mencionado algún documento, o de los hechos expuestos se requiera conocimientos especializados, pueda el juez ordenarlo, en tal caso no se vulneraría la imparcialidad del juez pues la principal fuente para la prueba ha sido incorporado por las partes.

En ese orden de ideas, si el juez ordena prueba sobre hechos aportados por las partes, o bien prueba derivada de la aportada por ellos, lo único que está realizando el juez es una clarificación, comprobación o verificación de hechos que ya constan en el proceso.

#### 4.5.3. El derecho de defensa

El derecho de defensa que se encuentra protegido en la Constitución en el Art. 12 y que consiste tal como se dijo supra desde una perspectiva constitucional<sup>323</sup>: en aquella actividad mediante la cual la parte demandada tiene la facultad de formular su pretensión y rebatir los argumentos de la pretensión de la parte contraria. En consecuencia este derecho se concretiza en el proceso cuando el demandado es oído mediante el emplazamiento, cuando este interviene en la práctica de las diligencias, cuando

---

<sup>323</sup> SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con referencia 167/97, de fecha 25 de abril de 1999, Considerando II, apartado 1, Sobre el derecho de defensa la jurisprudencia al pronunciarse sobre la protección en la conservación y defensa de los derechos, ha señalado que *“nuestra Constitución, acertadamente, desde su art. 2 establece –haciendo una referencia textual– una serie de derechos –individuales, si se quiere– consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos –abierto y no cerrado– como fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello nuestro constituyente dejó plasmado en el art. 2, inc. 1º, el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas en favor de todo ciudadano, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descrito”*.

propone prueba y contraprueba, cuando manifiesta sus alegaciones, cuando rebate los argumentos de la contraparte y cuando recurre<sup>324</sup> en su momento de las providencias dadas por el juez.

Sin embargo, el precitado derecho no es absoluto<sup>325</sup>, como tampoco lo es la iniciativa probatoria del juez, el primero porque habrá casos en donde se dicten ciertas medidas que requieren no ser notificadas, sino hasta después de haberse ejecutado, de lo contrario se perdería la efectividad de la medida decretada por el juez que devendría en una ineficacia de la sentencia, aunque acarree responsabilidad para el ejecutado y el segundo porque no se puede ordenar diligencias para mejor proveer o prueba de oficio sin respetar el derecho de defensa mismo y el de petición.

En ese orden, el juez para ordenar la prueba de oficio debe de hacerlo a luz de ciertos límites, como el de legalidad y el de los hechos controvertidos, así como también respetando el derecho de defensa; es decir, notificando a las partes, permitiendo que estén presentes en la práctica de la prueba, en aplicación del principio de contradicción, admitiendo que la controviertan y que se proponga contraprueba de la misma; así se puede establecer cuando se otorga a las partes la facultad de objetar las preguntas que el juez formule o cuando se les da la oportunidad a las partes de que interroguen de nuevo al testigo sobre la pregunta aclaratoria que el juez hubiese hecho, así se manifiesta en el Art. 369 CPCM<sup>326</sup>. Con tales límites, si bien, no se puede decir que desaparecería en su totalidad el arbitrio ilimitado de los jueces en sus facultades probatorias, pero si se respetan los límites establecidos y que encuentran su respaldo en la constitución se verían mermados los casos de violación a las garantías procesales de los justiciables.

---

<sup>324</sup> MORELLO, Augusto Mario, “*Aspectos Modernos en Materia de Prueba*” en AA.VV., en *Prueba I*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editor Rubinzal Culzoni, S/A p.122, este derecho constituye una autentica garantía, requiere de su estricta observancia y cumplimiento, pues impone que el demandado deba ser oído, esto se logra mediante el emplazamiento que se le haga, que se le haga saber cuáles fueron las razones que motivaron la sentencia.

<sup>325</sup> MIDON, Marcelo Sebastián, *Derecho Probatorio*, Parte General, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2007, p. 249 el derecho a ser oído, derivado del derecho de defensa no es absoluto, esto es que habrán casos en donde el juez tomará disposiciones sin antes haberlo oído al demandado, con la finalidad de no enervar la eficacia de la sentencia que se dicte.

<sup>326</sup> Es el Art. 369 CPCM, el que contempla las consecuencias del interrogatorio aclaratorio en tanto que desarrolla el derecho de defensa en la iniciativa probatoria ejercida por el juez mediante la realización de las preguntas aclaratorias prescribiendo en la parte final de dicha disposición: “*Las partes podrán objetar las preguntas que el juez o los miembros del tribunal formulen y en su caso se dará oportunidad a las partes para interrogar sobre la pregunta aclaratoria*”.

## CONCLUSIONES

### Primera

El juez para cumplir su elemental función de administrar justicia debe recurrir a elementos constitucionales y de la realidad social y conflictual, con la finalidad de crear un clima de confianza entre los usuarios del sistema, confianza que por una parte debe ser en cuanto a saber que se recibirá una sentencia justa, y que por otra parte dicha sentencia devendrá de un órgano independiente e imparcial con sujeción únicamente a la Constitución de la República.

### Segunda

El proceso civil y mercantil es un proceso mixto, en el sentido que es dispositivo por una parte, puesto que la iniciación del proceso y la fijación de los hechos, solo pueden operar a instancia de parte; pero por otra parte se le conceden al juez facultades especiales como la verificación de los requisitos formales de la prueba para su admisión y rechazo, valorándolos conforme a las reglas de la sana crítica, así como cuando ordena prueba para mejor proveer y de oficio.

### Tercera

La forma de tratar la falta de prueba, en materia penal y civil, opera de manera distinta; ya que en materia penal y no obstante contar con una norma que faculta al juez para ordenar prueba de oficio la disposición de los jueces a dictarla es diferente, pues en dicha materia si la parte que acusa no prueba opera el principio de *in dubio pro reo*, en cambio en materia civil, pese a ser del derecho privado, existe una obligación del juez a resolver, y aunque legalmente no se cuenta con la prohibición del *no liquet*, es decir aunque los hechos no estén claros el juez debe resolver, en tal caso para dar una sentencia mas apegada a lo justo, el juez debe hacer uso del recurso de la prueba para mejor proveer y la prueba de oficio.

#### Cuarta

La carga de la Prueba corresponde a las partes, quienes deberán soportar las consecuencias en caso de ausencia de prueba. No obstante, cuando se trate de casos donde una de las partes se encuentre con mayor facilidad respecto a obtener la prueba, deberá de aplicarse la teoría de la carga dinámica de la prueba.

#### Quinta

Las diligencias para mejor proveer tienen una finalidad aclaratoria, en ese sentido se pueden formular preguntas al testigo, así como a aquel que rinda la declaración de parte, lo cual es aceptable sin ninguna duda, sin embargo, y por la vía de aclaración puede el juez ordenar que mediante la realización de otro medio de prueba se aclare el presupuesto formulado por las partes.

#### Sexta

En el Código Procesal Civil y Mercantil se han reducido las oportunidades al juez, de ordenar prueba de oficio, regulándola únicamente para el reconocimiento judicial y para la prueba pericial en determinados casos; sin embargo, basados en la facultad de dirección y de ordenación del proceso, aunque no se ordene la prueba de oficio, se hacen la prevenciones necesarias a fin de que se incorpore la prueba pertinente y útil al proceso.

#### Séptima

En aplicación del principio de dirección y ordenación del proceso, se cuenta con un juez de perfil dinámico, interesado pero no en la pretensión, sino en el resultado útil de su decisión y por tanto comprometido con su función. En consecuencia, el juez espectador, el neutro o pasivo, es una imagen caduca de juez que ha quedado en el pasado; el juez moderno está llamado a una labor insoslayable de emitir sentencias justas, lo cual logrará si utiliza las herramientas que le permiten la búsqueda de la verdad.

### Octava

Las facultades probatorias concedidas al juez, no violentan el principio de imparcialidad del mismo, siempre y cuando se le haga saber a las partes, se permita su intervención en la ejecución de la prueba, se acceda al control bilateral que puedan ejercer las partes, se admita aportar contraprueba de la misma y se conceda la participación de las partes en la ejecución de la prueba en el mismo grado de igualdad.

### Novena

El juez, para ordenar la prueba de oficio, tiene tres límites: el primero, el derecho de petición, por cuanto el juez por mucha facultad que se la haya conferido legalmente, no podrá ordenar prueba de oficio si esta no tiene relación directa con los hechos controvertidos. El segundo de los límites, está determinado por la imparcialidad del juez en el sentido que solo puede hacer llegar prueba en el proceso siempre que sea derivada de la prueba aportada por las partes o de los hechos, y el tercer límite está conformado por el derecho de defensa, en ese orden, el juez, no vulnera el derecho de defensa, si cuando ordena una prueba de oficio lo hace saber a las partes, permite que la controviertan, que presenten contraprueba y finalmente cuando se recurre de esa prueba en el momento procesal oportuno.

### Décima

Las garantías procesales de los justiciables no se ven limitadas cuando el juez ordena la prueba de oficio y la prueba para mejor proveer, siempre y cuando se respeten los hechos controvertidos y discutidos por las partes, el principio de congruencia, el principio de imparcialidad, el de contradicción y el derecho de defensa.

## BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

ACOSTA, José V. *Negligencia Probatoria*, Editores Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1987.

ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil y Comercial*, Tomo 2, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982.

ARAZI, Roland, *La Prueba en el Proceso Civil*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina 2001.

ARAZI, Roland, Roberto Omar Berizonce. Isidoro Eisner, Víctor Fairen Guillen, Enrique M Falcón y otros, *La Prueba*, Editora Platense S.R.L. La Plata, Argentina. 1996.

ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Civil*, Parte Primera, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de Derecho Probatorio*, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

BAILON, Rosalío Valdvinos, *“Teoría General del Proceso y Derecho Procesal”*, Segunda Edición, Editorial Noriega, México, 2004.

BALESTRO FAURE, Miryam, *“La Proscripción del Abuso de los Derechos Procesales”*, Parte General, 2001

BARBERIO, Sergio, Y Otros. *Doctrina Y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, Editorial Juris, Argentina, 2007.

BENABENTOS, Omar A., *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Editorial Juris, Argentina, 2000.

BORTHWICK, Adolfo E. C., *Los Principios Procesales*, Editor Mario A. Viera MAVE. 2001.

BINDER, Alberto, et. al. *“Derecho Procesal Penal”*, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2006.

CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, obra compilada y editada, Traducción y Compilación de Enrique Figueroa Alfonzo, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonzo, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México. 1994

CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba Civil*. Traducido por Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Arayú. Buenos Aires, Argentina. 1955.

CORRALES, Roberto, *Justicia Constitucional en Bolivia*, Editorial Abya Yala, 2003.

COUTURE, Eduardo J, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1958.

COUTURE, Eduardo J. *Introducción al Estudio del Derecho*, Segunda Edición, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina. 1988.

CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Reuss, Madrid, 1992.

DE DE LA RUA, Angelina y Cristina González de la Vega de Opl, *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Editorial Advocatus, Córdoba, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vega Torres, *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Parte General, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2012.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de la Prueba Judicial*, Tomo I y II. Editores Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina. 2000.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición Revisada y corregida, Editorial Universidad, Buenos Aires Argentina. 1997.

DE PINA, Rafael, *Tratado de la Prueba Civiles*, Ediciones De Porrúa Hnos y Cía. México D.F. 1942.

DE SANTO, Víctor, *La prueba Judicial*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 1994.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y Otros, *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, Editorial Universitaria, Ramón Areces, Madrid, España, 2012.

DIAZ CABIALE, José Antonio, *Principios de Aportación, de parte y Acusatorio: La imparcialidad del juez*, Editorial Comares, Granada, España, 1996.

DIAZ FUENTES, Antonio, *La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tratamiento y Práctica*, Segunda Edición, Editorial Bosch S. A. Barcelona España, 2002.

FAIREN GUILLEN, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

FERNANDEZ LARGO, Antonio Osuna, *Teoría de los Derechos Humanos*, Editorial San Esteban, España, 2001.

FERRER BELTRAN, Jordi, *La Valoración Racional de la Prueba*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

FERRER BELTRAN, Jordi, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007.

FUENTES, Fernando Toribio y Otro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Primera Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid España, 2012.

GARBERI LLOBREGAT, José y Guadalupe Buitrón Ramírez, *La Prueba Civil*, Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. Madrid. 2004.

GIMENO SENDRA, Vicente *Derecho Procesal Civil*, El Proceso de Declaración, Parte General, Primera Edición, Editorial Colex, 2004.

GOMEZ SÁNCHEZ, Jesús, *Los Procesos Civiles Declarativos*, Ediciones Dykinson, Madrid, 2003.

GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil, Introducción y Parte General*, Tomo Primero, 3era. Edición, Madrid. 1968

KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*. Segunda Edición Actualizada. Editores Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires, Argentina. 1996.

LACRUZ BERDEJO, *Nociones del Derecho Civil Patrimonial*, Cuarta Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

LOPEZ YAGÜES, Verónica, *La Prueba de Reconocimiento en El Proceso Civil*. Editorial Las Rozas, Madrid, España, 2005.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y Otros, *Derecho Constitucional General*, Segunda Edición, Editora Lorenza Correa Restrepo, Colombia, 2006.

MONTERO AROCA, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*, Sexta Edición, Editorial Arazandi, SA. España. 2011

MORELLO, Augusto Mario. *El Proceso Civil Moderno*, Editora Platense, La Plata, Argentina.2001.

MORELLO, Augusto Mario *La Prueba Tendencias Modernas*, Segunda Edición Ampliada, Editora Platense, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001

MICHELLI, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, Traducida por Santiago Sentís Melendo, Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia, 2004

OLASO ALVAREZ, Jorge, *La Prueba en materia civil*, Primera Edición, Editorial Editorama, San José Costa Rica, 2006

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, Séptima Edición, Editorial Harla, 1995

PALACIO LINO, Enrique, *Manual de derecho Procesal Civil*, Decimoséptima Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003

PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, Decima Primera Edición, Editores Otero Hnos. 1968

- PARADA GÁMEZ, Guillermo Alexander, *Oralidad en el Proceso Civil*, Colección de Profesores 1, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, Departamento de Ciencias Jurídicas. Primera Edición. 2008.
- PEYRANO, W. Jorge, *El Proceso Civil, Principios y fundamentos*. Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. Lavalle 1208. Buenos Aires, Argentina.
- PEYRANO, W. Jorge, Julio O. Chiappini, *El Proceso Atípico*, Segunda parte, Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984.
- PODETTI, Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, “Tratado del Proceso Laboral”* Ed. Ediar Buenos Aires, Argentina, 1963.
- PICO I. JUNOY, Joan, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Editor José María Bosch, S. A. Barcelona España, 1996.
- PICO I. JUNOY, Joan, *“Las Garantías Constitucionales del Proceso”*, Editor José María Boch S.A, Barcelona, Argentina, 1997
- ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, Traducción de Ernesto Krotoschin, Segunda Edición en castellano, Editorial IB de F, Montevideo, Buenos Aires, 2002.
- RUDOLFFI DUNLOP, Sergio, *“Nuevas Orientaciones de la prueba”* Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro, *“Instituciones y normas de derecho procesal Civil”*, Parte General, Ed. San Marcos, 1993.
- TARUFFO, Michelle, y Diana María Ramírez Carvajal, *Conocimiento, Prueba, Pretensión y Oralidad*, Ara Editores, Perú. 2009.
- TARUFFO, Michelle, *“La Prueba de los hechos”*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- TORRE, Abelardo, *Introducción al Derecho*. Séptima Edición actualizada Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- VARELA, Casimiro A. *Valoración de la Prueba*. Segunda Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Buenos Aires. Argentina. 2007
- VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999
- WALTER, Gerhard, *Libre Apreciación de la Prueba*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1985

## REVISTAS

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “*Los Hechos y La Prueba*” en AA.VV., *La Prueba I*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Editor Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires, Argentina, S/A.

GIROLAMO, Monteleone, “*El Actual Debate sobre las orientaciones publicistas del Proceso Civil*”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, N° 7, Buenos Aires, Argentina, 2005

MORELLO, Augusto Mario, “*Aspectos Modernos en Materia de Prueba*”, AA.VV., *Prueba I*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editor Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina, S/A.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL. AÑO 2011, Núm. 1-2, p. 27-33, Julio Sigüenza López Profesor Titular de Derecho Procesal, UNIVERSIDAD DE MURCIA.

## SITIOS WEB

- 1- <http://books.google.com.sv/books?id=>
- 2- <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=>
- 3- [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_70\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf).
- 4- <http://doctrina.vlex.cl/vid/proceso-355688870>
- 5- [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)
- 6- <http://books.google.com.sv/books?id=>
- 7- [http://www.casf.org.ar/casf\\_ng/el-colegio/tribunal-de-conducta/codigo-de-etica-forense](http://www.casf.org.ar/casf_ng/el-colegio/tribunal-de-conducta/codigo-de-etica-forense)
- 8- [http://aeg.pucp.edu.pe/boletinaeg/articulosinteres/articulos72\\_temple.htm](http://aeg.pucp.edu.pe/boletinaeg/articulosinteres/articulos72_temple.htm)
- 9- <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6292==>
- 10- <http://s3.amazonaws.com/ficheros->
- 11- <http://www.jurisprudencia.gob.sv/webij/Constitucional/Incons2010.pdf>
- 12- [http://www.ancmyp.org.ar/user/files/La\\_Conciencia-Haro.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/La_Conciencia-Haro.pdf),

## INDICE JURISPRUDENCIAL

## NACIONAL

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO SAN SALVADOR, con referencia CF-01-176-A-2003 de fecha 8 de diciembre de 2003.

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR, en Sentencia Definitiva de Recurso de Apelación, con referencia N° 4-UH-1999, de fecha 12/04/99.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo con referencia 469-2009, de fecha 1 de febrero de 2012, considerando IV.1.A, p. 6.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad con Referencia 19-2012, de fecha 05 de junio de 2012, numeral 2 literal C.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con referencia numero 40-2010, de fecha 27 de abril de 2012, considerando V.3.B.b.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 22-2010, de fecha 24 de julio de 2010.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo con referencia No. 7-2006, de fecha 10 de septiembre de 2008.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia definitiva en Recurso de Casación, con Referencia 118-C-2006, de fecha 29 de mayo de 2008

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo con referencia 864-2002, de fecha 24 de junio de 2005, considerando III.1, p. 5.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de proceso de Habeas Corpus, con referencia 34-2003 de fecha 10 de noviembre de 2004.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL en Sentencia de Habeas Corpus, con referencia 78/2000, de fecha 14 de abril de 2000.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo con referencia No. 301-1999, de fecha 1 de junio de 2000, considerando VI, P. 5.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de los Artículos 45, 71, 129, 129-A, 149, 149-A, 208, 214-C, 263-A, 302, 313, 345, y 346-B Código Procesal Penal, artículos 15, 16, 20, 53, 84, 142, 162, 167, 173, 180, 235, 237, 254, 261, 266, 267, 268, 273, 287, 309, 318, 320, 323, 340, 348, 352, 355, 367, 372, 391, 392, 393, 394 y 396. Ley Penitenciaria, artículos 103, 42-B, 42-C, 42-D y 42-H y con referencia 5-2001/10-2001 Acum. Pág. 155.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Habeas Corpus, con referencia 334-99, de fecha 25/04/99.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo de fecha 26 de junio de 2000, con referencia 642-99, Considerando V.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, en proceso de Amparo con referencia 167/97, de fecha 25 de abril de 1999, Considerando II, apartado 1.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo con referencia No. 150-1997, de fecha 13 de octubre de 1998, Considerando II. 1 párrafo 6.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, en proceso con referencia 317-1997, de fecha 26 de agosto de 1998, considerando III, apartado 2.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia Inconstitucionalidad, 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 (acum.), de fecha 14 de febrero de 1997, considerando II. 4.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia numero 82/1983, de fecha 20 de octubre de 1983.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL Sentencia de Amparo con referencia No. 150-1997, de fecha 13 de octubre de 1998.

SALA DE LO CIVIL, en Sentencia Definitiva de Recurso de Casación, con referencia 76-CAM-2009, de fecha 02 de febrero de 2010.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva en Recurso de Casación, de fecha 14 de noviembre de 2008.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva de Casación, con referencia 244C-2006, de fecha siete de octubre de 2008

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva en Recurso de Casación con referencia 139-C-2005, de fecha 11 de enero de 2008

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva de Casación, con referencia 1346-2001, de fecha 24 de julio de 2001.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva con referencia 114-S-2000, de fecha 31 de mayo de 2001, apartado 3.2

## EXTRANJERO

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia del caso Bámaca Velásquez Versus Guatemala, de fecha 25 de noviembre de 2000, con referencia Serie C Numero 70, apartado 52

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia de Amparo, con referencia 60-2008, de fecha 26 de mayo de 2008. Fundamento jurídico número 3.

#### OTRAS FUENTES

TEMPLE Ines, Boletín electrónico, *Asociación de Egresados y Graduados PUCP*

## INDICE LEGISLATIVO

### NACIONAL

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Decreto Legislativo N° 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial N°234, Tomo 281, publicado el 16 de diciembre de 1983.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Decreto Legislativo, N° 712, de fecha 18 de septiembre de 2008, Diario Oficial N° 224, Tomo 381, publicado el 27 de noviembre de 2008.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Decreto Ejecutivo S/N, de fecha 31 de diciembre de 1881. Diario Oficial 1, Tomo 12, publicado el 01 de enero de 1882. El Cual fue derogado por Decreto Legislativo N° 712 de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial N°224, Tomo 381, de fecha 27 de noviembre de 2008, el cual contiene el Código Procesal Civil, no obstante se dio una prórroga a la vigencia de cierto artículos, mediante Decreto Legislativo N° 377 de fecha 03 de junio de 2010, publicado en el Diario Oficial N°116 de fecha 22 de junio de 2010.

CÓDIGO DE TRABAJO, Decreto Legislativo N°15, de fecha 23 de junio de 1972, D.O. N°142, Tomo 236, publicado el 31 de julio de 1972.

LEY DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Decreto Legislativo Número 81, de fecha 14 de noviembre de 1978, D.O. N° 236, Tomo 261, publicado el 19 de diciembre de 1978.

LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Decreto Legislativo Número 775, de fecha 03 de diciembre de 2008, D.O. N° 241, Tomo 381, publicado el 22 de diciembre de 2008.

### INTERNACIONAL

CODIGO DE ÉTICA FORENSE, Colegio de Abogados de Santa Fe, Argentina

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE BRASIL, Decreto Legislativo número 5869, de fecha 11 de enero de 1973.

CODIGO PROCESAL CIVIL DE COSTA RICA, Decreto 7130, de fecha 16 de agosto de 1989

CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, texto del Anteproyecto, Historia de las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Aprobado por D.L. N° 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82, Tomo 327, de fecha 5 de mayo de 1995.

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHO HUMANOS, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, (ONU) en su resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, Suscrito por El Salvador el 21 de septiembre de 1967, Ratificado por D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. No.218, Tomo No. 265, de fecha 23 de noviembre de 1979.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, publicado en BOE número 7 de fecha 8 de enero de 2000, vigente desde 8 de enero de 2001.