

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2013
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



TEMA:

**EFICACIA DE LAS GRABACIONES EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y
MERCANTIL**

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

PRESENTADO POR

**GIL OSMAR PINEDA SANCHEZ
ILIANA NATALY BERMUDEZ CORTEZ
JOSE ROBERTO SALINAS BARRERA**

**DOCTOR JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ.
DIRECTOR DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO 2015

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MSC. ANA MARIA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

DOCTORA ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIADO REINERIO CARRANZA
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICA

DR. JOSÉ ANTONIO MARTINEZ
DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios todo poderoso por haberme concedido llegar a esta etapa de mi vida, permitiéndome lograr una de mis metas, que sin duda no podría haber llegado sola sino solo de su mano.

A mi familia:

- Mi madre Silvia Guadalupe Cortez, por todo su apoyo y sus muestras de cariño;
- A mi padre José Ricardo Bermúdez, quien siempre ha estado pendiente de mí; y me ha dado todo su apoyo para lograr todos mis sueños, metas y objetivos en la vida.
- A mi Hermana: Ingrid Rosalía Bermúdez Cortez Por toda su ayuda colaboración y consejos durante este esfuerzo para obtener un título universitario.
- A mi colega: Wilson Balmore Chávez Hernández por haberme dado su apoyo en la elaboración de la presente con quien comparto este proyecto de investigación.
- A mis amigos y compañeros, en especial, con quienes comparto este proyecto de investigación, asimismo a nuestros asesores Doctora Delmy Ortiz Sánchez y Doctor José Antonio Martínez. Por sus sabios consejos y comprensión. A todos gracias.

ILIANA NATALY BERMUDEZ CORTEZ

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios todo poderoso por haberme concedido llegar a esta etapa de mi vida, permitiéndome lograr una de mis metas, que sin duda no podría haber llegado solo sino solo de su mano.

A mi familia:

- A mi padre, Santos Barrera, por su comprensión y apoyo durante este esfuerzo para obtener un Título Universitario
- A mis abuelos María Julia Barrera Mendoza y José Lino Juárez Méndez (Q.E.P.D)
- A mis hijos, Christian Ulises Salinas Serrano, Kevin Roberto Salinas Serrano y Valeria Mitchell Salinas Duran, por su comprensión y apoyo durante este esfuerzo para obtener un Título Universitario.
- A mi colega: Wilson Balmore Chávez Hernández por haberme dado su apoyo en la elaboración de la presente con quien comparto este proyecto de investigación.
- A mis amigos y compañeros, en especial, con quienes comparto este proyecto de investigación, así mismo a nuestros asesores Doctora Delmy Ortiz Sánchez y Doctor José Antonio Martínez. Por sus sabios consejos y comprensión. A todos gracias.

JOSE ROBERTO SALINAS BARRERA

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios todo poderoso por haberme concedido llegar a esta etapa de mi vida, permitiéndome lograr una de mis metas, que sin duda no podría haber llegado solo sino solo de su mano.

A mi Familia:

- A mi Madre, BERNARDA SANCHEZ, por su comprensión y apoyo durante este esfuerzo para obtener un Título Universitario.
- A Mi Padre E hija respectivamente, JOSE GILBERTO PINEDA DELGADO, NAZARET GUADALUPE PINEDA BERMUDEZ, quien siempre ha estado pendiente de mí; y me ha dado todo su apoyo para lograr todos mis sueños, metas y objetivos en la vida.
- A mi colega: Wilson Balmore Chávez Hernández por haberme dado su apoyo en la elaboración de la presente con quien comparto este proyecto de investigación.
- A mis amigos, docentes y compañeros de tesis, en especial, con quienes comparto este proyecto de investigación, asimismo a nuestros asesores Doctora Delmy Ortiz Sánchez y Doctor José Antonio Martínez. Por sus sabios consejos y comprensión. A todos gracias.

GIL OSMAR PINEDA SÁNCHEZ

Al final te das cuenta que todo en esta vida es temporal, así que, si las cosas van bien disfrútalas porque no durarán para siempre y si las cosas van mal, no te preocupes que tampoco van a durar para siempre...

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPITULO I: DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	1
1. Planteamiento del Problema	
2. Delimitación de la Investigación.....	7
3. Justificación de la Investigación.....	10
4. Objetivos.....	16
4.1. Objetivo General	
4.2. Objetivos Específicos	
5. Marcos de Referencia.....	17
5.1. Marco Histórico-Teórico y Jurídico	
6. Sistema de Hipótesis	23
6.1. Hipótesis General	
6.2. Hipótesis Específicas	24
CAPÍTULO II: ANTECEDENTES JURÍDICOS-HISTÓRICOS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.....	26
2. Introducción	
2.1. Antecedentes de los Medios de Prueba.....	27
2.1.1 Antecedentes Mediatos.....	28
2.1.1.1. Aparecimiento de la Prueba Testimonial.....	29
2.1.1.2. Aparecimiento de la Prueba por Juramento	
2.2. Épocas de desarrollo de los medios de Prueba	30
2.2.1 Medios de Prueba en el Proceso Civil Romano	
2.2.1.1. Primer Periodo: LegisActionis o Acciones de la Ley	31

2.2.1.2 Segundo Periodo: La República Romana	32
2.2.1.3. Tercer Periodo: El Imperio Romano	34
2.3. Medios de Prueba en el Proceso Civil Germánico	
2.4. Fases Evolutivas de los Medios de Prueba.....	36
2.4.1 Evolución	
2.5.1. Contexto Moderno	39
2.6. Medios de prueba en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica ..	41
2.7. La Prueba en un Sistema Dispositivo-Adversativo.....	44
2.8. Distinción de Fuente de Prueba, Medio y Actividad de Prueba.....	46
2.9.1. Análisis del Código Procesal Civil y Mercantil.....	50
2.10.1. Medios de Captación o de Grabación y su Clasificación.....	53
2.10.1.2. Medios de Captación y Reproducción de la Imagen	54
2.10.1.3. Medios de Captación y Reproducción de la Imagen y del Sonido	
2.10.2. Medios de Almacenamiento de Datos.....	55
CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO	56
3. Introducción	
3.1. Influencia del Constitucionalismo en el Proceso	57
3.2. Derecho de Probar, en el Debido Proceso	59
3.2.1. Tutela Judicial Efectiva	61
3.2.3. Función Garantista.....	63
3.3. La Constitución como Instrumento de Control en Materia Probatoria	65
3.4. Principios Probatorios Generales en un Sistema Dispositivo Adversativo ...	68
3.4.1. Principio Dispositivo	

3.6. Medios de Prueba Tecnológicos en el Contexto de la Libertad Probatoria ..	72
3.6.1. Reconocimiento Explícito de los Medios de Prueba Tecnológicos.....	74
4. Introducción	78
4.1. Los Medios de Prueba Tecnológicos Regulados en el CPCM	81
4.2. Aproximación Conceptual sobre Medios Técnicos de Prueba	82
4.3. Conceptualización de los medios de Captación o Grabación	85
4.4. Naturaleza Jurídica de las Grabaciones	87
4.5. Proposición y Admisión Procesal de las Grabaciones	90
4.5.1. Proposición de las Grabaciones del Artículo 396 del CPCM.....	91
4.5.2. Admisibilidad de las Grabaciones del Artículo 396 del CPCM	94
4.5.2.1. Pertinencia y Utilidad	
4.5.2.2.1. Grabaciones Ilícitas.....	96
4.5.2.2.2. Grabaciones Irregulares.....	97
4.6. Procedimiento Probatorio para la Admisión de las Grabaciones.....	99
4.7. Valoración Probatoria	104
4.8. Sistemas de Valoración en el CPCM	
4.9. Sistema de valoración para los medios de Captación o Grabación	106
RECOMENDACIÓN.....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	116
ANTEPROYECTO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA.	126
ANEXO 1	133

INTRODUCCIÓN

En el ámbito probatorio del proceso civil y mercantil, las tecnologías han sido un punto de reflexión y de inclusión en la norma jurídico procesal Código Procesal Civil y Mercantil, esto ha permitido el abordaje y estudio de medios técnicos específicamente, de las grabaciones, como medios de prueba legalmente válidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, por ello la problemática objeto de estudio de esta investigación se enmarca en la eficacia de las grabaciones, como medios de prueba modernos o tecnológicos, que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, en las relaciones jurídico procesales en las que se discutan pretensiones, cuya materia de análisis este supeditada a la utilización de medios técnicos de captación del sonido, voz e imagen.

En este contexto, en la fase cognitiva, se plantea la problemática desde un punto de vista teórico y práctico a la luz de lo prescrito por la norma primaria la Constitución Nacional y la Normativa secundaria CPCM, siendo esto el primer apartado desarrollado en este capítulo.

Lo anterior constituye la base sobre la cual se delimita, justifica, y se propone desarrollar dicha investigación, no perdiendo por supuesto los marcos dentro de los cuales la investigación se configura, estableciendo suposiciones mediante una estrategia metodológica que permita deducir la eficacia de grabaciones que regula el CPCM.

Por último, el proyecto plantea una temática tentativa a ejecutarse dentro de un plazo determinado que servirá de pauta para el desarrollo desde un punto de vista deductivo, teniendo en cuenta, la teoría entorno al derecho procesal y las grabaciones que diversos doctrinarios han establecido.

CAPITULO I: DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

SUMARIO: 1. Planteamiento del Problema, 1.1. Enunciado del Problema, 2. Delimitación de la Investigación, 3. Justificación de la Investigación, 4. Objetivos, 4.1. Objetivo General, 4.2. Objetivos Específicos, 5. Marcos de Referencia, 5.1. Marco Histórico-Teórico y Jurídico, 5.2. Marco Doctrinario, 6. Sistema de Hipótesis, 6.1. Hipótesis General, 6.2. Hipótesis Específicas, 6.3. Operacionalización de las Hipótesis.

1. Planteamiento del Problema

Desde finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, en el contexto internacional se ha avanzado con grandes innovaciones tecnológicas, particularmente se ha producido y desarrollado espectaculares novedades en el campo de la informática y de las telecomunicaciones, situación que connota que los descubrimientos científicos y técnicos llevados a cabo en las últimas décadas superan en gran medida y cuantitativamente a todos los que han aparecido desde finales del siglo XX, y de los cuales las relaciones humanas no son ajenos¹.

En ese sentido el marco jurídico procesal no es ajeno a ese entorno, por ello, FERNANDO ESCRIBANO MORA considera que la realidad social en la actualidad se actualiza en su contexto legislativo procesal, esto es así, porque se ha constatado el fracaso de la legislación procesal², y se instaurado como

¹**GÓMEZ SEGADE, José Antonio**, Comercio Electrónico en Internet, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 2001, pp. 477-478. "Los avances científicos y tecnológicos puesto al servicio de las necesidades del hombre no solo las satisfacen; sino que muchas veces crean de otras necesidades, por lo que es posible que en los próximos años los descubrimientos tecnológicos y científicos avancen aun a mayor velocidad que en la actualidad, razón por la cual ninguna ciencia natural o social debe estancarse, por el contrario debe intentar mantenerse lo mas cercano posible a la innovación humana".

²**ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba en El Proceso Civil, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Primera edición, San Salvador, El Salvador, 2002, p. VIII. Constatado el fracaso de la legislación procesal, y constatada la realidad social actual, han proliferado los movimientos reformadores que sólo con mucha dificultad van cristalizando en Europa y con mucha más fecundidad en Latinoamérica (...) cambios sociales o la necesidad de dar seguridad a las relaciones mercantiles" (en su

hito coyuntural en el ámbito jurídico procesal salvadoreño, el vigente Código Procesal Civil y Mercantil CPCM³, cuya vigencia conllevó a la derogatoria del Código de Procedimientos Civiles y de la Ley de Procedimientos Mercantiles, que mantuvieron su vigencia desde 1882 el primero, y desde 1973 el segundo, los cuales regulaban lo referente a los procesos, en los cuales se discutían soluciones a relaciones jurídicas sustantivas insatisfechas.

El Código Procesal Civil y Mercantil modifica sustancialmente la forma del desarrollo del proceso, debido a que establece figuras procesales como la prueba mediante grabaciones que regula el CPCM en el artículo 396⁴, que advierten inexperiencia en su aplicación, situación que implica el abordaje de estudios que brinden los instrumentos necesarios, para que, en su momento se puedan aplicar de forma efectiva, esto se debe a que el proceso en la actualidad, le sigue una fase concentrada, posterior a la etapa de preparación que regula el CPCM en el artículo 292⁵, mediante la cual se realiza la práctica de la prueba, con una carga mucho mayor de las partes en la facilitación al

caso civiles). España cuenta con la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente desde el 8 de enero de 2001, y que consagra y unifica los procesos en un solo cuerpo normativo, así mismo, cuenta con un catálogo amplio de instrumentos probatorios.

³**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL**, Decreto Legislativo No. 712 del 18 de septiembre de 2008, publicado en Diario Oficial No. 224 del 27 de noviembre de 2008, y cuya entrada en vigor de produjo el 1 de julio de 2010 por extensión de su vacatio legis por Decreto Legislativo No. 220, del 11 de diciembre de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 241, del 23 de diciembre de 2009; **CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL**, presentación del Código Procesal Civil y Mercantil, junio de 2010. según este documento histórico legal "(...)Se ha abierto así de manera determinante una nueva etapa en el sistema de Administración de justicia salvadoreño, imbuido de la ola modernizadora de la legislación procesal civil que recorre Iberoamérica, bajo el influjo del "Código Procesal Civil Modelo" cuyas Bases datan de 1970 (así, desde la aprobación en 1981 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina; hasta la más reciente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, en septiembre de 2009 sobre las nuevas Reglas de Procedimiento Civil). Algunas de esas experiencias de derecho comparado han sido tenidas en cuenta como referencia útil para la gestación del actual Código (especialmente, las relativas al Código General del Proceso de Uruguay, de 1989, y la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000);"

⁴**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 396.** establece que "Los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba"

⁵**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 292.** "La audiencia preparatoria servirá, por este orden: para intentar la conciliación de las partes, a fin de evitar la continuación innecesaria del proceso; para permitir el saneamiento de los defectos procesales que pudieran tener las alegaciones iniciales; para fijar en forma precisa la pretensión y el tema de la prueba; y para proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria como fundamento de su pretensión o resistencia. Excepcionalmente, en casos de urgencia, comprobada a juicio del tribunal, podrá recibirse la prueba que, por su naturaleza, sea posible diligenciar en dicha audiencia.

órgano judicial de los tramites de citación de peritos, testigos y demás en cumplimiento de un acendrado principio de lealtad y probidad 'procesales'⁶.

En este ámbito se puede decir con gran acierto que entre las instituciones procesales que han generado una amplitud y modificación se encuentra la prueba, debido a que el ciudadano que solicita la defensa de sus intereses mediante la composición de un conflicto de interés irresuelto, puede perfectamente y bajo apego al principio de legalidad que regula el CPCM en el Art. 3⁷, probar su pretensión en audiencia, por cualquier medio probatorio, que constituya antecedente de perfección, de actos o negocios jurídicos, de una relación jurídica sustantiva incumplida⁸.

La probabilidad de probar, mediante cualquier medio inclusive medios técnicos de captación, se configura en la libertad probatoria o derecho de probar de las partes que regula el artículo 312 de CPCM⁹, dentro de una relación jurídica procesal, en la que se discute una relación jurídica

⁶Vid. **CÓDIGO PROCESAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA**, Historia Antecedentes, Exposición de Motivos, Fundación de Cultura Universitaria, segunda edición, Montevideo, junio 1997, cit., por: **ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. IX. Hay que advertir que estas modificaciones o novedades tienen un entronque común el cual es el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI), aprobado en Rio de Janeiro en 1988, el cual contiene las bases para la reforma y que goza del consenso generalizado en Latinoamérica, y en cuyo tenor se han ido reformando los procesos civiles, ya que, introduce un cambio absoluto que atiende a las características siguientes "... una fase concentrada, es decir que sigue a la de saneamiento y fijación del objeto del debate, de práctica de la prueba, con una carga mucho mayor de las partes en la facilitación al órgano judicial de los tramites de citación de peritos, testigos y demás en cumplimiento de un acendrado principio de lealtad y probidad procesales, que solamente se desconcentrará en supuestos específicos."

⁷**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 3.** "Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de este código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal. Las formalidades previstas son imperativas. Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida".

⁸**GÓMEZ SEGADE, José Antonio**, Comercio Electrónico en Internet. ob., cit., p. 478. Para este autor en los últimos años ha existido una reacción del legislador frente a la cultura informática, y de las comunicaciones electrónicas, en cuanto sistema apto para manifestar y transmitir declaraciones de voluntad dirigidas a generar actos y negocios jurídicos en masa. De tal modo han ido surgiendo, de modo disperso, disposiciones sectoriales, que a pesar de no guardar relación alguna entre sí, permiten entrever que el legislador no desconoce por completo la existencia y el uso de dicha tecnología.

⁹**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 312.** "Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados."

insatisfecha o una pretensión derivada de un acto, hecho y/o negocio jurídico, que dentro del proceso se concibe como el objeto de discusión o del litigio. La prueba en este contexto desde una concepción racional, constituye y se concibe como un solo elemento que contiene y suministran información empírica que sustenta la actividad probatoria y al resultado de ésta, la cual es lograr el convencimiento del juzgador¹⁰.

En este campo el CPCM en el artículo 330, a tipificado un catálogo abierto y general de medios de prueba en los que se pueden adecuar por el principio de libertad probatoria medios no previstos explícitamente en la ley, siempre y cuando estos sean lícitos, es decir aquellos adquirido sin vulnerar derechos fundamentales y con apego al procedimiento establecido en la ley¹¹.

Esta reacción general del sistema probatorio establecido en el CPCM, no excluye los medios de prueba tradicionales entre los que se encuentran

- 1) Los documentos (arts.375-389)
 - a- Públicos
 - b- Privados

- 2) Los medios de prueba personales entre los que se prescriben
 - a) La declaración de parte (arts. 344-353)
 - b) La prueba testifical (arts. 354-374)
 - c) La prueba pericial (arts. 375-389)
 - d) El reconocimiento judicial (arts. 390-395)

¹⁰**MENESES PACHECO, Claudio**, "Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil", en Revista *Ius et Praxis*, año 14-No. 2, s/e, s/p., p. 43. Para este autor la concepción racionalista o también denominada cognositivista de la prueba concibe a la fuente o medio de prueba como un solo elemento que constituyen datos empíricos que sirven de sustento a la actividad probatoria y al resultado de esta. En este sentido ambos son elementos (personas y cosas) que suministran información sobre hechos.

¹¹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 330 inciso 1º**. "La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código."

Entre ese catálogo de medios de prueba se encuentran los modernos medios o instrumentos probatorios tecnológicos, que son admisibles siempre y cuando no trasgredan la moral o la libertad personal de las partes procesales, así lo prescribe el artículo 330 inciso 2º del CPCM¹², los cuales son consecuencia de los avances de la ciencia y de la tecnología¹³, y que constituyen una novedad en el CPCM debido al reconocimiento explícito que se les da en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Sección Sexta parte final, artículos 396 al 401 y que se denominan medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información.

En la Sección sexta del Libro Segundo, Título Segundo, se identifican dos clases generales de medios técnicos, entre los que se encuentran los medios de captación y los medios de almacenamiento, los cuales están sometidos al mismo régimen, con la variante en que los primeros incursionan en esferas jurídicas protegidas por la Constitución de El Salvador CN, en el artículo 2 inciso 2¹⁴.

El argumento anterior, deduce, la observancia de la eficacia en torno a los medios de captación que enmarca la descripción de medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen, que regula el artículo 396 del CPCM, el cual literalmente establece que: “Los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba”; descripción y clasificación que configura una amplia gama de grabaciones y

¹²**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 330 inciso 2º**, “Los medios no previstos por la ley 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”

¹³**PAILLAS, Enrique**, Estudios de Derecho Probatorio, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991, p. 131. “Este avance de la ciencia y de la técnica crea al mismo tiempo nuevas formas de vida; y a la vez crea para el jurista un importante campo de investigación, en lo que atañe a la admisión de nuevos elementos representativos”

¹⁴**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR**, Decreto Constituyente No. 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 281 del 16 de diciembre de 1983. La Constitución de la República en el Art. 2 inciso 2º establece que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

registros audiovisuales, que se proyectan sobre sonidos e imágenes por cualquier medio técnico, los cuales atañen derechos o principios fundamentales¹⁵, como lo son el derecho a la imagen, el honor y la intimidad de los seres humanos. Esta situación trae aparejado el análisis del control de la institucionalidad encargada de administrar justicia (Órgano judicial)¹⁶, quienes son los competentes para el estudio de la admisibilidad, para esta clase de medios técnicos o tecnológicos con carácter de probatorios dentro de un proceso, esto se debe a que esta singularización de medios ofertados e introducidos dentro de la variable de admisibilidad, y discutidos y valorados en la etapa probatoria –audiencia probatoria, ponen en juego o traen a colación derechos fundamentales de la persona humana¹⁷. Al margen de esto es preciso el estudio de la regulación que la CN, brinda al derecho de probar mediante medios modernos o tecnológicos, que permita examinar la licitud, validez y eficacia de estos instrumentos probatorios, y si bien es cierto, la CN expresamente no regula lo referente al derecho de probar, y mucho menos lo referente a la utilización de medios de prueba, que impliquen la captación de palabras, imágenes y sonidos, del amplio espectro de grabaciones y registros audiovisuales, se hace preciso analizar si en el derecho al debido proceso

¹⁵**ALEXY, Robert**, Teoría de los Derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 81. Para Alexy El debate actual de la distinción entre reglas y principios, es un problema exclusivo del Derecho constitucional, centrado en la interpretación de los Derechos fundamentales; se afirma que esta distinción constituye el marco de una teoría normativo-material de los Derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los Derechos fundamentales

¹⁶Vid. **KELSEN, H.** De la esencia y valor de la democracia, traducción y nota preliminar de J. L. Requejo Pagés, KRK ediciones, Oviedo, 2006, p. 181, cit., por: **TORRES MURO, Ignacio**, “Kelsen y la Teoría de la Democracia”, en Revista Electrónica de Historia Constitucional Número 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Septiembre 2007, disponible en <http://hc.rediris.es/08/articulos/html/Numero08.html?id=18> (consultado 14 de octubre de 2013). “El destino de la democracia moderna depende en gran medida de una configuración sistemática de todas las instituciones de control. La democracia sin control es a la larga imposible, pues el abandono de la autolimitación que representa el principio de legalidad supone la autodisolución de la democracia”

¹⁷En muy similares argumentos: **GÓMEZ SEGADE, José Antonio**, Comercio Electrónico en Internet, ob., cit., p. 478. “...Sólo cuando el progreso científico y tecnológico hace aparecer otros objetos –escritos o no– en los que se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o en los que se deja constancia de una declaración de voluntad que produzca efectos jurídicos, comienza a revisarse la vieja concepción de instrumentos por la doctrina y la jurisprudencia para dar entrada a los nuevos mecanismos de producción del pensamiento ...”

regulado en el artículo 11 de la CN¹⁸, implícitamente se configura la licitud o legalidad de estos medios regulados en el CPCM.

1.1. Enunciado del Problema

¿Cómo se configura la eficacia de las grabaciones, como medios de prueba modernos o tecnológicos, que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, en las relaciones jurídico procesales en las que se discutan pretensiones, cuya materia de análisis este supeditada a la utilización de medios técnicos de captación del sonido, voz e imagen?.

2. Delimitación de la Investigación

El espacio temporal que comprende la investigación implica el análisis de los procesos civiles y mercantiles incoados, y admitidos en el municipio de San Salvador, por los juzgados civiles y mercantiles, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil.

El estudio espacio temporal está supeditado a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo número 712 del 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial número 224 del 27 de noviembre de 2008, vigente desde el 1 de julio de 2010, por extensión de su vacatio legis por Decreto Legislativo número 220, del 11 de diciembre de 2009, publicado en Diario Oficial número 241, del 23 de diciembre de 2009¹⁹.

Esto deduce que la delimitación temporal se enmarca dentro de los procesos

¹⁸**COUTURE, Eduardo J.**, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 249. Este principio también conocido como “Garantía del Debido Proceso Legal” o de la “Ley de la Tierra”, en los países anglosajones; “Garantía de la Tutela Judicial Efectiva para los Tribunales”, en España.

¹⁹**CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL**, presentación del Código Procesal Civil y Mercantil, junio de 2010. En la actualidad el sistema de Administración de justicia salvadoreño, ha incursionado en la moderna de la legislación procesal civil que recorre Iberoamérica, bajo la influencia del Código Procesal Civil Modelo.

iniciados desde el 1 de julio de 2010, específicamente procesos cuyo objeto de discusión y materia de análisis se haya desarrollado y se esté desarrollando mediante medios de pruebas modernos que el CPCM regula en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Sección Sexta parte final, y que se denominan medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información. En este contexto el CPCM, tipifica y conceptualiza ciertos medios de prueba que se pueden catalogar como modernos medios o instrumentos probatorios tecnológicos, los cuales se encuentran prescritos en los artículos 396 y 397 y que se conceptualizan en dos categorías a saber: a) medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen; y b) medios de almacenamiento de información.

En este sentido, en la Sección sexta del Libro Segundo, Título Segundo, se identifican dos clases generales de medios técnicos, los cuales constituyen la delimitación conceptual de la investigación, debido a que los medios de captación y medios de almacenamiento de datos, se configuran en dos conceptos completamente diferentes. Dicha categorización, implica analizar con perfil teórico y práctico, los medios de captación que enmarca la descripción de medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen, que regula el artículo 396 del CPCM, debido a que esta clasificación configura una amplia gama de grabaciones y registros audiovisuales, que se proyectan sobre sonidos e imágenes por cualquier medio técnico, los cuales atañen derechos o principios fundamentales²⁰, como el derecho a la imagen, el honor y la intimidad de los seres humanos. Conceptualización que implica el estudio de la determinación de la eficacia al margen de la legalidad, para admitir medios técnicos dentro de un proceso, esto obedece a que la enumeración de esta clase de medios de captación en el actual contexto

²⁰**ALEXY, Robert**, Teoría de los Derechos fundamentales, ob., cit., p. 81. En la teoría de Alexy se discute la divergencia de reglas y principios, el cual atañe al Derecho constitucional, esto se debe a que su distinción conforma el marco de una teoría normativa y material de los Derechos fundamentales.

social en el que las telecomunicaciones y la tecnología, están a la vanguardia, implica hacer una clara separación de los mismos, debido a que el CPCM en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta artículo 396, no determina con exactitud cuáles son los medios de captación o de grabación, los cuales configuran objeto de estudio de esta investigación, por ello es necesario clasificar las grabaciones de voz, sonido e imagen en tres grupos a saber: Instrumentos de captación y reproducción de voz, sonido o fonogramas: se incluyen, en este grupo, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la voz y el sonido mediante registros mecánicos o magnéticos, sean autónomos o dependientes entre los que se encuentran contestadores de teléfonos fijos, o buzones de teléfonos móviles; así como además aparatos de transmisión del sonido como discos gramofónicos o fonográficos en soporte de resinas sintéticas, tipo baquelita, o de sustancias sintéticas, a base de polímeros, tipo plástico, discos compactos (compact disc), cintas magnetofónicas en soporte de vinilo o de plástico en o sin casetes²¹.

Instrumentos de captación y reproducción de la imagen también denominados fotogramas: este segundo grupo comprende, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la imagen mediante registros físicos o químicos²², entre estos se encuentran fotografías (en toda la amplia gama de variantes: macrofotografía, microfotografía, fotografía ultrarrápida, con luz

²¹Vid. **BLOCH, P.**, Estudios de voz humana, Editorial Fala, Río de Janeiro, 1958; **COLOMBO, L.A.**, "Acerca de la prueba fonográfica de los hechos", en Revista de Derecho Procesal, número 1, 1949. p. 225 y s.s.; **CUESTA RUTE, J. M^º**, "Las cintas magnetofónicas en la prueba", Revista La Ley, Tomo I, 1982, p. 402 y s.s.; **Didier, A.**, Reproducción del sonido y de la imagen, Editorial Editores Técnicos Asociados S.A., Barcelona, 1966, cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

²²Vid. **CALVET Y PATXOT, M.**, "La tinta de escribir desde el punto de vista de la química y de la fotografía legal", en Revista Jurídica de Cataluña, 1909, p. 488 y s.s.; **CARNELUTTI, F.**, "Prova fotografica e fonografica", en Revista de Diritto Processuale Civile, Número 1, 1942, p. 233 y s.s.; **DIDIER, A.**, Reproducción del sonido y de la imagen, Editorial Editores Técnicos Asociados S.A., Barcelona, 1966; **LOPEZ-MUÑIZ, Goñi, M.**, "La prueba fotográfica en los accidentes de tráfico", en Revista de Derecho Judicial, Número 21, 1965, p. 49 y s.s., cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

monocromática, con luz polarizada, con radiaciones ultravioletas o infrarrojos); diapositivas, transparencias, copias fotostáticas (fotocopias, xerocopias), aplicaciones en el campo de la ingeniería, de la arquitectura, de la medicina (radiografías y gammagrafías, mediante la utilización de las propiedades penetrantes de los rayos equis y gammas); radiofotografías; radiogramas; fotografías radioscópias; escintilografías; ecografías (mediante la utilización de la reflexión de los ultrasonidos); resonancias magnéticas (mediante la utilización de transiciones inducidas entre los niveles de energía magnética de átomos, iones o moléculas) en sus variantes nuclear o electrónica; fotografías endoscópicas; y otras. Instrumentos de captación y reproducción de la imagen y del sonido: se conciben, en este tercer grupo, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la imagen y del sonido, simultánea o sucesivamente, mediante registros físicos, fundamentalmente magnéticos o químicos, entre los que se encuentran películas o films cinematográficos en soporte deceluloide (inclusive los microfilms)²³, las videocintas, los videodiscos²⁴, DVD.

3. Justificación de la Investigación

En el marco de la globalización y de vigencia de los tratados de libre comercio, la contratación y negociaciones mercantiles, así como las civiles van en aumento y por ende, se incrementan los conflictos que se

²³Vid. **CARNELUTTI, F.**, "Prova cinematografica", en Rivista di DirittoProcessualeCivile, Número 1, 1921, pp. 204 y s.s.; **ESTASEN, M.**, "El procedimiento judicial y las películas cinematográficas verificadoras", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Número 122, 1913, pp. 325 y s.s., cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

²⁴Respecto al vídeo, Vid. **LORCA NAVARRETE, A.M^a**, "El vídeo como fuente de prueba y su introducción en el proceso a través de la jurisdicción laboral", en RRLL, Tomo I, 1985, pp. 591 y s.s.; **MUÑOZ SABATE, L.**, "Consideraciones psicológicas sobre los audiovisuales como medio de prueba", en Revista Jurídica de Cataluña, Número 1 pp. 231 y s.s.; **POMARÓN BAGÜES, J.M.**, "El vídeo ¿medio probatorio?", La Ley, Tomo I, 1985, pp. 595 y s.s., cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

tramitan ante los operadores judiciales, como efectos de estos negocios jurídicos²⁵. Esta situación implica la utilización de un gran número de medios de prueba como los modernos o tecnológicos²⁶, entre los que se encuentran todas las grabaciones de sonido, voz e imagen.

La proponibilidad de estos medios configuran una labor minuciosa a la cual se le debe dar la importancia debida, esto es así, debido a que estos novedosos medios probatorios, no encuentran dentro del CPCM un catálogo taxativo que el legislador haya tasado, además porque su utilización envuelve e implica esferas jurídicas de carácter constitucional, situación que permite hacer un estudio sobre los argumentos facticos y de derecho sobre la eficacia de los mismos.

Este argumento permitirá diferenciar medios de prueba obtenidos de forma irregular por haber sido adquiridos en contravención a la normativa que los permite o fuera del contexto constitucional, es decir con la vulneración de derechos fundamentales de la persona humana.

Dicho control permite las mejoras al servicio judicial y en consecuencia se

²⁵**FONT, Miguel Ángel**, Guía de Estudio: Procesal (Civil y Comercial), Editorial Estudios, Buenos Aires, Argentina, p. 17 para este autor el ser humano en sus relaciones humanas debe de convivir armoniosamente por ello “el Estado por medio del derecho de fondo (derecho penal, civil, comercial, laboral, etc) crea reglas de conducta, derechos y obligaciones que los hombres deben observar. Pero, el derecho de fondo no alcanza para aplicarse a sí mismo y necesita de la ayuda del derecho procesal. En efecto, si el derecho de fondo no es respetado, y dado que el hombre no puede hacer justicia por mano propia, es el Estado -por medio del Poder Judicial- el que tiene a su cargo la función de aplicar la ley y administrar justicia-función jurisdiccional - la cual está regulada por normas de derecho procesal, que organizan los órganos del Poder Judicial, determinan la competencia de los jueces, dan a los interesados la posibilidad de ejercer acción ante los jueces para que se cumpla la ley y establecen todo lo relativo al proceso, sea con relación a las partes (demanda, contestación, pruebas, etc.) o con relación al juez (recepción de las pruebas, sentencia, etc)”.

²⁶**CARBONE, Carlos Alberto**, Repercusión del documento informático y la prueba de grabaciones en el proceso, 2001, en web, disponible en: www.saij.jus.gov.ar, (consultado 18 de octubre de 2013). “El avance de la ciencia y el proceso: Los nuevos perfiles tecnológicos en el comienzo del tercer milenio inundan al operador jurídico de desafíos probatorios de numerosas dudas en cuanto a la autenticidad de diversos vehículos que representan la voluntad y el pensamiento más allá del papel escrito con firma ológrafa: así, a los problemas del telegrama, télex, fotografías, hoy le agregamos los suscitados por la fotocopia, el microfilm, videos, fax, las grabaciones, el llamado documento informático (como el correo electrónico, contratos vía Internet), donde la clásica solemnidad de la firma escrita se hace trizas, imponiéndose analizar la eficacia de la criptografía y la firma digital”.

resuelve sobre el fondo de lo discutido de manera pronta, dando una solución dentro del proceso a una pretensión que se ha discutido y probado mediante medios tecnológicos o modernos. Todo lo anterior constituye un análisis imprescindible debido a que el derecho procesal está llamado a ser el medio y el camino justo, bueno y equitativo, por medio del cual, los particulares y el Estado representado por el órgano de jurisdicción, encontrarán la solución a lo que MARGADANT²⁷, denomina los casos patológicos del derecho, que no son más que la cuestiones insatisfechas por un sujeto que pretende su solución.

En este sentido se deduce que los instrumentos probatorios relativos a fonogramas o de captación mediante grabaciones del sonido y la imagen, se configuran legalmente válidos cuando se respeta el ámbito de los derechos fundamentales de la persona humana, esto se debe a que el reconocimiento de los derechos fundamentales, tiene como presupuesto la función de proteger la libertad de la persona humana contra cualquier vulneración²⁸. Esta premisa parte del desarrollo del constitucionalismo del siglo XX²⁹, ya que, el derecho constitucional empieza a gestarse y a

²⁷Vid. **MARGADANT, Guillermo F.**, Derecho Romano, Editorial Esfinge, Quinta edición, 1974, cit., por: **SADA CONTRERAS, Carlos Enrique**, Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología, Primera edición, Nuevo León, México, 2000, p. 16

²⁸**VILLACORTA MANCEBO, L.**, La Construcción de la Dogmática Europea Sobre los Derechos Fundamentales, Cuadernos electrónicos Nº 4 de Derechos Humanos y Democracia, p.92. Disponible en: http://www.portalfio.org/inicio/repositorio//CUADERNOS/CUADERNO4/Luis%20_Villacorta%20Mancebo.Pdf. (Consultado 15 de octubre de 2013). "La función primordial de los Derechos Fundamentales es, sin duda, la de proteger la esfera de libertad del individuo contra las intromisiones del poder ... Ello es consecuencia de la evolución histórica de la idea de los Derechos Fundamentales, como asimismo de los acontecimientos históricos, lo que se ha traducido en la incorporación de los Derechos Fundamentales en las constituciones de los distintos Estados"; si bien, tuvo al mismo tiempo especial empeño en dejar suficientemente claro que con esta idea no se agotaba el contenido jurídico constitutivo de los Derechos Fundamentales.

²⁹**FERRAJOLI, L.**, "Sobre los Derechos Fundamentales", en Revista jurídica Cuestiones Constitucionales Nº 15, Traducción de Miguel Carbonell, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Julio-Diciembre de 2006, pp. 115 y 116. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/const15/CUC1505.pdf>, (Consultado 15 de octubre de 2013). "El constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizá el legado más importante del siglo XX. Es también (...) sobre todo, un programa normativo para el futuro (...) La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en

orientarse hacia el reconocimiento de los derechos de las personas y la búsqueda de los mejores mecanismos medios para su protección³⁰.

El reconocimiento de los derechos fundamentales³¹, constituyen la entraña misma de la Constitución³², la cual permite el desarrollo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho³³, debido a que, acoge y articula

las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta”

³⁰**URIBE ARZATE, E.**, “La Defensa Constitucional de los Derechos Fundamentales en la Reforma del Estado Mexicano”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Nueva serie año XLII, N° 125, Mayo-Agosto de 2009, p.1031. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex125/BMD000012513.pdf>. (consultado 16 de octubre de 2013). “Fue hasta después de concluida la Segunda Guerra Mundial cuando el derecho constitucional empezó a configurar una visión más amplia, orientada hacia el reconocimiento de los derechos de las personas y la búsqueda de los mejores escenarios para su aseguramiento”.

³¹Sobre las primeras manifestaciones del apareamiento de los derechos fundamentales puede consultarse: **UNESCO**, Manual de educación para la sostenibilidad, Bilbao, UNESCO, País Vasco, 2009. En este manual se concibe que los derechos fundamentales comienzan tomar cuerpo con la Revolución francesa (siglo XVIII), y se manifiesta en la primera generación de derechos civiles y políticos, con los que se pretende garantizar la libertad de las personas (ciudadanos) frente al poder del Estado.

³²**URIBE ARZATE, E.**, “La Defensa Constitucional de los Derechos Fundamentales en la Reforma del Estado Mexicano”, ob. cit., p. 1030.

³³**FERRAJOLI, L.**, *Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales, La Rigidez de la Constitución y sus garantías*, en www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLI_espagnol.pdf. (consultado 15 de octubre de 2013). *De acuerdo con el teórico del derecho Luigi Ferrajoli, la eclosión del Estado constitucional de derecho a mediados del siglo XX produce una transformación radical en la estructura de los ordenamientos jurídicos continentales; Vid. DUEÑAS RUIZ, Ó. J., Lecciones de Teoría Constitucional, cit., por DUEÑAS RUIZ, Ó. J., Acción y procedimiento en la Tutela, Librería ediciones del Profesional, LTDA., quinta edición, Bogotá D.C, Colombia, 2006, pp. 3-4. “Varios hechos históricos que ocurrieron en el mundo van a influir en una conceptualidad constitucional diferente a la proveniente de las revoluciones burguesas. Uno de esos acontecimientos fue nada menos que la Segunda Guerra Mundial con secuelas en lo referente a la estructura del Estado. Claro que desde 1919, después de la Revolución de Octubre en Rusia, la teoría política-constitucional, con la Constitución de Weimar en Alemania, tuvo un viraje radical, superándose la estructura del viejo Estado liberal. Se establecieron los derechos fundamentales y se le dio piso, al menos en teoría, a un Estado Social de Derecho. Pero la llamada República de Weimar con su Constitución quedó aplastada por la política totalitaria del nazismo que violentó gravemente los derechos humanos; y la República de Weimar fue incapaz de solucionar los inconvenientes que creó la gran depresión que significó masiva pobreza y desintegración social; los innumerables problemas económicos y sociales que surgieron no tuvieron respuesta inmediata, ya que no existía ni programación macroeconómica ni presupuestos para el Estado Bienestar”; Para la comprensión de los diferentes modelos de Estados puede consultarse: FERRAJOLI, L., Principios del Derecho, Teoría del derecho y de la democracia, s.e., Editorial Roma: Bari-Laterza, 2007, Vol. II: Teoría de la Democracia, pp. 29-30; FERRAJOLI, L., “La Pragmática de la Teoría del Derecho”, Versión en español por Jordi Ferrer (trad.), en FERRAJOLI, L., Epistemología Jurídica y Garantismo, 1ª ed., Fontamara, México D.F., 2004, pp. 353-354. De acuerdo con Ferrajoli, se pueden distinguir tres modelos o paradigmas históricos de Estados y del derecho: el Estado primitivo, el estado premoderno o del*

derechos fundamentales como la dignidad³⁴, el honor y la intimidad, los cuales coinciden con el apareamiento de las primeras generaciones de derechos humanos que dignifican al ser humano, pero que pueden afectarse por la admisibilidad de medios de prueba en los procesos en los que se tengan captaciones o grabaciones del sonido, la voz y la imagen.

En argumento a lo anterior, los medios tecnológicos, como instrumentos y medios de prueba pretenden al igual que la prueba en general³⁵ lograr la reconstrucción histórica de un hecho, acto, negocio o relación jurídica

derecho premoderno, también denominado Estado legislativo o del derecho del Estado legislativo y el Estado Constitucional de Derecho o del Derecho del Estado constitucional de derecho.

³⁴**VILLACORTA MANCEBO, L.**, La Construcción de la Dogmática Europea Sobre los Derechos Fundamentales, ob., cit., p. 92. "La Ley Fundamental no constituye un orden "axiológicamente neutro" sino un verdadero orden objetivo-material de valores fundamentales cuya clave de bóveda es la dignidad intangible del ser humano, que irradia sus efectos incluso sobre las relaciones de los ciudadanos entre sí, expresando con ello una intensificación de la fuerza creadora de los Derechos". En este mismo sentido **DE VEGA, P.**, "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo", en Revista Sobre Teoría y Realidad Constitucional, Nº 1, UNED, Madrid, España, 1998, p. 84. "Cuando el Derecho Constitucional logró rescatar las categorías de espacio y tiempo y comenzó a adquirir dimensiones concretas e históricas evidentes, ello significó asimismo que el Derecho Constitucional, como conjunto normativo que se involucra en la realidad social y política concretas, no tenía por qué renunciar a dar sentido histórico y a hacer valer sus proposiciones normativas. Al considerar que los valores, principios, contenidos y objetivos establecidos en las normas sólo pueden explicarse cuando responden a los propios valores y principios que conforman la realidad social, se abría el camino para que la confrontación entre normatividad jurídica y realidad política pudiera empezar a resolverse".

³⁵Con carácter meramente indicativo, y en relación con la prueba desde un punto de vista general, puede consultarse los trabajos siguientes: **ALCALA ZAMORA, N.**, Estudios de Derecho Probatorio, 1965; **BENTHAM, J.**, Tratado de las pruebas judiciales, Volumen I y II, ediciones J.E., Buenos Aires, 1971; **BONNIER, E.**, Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal, ediciones R.L., Madrid, 1891, 4 Volúmenes; **DELLEPEIANE, A.**, Nueva teoría general de la prueba, Editorial Temis, Bogotá, 1969; **DEVIS ECHANDIA, H.**, Teoría general de la prueba judicial, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1970, 2 Volúmenes; **EISNER, I.**, La prueba en el proceso civil, Editorial Abeledo, Buenos Aires, 1964; **FURNO, C.**, Teoría de la prueba legal, Editorial R.D.P., Madrid, 1954; **LESSONA, C.**, Teoría general de la prueba en Derecho Civil, Editorial Reus, Madrid, 1913, 4 Volúmenes; **MUÑOZ SABATE, L.**, Técnica probatoria (Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso), Editorial Praxis, Barcelona, 1967 (en 1983, 2ª edición); **MUÑOZ SABATE, L.**, Tratado de probática judicial, 1992; **SILVA MELERO, V.**, La prueba procesal, Editorial R.D.P., Madrid, 1963; **SPINELLI, M.**, Las pruebas civiles, Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1973; **TENORIO Y HERRERA, M.**, Los principios de la prueba, Madrid, 1942; **TSCHADECK, O.**, La prueba, Editorial Temis, 1982; **MUÑOZ SABATE, L.**, "Técnica probatoria", Revista Jurídica de Cataluña, 1969, p. 277 y s.s.; **MUÑOZ SABATE, L.**, "Los medios de prueba en el proceso civil", Revista General de Derecho, 1979, p. 416 y s.s.; **ONECHA, Santamaría,** "Los medios de prueba y la convicción judicial", Revista de Derecho Procesal, 1980, p. 259 y s.s.; **SENTIS Melendo,** "Introducción al derecho probatorio", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Núm. 4, 1965, p. 637 y s.s.; **SENTIS Melendo,** "Fuentes y medios de prueba", Revista de Derecho Procesal Argentina, Número 2, 1968, p. 40 y s.s.; **SENTIS Melendo,** "¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Núm. 2-3, 1973, p. 257 y s.s.; **SENTIS Melendo,** "La prueba en el proceso", Revista de Derecho Procesal, 1977, p. 425 y s.s.; **SERRA DOMINGUEZ,** "Contribución al estudio de la prueba", Revista Jurídica de Cataluña, 1962, p. 317 y s.s.

sustantiva, con el fin de lograr el convencimiento del aplicador de la ley (juez)³⁶, situación que puede afectarse, por la vulneración de derechos fundamentales, ya que, es el juez quien debe estar pendiente de esta esfera jurídica cuando se le presenten medios que a simple vista impliquen la vulneración de derechos como el honor, la imagen y la dignidad. En definitiva, la importancia de los modernos medios de prueba dentro de los procesos civiles y mercantiles y de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 396 al 401 del CPCM, se configuran como una gran innovación y oportunidad de armas dentro de un proceso, esto es así, porque con anterioridad los medios fijados o determinados legalmente eran: los documentos o prueba por instrumentos, la confesión judicial o prueba por posiciones, el dictamen pericial, la declaración testifical, el reconocimiento judicial, y las presunciones. Además de estos se podían en muchos casos incorporar a los procesos los informes administrativos, el registro y reconocimiento de libros y papeles, el cotejo de letras, y otros como la prueba indiciaria.

En la actualidad la normativa procesal civil y mercantil, aun regula estos medios de prueba, los cuales se pueden considerar como mecanismos clásicos, y que en definitiva aún son válidos, pero en muchos casos no acordes a la dinámica social de los últimos tiempos, ya que, diversas legislaciones como España, Uruguay, Paraguay y actualmente El Salvador han incursionado e imponiendo un relevante conjunto de instrumentos probatorios, que se caracterizan por ser reales, preconstituidos y que se

³⁶**GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", en Revista Derecho y Conocimiento, Volumen I, Universidad de Huelva, España, p. 78. "Como es bien sabido, la prueba no es sino una actividad (y un resultado) de acreditación o convencimiento de la verdad o certeza de un determinado hecho; la prueba implica, así, un objetivo intelectual que se alcanza mediante unas percepciones sensitivas (fundamentalmente la vista y el oído, pero también el olfato, el gusto y el tacto) que nos proporcionan personas o cosas (lo que las personas dicen o escriben y lo que las cosas muestran o enseñan) en cuanto fuentes, materias o instrumentos probatorios".

configuran en atención a las evidentes innovaciones tecnológicas y científicas, a los que la doctrina y la jurisprudencia comparada han denominado o calificado como nuevos medios, modernos medios o simplemente medios tecnológicos de prueba³⁷. Por ello se hace necesario determinar la eficacia de las grabaciones en general, dentro del CPCM, que a grandes rasgos constituye una labor difícil pero no imposible.

4. Objetivos

Con base en lo anterior, se plantea la presente investigación al margen de un conjunto de caracteres generales y específicos, las cuales orientan el desarrollo de la temática del objeto de estudio.

4.1. Objetivo General

Conocer la eficacia de las grabaciones que regula el Código Procesal Civil y Mercantil en el artículo 396.

4.2. Objetivos Específicos

Especificar el entorno histórico de apareamiento de los medios modernos, de captación desde una perspectiva de derecho comparado.

Estudiar el principio de libertad probatoria reconocido en la Constitución salvadoreña.

Analizar la validez y eficacia de los medios de prueba de captación del

³⁷Vid. **CABRERA, Fernández** "Los medios técnicos de documentación y reproducción en el proceso", en RUDP (UNED), Número 1, 1988; **REDONDO, Monton**, Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso, Salamanca, 1977; **MURCIANO, Moreno** "Pruebas no previstas por la ley", en RDP, Número 4, 1950, p. 663 y s.s, cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 79. "(...) la dinámica social de los últimos tiempos (y, más concretamente, la operada en la segunda mitad del siglo XX) ha venido haciendo uso (por no decir que ha venido imponiendo) de un relevante conjunto de instrumentos probatorios, de carácter real, y productos evidentes de las innovaciones tecnológicas y científicas, a los que la doctrina (y también la jurisprudencia) han denominado o calificado como "nuevos medios" de prueba"

sonido, voz e imagen dentro de amplio espectro de grabaciones, que regula el CPCM.

Realizar un estudio comparativo de legislaciones en atención al procedimiento de admisibilidad, forma de incorporación, y de valoración de los medios probatorios de captación o tecnológicos.

Analizar el principio de legalidad, dentro los procesos civiles y mercantiles.

5. Marcos de Referencia

El propósito de contextualizar el marco de referencia, es establecer ciertos parámetros, que servirán de guía e ilustración a la investigación, objeto de estudio, esto significa la necesidad del establecimiento, de un marco histórico teórico y jurídico.

5.1. Marco Histórico-Teórico y Jurídico

La determinación de la validez y eficacia de medios de prueba modernos entre los que se encuentran las grabaciones o medios de captación de la voz, sonido e imagen en el contexto histórico se configura en una labor ardua, ya que, tanto las legislaciones internas y externas, específicamente en países Europeos y Suramericanos su reconocimiento ha sido limitado en atención a su de su reconocimiento expreso en la ley.

En cuanto a la validez de las grabaciones para su aceptación en los procesos implicaba una interpretación jurisprudencial forzada de la prueba documental, problemática que en el devenir de la historia jurídica se ha venido subsanando debido a que se les ha venido reconociendo el carácter de instrumentos eficaces, al efecto se tiene y se cuenta como primera

aceptación legal en El Salvador, los medios prescritos en los artículos 51 de la Ley Procesal de Familia y 455 del Código de Comercio. La Ley Procesal de familia³⁸, en lo general y desde la entrada en vigencia en 1994, regulo lo relativo a los medios de prueba técnicos o modernos bajo el calificativo de medios científicos, disposición que en lo que respecta establece: Art. 51.- En el proceso de familia son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos.

Por otra parte, el Código de Comercio³⁹, desde el año 2000, permitió a los comerciantes documentar su información en soportes de almacenamiento prescribiendo la reforma al artículo 455 lo siguiente:

“Art. 455.- 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 copias o reproducciones sean certificadas por Notario, previa confrontación con los originales...”

De esto se deduce que la historia legislativa ha venido incursionando en la categorización de medios técnicos, reconociéndoles su eficacia en un contexto supletorio y hasta sustantivo, que en la actualidad y desde el 1 de

³⁸**LEY PROCESAL DE FAMILIA**, Decreto Legislativo No. 133 de fecha 14 de septiembre de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 173, Tomo 324 de fecha 20 de septiembre de 1994, vigente desde el 1 de octubre de 1994.

³⁹**CÓDIGO DE COMERCIO**, Decreto Legislativo No. 671 de fecha 8 de mayo de 1970, publicado en el Diario Oficial No. 140, Tomo 228 de fecha 31 de julio de 1970, reformado mediante Decreto Legislativo No. 826, del 26 de enero de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 40, Tomo 346 del 25 de febrero de 2000, vigente desde el 1 de abril de 1971.

julio de 2010, se robustecen por la entrada en vigencia del CPCM.

Por ello desde el año 2010, en El Salvador se ha dado pauta de manera determinante y vinculante a los procesos civiles y mercantiles, así como a otros procesos por la aplicación supletoria que tiene este cuerpo normativo a un sistema de administración de justicia que involucra un sistema probatorio que subsana interpretaciones extensivas. De esto se deduce, que legalmente el catalogo abierto de medios probatorios como las grabaciones, constituyen la positivización modernizadora de la legislación procesal civil que recorre Iberoamérica, bajo el influjo del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica cuyas bases datan de 1970⁴⁰, así, como la aprobación en 1981 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, las relativas al Código General del Proceso de Uruguay, de 1989, y la Ley de Enjuiciamiento Civil_española_1/2000_y_Puerto_Rico,_en_septiembre_de_2009⁴¹.

5.2. Marco Doctrinario

La CN expresamente no reconoce el derecho de probar, y mucho menos lo referente a la utilización de medios de prueba, que impliquen la captación de palabras, imágenes y sonidos, del amplio espectro de grabaciones y registros audiovisuales, por ello, se hace preciso analizar su reconocimiento implícito que se connota en el derecho al debido proceso que reconoce el artículo 11 de la CN⁴², y su configuración en la tutela judicial efectiva⁴³, el cual permita deducir la eficacia de esta clase de medios que regula el CPCM.

⁴⁰**ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. IX. Este autor considera que las novedades no solo en materia probatoria tienen un entronque común el cual es el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI), aprobado en Rio de Janeiro en 1988.

⁴¹**CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA**, presentación del Código Procesal Civil y Mercantil, junio de 2010, ob., cit., sin número de pág., material, por ser material exclusivo del CNJ, al momento de la creación y entrada en vigencia del CPCM.

⁴²**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Art. 11.** “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

⁴³**COUTURE, Eduardo J.**, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 249. Para este autor la Garantía de la Tutela Judicial Efectiva, es manifestación del principio al debido proceso, en el cual surgen un catálogo de derechos relacionados a los procesos.

El ofrecimiento de prueba técnica y/o tecnológica, en el marco del amplio espectro de grabaciones y registros audiovisuales, que el principio de libertad probatoria y la descripción general del CPCM permiten y prescriben, en la Sección Sexta del Libro Segundo, Título Segundo, era un escenario y un esquema inconcebible en la normativa derogada, debido a que la esfera de acción se limitaba a lo escrito y en consecuencia el derecho de probar relaciones contractuales y extracontractuales, no se reconoció, ya que se contaba con un sistema probatorio ambiguo, que analizaba las relaciones jurídicas sustantivas privadas insatisfechas en un campo de actuación eminentemente documental escrito⁴⁴. En cambio los modernos medios probatorios abren las puerta al ofrecimiento de mecanismos, que está por demás decir, es la base actual de la actualización y vanguardia del proceso, y más aun de la etapa probatoria⁴⁵; en este sentido, las nuevas tecnologías, pueden suministrar a los litigantes o sujetos procesales (partes y terceros)

⁴⁴Es menester aclarar que el peso de la tradición de la forma escrita en el proceso civil o mercantil seguidos en el país, supuso un lastre para la efectiva implantación de la oralidad y en suma de la modernización de y amplitud de medios de prueba. En este contexto resulta significativo que en el código de Procedimientos Civiles de 1882, ningún medio de prueba, ni siquiera la confesión o medio testifical, por ser pruebas orales por excelencia por consistir en declaraciones efectuadas ante el juez, podían prescindir de la escritura. la confesión se hacía con base a lo que se le denominaba “pliego de posiciones” y la testifical requería la previa redacción y aprobación del capítulo de preguntas y respuestas. En muchos casos se hacía caso omiso del régimen legal y la fuerza de la escritura era tal que, a pesar de lo establecido en la norma, en ocasiones un acto previsto como verbal se convertía, en la práctica en trámite escrito.

⁴⁵**CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA**, presentación del Código Procesal Civil y Mercantil, junio de 2010, ob., cit., sin número de pág., material, por ser material exclusivo del CNJ, al momento de la creación y entrada en vigencia del CPCM. “Aparte de la evidente unificación que ha traído consigo en las reglas y procedimientos para la tutela de las relaciones civiles y mercantiles, cabe en esta apretada síntesis señalar, entre otras: la traslación al plano legal del derecho constitucional al debido proceso (art. 11 CN) y las manifestaciones de éste que ha ido reconociendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para este ámbito jurisdiccional; la positividad de los principios procesales más importantes, con el fin de hacerlos exigibles por los ciudadanos; el sometimiento del juez y las partes al principio de legalidad sin perjuicio de ciertos controles frente al dictado de la norma; la potenciación de la inmediatez y la oralidad en los procesos declarativos, no sólo en la fase de práctica de la prueba –especialmente con los interrogatorios en los medios de carácter personal-, sino mediante la introducción de una audiencia preparatoria con fines de conciliación, saneamiento procesal y fijación de los elementos de debate en su caso; así como la articulación del juicio abreviado, concentrado y casi todo oral. En el ámbito de la prueba, se aprecia un cierto afán legislativo, siempre loable, de búsqueda de la verdad real facilitando diligencias de aseguramiento de las fuentes disponibles y la práctica anticipada de medios, la admisión de distintos instrumentos tecnológicos de captación de hechos, y la primacía del sistema de valoración libre sobre el tasado, sin olvidar el importante papel que se le otorga ahora a la pericia extrajudicial y su aportación con los escritos de alegaciones (...)”

eficaces instrumentos para acreditar o probar los hechos en que fundan sus pretensiones. En la actualidad la limitante ha sido superada, ya que se cuenta con una normativa novedosa CPCM, debido a que regula un sistema probatorio amplio, pero que no prescribe los medios de prueba modernos en un catálogo taxativo, situación que hace necesario el análisis con perfil teórico y práctico al margen del principio de legalidad que permitan determinar los alcances y la eficacia que esta clase de medios de prueba deben observar, esto se debe a que su adquisición puede estar enmarcada dentro de la ilegalidad, o en el peor de los casos en ilicitud al momento de configuración de la fuente de prueba.

En esta relación la legalidad figura como un mecanismo de control, de obligatorio cumplimiento para los sujetos procesales, esto se debe a que el derecho a la prueba no es un derecho absoluto, sino que, está sometido a limitantes las cuales se derivan del cumplimiento de la norma constitucional y observancia de los derechos fundamentales, mediante el apego en estricto sentido de los procedimientos establecidos en la normas secundarias, así como a la finalidad que se le asigna a la actividad probatoria, en ese sentido el código establece las pautas en las que se ha configurado el principio de legalidad, determinando su alcance mediante requisitos o condiciones sine qua nom, sin las cuales o mediante estas, no se admitiría la prueba, y más aún si ésta es referente a medios técnicos, como grabaciones en los que consten actos en lo que el ser humano figura y el que se podrían afectar derechos fundamentales como el honor, la intimidad e imagen⁴⁶.

La misma normativa civil y mercantil ha establecido ciertos cánones para medir la legalidad y fijar así, la eficacia de la generalidad o pluralidad de

⁴⁶Vid. **SANCHEZ, Bandres y CRUZAT, J. M.**, El Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional, Editorial Arazandi, Pamplona 1992, cit., por: **ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. 10. En el contexto de la legalidad, el derecho al debido proceso nace con una función garantista, es decir es, primordialmente un derecho instrumentado para la defensa de los derechos y libertades públicas, y se encuentra tipificado al servicio de la tutela de los demás derechos fundamentales y debe de garantizar instrumentos procesales de protección de esos derechos.

medios de captación o grabación que se configuran en el amplio espectro tecnológico inclusive de los medios de prueba en general, en un proceso concreto.

Estos controles se les pueden denominar explícitos, que es la misma norma la que los establece, y entre estos se encuentran la pertinencia y la utilidad de la prueba, bajo la relación de un concatenado conjunto de principios probatorios.

Estas premisas, son las que configuran a las grabaciones como válidas y en consecuencia admisibles para ser analizadas en la etapa probatoria, dentro de un proceso⁴⁷, situación que no limita otros cánones que permiten que las mismas sean eficaces, los cuales se observan desde la admisión de una demanda hasta su discusión en la etapa probatoria.

Tanto la validez como eficacia constituyen premisas o manifestaciones de la legalidad y que figuran en torno a un principio de larga data, ya que aparece indisolublemente ligado a los presupuestos del Estado de Derecho⁴⁸, resultaba impensable en otros modelos de Estado como el Antiguo o el

⁴⁷**ENRIQUE PALACIO, Lino**, Manual de Derecho Procesal Civil, LexisNexisAbeledo-Perrot, Décimo séptima edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 52. La doctrina, en general, define al proceso como “el conjunto de actos que tienen por objeto la decisión de un conflicto o de un litigio... la definición propuesta se limita a aludir, como finalidad del proceso, a la creación de una norma individual destinada a regir un aspecto específico de la conducta de determinados sujetos”; en este mismo sentido: **COUTURE, Eduardo J.**, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, ob., cit., p.249. para el procesalista el proceso “es una relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada”

⁴⁸**FERRAJOLI, Luigi**, Principios del Derecho, Teoría del derecho y de la Democracia, Vol. I, pp. 114, 430. Vol. II, p. 30. Para el filósofo del derecho Luigi Ferrajoli el Estado de Derecho es un Estado pre moderno o Estado legislativo de derecho, bajo cuya forma nace el Estado de Derecho moderno, emerge históricamente, justamente con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y más aún, existente, independientemente de su valoración como justo el cual se caracteriza por ser un Estado con derecho de formación no legislativa sino jurisprudencial y doctrinaria, en cuyo marco no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos, encabezadas por instituciones diversas y concurrentes, como por ejemplo, el imperio, la Iglesia, los principados, las alcaldías, las corporaciones, ninguna de las cuales detentaba el monopolio de la producción normativa

Medieval⁴⁹, donde el individuo quedaba sometido totalmente a aquel, sin ningún tipo de garantías individuales inclusive el derecho de probar.

En síntesis el principio de legalidad en sus connotaciones de eficacia en atención a las grabaciones ofertadas como medios de prueba se configuran como un freno y contrapeso de las partes dentro del proceso que controla la materia de discusión incoada en una relación jurídica procesal en la que se hayan ofertado medios de pruebas relacionadas a la captación de sonido, voz o imagen, catalogados como grabaciones tecnológicas.

6. Sistema de Hipótesis

El sistema de hipótesis constituye un conjunto de suposiciones encaminadas a analizarse por medio de la Operacionalización, con el objeto de establecer posibles respuestas al planteamiento y enunciado de la situación problemática.

6.1. Hipótesis General

El control in límite realizado a derechos fundamentales como el honor, la imagen y la intimidad, en el ofrecimiento y admisibilidad de medios de prueba relacionados a grabaciones de la voz, sonido y la imagen implica

⁴⁹**MONTESQUIEU, C.**, Del Espíritu de las Leyes, Editorial Albatros, s.e., Buenos aires, Argentina, 1969. pp. 209 y ss. Montesquieu realizó un análisis crítico al absolutismo y propone un modelo de Estado basado en el principio de la División de Poderes; **MAGAÑA, Á.**, Derechos Fundamentales y Constitución, Universidad Tecnológica de El Salvador, s.e., San Salvador, El Salvador, 1997, p. 14. Para Álvaro Magaña, uno de los componentes esenciales del Estado de Derecho juntamente con el principio de legalidad y la división de poderes lo constituyen los denominados derechos fundamentales, los cuales constituyen elementos imprescindibles del Estado de Derecho en su modalidad vinculada al Estado Liberal Burgués. El requisito de los Derechos Fundamentales en un Estado de Derecho debemos de entenderlo no solo como el reconocimiento de tales derechos, sino además complementado por la "articulación de cauces idóneos para garantizar la eficacia efectiva de los derechos fundamentales".

reconocerles validez debido a que han sido adquiridos al margen de la norma constitucional, reconociéndoseles eficacia mediante cánones explícitos que regula el CPCM y de aplicación obligatoria para todo medio de reproducción del sonido, voz e imagen, del amplio espectro tecnológico de grabaciones y registros audiovisuales.

6.2. Hipótesis Específicas

A mayor conocimiento de los antecedentes históricos mediáticos e inmediatos desde la óptica del derecho comparado, mayor será la comprensión de la eficacia de los medios de captación o de grabación que regula el CPCM.

Entre menor irrespeto a derechos fundamentales como la imagen el honor y la intimidad, mayor será la eficacia de los medios modernos de captación o de grabación, robusteciendo con ello la garantía del debido proceso, de la tutela jurídica efectiva, y libertad probatoria.

A menor observancia y control en la obtención, ofrecimiento y admisibilidad de medios de prueba en su configuración de grabaciones de la voz, sonido y la imagen que impliquen probar hechos alegados y discutidos, mayor será el control de la idoneidad, y pertinencia de los hechos objeto de discusión.

Entre mayor respeto de la constitución y de los mecanismos de control como la pertinencia, utilidad, y cuestiones incidentales procesales y materiales en la etapa probatoria, en la que se discuta una pretensión que se pretende probar mediante grabaciones, mayor será la eficacia o legalidad de estos medios de prueba dentro de un proceso.

6.3. Operacionalización de las Hipótesis

Variable Dependiente	Dimensiones	Indicadores
El control in límite realizado a derechos fundamentales como el honor, la imagen y la intimidad, en el ofrecimiento y admisibilidad de medios de prueba relacionados a grabaciones de la voz, sonido y la imagen implica reconocerles validez debido a que han sido adquiridos al margen de la norma constitucional	El Respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.	-El respeto al honor. -El respeto a la imagen. -El respeto a intimidad
	La actuación al margen del Principio de Legalidad.	-El derecho de libertad probatoria -la tutela judicial efectiva - El debido proceso
Variable Independiente	Dimensiones	Indicadores
Reconocimiento eficaz mediante cánones explícitos que regula el CPCM, y de aplicación obligatoria para todo medio de reproducción del sonido, voz e imagen, del amplio espectro tecnológico de grabaciones y registros audiovisuales	Controles procesales de la prueba en general Mecanismos de control de vicios procesales	-prueba lícita -prueba pertinente -prueba útil

CAPÍTULO II: ANTECEDENTES JURÍDICOS-HISTÓRICOS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

SUMARIO: 2.Introducción, 2.1. Antecedentes de los Medios de Prueba, 2.1.1. Antecedentes Mediatos 2.1.1.1. Aparecimiento de la Prueba testimonial, 2.1.1.2. Aparecimiento de la Prueba por Juramento, 2.2. Épocas de Desarrollo de los Medios de Prueba, 2.2.1. Medios de Prueba en el Proceso Civil Romano, 2.2.1.1. Primer Periodo (LegisActiones o Acciones de la Ley), 2.2.1.2. Segundo Periodo (La República Romana), 2.2.1.3. Tercer Periodo (El Imperio Romano), 2.3. Medios de Prueba en el Proceso Civil Germánico, 2.4. Fases Evolutivas de los Medios de Prueba, 2.4.1. Evolución, 2.5. Antecedentes Inmediatos, 2.5.1. Contexto Moderno, 2.6. Medios de Prueba en el CPCMI, 2.7. La Prueba en un Sistema Dispositivo Adversativo, 2.8. Distinción de Fuente de Prueba, Medio y Actividad Probatoria, 2.9. Sistema Probatorio y Medios de Prueba en El Salvador, 2.9.1. Análisis del Código Procesal Civil y Mercantil, 2.10. Novedades del Catálogo de Medios de Prueba del CPCM, 2.10.1. Medios de Captación o de Grabación y su Clasificación, 2.10.1.1. Medios de Captación y Reproducción de Voz y Sonido, 2.10.1.2. Medios de Captación y Reproducción de la Imagen, 2.10.1.3. Medios de Captación y Reproducción de la Imagen y del Sonido, 2.10.2 Medios de Almacenamiento de Datos.

2. Introducción

Con el aparecimiento de las sociedades jurídicamente organizadas, los conflictos derivados del perfeccionamiento de actos o negocios jurídicos han sido parte de la cultura jurídica, y en consecuencia el ser humano se ha visto en la necesidad de regular y establecer medios de prueba que estén dentro del nivel cultural que cada sociedad transita⁵⁰.

⁵⁰**DENTI, Vittorio**, Estudios de Derecho Probatorio, Breviarios de Derecho, Ediciones Jurídicas Europa América, s. f., s. l. i., p. 265. Este autor considera que la “necesidad es móvil e históricamente relativa en función del continuo acrecentamiento del nivel cultural común. Toda vez que el progreso de la ciencia no garantiza una búsqueda de la verdad inmune a los errores ni que los métodos de búsqueda se

En la actualidad estos argumentos no son ajenos, debido a que en la cultura actual existen medios actualizados y que van a la vanguardia de la tecnología, este planteamiento se concibe según palabras de ANGELA LEDESMA como la “cientificidad de la prueba”, denominación que según sus argumentos atienden concretamente a los avances de la ciencia que se introducen poco a poco al proceso⁵¹. La noción anterior, hace necesario el estudio desde un punto de vista histórico de los medios de prueba, debido a que el abordaje de la evolución histórica de los medios de prueba desde un entronque o enfoque mediático e inmediato permitirá deducir el apareamiento de los medios de prueba modernos, específicamente de las grabaciones, y su distinción entre medio, fuente y objeto de prueba.

El abordaje histórico de las formas procesales ejecutadas o desarrolladas inicia con el apareamiento de los procesos civiles Greco-Romanos y Germánicos, los cuales constituyen el enlace que permite analizar la evolución histórica de los medios de prueba desde un enfoque mediático; así mismo el análisis inmediato que legislaciones de corte moderno como el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, conformaran los núcleos condicionantes y traslapes históricos que fundamentan el apareamiento del proceso y de los medios de prueba tradicionales, así como los medios de prueba modernos.

2.1. Antecedentes de los Medios de Prueba

El apareamiento de las sociedades jurídicamente organizadas, permitió el apareamiento de las primeras formas procesales, en los cuales la

consideren correctos por estar aceptados por la generalidad de los estudiosos en un momento histórico dado, ya que los métodos mismos pueden resultar erróneos en algún momento posterior”.

⁵¹LEDESMA, Ángela E. “Medios de Prueba no Legislatos y Aceptados por la Jurisprudencia”, en **INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL**, Buenos Aires, Argentina, s. f., p. 44, Disponible en: http://www.institutoderechoprocesal.org/uploadbibliocontenidos/Ledesma_Angela__Medios_de_Prueba_No_Legislados_y_Acep.pdf (consultado 21 de diciembre de 2013).

ambigüedad, el empirismo, la especulación, y los dogmas religiosos, constituyeron características de las primeras manifestaciones en materia probatoria, y de las que implícita o de forma explícita se identifican en los antecedentes mediatos.

2.1.1 Antecedentes Mediatos

La historia mediata, en materia probatoria se circunscribe a sociedades en las que se comienzan a gestar las primeras manifestaciones del derecho mediante la aplicación de un conjunto de actos procesales, en los cuales el empirismo, en materia probatoria, constituían las primeras manifestaciones mediante las cuales los actos o negocios jurídicos y hasta incluso los delitos eran comprobados⁵². Las sociedades que conforman el marco de referencia histórico como antecedente mediático y que contaban con rudimentarios medios de prueba se pueden citar, los procesos civiles de Grecia, Roma, y el proceso Germánico.

Las primeras sociedades tenían diferentes formas de realizar justicia, mediante una pluralidad o diversidad de procesos, así como de formas de valorar la prueba⁵³, esto fue así debido a que en los primeros tiempos existió una confusión entre el derecho sustancial, el procesal y la magia⁵⁴.

⁵²**MONTERO AROCA, Juan**, La Prueba en el Proceso Civil, Editorial Civitas S.A., Santiago de Chile, Chile, 1996, p. 9- 10. En ese sentido, la evolución histórica de la Prueba no es un tema que escape de la dificultad, puesto que la prueba en sí como instituto jurídico en sus inicios no existía, debido a que se trataba simplemente de un proceso rudimentario donde predominaban las reglas del empirismo, las impresiones personales y el pensamiento mágico, como parámetros para determinar la inocencia o culpabilidad de un supuesto agresor de la ley, sin embargo encontramos atisbos de dichos sistemas.

⁵³**ARÉVALO CANIZALEZ, Rosa Carolina; LEMUS VILLACORTA, Raúl Ernesto; RAMOS GÓMEZ, SaidaLinett**, Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia de los Medios de Prueba denominados: de Reproducción del Sonido, Voz, Imagen y Almacenamiento de Información regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil, Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Licenciados en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, enero de 2012, San Salvador, El Salvador, 2012, p. 3 Para estos autores la historia de la prueba no es ajena a la historia del proceso, aunque puedan diferenciarse, diversos medios en algunas épocas.

⁵⁴**ENCICLOPÉDIA MICROSOFT**, Encarta Online 2009, Microsoft Corporation, 1997-2009, Disponible en: <http://es.encarta.msn.com> (consultado el 23 de diciembre de 2013) Puede consultarse como ejemplo de esto el Código de Hamurabi, creado en el año 1760 a. C. (según la cronología media), es uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y uno de los ejemplos mejor conservados de este

2.1.1.1. Aparecimiento de la Prueba Testimonial

En este sentido las primeras manifestaciones de medios de prueba que Grecia desarrollo, y en la que se puede citar la prueba testimonial⁵⁵, ejecutado mediante el testimonio personal de recuerdos o indagaciones; en consecuencia, en Grecia se produjo una revolución que, al cabo de una serie de luchas y cuestionamientos políticos, dio como resultado la elaboración de una determinada forma de descubrimiento judicial y jurídico de la verdad, el cual constituye el principal modelo o punto de partida para toda una serie de saberes, tanto filosóficos, retóricos y empíricos, que caracterizaron el pensamiento griego⁵⁶.

2.1.1.2. Aparecimiento de la Prueba por Juramento

Con posterioridad apareció la prueba por juramento, que consistía en una especie o tipo de verdad, en donde se rendía juramento y se resolvía el conflicto por medio de una deidad, y en caso de no resolverse se dirimía por medio del juez, esto deduce que el juramento consistía en una especie de confesión que daba por terminado el pleito, pues el principio básico era el acusatorio⁵⁷, debido a que entre el proceso civil y penal no había distinción alguna y en consecuencia, aquellos que comúnmente se utilizaban sin ningún

tipo de documento de la antigua Mesopotamia y en breves términos se refiere a la conocida frase “ojo por ojo, diente por diente”.

⁵⁵**FAVELA OVALLE, José.** Derecho Procesal Civil, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla S.A. de C.V., México, 1980, p. 125. El testimonio es un medio de prueba consistente en la declaración representativa que una persona, la cual no es parte en el proceso que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza.

⁵⁶**VÉLEZ MARICONDE, Alfredo,** Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Lerner, Córdoba, Colombia, 1986, p. 25. Para este autor Grecia constituye el entronque espontaneo de un cumulo de saberes, tanto filosóficos, retóricos y empíricos, que caracterizaron el pensamiento griego

⁵⁷**ARÉVALO CANIZALEZ, Rosa Carolina; LEMUS VILLACORTA, Raúl Ernesto; RAMOS GÓMEZ, SaidaLinett,** Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia de los Medios de Prueba denominados: de Reproducción del Sonido, Voz, Imagen y Almacenamiento de Información regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil, ob., cit., p. 5. “...No obstante estos antecedentes, el estudio del derecho griego antiguo se centra en Atenas, donde tanto el sistema civil como el penal eran orales y aparecen necesariamente implicados e indiferenciados...”

valor alguno fueron el testimonio, el juramento y los documentos⁵⁸.

2.2. Épocas de desarrollo de los medios de Prueba

En Roma, durante sus doce siglos de existencia, la civilización o sociedad, tuvo formas de gobierno como la Monarquía Romana, que luego fue reemplazada por la República Romana, hasta convertirse en un gran imperio que dominó Europa Occidental y los alrededores del Mar Mediterráneo; a través de conquistas y la asimilación cultural el Imperio Romano se fue modificando en atención a la forma de aplicar justicia y de incorporar medios de pruebas, esto es así, debido a que, se incorpora al sistema probatorio los principios que rigen la aplicabilidad de los medios iniciados en Grecia⁵⁹.

2.2.1 Medios de Prueba en el Proceso Civil Romano

Los medios de prueba y del catálogo de medios ejercitados en los procesos romanos se desarrollaron en tres periodos:

- a) Por medio de la Monarquía y su legisactionis (del 753 -510 antes de la era cristiana);
- b) La República y su periodo formulario (510-31 antes de la era cristiana);
- c) El imperio y su legisactionis (31-553 después de la era cristiana)⁶⁰.

⁵⁸**ECHANDÍA, Hernando Devis**, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II De las Pruebas Judiciales, Editorial ABC, quinta edición, Bogotá, Colombia, 1977, p. 13. Según los argumentos de Echandía se debe de "hacer notar que no existen antecedentes de prueba legal (en el sentido de que la ley no regulaba el valor que había de dársele a cada medio de prueba, y tampoco señalaba, que se debía tomar en cuenta para valorar la misma) con la excepción de la prueba documental que gozó de mucha importancia, especialmente en materia mercantil, habiendo otorgado a algunos documentos mérito ejecutivo directo, y por tanto, valor de plena prueba, como sucedía con los libros de los banqueros quienes gozaban de reputación de ser personas honradas de modo que es posible que esa sociedad en particular, y en ese período haya usado como sistema predominante la apreciación en conciencia, al modo del jurado norteamericano, lo que conlleva a establecer que los que tomaban la decisión y resolvían el conflicto no tenían ninguna noción científica del Derecho, esto hacía que resolvieran según su lógica o aun según su conciencia o creencias ideológicas.

⁵⁹**DE ZAVILÍA, Víctor**. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Quinta edición, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 59. Este autor considera que en el derecho romano, se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental.

⁶⁰**ARÉVALO CANIZALEZ, Rosa Carolina; LEMUS VILLACORTA, Raúl Ernesto; RAMOS GÓMEZ, SaidaLinett**, Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia de los Medios de Prueba denominados: de

2.2.1.1. Primer Periodo: LegisActionis o Acciones de la Ley

El primer periodo el denominado LegisActionis o Acciones de la ley⁶¹, se desarrolló hasta mediados del siglo VI antes de Cristo y ejecuto mientras la forma de gobierno era la monarquía Romana, esto es, el poder consignado al rey, aunque con poderes limitados en el ámbito legislativo, debido a que era el Senado o Consejo de Ancianos, quienes gozaban de la potestad o derecho de veto y el de sanción de las leyes hechas por el rey⁶².

Según los argumentos de ROSA CAROLINA, RAÚL ERNESTO, Y SAIDA LINETT, en su tesis de grado consideran que en la práctica jurídica romana se ejecutaba el procedimiento de las acciones de la ley, mediante dos fases⁶³: la primera se denominaba in iure que significaba hacia la ley o hacia el derecho⁶⁴; y en donde decidía el pretor, y la segunda denominada apudiudicem que significaba junto al juez, y en donde decidía el particular; en ambos casos se ejecutaba la actividad probatoria⁶⁵, pero supeditada a la revisión de un particular.

En este proceso la parte demandante acudía ante el pretor y presentaba su demanda, exponiendo su pretensión, así mismo el demandado acudía al pretor y se oponía, si el contenido de la pretensión se ajustaba a la legis o ley,

Reproducción del Sonido, Voz, Imagen y Almacenamiento de Información regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil, ob., cit., p. 7.

⁶¹**ESPINOZA, Flia**, Diccionario Latín-Español, Edición Electrónica, 2006, pp. 2, 44. Para el Diccionario de términos en latín se trata de una periodo se compone de los términos siguientes Legis o lex, que significa: norma, precepto o ley, y Actionis, que significa: acción o acciones.

⁶²**ARÉVALO CANIZALEZ, Rosa Carolina; LEMUS VILLACORTA, Raúl Ernesto; RAMOS GÓMEZ, SaidaLinett**, Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia de los Medios de Prueba denominados: de Reproducción del Sonido, Voz, Imagen y Almacenamiento de Información regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil, ob., cit., p. 7.

⁶³Ibidem, p. 7.

⁶⁴**ESPINOZA, Flia**, Diccionario Latín-Español, Edición Electrónica, ob., cit., p. 38, 43.en el contexto del latín según el Diccionario la palabra In, significa a, hacia, hasta, en, entre, y el termino iure, se deriva de la voz latina ius, locusion que a su vez se deriva del iuris que significa Derecho.

⁶⁵Ibidem, p. 5, 43. Siguiendo los argumentos de Espinoza en el Diccionario de latín y español el termino Apud, significa junto a; y el termino iudicem se deriva de las voces latinas iudex, o iudicis, que significa juez o árbitro.

entonces se le concedía la acción al demandante, y así se establecía lo que ellos llamaban un programa procesal, y una vez se establecía éste.

Es decir, que la pretensión era legal, se le concedía la acción, y en consecuencia el pretor enviaba el proceso al “iudex” o juez quien era un particular y este se limitaba a verificar, momento en que se daba la cuestión probatoria, esto es las afirmaciones hechas por el demandante, y la oposición del demandado las cuales eran valoradas para que el iudex, pronunciase la sentencia⁶⁶.

2.2.1.2 Segundo Periodo: La República Romana

El segundo periodo se le denomina la República Romana se el cual se ordenó mediante una Constitución compleja, que centró los principios de separación de poderes, controles gubernamentales, equilibrios de poder, y en el que se ejecutó el proceso formulario⁶⁷, que se dividió al igual que la legis actionis en dos etapas⁶⁸, a saber: la primera comprende la cuestión de

⁶⁶**ARÉVALO CANIZALEZ, Rosa Carolina; LEMUS VILLACORTA, Raúl Ernesto; RAMOS GÓMEZ, SaidaLinett**, Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia de los Medios de Prueba denominados: de Reproducción del Sonido, Voz, Imagen y Almacenamiento de Información regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil, ob., cit., p. 8. “En la época de la “legisactionis” los medios de prueba aparecían fundados principalmente sobre testimonios prestados ante el Juez después del juramento. En consecuencia se obtiene la conclusión de que los testimonios podían definir la situación jurídica de las personas ya que era la prueba testimonial la primordial y la que lograba convencer al juez de la verdad es decir el dicho del testigo era determinante en las causas judiciales de valoración de los Romanos, en este periodo, era el de la libre apreciación”.

⁶⁷Vid. **QUINTANILLA, Noé**, et al, Principios que Informarán el Nuevo Código Procesal Civil de la República de El Salvador y las Perspectivas de Aplicación por los Operadores de la Zona Oriental, Tesis, UES, 2003, p. 35S, cit., por: **ARÉVALO CANIZALEZ, Rosa Carolina; LEMUS VILLACORTA, Raúl Ernesto; RAMOS GÓMEZ, SaidaLinett**, Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia de los Medios de Prueba denominados: de Reproducción del Sonido, Voz, Imagen y Almacenamiento de Información regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil, ob., cit., p. 9. “Se le denomina procedimiento formulario porque el pretor redactaba una fórmula que le entregaba al juez, delimitándole los puntos exactos sobre los cuales resolvería”.

⁶⁸En este sentido puede consultarse a: **PALACIO, Lino Enrique**, Manual de Derecho Procesal Civil, ob., cit., p. 24. Para Lino Palacio Característica común a ambas épocas (los procesos de Grecia y Roma) es la división del procedimiento en dos etapas: injure y apud indican o in indicio. La primera tiene lugar ante un magistrado que ejerce los poderes inherentes a la jurisdicción, pero carece de facultades decisorias, y la segunda ante un juez privado (iudex unas), que es designado por las partes de común acuerdo y a quien incumbe la facultad de resolver la controversia, aunque carece del imperiumnecesario para hacer cumplir su decisión.

derecho, y la segunda, los hechos, y si las partes no cumplen el dictamen, debe volverse otra vez al magistrado originario que tenía el imperium o poder público para ejecutarlo⁶⁹.

No obstante, se diferencian en que mientras las acciones de la ley eran dadas exclusivamente para ciudadanos romanos, el proceso formulario se daba cuando intervenían en el proceso, extranjeros, por ello, por medio de éste proceso se introdujo el Derecho de Gentes o iusgentium al Derecho Civil Romano, es decir que se incluía a los extranjeros en las relaciones jurídicas de los ciudadanos Romanos⁷⁰.

En el proceso formulario ejecutado mediante una serie de procedimientos⁷¹, se admitieron medios de prueba diferentes al juramento, especialmente los documentos, así como el reconocimiento judicial, y prueba indiciaria, pero, por regla general, la prueba en este periodo estaba sujeta a la discrecionalidad del juez, o lo que es lo mismo, no existían los medios de prueba formales⁷².

⁶⁹**ESPINOZA, Flia**, Diccionario Latín-Español, Edición Electrónica, ob., cit., p. 38. En atención al Diccionario de términos en latín el Imperium, significaba mando u orden que emana de una autoridad o poder supremo, con mando, dominio y soberanía.

⁷⁰**CABANELLAS Guillermo**, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliastas S.R.L. Decima segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, p. 222. El Jusgentium comprendía el conjunto de reglas jurídicas que regía las relaciones entre los pueblos, algo así como el Derecho Internacional Público moderno, el cual en el derecho privado presentó distintas acepciones: a) conjunto de reglas del Derecho Romano aplicables a los ciudadanos de este pueblo, y más particularmente a los peregrinos o extranjeros; se oponía así al Jus Civile; b) principios de Derecho Natural vigentes en todos los pueblos civilizados.

⁷¹Vid. **CHIOVENDA**, "Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil", en Ensayos de Derecho Procesal Civil, trad. Sentís Melendo, Tomo I, p. 301. Consta la fórmula de partes principales (ordinarias) y accesorias (extraordinarias). Las primeras son, 1o) La demonstratio, que contiene la enunciación de los hechos que motivan el litigio y a veces se encuentra implícita en la intentio; 2o) La intentio, que condensa la pretensión del demandante; 3o) La adiudicatio, que sólo se encuentra en las llamadas acciones divisorias y persigue la atribución a una de las partes en propiedad de lo que correspondía indivisamente a varias; 4o) La condemnatio, que autoriza al juez a condenar o absolver de acuerdo con el resultado de la prueba. Son partes accesorias de la fórmula la praescriptio, que se antepone a ella y tiene por objeto limitar su contenido, y la exceptio, que constituye una salvedad incluida a favor del demandado y condiciona la condena.

⁷²**ARÉVALO CANIZALEZ, Rosa Carolina; LEMUS VILLACORTA, Raúl Ernesto; RAMOS GÓMEZ, Saida Linett**, Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia de los Medios de Prueba denominados: de

2.2.1.3. Tercer Periodo: El Imperio Romano

El tercer periodo, lo constituyó el denominado Imperio⁷³, el cual conforma la última etapa de la historia Romana, se configuro este periodo debido a que el Régimen Imperial fue absorbiendo cada vez más poderes y la desaparición de la vieja estructura de la República Romana favoreció la instauración del nuevo sistema, que tuvo entre sus elementos una tramitación distinta del proceso, en lugar de dividir el proceso en dos etapas, una ante un magistrado y otra ante un juez, este tipo de proceso extraordinario toma un nuevo camino, donde el juez es un funcionario que dirime toda la contienda, llamándose entonces a este nuevo proceso con el nombre de “cognitioextraordinem” (conocimiento extraordinario).

En este periodo se le concede gran relevancia al derecho de interrogación de las partes por el juez, quien, además, señalaba a quien correspondía la carga de la prueba, y los medios de prueba seguían siendo los utilizados en el proceso formulario, con la variabilidad de que algunos de ellos como la prueba documental se adaptó a exigencias más rigurosas, pero al igual que todos los medios existentes su valoración constituía un análisis genérico, como si, se tratara de un sistema de presunciones⁷⁴.

2.3. Medios de Prueba en el Proceso Civil Germánico

Lino Enrique Palacio argumenta que, en los pueblos germanos el proceso se

Reproducción del Sonido, Voz, Imagen y Almacenamiento de Información regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil, ob., cit., p. 9, 10.

⁷³Ibidem, p. 10. El imperio estaba constituido por emperadores, los cuales implantaron un gobierno absoluto, concentrando en su persona todos los poderes: políticos, militares, religioso y administrativos.

⁷⁴**CAMPOS SOLÓRZANO, Álvaro Henry**, La Sana Crítica como Criterio de Valoración de la Prueba en Materia Civil, Tesis de grado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad “José Matías Delgado”, San Salvador, El Salvador, 1987, p. 62. “En cuanto a los medios de prueba, fueron más o menos los que existían en el periodo formulario, pero adaptados a las nuevas exigencias de los tiempos y muy semejante a los que se usan actualmente”. Para este momento, el documento va a considerarse una prueba superior a los testigos, pero los jueces apreciaban las pruebas de modo general, como si todo constituyera un sistema de presunciones.

halló configurado como una lucha entre partes y se configuro ante las asambleas populares, en los cuales existió el poder jurisdiccional, limitándose la función del juez a dirigir formalmente el debate y a proclamar o promulgar la sentencia dictada⁷⁵; el proceso a grandes rasgos se desarrollaba de la siguiente manera:

- a) Se citaba al demandado por el propio demandante y previamente constituido el tribunal, se interponía la demanda mediante la utilización de palabras exactamente prescriptas e invocación a la divinidad, debiendo el demandado contestarla, allanándose o negándola en su totalidad.
- b) En caso de que procediera la negación de la misma, la asamblea dicta la denominada sentencia probatoria, mediante la cual se coloca al demandado en la alternativa de justificarse, probando la sinrazón de la demanda, o satisfaciendo la pretensión del actor⁷⁶.

Un elemento destacable en la etapa probatoria en el proceso civil germánico, fue la denominada regresión en los avances y adelantos que sobre la valoración de la prueba se habían logrado en Grecia y Roma.

El anterior argumento se generó debido a que se configuró un retroceso en la valoración de la prueba, por el hecho de analizarla desde una perspectiva mágico-religiosa⁷⁷, y en consecuencia se reflejó un retroceso, debido a que

⁷⁵**PALACIO, Lino Enrique**, Manual de Derecho Procesal Civil, ob., cit., p. 26. la sentencia según los argumentos de Lino Enrique Palacio, se “pronuncia a propuesta de una comisión de miembros peritos en derecho, en los primeros tiempos, y de jueces permanentes especiales o también denominados scabinidurante el denominado período franco”.

⁷⁶Ibidem, p. 26. En este antecedente mediático se deduce que la prueba, constituyo como el ofrecimiento formulado al adversario para demostrarle que carece de razón, y el cual reviste dos caracteres fundamentales, a saber: 1o) se dirige al adversario, y no al tribunal; 2o) configura un beneficio, no una carga, que corresponde ordinariamente al sujeto atacado, o sea al demandado.

⁷⁷**PALACIO, Lino Enrique**, Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Novena edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 70. Según la Novena edición de Lino Palacios el retroceso en materia probatoria, o mejor dicho “La reducción de los pueblos a la historia primitiva del derecho”, se debió a “Las invasiones bárbaras y la caída del Imperio Romano, primero en Occidente en el año 476 y luego en Oriente en el año 1453...”

se quería provocar el juicio de la divinidad⁷⁸.

Este fue el momento de apareamiento de las denominadas ordalías⁷⁹, que implicó que las pruebas eran desarrolladas de una forma mágico-religiosa, por las que se creía que la divinidad pronunciaba el veredicto acerca de aquellos casos legales sobre los que se le consultaba.

2.4. Fases Evolutivas de los Medios de Prueba

En la evolución de la prueba en su contexto histórico se han distinguido cinco fases, las cuales se han configurado implícita o explícitamente en los contextos mediáticos e inmediatos de apareamiento de los medios de prueba. Dicha configuración se manifiesta mediante las fases siguientes a saber: fase étnica, fase religiosa mística, fase legal, fase sentimental o de la Íntima convicción y fase científica⁸⁰.

2.4.1 Evolución

La Fase Étnica: A la cual se le da también el nombre de primitiva, corresponde a todas las sociedades en formación. Cuando solo podía existir un sistema procesal rudimentario, donde las pruebas se dejaban a la apreciación del juzgador y la cual presentaba distintos aspectos según el lugar.

⁷⁸**PALACIO, Lino Enrique**, Manual de Derecho Procesal Civil, ob., cit., p. 26, 27. Las pruebas, que no tienen por objeto formar la convicción judicial sino “provocar el juicio de la divinidad, se reducen, esencialmente, al juramento de purificación prestado por lo común con conjuradores, que son miembros de la misma tribu que declaran sobre la credibilidad que merece el demandado, y a los juicios de Dios (pruebas de fuego o hierro candente, agua fría, ordalías aleatorias y duelo), consistentes en diversas experiencias en cuyo resultado se cree descubrir la intervención divina”.

⁷⁹**MONTERO AROCA, Juan**, La Prueba en el Proceso Civil, Editorial Civitas S.A., Santiago de Chile, Chile, 1996, p. 336. Las ordalías eran “juicios de Dios, que el juez se limitaba a constatar, dando la razón a aquella de las partes a que el mismo Dios se la había dado antes”

⁸⁰**CASTILLO DÍAZ MAXIMILIANO, Antonio Díaz; ALFARO GIOVANNY, Darío**, Estudio sobre Efectividad de los Medios Probatorios Regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil en el Derecho Sustantivo Mercantil, Tesis de grado para obtener el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, agosto de 2011, p. 27,28. Según estos autores, en materia probatoria se han distinguido cinco fases: fase étnica, fase religiosa mística, fase legal, fase sentimental o de la Íntima convicción y fase científica

Esta fase, coincide con el aparecimiento de los procesos rudimentarios llevados o ejecutados en Grecia, pero desarrollados en Roma, esto es así, debido a que Grecia como primera sociedad jurídicamente organizada, gestó las primeras manifestaciones de medios de prueba como la prueba testimonial⁸¹ y la prueba por juramento⁸², las cuales posteriormente fueron desarrolladas por Roma, mediante procedimientos jurídicos procesales⁸³.

La Fase Religiosa o Mística: Esta fase o periodo se desarrolló en el antiguo Derecho Germánico, y siguió siendo influenciado por el Derecho Canónico posteriormente.

Esta fase se catalogó como mística o religiosa debido a que en la etapa probatoria del proceso civil germánico, existió y una regresión en los avances y adelantos que sobre la valoración de la prueba se habían logrado en Grecia y Roma. El retroceso se configuró, por el hecho de analizar la prueba desde una perspectiva mágico-religiosa⁸⁴, mediante la manifestación de un juicio de la divinidad⁸⁵, el cual, se desarrolló por medio del denominado juramento de

⁸¹**FAVELA OVALLE, José.** Derecho Procesal Civil, ob., cit., p. 125. En este sentido las primeras manifestaciones de medios de prueba tenemos las que Grecia desarrolló, y en la que se puede citar la prueba testimonial; **VÉLEZ MARICONDE, Alfredo,** Derecho Procesal Penal, ob., cit., p. 25. Según los argumentos de Mariconde el aparecimiento de la prueba testimonial dio como resultado la elaboración de una determinada forma de descubrimiento judicial y jurídico de la verdad, el cual constituye el principal modelo o punto de partida para toda una serie de saberes, tanto filosóficos, retóricos y empíricos, que caracterizaron el pensamiento griego

⁸²**ARÉVALO CANIZALEZ, Rosa Carolina; LEMUS VILLACORTA, Raúl Ernesto; RAMOS GÓMEZ, Saida Linett,** Aplicación Supletoria en el Proceso de Familia de los Medios de Prueba denominados: de Reproducción del Sonido, Voz, Imagen y Almacenamiento de Información regulados en el Código Procesal Civil Y Mercantil, ob., cit., p. 5. Con posterioridad apareció la prueba por juramento, el cual consistía en una especie o tipo de verdad, en donde se rendía juramento y se resolvía el conflicto por medio de una deidad, y en caso de no resolverse se dirimía por medio del juez, esto deduce que el juramento consistía en una especie de confesión que daba por terminado el pleito, pues el principio básico era el acusatorio

⁸³**DE ZAVILÍA, Victor.** Teoría General de la Prueba Judicial, ob., cit., p. 59. Según este autor, las conquistas y de su asimilación cultural permitieron que el Imperio Romano se fuera modificando en atención a la forma de aplicar justicia y de incorporar medios de pruebas, esto se debió, a que fue Roma el que incorpora al sistema probatorio los principios que rigen la aplicabilidad de los medios iniciados en Grecia.

⁸⁴**PALACIO, Lino Enrique,** Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, ob., cit., p. 70. Según esta edición de Lino Palacios existió un retroceso en materia probatoria, debido a las "invasiones bárbaras y a la caída del Imperio Romano"

⁸⁵**PALACIO, Lino Enrique,** Manual de Derecho Procesal Civil, ob., cit., p. 26, 27. Las pruebas, en esta

purificación prestado por conjuradores, que son miembros de la misma tribu que declaran sobre la credibilidad que merece el demandado conforme los juicios de Dios, estos juicios según los argumentos de Lino Enrique Palacio se llevaron a cabo con “pruebas de fuego o hierro candente, agua fría, ordalías aleatorias y duelo”.

La fase Legal: En la cual se sometió la prueba, a una rigurosa tarifa legal de medios de prueba. Esta fase tiene como punto de referencia, la creación de los primeros cuerpos normativos procesales, los cuales establecían la trazabilidad o valor a la prueba, es decir, el juzgador debía solamente aplicar la norma conforme lo prescrito en la misma, en sentido su actuar al momento de la valoración se encontraba sujeto al valor dado al medio de prueba

La Fase Sentimental o de la Íntima Convicción: Que se originó con la Revolución Francesa como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba.

A consecuencia de la Revolución Francesa, se implantó primero en Francia y después casi en todos los países de Europa el sistema de la libre apreciación de la prueba, como una reacción al sistema de la prueba de la tarifa legal o prueba tasada, últimamente se está generalizando el principio adversativo-dispositivo, mediante el cual, la prueba o el sistema probatorio se supedita a una sana crítica del juzgador.

La Fase Científica: Que impera actualmente en los códigos procesales contemporáneos, los cuales se comenzaron a gestar con el Código procesal Civil Modelo para Iberoamérica CPCMI, cuyas bases datan de 1970⁸⁶, y el cual fue aprobado en Rio de Janeiro en 1988.

etapa o fase es la de “provocar el juicio de la divinidad, por un juramento de purificación prestado por lo común con conjuradores, mediante “pruebas de fuego o hierro candente, agua fría, ordalías aleatorias y duelo), consistentes en diversas experiencias en cuyo resultado se cree descubrir la intervención divina”.

⁸⁶**ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. IX. Las legislaciones contemporáneas o foráneas tienen un entronque común el cual es el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI), aprobado en Rio de Janeiro en 1988.

Sucesivamente a la creación de esas bases se fueron aprobando una serie de códigos en Suramérica y Europa, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1981, las relativas al Código General del Proceso de Uruguay, de 1989, y la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 y Puerto Rico, en septiembre de 2009⁸⁷.

2.5. Antecedentes Inmediatos

En la relación probatoria se tiene como punto de partida el CPCMI, el cual configuro la fase científica de la evolución de los medios de prueba y en consecuencia en antecedente inmediato, debido a que, reguló y estableció el principio de libertad probatoria, que implícitamente propugna un cambio de actitud para los operadores de justicia y partes procesales, esto es así, porque se establece por vez primera, la regulación de los medios de prueba más usuales y la utilización de los no previstos expresamente⁸⁸, trayendo en consecuencia una cultura que podría denominarse de cláusulas abiertas de pruebas.

2.5.1. Contexto Moderno

En el ámbito procesal, y en su contexto probatorio, se tiene como entronque común o punto de partida el CPCMI, el cual se configura como parte de la fase científica de la evolución de los medios de prueba, debido a que, es éste código el que regula y establece el principio de libertad probatoria, que implícitamente propugna un cambio de actitud para los operadores de justicia

⁸⁷ **CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA**, Presentación del Código Procesal Civil y Mercantil, junio de 2010, ob., cit.

⁸⁸ **MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA**, Códigos Procesal Civil y Procesal Penal Modelos para Iberoamérica, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Presentación y Coordinación de edición José Almagro Nosete, Madrid, España, 1990, p. 76. En cuanto a los medios de prueba, se establece a texto expreso la regulación de los más usuales y frecuentes y, también, la previsión que permite la utilización de todos los no previstos expresamente, excepción hecha de ser prohibidos por la ley (art. 136.2).

y partes procesales, debido a que estableció, por vez primera, la regulación de los medios de prueba más usuales y la utilización de los no previstos expresamente⁸⁹, trayendo en consecuencia una cultura que podría denominarse de cláusulas abiertas de pruebas.

De lo anterior, se deduce que el CPCMI, constituye el preámbulo que supedita el apareamiento de novedades en cuanto a los medios de prueba, configurando con ello los antecedentes inmediatos, debido a que estableció o reconoció la libertad de probar por cualquier medio las pretensiones procesales invocadas por las partes, bajo la premisa de la legalidad, así lo dispuso el artículo 136.2 del texto del anteproyecto del CPCMI⁹⁰, el cual literalmente establecía lo siguiente:

“Art.- 136 (Medios de Prueba)... 136.2. También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley”.

De esta disposición se deduce que desde la aprobación del CPCMI, se reconoció la libertad de probar por cualquier medio las pretensiones procesales invocadas por las partes, bajo la premisa de la legalidad, precepto que configura el antecedente inmediato configurador de la utilización de medios modernos como lo son los medios de captación comúnmente denominados grabaciones, ya sean del sonido, voz o imagen.

⁸⁹**MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA**, Códigos Procesal Civil y Procesal Penal Modelos para Iberoamérica, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Presentación y Coordinación de edición José Almagro Nosete, Madrid, España, 1990, p. 76. En cuanto a los medios de prueba, se establece a texto expreso la regulación de los más usuales y frecuentes y, también, la previsión que permite la utilización de todos los no previstos expresamente, excepción hecha de ser prohibidos por la ley (art. 136.2).

⁹⁰**ANTEPROYECTO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA.**

2.6. Medios de prueba en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

El CPCMI, constituyó el hito, configurador del apareamiento de los medios de prueba modernos, específicamente regula y concibe la utilización de medios de captación de la voz, sonido e imagen, comúnmente denominados grabaciones; el CPCMI, configuro el resultado de una labor histórica foránea, llevada a cabo por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que en la IV jornada de Venezuela (Caracas, Venezuela –Valencia, España) y V jornada de Bogotá (Colombia), instituyeron las bases uniformes para la posterior preparación de códigos modelos.

La creación de las bases del CPCMI, propugnó la creación y promoción de las legislaciones procesales de los países latino americanos, y en consecuencia la renovación ejecutada en legislaciones procesales civiles, en Centroamérica y Suramérica⁹¹, permitió la adopción no solo de los medios de prueba tradicionales, sino que además reguló medios de prueba modernos entre los que pueden mencionar las reproducciones y experimentos⁹².

Por otro lado, las bases del código modelo, aún sin su aprobación final, impulsaron la renovación de los proceso civiles de Guatemala en 1963, Argentina en 1967, con su reforma parcial en 1981, Colombia en 1970, Cuba en 1974, con reforma parcial en 1978, y el de Panamá en 1981, entre otros,

⁹¹**MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA**, Códigos Procesal Civil y Procesal Penal Modelos para Iberoamérica, ob., cit., p. 25. Como hemos dicho, en las IV jornadas de Venezuela (Caracas-Valencia) se acordó la preparación de Bases Uniformes para la posterior preparación de Códigos Modelos, como medio de impulsar la reforma de la legislación procesal civil de los países Latinoamericanos. En Caracas (1967) fueron encargados de la preparación de dichas BASES (...) para el proceso civil los profesores uruguayos Adolfo GelsiBidart y Enrique Vescovi"; en este mismo sentido: **VESCOVI, Enrique**, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, S.A., s/e, Bogotá, Colombia, 1984, p. 1. El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, desde las V jornadas de Bogotá (en 1970), ha comenzado la labor de crear un código procesal civil modelo para Iberoamérica y otro procesal penal con el mismo destino.

⁹²**MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA**, Códigos Procesal Civil y Procesal Penal Modelos para Iberoamérica, ob., cit., p. 76. El CPCMI regula y establece medios frecuentes o tradicionales y, prevé la utilización de todos los no previstos expresamente, siempre y cuando no estén prohibidos por la ley. "en textos específicos, se regula la declaración de parte, las reproducciones y experimentos, la prueba por informes, siguiendo los modelos de los más modernos códigos del área (Argentina, Colombia, Guatemala)".

edificando y robusteciendo con ello el contenido del CPCMI, el cual se aprueba en 1988⁹³, considerándose el modelo de los más modernos códigos⁹⁴.

La aprobación del CPCMI en 1988, instauró en el sistema probatorio los modernos medios de captación del sonido, voz e imagen, también denominados como grabaciones del sonido voz e imagen, esto es así, debido a que se reconoce en dicho cuerpo normativo un catálogo abierto de pruebas en el artículo 136 del CPCMI⁹⁵, entre las cuales se pueden concebir medios técnicos, como las grabaciones, esto se deduce al interpretar sistemáticamente el artículo 176 in fine del CPCMI⁹⁶, debido a que reglo las captaciones, como medio indirecto o complementario a la inspección judicial.

Esta aplicación indirecta que el CPCMI, permite interpretar la existencia de medios modernos implícitos y/o complementarios, los cuales derivan de una interpretación al derecho de libertad probatoria que recogió el artículo 136 del CPCMI, el cual puede relacionarse con la inspección judicial, que tipifica el CPCMI, los artículos 174, 175 y 176 del CPCMI a saber:

⁹³**ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. IX.

⁹⁴**VESCOVI, Enrique**, Teoría General del Proceso, ob., cit., p. 39, 40. En cuanto al proceso civil también se advierte un afán de renovación, luego de mediados del siglo, pues hasta ese entonces predominan los códigos iniciales, con algunas pocas reformas en ciertos códigos que se retocan a principios del siglo. Como ejemplo de los códigos más modernos, inclusive por su contenido, podemos incluir el del Proceso Civil de Guatemala de 1963, el de la Nación Argentina de 1967 (con reforma parcial en 1981), el de Colombia de 1970, el de Brasil de 1973, el de Cuba de 1974 (con reforma parcial en 1978) y el de Panamá de 1981. Merece especial mención el caso de Brasil, que se destaca en Iberoamérica, junto con Portugal, donde ya a partir de 1939 (en ambos países) se aprueban nuevos códigos (en Brasil el primero, único con vigencia en todos los Estados federados) con principios muy modernos.

⁹⁵**ANTEPROYECTO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA. “Art. 136.- (Medios de Prueba).** 136.1. Son medios de prueba los documentos, la declaración de parte, la de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hecho. 136.2. También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley”.

⁹⁶**ANTEPROYECTO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA. “Art. 176.- (Reproducciones)** Por el mismo procedimiento (artículo 174 y 175) podrá procederse a la reproducción de hechos bajo la dirección del Tribunal, labrándose acta resumida en la que conste la realización de la diligencia y sus detalles, sin perjuicio de la utilización de medios técnicos para registro de lo actuado.” El subrayado es nuestro.

“Art. 174.- (Inspección Judicial)

El Tribunal, a petición de las partes o de oficio, puede inspeccionar personas, lugares o cosas con la finalidad de esclarecer hechos que interesen a la decisión del proceso.”

“Art. 175.- (Procedimiento de Inspección Judicial)

Al ordenarse la prueba se individualizara su objeto, se determinará la fecha y lugar en que se realizará pudiéndose disponer la concurrencia de peritos o de testigos a dicho acto.

A la diligencia asistirá el Tribunal y podrán hacerlo las partes con sus abogados y asesores técnicos, quienes podrán formular las observaciones pertinentes, de las que se dejara constancia en acta de forma resumida.

A los peritos se les requerirá las explicaciones técnicas del caso, pudiendo el Tribunal por excepción, disponer que informen por separado en el plazo que se les fijará al efecto.

A los testigos se les interrogará libremente sobre el objeto de la inspección.”

“176.- (Reproducciones)

Por el mismo procedimiento (artículo 174 y 175) podrá procederse a la reproducción de hechos bajo la dirección del Tribunal, labrándose acta resumida en la que conste la realización de la diligencia y sus detalles, sin perjuicio de la utilización de medios técnicos para registro de lo actuado.”

Estas disposiciones permiten interpretar que el legislador o creador del CPCMI instauró un procedimiento para realizar la inspección judicial, el cual puede realizarse por diferentes formas que corroboren lo observado o captado por el juzgador, peritos o testigos. Estas formas se configuran en variados instrumentos entre los que se comprende la documentación por

medios técnicos como las grabaciones, constituyendo esto, el preámbulo para la configuración o adaptación de un medio tradicional, a uno moderno que permitan la reconstrucción de los hechos captados y alegados por las partes.

2.7. La Prueba en un Sistema Dispositivo-Adversativo

Con la aprobación de códigos procesales en los países Suramericanos y Europeos, por inspiración del CPCMI⁹⁷, se inicia una cultura jurídica con un sistema procesal civil moderno⁹⁸, incoándose con ello un sistema dispositivo adversativo, que se materializa por medio del denominado principio dispositivo, el cual constituye la directriz que se ha reconocido como un sistema probatorio o sistema dispositivo que debe regir todo debido proceso. Este sistema de disposición ha sido caracterizado magistralmente por Adolfo Alvarado Velloso al establecer: “que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin en la oportunidad y por los medios que deseen⁹⁹”.

Actuaciones que se deben de ejecutar ante una autoridad judicial imparcial, el cual vele por la legítima contradicción en igualdad de armas, fijándose así el

⁹⁷**CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA**, presentación del Código Procesal Civil y Mercantil, junio de 2010, ob., cit. Con la aprobación del CPCMI en Rio de Janeiro en 1988, sucesivamente se fueron aprobando una serie de códigos en Suramérica y Europa, entre estos, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1981, las relativas al Código General del Proceso de Uruguay, de 1989, y la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 y Puerto Rico, en septiembre de 2009.

⁹⁸**VESCOVI, Enrique**, Teoría General del Proceso, ob., cit., p. 34. Para Vescovi, “con la formación de los Estados, el proceso va modelándose con características propias en cada país, (...), pero bajo el influjo de las modernas tendencias doctrinarias, se acaba con el absurdo criterio de que el demandado (acusado) debe probar su inocencia y se retorna al sistema romano que impone al actor la carga de probar sus afirmaciones, y al reo, las efectuadas al oponer sus excepciones”

⁹⁹**ALVARADO VELLOSO, Adolfo**, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, RubinzalCulzóni, Santa Fe, p. 63, 64. “El proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado (nunca por el propio juez); su desarrollo es público, existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (reo) y el juez es un tercero que, como tal, es imparcial (no parte, no interesado personalmente en el resultado del litigio) e independiente de cada uno de los contradictores. De tal modo el impulso procesal sólo es dado por las partes. Nunca por el juez”.

objeto del litigio, el objeto de prueba y el tema de decisión¹⁰⁰, en la cual las partes tienen la oportunidad de mediar o someter a control los medios de prueba de manera oral¹⁰¹.

En España este sistema es adoptado en el principio de tutela efectiva que reconoce en su articulado la Ley de Enjuiciamiento Española LEC 2000, vigente desde enero del mismo año y la cual derogó la LEC de 1821, el cual según la exposición de motivos se inspira en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, mediante el cual los procesos civiles implican la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos, a los que corresponde la iniciativa procesal, la configuración del objeto del proceso, y las cargas procesales atribuidas y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial¹⁰². De los argumentos anteriores se deduce que la iniciativa probatoria

¹⁰⁰ **DÍAZ, Clemente**, Instituciones de Derecho procesal, Tomo I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 341. Este autor al referirse al sistema dispositivo señala que “en el tipo procesal dispositivo predomina exclusivamente el señorío de la voluntad de las partes, quienes no solamente fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento, sino también que tienen el poder de impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia por la voluntad de las mismas (...) El postulado del poder de iniciativa del proceso. No interesa tanto la facultad jurídica de iniciar el proceso ante el órgano jurisdiccional, cuanto el poder del justiciable de fijar la extensión y la amplitud de la tutela jurídica: la fijación del tema decidendum por el justiciable impone al juez una limitación de su poder de juzgar”.

¹⁰¹ **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL**. “Una de las principales características del nuevo código es que está inspirado en modelo procesal adversativo-dispositivo, que descansa en la introducción del principio de oralidad, como base de las actuaciones procesales, lo que redundará en un fortalecimiento de la legalidad, la publicidad, la celeridad y la concentración de actuaciones, y sobre todo, de la inmediación. Permite la actuación del juez como director del proceso y no como un simple espectador. Este modelo basado en la oralidad, supera con creces los caracteres de la obsoleta legislación del vigente código (se refiere al derogado Código de Procedimientos Civiles), como son la escrituralidad, la lentitud, el formalismo y el burocratismo procedimental”.

¹⁰² **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOL DE 2000**. “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a esos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.- De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir que tutela de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuye la carga de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y

de las partes, se enmarca dentro del objeto del litigio, el cual configura el objeto de la prueba y tema de decisión, dependiendo del tipo de pretensión objetiva o subjetiva materializada en una acción judicial, el cual no solo se manifiesta en el momento del ofrecimiento de la prueba, sino durante toda la actividad probatoria, que va de la mano con la legalidad y la licitud de la actividad probatoria.

2.8. Distinción de Fuente de Prueba, Medio y Actividad de Prueba

Históricamente el término prueba se ha concebido con diferentes calificativos o denominaciones jurídico procesales, cada uno con significado especial¹⁰³, inclusive fuera del contexto procesal se le considera como una figura multidisciplinaria, debido a que involucra varias áreas del quehacer humano y de la vida práctica cotidiana que es necesario diferenciar para una adecuada comprensión de éste instituto¹⁰⁴ Así, tomando una descripción global y amplia de este fenómeno, es posible mencionar tres calificativos o denominaciones que este instituto jurídico procesal ha adquirido en su evolución. En este

aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado.-Esta inspiración fundamental del proceso – excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción- no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que la ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y el funcionamiento de la administración de justicia.”

¹⁰³**TARUFFO, Michele**, La Prueba de los Hechos, Traducción de J. Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, s/ed., Madrid, España, 2002, pp. 439-515. Taruffo considera que el término prueba es polisémico, pues designa diversos aspectos cada uno con significado especial

¹⁰⁴**ECHANDÍA, Hernando Devis**, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1972, p. 9. Para Echandía, la noción prueba trasciende el campo del derecho, pues a diferencia de otros institutos y conceptos jurídicos, que atañen sólo a determinada rama del derecho, como la procesal, la civil o la penal, su noción no sólo dice relacionarse con todos los sectores del derecho sino que trasciende el campo general de éste, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, he inclusive, a la vida práctica cotidiana; en este mismo sentido y para una perspectiva teórica general, puede consultarse: **WRIBLEWSKI, JERZY**, “La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación”, en Revista Sentido y hecho en el Derecho, traducción de J. I gartua y J. Ezquiaga, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 171-189

sentido cabe hablar de fuente de prueba, medio de prueba, y actividad de prueba¹⁰⁵.

Los anteriores planteamientos, hacen necesario sentar las bases que permitan una adecuada denominación de esta figura procesal, esto resulta de importancia, debido a que según palabras de CARNELUTTI, “la prueba es el instrumento elemental del proceso en general, las cuales sin ellas... el derecho no podría alcanzar sus fines¹⁰⁶”.

El análisis de los elementos probatorios y su concepción o denominación correcta tiene como puntos de reflexión la periferia del juicio, y el interior del proceso, esto significa el concebir al instrumento probatorio antes del proceso, y dentro de la actividad probatoria desarrollada en el proceso, una mirada desde afuera hacia adentro.

Un sector importante del procesalismo contemporáneo ha distinguido entre fuentes de prueba y medios de prueba, para analizar en forma completa estas dos denominaciones o caras de la prueba judicial, se postula la necesidad de seccionar esta dimensión en dos rubros, ubicando uno en un plano extrajudicial (fuentes) y otro en el terreno del proceso (medios). El principal expositor de esta diferenciación fue SENTÍS MELENDO, quien partiendo del supuesto que el fenómeno probatorio no pertenece esencialmente al mundo jurídico, formuló la aludida disección de los factores con los cuales se acreditan cuestiones de hecho¹⁰⁷. Según éste autor, las fuentes de prueba

¹⁰⁵ **TARUFFO, Michele**, La Prueba de los Hechos... ob., cit., pp. 448-450. es posible mencionar tres importantes facetas de la prueba procesal, en cada una de las cuales se presentan con distinta intensidad las disciplinas que concurren en el rubro del establecimiento judicial de los hechos. Cabe hablar de la prueba como actividad, medio y resultado

¹⁰⁶ **CARNELUTTI, Francisco**, La prueba Civil, Editorial Arayon, s/e., Buenos Aires, Argentina, 1955, p. 19.

¹⁰⁷ **SENTÍS MELENDO, Santiago**, Los grandes temas del Derecho Probatorio, Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1979, pp. 141, 142, 144, 150, 151, 153, 156. Para Sentís Melendo, estas teorías suelen explicar la relación de estos conceptos acudiendo a ejemplos de los principales medios probatorios. Así, se indica que en la prueba documental la fuente se compone del documento y el medio consiste en la actividad por la cual aquél es incorporado a la causa; o que tratándose de la prueba testimonial, el testigo

“son los elementos que existen en la realidad”, mientras que los medios están“ constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso”; la fuente es “un concepto meta-jurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso, en tanto que el medio es “un concepto jurídico y absolutamente procesal”; la fuente “existirá con independencia de que se siga o no el proceso”, en cambio el medio“ nacerá y se formará en el proceso”; en fin, la fuente “es lo sustancial y material”, y el medio “es lo adjetivo y formal”.

Modernamente, MONTERO AROCA ha presentado una explicación análoga, indicando que para responder a la pregunta con qué se prueba, es necesario hacer la división conceptual entre lo que ya existe en la realidad (fuente) y el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador¹⁰⁸. En este sentido, expresa que la relación existente entre ambos niveles es la siguiente: medio de prueba es esencialmente la actuación procesal por la que una fuente se introduce al proceso¹⁰⁹, esto significa según los argumentos doctrinarios de CAROCCA que el medio de prueba es “algo que se realiza en el proceso, de modo tal que no puede existir medio de prueba, si antes no hay fuente de prueba¹¹⁰”. Los argumentos anteriores, deducen que los medios se configuran en los mecanismos reglados en la ley para introducir la fuente al proceso, constituyéndose como una actividad que se desarrolla al interior del proceso, a través de la cual las partes aportan los antecedentes necesarios para sustentar sus alegaciones y el juzgador

y su conocimiento constituyen la fuente de prueba, y la declaración judicial de aquél viene a ser el medio probatorio.

¹⁰⁸ **MONTERO AROCA, Juan**, La Prueba en el Proceso Civil, Editorial Thomson-Civitas, Cuarta edición, Navarra, 2005, pp. 133-137.

¹⁰⁹ En sentido y con similares términos pueden consultarse entre otros, los trabajos de: **FALCÓN, ENRIQUE**, Tratado de la Prueba, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 615-635; **DE SANTOS, Víctor**, La Prueba Judicial, Editorial Universitaria, Tercera edición, Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 91-93; **ARAZI, ROLAND**, La Prueba en el Proceso Civil, Ediciones La Rocca, Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 1998, pp. 123-126.

¹¹⁰ **CAROCCA PÉREZ, Alex**, La Prueba por medio de los Modernos Avances Científico-Tecnológicos en el Proceso Civil, en Revista Gaceta Jurídica, N°219, 1998, p. 16.

determina la quaestio facti debatida.

En esta tendencia, la prueba aparece en un aspecto dinámico, integrada por una variedad de factores que se encuentran en constante movilidad, con intervención de los litigantes y del juez, de todo lo cual se obtiene la determinación de los hechos¹¹¹. Desde la óptica técnico-procesal, esta actividad es regulada por el procedimiento probatorio, que fija la manera como debe producirse la prueba al interior de un juicio¹¹².

En fin, la prueba judicial independientemente del calificativo asignado no debe conducir a confusiones, pues la teoría de la prueba, ya presenta serias dificultades lexicográficas¹¹³. El uso de diversas nomenclaturas inevitablemente complica el cuadro, pero lo que no se puede negar de la misma es la búsqueda de un resultado, consistente en la conclusión a la cual arriba el juzgador sobre el factum probandum a partir de los antecedentes allegados al proceso.

2.9. Sistema Probatorio y Medios de Prueba en El Salvador

En El Salvador, la positivización del proceso, y con ello la de los medios de prueba se introdujo a partir de 1857, con el Código de Procedimientos Judiciales y de Formulas, elaborado por el ilustre Presbítero y Doctor Isidro Menéndez¹¹⁴.

¹¹¹TARUFFO, Michele, La Prueba de los Hechos, ob., cit., p. 451.

¹¹²ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Introducción al Estudio de la Prueba, en Estudios de Derecho probatorio, s/e, Concepción, Chile, 1965, pp. 111, 120 y 121.

¹¹³SENTÍS MELENDO, Santiago, ob. cit., pp. 380-390; MONTERO AROCA, Juan, ob. cit., pp. 135 y 136; CARNELUTTI, Francisco, La prueba, ob., cit., p. 199; Según Sentís Melendo ha llegado a hablarse de la presencia de un “caos terminológico”, que para Aroca se concibe como parte de la “promiscuidad de lenguaje”, producto del uso de expresiones como las que estamos estudiando. GUASP, JAIME, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Públicos, segunda edición, Madrid, España, 1961, p. 334. Más recientemente, GUASP, Jaime, y ARAGONESES, Pedro, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Thomson-Civitas, Séptima edición, revisada y puesta al día, Navarra, 2005, pp. 375 y 376. Una buena representación de la multiplicidad de denominaciones está dada por la distinción que alguna vez formuló Guasp entre siete conceptos conectados de una u otra forma con la materia en cuestión, a saber: “elementos de la prueba, fuentes de la prueba, medios de prueba, materia de la prueba, temas de la prueba, motivos de la prueba y resultados de la prueba”.

¹¹⁴Ver documento en línea en: <http://www.wisis.ufg.edu.sv/www.wisis/documentos/TE/347.05-B224c/347.05->

Con posterioridad surge el Código de Procedimientos Civiles creado en 1881, el cual entro en vigencia en 1882, y fue el que determinó la existencia de los medios de prueba estableciendo en el artículo 235 que se configuran como “el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido”¹¹⁵.

Entre el catálogo de medios que reconoció este código se encuentran los instrumentos, la informaciones de testigos, la prueba pericial, la inspección ocular, el juramento o la confesión, y las presunciones, medios que eran valorados por un sistema de la prueba tasada.

En la actualidad el Código de Procedimientos Civiles (derogado), data desde hace más de un siglo, y se encuentra vigente solo para los procesos iniciados antes de los nuevos aires innovadores en materia procesal, que se aceptaron con la entrada en vigencia del CPCM¹¹⁶, que ha innovado, en la actualidad, el catálogo de medios de prueba, mediante el reconocimiento expreso del principio de libertad probatoria regulado en el artículo 312 del CPCM¹¹⁷.

2.9.1. Análisis del Código Procesal Civil y Mercantil

Con la entrada en vigencia del CPCM, se modificó sustancialmente la forma

B224c CAPITULO%20I.pdf. (consultado 14 de marzo de 2014)

¹¹⁵ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES** (derogado) creado por Decreto Ejecutivo Sin Número, de fecha 31 de diciembre de 1881, publicado en Diario Oficial N° 1, Tomo N° 12 del 1 de enero de 1882. LIBRO PRIMERO DISPOSICIONES PRELIMINARES, TITULO IV DE LAS PARTES PRINCIPALES DEL JUICIO, CAPITULO IV DE LAS PRUEBAS, Art. 235.- Prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido. Las pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relaciones de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o la confesión contraria, y con presunciones.

¹¹⁶ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL**, Decreto Legislativo No. 712 del 18 de septiembre de 2008, publicado en Diario Oficial No. 224 del 27 de noviembre de 2008, y cuya entrada en vigor de produjo el 1 de julio de 2010 por extensión de su vacatio legis por Decreto Legislativo No. 220, del 11 de diciembre de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 241, del 23 de diciembre de 2009;

¹¹⁷ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 312.** “Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados.”

de discusión de los hechos alegados, en el desarrollo del proceso, (esto es dentro de la etapa probatoria) debido a que establece figuras procesales como los medios de prueba mediante grabaciones que regula el CPCM en el artículo 396¹¹⁸.

El CPCM en el artículo 330, a tipificado un catálogo abierto y general de medios de prueba en los que se pueden adecuar por el principio de libertad probatoria medios no previstos explícitamente en la ley, siempre y cuando estos sean lícitos, es decir aquellos adquirido sin vulnerar derechos fundamentales y con apego al procedimiento establecido en la ley¹¹⁹.

Esta característica general del sistema probatorio establecido en el CPCM, no excluye los medios de prueba tradicionales entre los que se encuentran, los documentos artículos 375-389, la declaración de parte artículos 344-353, la prueba testifical artículos. 354-374, la prueba pericial artículos. 375-389, y el reconocimiento judicial artículos. 390-395.

Entre las novedades del catálogo de medios de prueba que regula el CPCM, se encuentran los elementos tecnológicos, los cuales son admisibles como medios de prueba modernos, sino trasgreden la moral o la libertad personal de las partes procesales, así lo prescribe el artículo 330 inciso 2º del CPCM¹²⁰. Esta clase de medios de prueba, son parte de la cultura actual, en la que los avances de la ciencia y de la tecnología¹²¹, son parte del ambiente cultural vivido en sociedad y del cual el legislador procesal, ha configurado y

¹¹⁸ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 396.** establece que “Los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba”

¹¹⁹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 330 inciso 1º.** “La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código.”

¹²⁰ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 330 inciso 2º,** “Los medios no previstos por la ley 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”

¹²¹ **PAILLAS, Enrique,** Estudios de Derecho Probatorio, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991, p. 131. Para este autor los avances de la ciencia y de la tecnología crea nuevas formas de vida; y a la vez crea para el jurista un importante campo de investigación.

reconocido expresamente en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Sección Sexta parte final, artículos 396 al 401 y bajo la denominación de medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información. Otra de las novedades en materia probatoria que reconoce el CPCM, se tiene el sistema de valoración de la prueba, mediante el cual la prueba se debe de valorar en comunidad o unidad mediante el Sistema de Sana Crítica como regla general, y excepcionalmente se utilizara el sistema de Prueba Tasada únicamente al medio de prueba instrumental o documental, así lo regula el artículo 416 del CPCM¹²².

2.10. Novedades del Catálogo de Medios de Prueba del CPCM

Con la entrada en vigencia del CPCM, se reconoce y establece en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Sección Sexta, un catálogo de elementos probatorios de carácter modernos y técnicos, los cuales el legislador procesal regulo bajo la denominación medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información.

Esta descripción establecida en la parte final del CPCM, se tipifican y conceptualizan dos clases de medios de prueba que se pueden catalogar como modernos medios o instrumentos probatorios tecnológicos, los cuales se encuentran prescritos en los artículos 396 y 397.

Dicha categorización de medios modernos puede dividirse en:

- a) Medios de prueba de reproducción del sonido, voz o de la imagen; y
- b) Medios de prueba de almacenamiento de información.

¹²²**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, 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”.

La Sección sexta del Libro Segundo, Título Segundo, delimita dos clases generales de medios técnicos, los cuales en términos generales se configuran como medios de captación y medios de almacenamiento de datos, los cuales son medios o elementos tecnológicos que se configuran en dos conceptos completamente diferentes.

2.10.1. Medios de Captación o de Grabación y su Clasificación

Los medios de captación, que enmarca la descripción de medios de reproducción del sonido, la voz, y la imagen, que se encuentran regulados en el artículo 396 del CPCM, configura una amplia gama de grabaciones y registros audiovisuales, que se proyectan sobre sonidos e imágenes por cualquier medio técnico, los cuales pueden clasificarse en tres grupos a saber:

2.10.1.1. Medios de Captación y Reproducción de Voz y Sonido

Instrumentos de captación y reproducción de voz, sonido o fonogramas: se incluyen, en este grupo, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la voz y el sonido mediante registros mecánicos o magnéticos, sean autónomos o dependientes entre los que se encuentran contestadores de teléfonos fijos, o buzones de teléfonos móviles. Así como además aparatos de transmisión del sonido como discos gramofónicos o fonográficos en soporte de resinas sintéticas, tipo baquelita, o de sustancias sintéticas, a base de polímeros, tipo plástico, discos compactos (compact disc), cintas magnetofónicas en soporte de vinilo o de plástico en o sin cassettes¹²³.

¹²³Vid. **BLOCH, P.**, Estudios da voz humana, Editorial Fala, Río de Janeiro, 1958; **COLOMBO, L.A.**, "Acerca de la prueba fonográfica de los hechos", en Revista de Derecho Procesal, número 1, 1949. p. 225 y s.s.; **CUESTA RUTE, J. M^º**, "Las cintas magnetofónicas en la prueba", Revista La Ley, Tomo I, 1982, p. 402 y s.s.; **Didier, A.**, Reproducción del sonido y de la imagen, Editorial Editores Técnicos Asociados

2.10.1.2. Medios de Captación y Reproducción de la Imagen

Instrumentos de captación y reproducción de la imagen también denominadas fotgrabaciones: este segundo grupo comprende, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la imagen mediante registros físicos o químicos¹²⁴.

Entre estos se encuentran fotografías (en todas la amplia gama de variantes: macrofotografía, microfotografía, fotografía ultrarrápida, con luz monocromática, con luz polarizada, con radiaciones ultravioletas o infrarrojos); diapositivas, transparencias, copias fotostáticas (fotocopias, xerocopias), aplicaciones en el campo de la ingeniería, de la arquitectura, de la medicina (radiografías y gammagrafías, mediante la utilización de las propiedades penetrantes de los rayos equis y gammas); radiofotografías; radiogramas; fotografías radioscópicas; escintilo grafías; ecografías (mediante la utilización de la reflexión de los ultrasonidos); resonancias magnéticas (mediante la utilización de transiciones inducidas entre los niveles de energía magnética de átomos, iones o moléculas) en sus variantes nuclear o electrónica; fotografías endoscópicas; y otras.

2.10.1.3. Medios de Captación y Reproducción de la Imagen y del Sonido

Instrumentos de captación y reproducción de la imagen y del sonido: se conciben, en este tercer grupo, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la imagen y del sonido, simultánea o sucesivamente, mediante registros físicos, fundamentalmente magnéticos o químicos, entre

S.A., Barcelona, 1966, cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

¹²⁴Vid. **CALVET Y PATXOT, M.**, "La tinta de escribir desde el punto de vista de la química y de la fotografía legal", en Revista Jurídica de Cataluña, 1909, p. 488 y s.s.; **CARNELUTTI, F.**, "Prova fotografica e fonografica", en Revista de Diritto Processuales Civile, Número 1, 1942, p. 233 y s.s.; **DIDIER, A.**, Reproducción del sonido y de la imagen, Editorial Editores Técnicos Asociados S.A., Barcelona, 1966; **LOPEZ-MUÑIZ, Goñi, M.**, "La prueba fotográfica en los accidentes de tráfico", en Revista de Derecho Judicial, Número 21, 1965, p. 49 y s.s., cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

los que se encuentran películas o films cinematográficos en soporte de celuloide (inclusive los microfilms)¹²⁵, las videocintas, los videodiscos¹²⁶, DVD.

2.10.2. Medios de Almacenamiento de Datos

La segunda, categorización que se encuentra establecida en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Sección Sexta, parte final, artículo 397 del CPCM¹²⁷, se refiere a los medios de prueba, mediante los cuales se almacena información o de almacenamiento de información, esto son todos aquellos dispositivos, con capacidad o aptitud para guardar o recopilar información, mediante signos, audio, video, e imágenes.

¹²⁵Vid. **CARNELUTTI, F.**, "Prova cinematografica", en Rivista di Diritto Processuale Civile, Número 1, 1921, pp. 204 y s.s.; **ESTASEN, M.**, "El procedimiento judicial y las películas cinematográficas verificadoras", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Número 122, 1913, pp. 325 y s.s., cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

¹²⁶Respecto al vídeo, Vid. **LORCA NAVARRETE, A.M^a**, "El vídeo como fuente de prueba y su introducción en el proceso a través de la jurisdicción laboral", en RRLL, Tomo I, 1985, pp. 591 y s.s.; **MUÑOZ SABATE, L.**, "Consideraciones psicológicas sobre los audiovisuales como medio de prueba", en Revista Jurídica de Cataluña, Número 1 pp. 231 y s.s.; **POMARÓN BAGÜES, J.M.**, "El vídeo ¿medio probatorio?", La Ley, Tomo I, 1985, pp. 595 y s.s., cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

¹²⁷**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 397.** "Los recursos de almacenamiento de datos o de información podrán ser propuestos como medio de prueba. Para este fin, se aportarán las cintas, discos u otros medios en los que esté contenido el material probatorio; cuando la otra parte lo pidiera, se llevarán a la sede judicial los soportes en que se encuentren almacenados los datos o la información. Si el traslado no fuere posible, el juez acudirá al lugar en el que la información se encuentre, previa cita de partes."

CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO

SUMARIO: 3. Introducción, 3.1. Influencia del Constitucionalismo en el Proceso, 3.2. Derecho de Probar, en el Debido Proceso, 3.2.1. Tutela Judicial Efectiva, 3.2.2. Eficacia Normativa, 3.2.3. Función Garantista, 3.3. La Constitución como Instrumento de Control en Materia Probatoria, 3.4. Principios Probatorios Generales en un Sistema Dispositivo Adversativo, 3.4.1. Principio Dispositivo, 3.4.2. Principio de Aportación, 3.5. Libertad Probatoria, Derecho a utilizar los Medios de Prueba, 3.6. Medios de Prueba Tecnológicos en el Contexto de la Libertad Probatoria, 3.6.1. Reconocimiento Explícito de los Medios de Prueba Tecnológico.

3. Introducción

La Constitución de la República de El Salvador, como norma suprema y fundamental, poco o nada establece, al respecto de los medios de prueba, de ahí que el estudio particular de un medio de prueba, como los medios de captación o de los medios de prueba en general, implica el abordaje de un estudio imprescindible de la CN, esto permitirá deducir la confluencia o influencia que la norma suprema irradia en el sistema procesal y probatorio.

La determinación del papel que desempeña la Constitución en el proceso de la prueba, implica la realización de un análisis pormenorizado de preceptos que se configuren como parámetros que garanticen un proceso y los medios de prueba idóneos, esto es los legalmente validos; esto se deduce, debido a que es la Constitución la norma es fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico.

Lo anterior conlleva a deducir que la Constitución desde un punto de vista jerárquicamente superior a todo ordenamiento, esto es, desde una geometría piramidal establece las cualidades que ordenan el resto de cuerpos

normativos jurídicos, por ello Kelsen considera que la Constitución se configura como “un sistema escalonado en el que la norma superior determina los contenidos y procedimientos de creación de las normas inferiores”¹²⁸. Esto conlleva al estudio y análisis constitucional que permitan fundamentar el uso y la incorporación de medios modernos al margen de lo preceptuado por la Constitución, esto implica el abordaje del fundamento constitucional del debido proceso, como mecanismo de control del proceso.

3.1. Influencia del Constitucionalismo en el Proceso

A primera vista o en principio *prima facie*, es la Constitución el ordenamiento fundamental y supremo de un sistema jurídico, que está en la cúspide de los cuerpos normativos y jurídico y que, sin perjuicio de su aplicación directa, tiene una característica específica, la cual es, la de informar el ordenamiento jurídico, al margen de los derechos y garantías fundamentales mediante normas o directrices imprescindibles de orientación que rigen las relaciones del Estado con los ciudadanos, y de los ciudadanos entre sí¹²⁹, mediante el establecimiento de límites para ajustar y delimitar el poder público¹³⁰. El planteamiento anterior, permite argumentar que la función principal de Cn. es

¹²⁸ **KELSEN, H.**, Teoría General de Derecho y del Estado, UNAM, 2ª ed., México, 1988, pp. 189 y ss. “La Constitución es considerada por la doctrina como la norma fundante del sistema jurídico (...) ya que según Kelsen, parte de la concepción del derecho como un sistema escalonado en el que la norma superior determina los contenidos y procedimientos de creación de las normas inferiores”

¹²⁹ **CARBONELL, M.**, Reforma del Estado y Derechos Fundamentales: Algunas Propuestas, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 567, Disponible en: www.juridicas.unam.mx. (Consultado 26 de mayo de 2014). Para Miguel Carbonell, los derechos fundamentales son la “carta de navegación” que rige las relaciones del Estado con el ciudadano y, según las más modernas teorías constitucionales, también las relaciones de los ciudadanos entre sí.

¹³⁰ **BURGOA, I.**, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, Décimo Novena edición. México, 2007, p. 281. “En vista de que la Constitución es, *prima facie*, el ordenamiento fundamental y supremo en que se proclaman los fines primordiales del Estado y se establecen las normas básicas a las que debe ajustarse su poder público del imperio para realizarlos, el estudio cabal de la misma no debe prescindir del tratamiento de la finalidad estatal. En otras palabras, las Constituciones contemporáneas, que ya han salido del marco escueto de la mera estructuración política, prescriben, a modo de principios teleológicos de diversa y variada índole, los fines que cada Estado específico persigue en el ámbito socio-económicos, cultural y humano del pueblo o nación. Por consiguiente, el poder público Estatal, traducido dinámicamente en las funciones legislativas, administrativa y judicial, tiene como propensión inherente a su naturaleza la realización de dichos fines, o sea, de los principios constitucionales que los preconizan, de donde se infiere que la finalidad del Estado equivale a la teleología de la Constitución, es decir, del derecho fundamental”.

la de reconocer y proteger los derechos y garantías fundamentales del ser humano, esto se debe, a que, estos derechos constituyen la directriz que orienta la supremacía constitucional, y configura eficaces garantías que impone limitaciones y deberes al poder público¹³¹, que coadyuvan a dirimir conflictos sociales, por medio de formas jurídico procesales o relaciones jurídico procesales constitucionalmente configuradas.

Estos planteamientos conllevan a afirmar que la organización del Estado y el reconocimiento de derechos y garantías fundamentales conforman la razón de ser de la Constitución, superando con ello las concepciones normativistas, y concibiéndola como la suma, del Estado de un todo-¹³², situación que implica una aplicación material o sustancial de la Constitución¹³³.

Entre los derechos fundamentales y garantías Constitucionales, que conforman la razón de ser de la Cn, se tiene el derecho de tutela judicial, el cual se encuentra plasmado en el artículo 11 de la ley suprema, y el cual constituye la directriz que guía y ordena las relaciones jurídicas procesales,

¹³¹Vid. **LINARES QUINTANA, S. V.**, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Tomo II, Editorial Alfa, Buenos Aires, Argentina, 1953, pp. 145-398. cit., por **AFONSO DA SILVA, J.**, "Mutaciones Constitucionales", en Revista electrónica Cuestiones Constitucionales, N° 1, Traducida del Portugués por María del Pilar Hernández, Brasil, Julio-Diciembre, 1999, p. 5. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90753.pdf>. (Consultada 27 de mayo de 2014). "La función esencial de una Constitución consiste en asegurar los derechos fundamentales del hombre y la dignidad de la persona humana. Es el principio de supremacía, que deriva de la Constitución rígida, la más eficiente garantía de efectividad de aquella función de imponer limitaciones a la acción del poder público"; En este mismo sentido: Vid. **DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO, DE 1789, Art.- 16**. Esta disposición ya establecía que "la sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, absolutamente no tiene Constitución".

¹³²**URIBE ARZATE, E.**, La Defensa Constitucional de los Derechos Fundamentales en la Reforma del Estado Mexicano, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie año XLII, N° 125, Mayo-Agosto de 2009, p. 1030. Disponible en:

[_http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex125/BMD000012513.pdf](http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex125/BMD000012513.pdf)., (Consultada 28 de mayo de 2014) Para este autor la "Organización del Estado y derechos de los habitantes son la entraña misma de la ley fundamental. La Constitución supera de esta forma, la perspectiva normativista para acercarla a su genuina dimensión como summa del Estado, síntesis histórica que desborda por sus "contenidos" la simple redacción de su texto".

¹³³Vid. **ROMANO, S.**, Principii di diritto Costituzionale Generale, Reimpresión de la II ed., Milán, 1947, pp.1 y ss., cit., por **GUASTINI, R.**, Estudios de Teoría Constitucional, Editada por Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición México D. F. 2001, p. 33. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/37038041/estudiosdeteoriaESTUDIOS-DE-TEORIA-CONSTITUCIONAL-RECARDO-GUASTINI-PDF> (Consultada 28 de mayo de 2014). La constitución entendida como conjunto de normas fundamentales (en uno u otro sentido) es llamada a criterio del autor, Constitución en sentido "sustancial" o "material".

que permitan dilucidar relaciones jurídicas sustantivas o acciones insatisfechas, que afectan y limitan otros derechos¹³⁴.

La Cn de El Salvador, en el artículo 11 de la Cn, no establece expresamente el derecho de tutela judicial, pero se configura cuando la norma suprema reconoce el derecho de audiencia, que orienta la configuración del debido proceso o de un proceso constitucionalmente valido¹³⁵.

3.2. Derecho de Probar, en el Debido Proceso

En la Cn, no cuenta con un artículo o disposición expresa sobre prueba, al igual que el derecho al debido proceso o proceso constitucionalmente configurado, es decir, no reconoce una específica mención, al derecho de utilizar medios probatorios en una relación jurídica procesal, que sean pertinentes idóneos y lícitos.

Por lo que se hace necesario concebir este derecho, de manera implícita en el derecho de defensa que se desprende del tenor de lo dispuesto en el artículo 11 el cual literalmente establece que “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes...”¹³⁶En este sentido el derecho de probar, constituye un derecho fundamental que se deriva del derecho de defensa, el cual implica

¹³⁴**CARNELUTTI**, Instituciones del Proceso Civil, editorial Ejea, s. e., s. l. i., s. f., pp. 27, 29 y 43. “La justa composición de los conflictos intersubjetivos de intereses procurada a través del proceso civil, exige entre otras cosas que la actividad probatoria de las partes se desarrolle por los modos legítimos y las vías derechas”.

¹³⁵**ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. 5. De acuerdo a este autor el derecho al debido proceso, es denominado en el derecho constitucional salvadoreño como “derecho o garantía de audiencia”, pero como lo ha resaltado la doctrina, este derecho de audiencia es el mismo que con otras denominaciones se recoge en otros ordenamientos jurídicos.

¹³⁶**CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, Art.- 1**. Este precepto constitucional reconoce una gama de derechos procesales implícitos e inalienables del ser humano, los cuales son: el derecho de tutela judicial, debido proceso, derecho de defensa del cual se desprende el derecho de probar y/o el derecho de libertad probatoria, el cual a su vez es un mecanismo de para hacer valer otro derechos por ello se le concibe como un derecho y una garantía.

el reconocimiento de la libertad probatoria en igualdad de condiciones¹³⁷, así lo ha concebido la jurisprudencia salvadoreña.

La SC de la CSJ en Sentencias de Amparo 150-97¹³⁸, define el derecho de defensa como el de “dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso la existencia de éste y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles en el goce irrestricto del derecho de audiencia”.

La sala en dicha sentencia considera que existe vulneración al derecho constitucional de audiencia plasmado en el artículo 11 CN, cuando el afectado o demandado o parte procesal “...no ha tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales –procesales o procedimentales- establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia”¹³⁹.

El planteamiento anterior permite argumentar que el derecho de defensa, se proyecta en el proceso, como la condición que fundamenta el tema objeto del litigio, y el tema a decidir, es decir, se constituye en el núcleo del proceso, el cual, se orienta a conceder a las partes procesales una protección efectiva a

¹³⁷**SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, Referencia 167-97, del 25/05/1999. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado por su parte, en la jurisprudencia, que la igualdad es un concepto emotivamente positivo, porque es algo que se desea; y está íntimamente vinculado con la justicia. En tal sentido debe decirse que tal derecho se desplaza y anida, o debería, en cada uno de los procesos jurisdiccionales. Debe dársele igualdad de oportunidades a cada una de las partes para el sólo efecto de que puedan argüir o defender, en su caso, cada uno de sus derechos que estima tutelables.

¹³⁸**SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, Referencia 150-97, del 13/10/98.

¹³⁹Vid. **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, Referencia 134/98, del 11/06/99. La sala considera que en cuanto el derecho de defensa, “la vigilancia del mismo asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente su respectiva pretensión y resistencia y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular...”.

sus derechos y categorías jurídicas protegidas, que sean alteradas; dicha protección se materializa a través de los medios de prueba, condensándose así el derecho de defensa por el de libertad probatoria en igualdad de condiciones¹⁴⁰.

Las perspectivas anteriores, deducen que al permitir y reconocer el derecho a la libertad probatoria, se limita la indefensión de las partes, y en consecuencia este derecho se configura en un derecho fundamental, que se debe ajustar al margen de la pertinencia, idoneidad y licitud de los medios en el proceso¹⁴¹, debido a que el juzgador no puede formarse una convicción respecto de hechos alegados y probados mediante la incorporación de medios de prueba ilícitos¹⁴².

3.2.1. Tutela Judicial Efectiva

Desde el marco jurídico constitucional establecido en el artículo 11 Cn, se observan una serie de postulados como el derecho de la tutela judicial efectiva, el debido proceso, derecho de audiencia, y derecho de defensa; sobre estos postulados se asienta la impartición de justicia civil y mercantil, el cual abarca la aplicación de otros preceptos constitucionales que forman parte de la organización Estatal, los cuales configuran mandatos generales para el desarrollo y desenvolvimiento del proceso¹⁴³, parámetro que

¹⁴⁰Vid. **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, Referencia 16071998, del 16/06/99. Esta sentencia connota que “en el curso del proceso, la defensa en juicio se condensa en la libertad probatoria y en el derecho de alegar, contradictoriamente y en situación de igualdad”.

¹⁴¹**KIELMANOVICH, Jorge L.**, La Prueba en el Proceso Civil, cuestiones de derecho probatorio nacional y comparado, editorial AbeledoPerrot, s. e., Buenos Aires, Argentina, s. f. p. 16. “En efecto, actualmente no se concibe que el Juez pueda ya sin más formar su convicción respecto de la verdad de las proposiciones deducidas mediante la incorporación al proceso de la prueba ilícita; es decir prohibida por la ley -expresa o implícitamente-, repugnante a la moral y buenas costumbres u ofensiva para la libertad y dignidad de la persona humana”.

¹⁴²**OSSORIO, M; y FLORIT, M.**, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, editorial Heliasta, p. 434. Según este vocablo es todo aquello a lo contrario a lo permitido legalmente y moralmente.

¹⁴³Entre estos preceptos constitucionales que se deben interpretar sistemáticamente con el artículo 11 de la CN, puede consultarse el artículo 172 de la CN; en este precepto de estructuran las fases que deben conformar los procesos es decir divide el proceso en fase cognoscitiva el cual se desprende del tenor del mismo precepto, el cual establece a grandes rasgos que corresponde al órgano judicial el juzgar, y la

constituye una obligación, debido a que, el juzgador, debe seguir el proceso establecido en la Cn, así lo considero la SCV¹⁴⁴. En este contexto, la tutela judicial, configura un derecho básico y esencial, debido a que, constituye el punto de partida del debido proceso ante autoridad competente e imparcial – órgano judicial-¹⁴⁵, dejando de ser un campo de batalla a merced de la improvisación y a la fantasía individual de las partes interesadas e dirimir un conflicto¹⁴⁶.

En esa situación se asevera que el derecho de tutela judicial reconocido en el artículo 11 CN, y desarrollado en el artículo 1 del CPCM, como derecho de protección judicial¹⁴⁷, no garantiza en ningún caso un resultado concreto en términos de una sentencia estimatoria, pero si garantiza la exclusividad de la actividad judicial, según lo prescribe el artículo 172 Cn¹⁴⁸, y un resultado jurídicamente fundamentado. Dicho resultado debe revestir la forma de una sentencia de fondo que se enmarcara sobre la base de las pretensiones de las partes –tema decidendum-, con independencia de que esta pretensiones sean declarativas, constitutivas, y cautelares, a menos, que exista un defecto procesal que impida decidir sobre el fondo, situación que implica el emitir resoluciones conocidas por la doctrina como interlocutorias, y legalmente

fase ejecutiva, la cual se deduce cuando el mismo artículo establece que corresponde ejecutar lo juzgado.
¹⁴⁴**SALA DE LO CIVIL**, Sentencia Definitiva, Referencia 635-2000, del 15/05/2001. Esta estableció que: “cuando una demanda llega al Juzgador, este tiene la obligación de seguir el procedimiento establecido en la ley, para salvaguardar el debido proceso legal”.

¹⁴⁵**SALA DE LO CIVIL**, Sentencia Definitiva, Referencia 1730 SS, del 30/04/2004. Esta sentencia señala que el “el derecho al debido proceso es un derecho instrumentado para la defensa de los derechos y libertades públicas, al servicio de la tutela de los demás derechos fundamentales y debe garantizar instrumentos procesales de protección de los mismos, tal como lo establecen los artículos 11 y 2 Cn”

¹⁴⁶Vid. **SILVA, Melero**, “La Prueba Procesal”, en Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1963, p. 29 y 30.

¹⁴⁷ **CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 1.** “Todo sujeto tiene derecho a plantear su pretensión ante los tribunales, 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”.

¹⁴⁸**CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Art. 172.** “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Organismo Judicial. Corresponde exclusivamente a este Organismo 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”.

como autos, así lo establece el artículo 212 del CPCM¹⁴⁹.

3.2.2. Eficacia Normativa

El derecho a la prueba, como derecho implícito en el artículo 11 de la Cn, implica una duplicidad de connotaciones, constituyendo así su aplicación eficaz e inmediata, esto es, su aplicación práctica frente a todo el ordenamiento jurídico.

La primer proyección que connota, este derecho es la de ser un la norma directriz que fija el parámetro de constitucionalidad de las demás normas jurídico procesales, constituyendo esto limitante de la actuación del legislador, debido a que configura una *condictio sine qua non* no se podrían ejercitar las facultades atribuidas por mandato constitucional –crear leyes-, es decir, el legislador no podrá dictar normas jurídicas que contraríen este derecho fundamental¹⁵⁰.

Lo anterior, es un imperativo que corresponde a los juzgadores acatar, y hacerlo cumplir, esto se debe, a que el mismo constituye un derecho de los ciudadanos directamente aplicable y ejecutable por los mismos, es decir, constituye un indicador básico de obligatorio cumplimiento, debido a que la Cn, no precisa de la interposición de una norma en desarrollo para que tenga efectividad.

3.2.3. Función Garantista

A grandes rasgos, el proceso o el derecho al debido proceso, se constituye

¹⁴⁹**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art.- 212.** Las resoluciones judiciales pueden ser decretos, autos y sentencias. Los decretos tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso. Los autos son simples o definitivos. Simples, si se dictaren, entre otros propósitos, para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades; definitivos, si le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en la instancia o por vía de recurso, o si así lo determina este código. Las sentencias deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso.

¹⁵⁰**ESCRIBANO MORA, Fernando,** La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. 8. Según este autor el legislador no puede dictar normas jurídicas que, “de uno u otro modo, impidan a los ciudadanos la posibilidad de participar en condiciones de igualdad de armas en un proceso para hacer valer en él sus derechos e intereses, lo que a su vez se divide en la necesidad de un juicio previo y en la necesidad de que él se respete la garantía de defensa, incluido el derecho al uso de los medios de prueba pertinentes

en herramienta garantizadora, de la que, se vale el Estado para proteger los derechos de los gobernados. Este planteamiento configuro el punto de reflexión para que el Constituyente se ocupara de prever formas procesales, debido a que, el proceso no puede ser irreflexivamente sustanciado por el juzgador, si no es de acuerdo a los cauces constitucionales que garantizan un genuino debate y por supuesto el respeto de las garantías mínimas de que es acreedora cada una de las partes.

En esa dirección, la doctrina y la jurisprudencia en general han acuñado expresiones varias en torno a esta garantía, otorgándole calificativos como el de garantía del debido proceso o como la de proceso constitucionalmente configurado. En ambos casos, vale decir, se trata de una garantía genérica que acoge otros mecanismos como el de la prueba, la cual se gesta, nace y desarrolla al interior del procedimiento previsto para cada proceso jurisdiccional o judicial, sea este civil, mercantil o laboral, entre otros.

Según ese orden de ideas, cualquier proceso que se aparte del cumplimiento irrestricto de esta garantía procesal y constitucional, -la prueba- no se apega a la norma fundamental y, por lo tanto, está incumpliendo con el derecho al uso del mismo y, por ende, a la protección judicial, ese es el planteamiento que acoge la jurisprudencia comparada como la del Tribunal Constitucional Español al referirse al proceso con las debidas garantías o proceso debido, conforme a la igualdad entre la partes para ser oídos en juicio, que incida en la decisión judicial¹⁵¹.

Sobre esta garantía y su dimensión, la SC de la CSJ ha señalado que la Cn en el artículo 2 establece un catálogo de derechos fundamentales, los cuales al ser vulnerados o trasgredidos, pueden hacerse valer –mediante los

¹⁵¹ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL STC**, Sentencia referencia 13/1981, del 22/04/1981. Esta sentencia establece que “La tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa, y también que la igualdad entre las partes, propia de todo proceso en que éstas existan, sea asegurada.

instrumentos idóneos-por medio del proceso, como mecanismo realizador del principio de tutela judicial efectiva plasmado en el artículo 172 de la Cn, esto se debe, a que es mediante el proceso en que se pueden discutir los elementos probatorios idóneos y pertinentes, que se ajusten a las pretensiones alegadas y materia de discusión¹⁵².

Ahora bien, para que el catálogo de derechos consagrados en la Constitución a favor de la persona deje de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de eso, el constituyente salvadoreño dejó plasmado igualmente en el artículo dos, inciso primero, el derecho a la protección jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas en favor de toda persona, esto es, un derecho de protección en la conservación y defensa de los mismos¹⁵³.

3.3. La Constitución como Instrumento de Control en Materia Probatoria

La constitución como norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico, constituye, el principal instrumento que reconoce y garantiza el derecho de prueba, y en consecuencia controla los medios de prueba, respecto a su obtención, debido a que los mismos deben estar al margen de otros derechos de rango constitucional.

El derecho al debido proceso, e implícitamente el de la prueba, nace con una función garantista, que según BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, se configura

¹⁵²**SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, Referencia 714-1999, del 19/11/2001. “La Constitución, acertadamente, desde su artículo 2 establece una serie de derechos consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos como fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. En tal sentido, el proceso como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento del 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 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”.

¹⁵³**SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, Referencia 580-1998, del 29/03/2001.

como un derecho instrumentado para la defensa de los derechos y libertades públicas¹⁵⁴. Estos derechos se encuentran tipificados implícitamente en el artículo 11 Cn, y se enmarcan para la protección de otros derechos fundamentales, esto implica que dicha protección debe garantizarse mediante medios probatorios idóneos, que permitan la protección efectiva de los mismos.

Este planteamiento constituye el fundamento de incorporación del derecho de libertad probatoria en el artículo 330 del CPCM¹⁵⁵, pero a su vez el parámetro de discusión para aquellos medios de prueba obtenidos ilícitamente o lo que siendo lícitos se niega su incorporación al proceso.

Por ello este derecho no tendrá un adecuado control y no tendrá reconocimiento efectivo o tendrá escaso significado si la Cn, no prevé el modo de garantizar derechos fundamentales trasgredidos mediante:

- a) La obtención de prueba ilícita incorporada al proceso; o
- b) probar por medios idóneos pertinentes y lícitos, arbitrariamente excluidos del proceso; y
- c) Los preceptos de la norma jurídica procesal que limiten el derecho de probar o contradigan este derecho.

En los primeros dos supuestos, el mecanismo que prescribe la Cn. es el amparo constitucional¹⁵⁶; en cambio para el tercer supuesto se puede ejercer

¹⁵⁴Vid. **BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, J. M.**, El Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional, editorial Arazandi. Pamplona 1992, cit., por: **ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. 10.

¹⁵⁵**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art.- 330.** La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código. Los medios no previstos por la ley 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.

¹⁵⁶**SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, Referencia 231/98, del 4/05/1999. La Sala ha afirmado que “el proceso de amparo es un instrumento procesal que brinda una protección reforzada de los derechos constitucionales de las personas cuando éstas no han obtenido (en palabras del artículo 2 constitucional <<protección en la conservación y defensa>> de los mismos en los procesos y procedimientos ordinarios); en similares argumentos señala **ESCRIBANO MORA, Fernando**, La Prueba

un control previo el cual, es la inaplicabilidad, o por medio de un control posterior que debe ser la inconstitucionalidad. En ese sentido sea cualesquiera de estos mecanismos de control directo o de control difuso de la Constitucionalidad, lo que se pretende es hacer valer un derecho fundamental y no cuestiones de mera legalidad.

Estos mecanismos tienen por objeto hacer valer el derecho de probar, garantizando con ello la función de la constitución, la cual es, la de proteger los derechos fundamentales, esto permite deducir que la Constitución conmina mediante mecanismos de defensa jurídicos constitucionales, su pretensión de validez y eficacia¹⁵⁷, con el objeto, de que no se le considere como una norma programática, sino que su aplicabilidad sea inmediata y

en El Proceso Civil, ob., cit., p. 10. Que son “los tribunales de justicia los que, en primer lugar, han de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos. Cualquier recurso de amparo ha de ser subsidiario de la decisión que hayan adoptado en primer lugar los jueces y tribunales ordinarios. Ello exige que se haya agotado la vía judicial previa, es decir, que se haya dado a los órganos judiciales la oportunidad de conceder o restablecer el derecho lesionado cumpliendo con el denominado principio de subsidiariedad.

¹⁵⁷**LÓPEZ GUERRA, L.**, Introducción al Derecho Constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, primera edición, Valencia, España, 1994, pp. 193-194. “La Constitución solo cobra sentido en cuanto norma con pretensión de validez y eficacia: es, como las demás o más, un mandato para ser cumplido. Pero ello (también como ocurre respecto de las demás normas) exige una garantía, es decir, un mecanismo que asegure una reacción en caso de incumplimiento, defendiendo la efectividad de los mandatos contenidos en el texto constitucional. Las amenazas a la vigencia efectiva de la Constitución pueden ser de dos tipos. Por un lado, la amenaza más evidente será la negación expresa de la obediencia a la Constitución, con la consiguiente pretensión de destruir, por la vía de hecho, el ordenamiento constitucional: se trataría de situaciones de insurrección o de golpe de Estado. Pero es también posible una amenaza igualmente peligrosa, consistente, no ya en el desafío expreso de las prescripciones constitucionales, sino en su negación en la práctica, mediante su simple incumplimiento. En el primer caso, se busca la destrucción de la Constitución, por vías antijurídicas; en el segundo, su olvido e irrelevancia. Frente a estas amenazas, las Constituciones han incluido procedimientos para su defensa. Frente a los peligros excepcionales que pueden presentarse, poniendo en cuestión el mismo sistema democrático constitucional, se han previsto técnicas de defensa extraordinaria de la Constitución. Pero también, a lo largo de la historia del constitucionalismo, se ha hecho evidente que, aun en épocas de normalidad, es necesario defender a la Constitución frente a su olvido o incumplimiento por los poderes públicos, mediante procedimiento de defensa ordinaria, de la misma. Esta defensa ordinaria de la Constitución, de carácter continuo y permanente, vigilando su efectivo cumplimiento, se lleva a cabo mediante los mecanismos de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos. En cuanto a la defensa extraordinaria de la Constitución, frente a sus enemigos interiores y exteriores, se realiza mediante la concesión de sus enemigos interiores y exteriores, se realiza mediante la concesión de poderes excepcionales a los órganos del Estado. Ambas técnicas resultan complementarias. En tiempos de normalidad, el control de constitucionalidad mantiene la vigencia de la Constitución; en tiempos de alteraciones, trastornos o amenazas extraordinarias, los poderes excepcionales garantizan el mantenimiento del orden democrático-constitucional”; en el mismo sentido: Vid. **SCHMITT, C.**, La Defensa de la Constitución, Editorial Tecnos S. A., primera edición, Madrid, España, 1983, p. 42.

permita la consolidación de una constitución rígida y efectiva¹⁵⁸, y como corolario, la consolidación de un Estado constitucional y democrático de derecho.

3.4. Principios Probatorios Generales en un Sistema Dispositivo Adversativo

El CPCM, se cuenta con una gama de principios, que guían y ordenan la aplicación de la normativa y los actos jurídicos procesales, pero también existen otros principios los cuales son comunes a todos los procesos, pero imprescindibles, debido a que los mismos son aplicados supletoriamente a otros procesos, se trata de los principios dispositivo y de aportación de parte que informan los procesos en los que rige la oportunidad, frente a aquellos otros, como el penal, en el que prima la necesidad¹⁵⁹.

3.4.1. Principio Dispositivo

En la actualidad y modernamente, el derecho procesal ha incursionado en la introducción de procesos adversativos-dispositivos, en donde son las partes, las que tienen no sólo la facultad de iniciar los procesos, planteando sus quejas ante los tribunales competentes, sino además la posibilidad de decidir

¹⁵⁸ **AZUELA RIVERA, M., GONZÁLEZ BLANCO, C. y ÁLVAREZ MORENO, J. I.**, (Coordinadores), Amparo, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, primera edición, México, 2006, p. 48. en los países de Constitución rígida puede hablarse propiamente de la existencia de una súper legalidad constitucional. La Constitución tiene el valor de una súper ley porque, desde el punto de vista formal, se encuentra colocada jerárquicamente en un plano superior a las leyes ordinarias y porque, además, un órgano es el que expide la Constitución o la reforma, y otro el que promulga o reforma la legislación ordinaria, así como son diversos los trámites que presiden a una y otra.

¹⁵⁹ Vid. **BELLIDO ASPAS, Manuel**, La Supletoriedad del Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil en la Regulación Procesal de la Prueba en el Ámbito del Proceso Laboral, Programa Regional USAID, Fortalecimiento de la Justicia Laboral CAFTA-DR, 2010, disponible en <http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/oajc/documentos/APLICACIONSUPLETORIADELCODIGOPROCESALCIVILYMERCANTIL%20ENEL%20PROCESOLABORAL.pdf> (consultado 15 de junio de 2014). Estos principios se suelen denominar principios jurídicos técnicos del proceso, siendo posible tanto que un proceso se inspire en ellos –es el caso del proceso civil-, como en los contrarios de necesidad e investigación de oficio –es el caso del proceso penal, en especial en la fase de instrucción.

sobre el litigio en cualquier estado del mismo. El artículo 90 del CPCM¹⁶⁰, señala al respecto que la iniciación de todo proceso civil o mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso, el cual, conserva la disponibilidad de la pretensión, que se configura como la facultad de efectuar los actos de disposición intraprocesales que estimen convenientes, como terminar el proceso unilateralmente o por acuerdo entre las mismas, y recurrir toda clase de resolución que le sea gravosa¹⁶¹. Conforme al contenido esencial de este principio, debe necesariamente buscarse el equilibrio entre la necesaria actividad de la parte en los litigios y la obligación del juez como director y ordenador del proceso en su función de brindar tutela judicial efectiva¹⁶².

3.4.2. Principio de Aportación

Como parte de la imparcialidad que debe recaer en cualquier juzgador, se regla el principio de aportación que supone la necesaria actividad procesal de los sujetos litigantes, como elemento determinante y delimitante de la actividad que pueda llevar a cabo el juzgador.

El fundamento de este principio consiste en que los hechos únicamente pueden ser aportados por las partes, así como la prueba que en torno a ellos

¹⁶⁰**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, ART. 90.**- “Las partes podrán pretender de los tribunales de justicia la mera declaración de la existencia o alcance de un derecho, obligación o cualquier otra situación jurídica; la declaración de condena al cumplimiento de una determinada prestación; así como la constitución, modificación o extinción de actos o situaciones jurídicas. También podrán pretender la ejecución de lo dispuesto en los títulos establecidos por la ley, la adopción de medidas cautelares, y cualquier otra clase de protección expresamente prevista por la ley. Las pretensiones a que se refiere el inciso anterior se formularán ante el juez o tribunal que tenga jurisdicción y sea competente, y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida”.

¹⁶¹Es menester aclarar, que este principio no debe confundirse con el impulso oficioso de la causa, el es un predicado configurado en la norma jurídico procesal.

¹⁶²**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL STC**, Sentencia referencia 41/1999, del 22/03/1999. En sintonía con esto, el Tribunal Constitucional Español señala que no cabe desconocer que tal principio procesal coexiste con ciertas manifestaciones del principio de investigación, que permite al órgano jurisdiccional acordar de oficio precisas o determinadas diligencias en orden a un mejor esclarecimiento de la base fáctica del proceso, máxime cuando éste se halla ordenado a la protección de un derecho o libertad fundamental. Esto supone que el principio dispositivo no puede ser aplicado por los jueces y tribunales a modo de barrera formal infranqueable que exonere a éstos de cumplir su ineludible función garantizadora de los derechos fundamentales.

se pretenda desfilan, esto es así, debido a que permitir en uno u otro caso que sea el juez quien deliberadamente intente su proposición o recolección, podría atentar contra este principio y el de imparcialidad.

El artículo 7 del CPCM¹⁶³, enfáticamente prevé que los hechos en que se fundamente la pretensión y la oposición que se conoce en el proceso sólo podrán ser introducidos al debate por las partes. Asimismo que la actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros, en su caso; en consecuencia, el juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros. De tal tenor se deriva que principios generales del derecho como el iuranovit curia están restringidos al ámbito jurídico o de derecho y no son extensivos por tanto al sustrato fáctico de una pretensión o de una resistencia, lo cual está reservado a las partes.

3.5. Libertad Probatoria, Derecho a utilizar los Medios de Prueba

Como ha quedado establecido en los argumentos anteriores, el proceso civil y mercantil, tiene sustento en principios constitucionales implícitos y específicos¹⁶⁴, los cuales a su vez instruyen y fundamentan el núcleo de todo proceso –la prueba-, esto se debe, a que la Cn. no solo debe enunciar los derechos del ser humano sino que debe establecer las formas y las garantías

¹⁶³**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 7.-** “Los hechos en que se fundamente la pretensión y la oposición que se conoce en el proceso sólo podrán ser introducidos al debate por las partes. La actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros de conformidad a las disposiciones de este código, en su caso; en consecuencia, el juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros. La proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros; sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio, de conformidad a lo dispuesto en este Código”.

¹⁶⁴**COUTURE, Eduardo**, Estudios de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, s.e., Buenos Aires, 1973, p.92. Como decía Couture “el proceso se convierte de este modo en el medio de realización de la justicia”.

mediante las que los derechos sean operativos¹⁶⁵. En este contexto, la prueba como institución jurídico procesal es una figura jurídica consagrada constitucionalmente, que constituye el vehículo mediante el cual se corroboran los extremos procesales alegados en el proceso –objeto de prueba¹⁶⁶-, situación que permite la protección de prerrogativas - pretensiones-¹⁶⁷, debido a que trae a conocimiento del juez las fuentes de prueba, configuradas como medios de prueba necesarios para el esclarecimiento de la verdad¹⁶⁸.

Por consiguiente, se puede afirmar que la constitucionalización del proceso, consagrado en el artículo 11 de la Cn, hace que se perfeccione el derecho de probar, debido a que se enmarca dentro del derecho al debido proceso, defensa igualdad de armas y contradicción, reforzando con ello la garantía de defensa, del proceso justo, la cual involucra principalmente defenderse o acusar, mediante cualquier medio regulado o no regulado, que contenga datos empíricos que sustenten la actividad probatoria, y no afecten la moral o la libertad personal¹⁶⁹. Al margen de lo establecido por la SC, el derecho a la utilización de medios de prueba, se constituye como el derecho a la libertad probatoria, el cual es parte de la defensa en juicio que se proyecta como “el

¹⁶⁵ **CARBONE, Carlos Alberto**, Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de Prueba. Derecho constitucional de utilizar los medios de prueba pertinentes, Editorial Rubinzal-Culzoni, s.e. La normativa procesal debe tener su ancla en los principios constitucionales específicos, no podemos dejar de señalar la otra cara de la moneda: si la Constitución aparece como instrumento para instaurar un nuevo orden político y social y dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico posmoderno, la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste en su protección procesal: no solo debe enunciar los derechos del hombre sino establecer las garantías para que esos derechos sean operativos

¹⁶⁶ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 313.-** “La prueba tendrá por objeto: 1° Las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos...”

¹⁶⁷ **PICÓ I JUNOY, Joan**, El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil, Editorial Bosh, s.e., Barcelona, España, 1996, p. 269. Ésta es la finalidad del fenómeno de la constitucionalización de los derechos y garantías procesales: lograr la pretendida justicia reconocida en las constituciones modernas que pueden traducirse como la constitucionalización del proceso.

¹⁶⁸ **BIDART CAMPOS, Germán J.**, Derecho Constitucional, Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1966, p. 486.

¹⁶⁹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 330.-** La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código. Los medios no previstos por la ley 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.

núcleo de su desarrollo, en el cual debe de concederse a las partes una protección efectiva a sus derechos y categorías jurídicas protegibles a través de los medios de defensa que estas consideren convenientes¹⁷⁰”.

De acuerdo al planteamiento anterior se deduce que el derecho de libertad probatoria, constituye el derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes y útiles, el cual no es de carácter absoluto, en el sentido de que no implica el derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, esto es así, debido a que la norma jurídico procesal -CPCM- establece la necesaria aportación o introducción de los medios en tiempo y en forma, así como la idoneidad, pertinencia y licitud de los mismos; parámetros que el CPCM, ha previsto como límites a la libertad probatoria. Estos límites se configuran en los artículos 316¹⁷¹, 318¹⁷² y 319 del CPCM¹⁷³, los cuales constituyen parámetros de control que limitan los medios de prueba reconocidos o análogos, que pueden ser utilizados como medios de prueba, por encajar en cualquiera de los que la norma procesal civil reconoce, así como de limitar la introducción de los medios de prueba tecnológicos, en específico de captación del sonido, la voz y la imagen.

3.6. Medios de Prueba Tecnológicos en el Contexto de la Libertad Probatoria

En la actualidad, el avance de las ciencias y de las tecnologías de la

¹⁷⁰Vid. **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, Sentencia de Amparo, Referencia 134/98, del 11/06/99.

¹⁷¹**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 316.-** “Las fuentes de prueba deberán obtenerse de forma lícita, quedando expedita a las partes la posibilidad de denunciar su origen u obtención cuando sean contrario a la ley. Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no serán apreciadas por el Juez al fallar, y en este caso deberá expresar en qué consiste la violación. La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente. Sin embargo, la fuente de prueba podrá ser utilizada siempre que su aportación se hubiera realizado conforme a las normas legales”.

¹⁷²**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 318.-** “No deberá admitirse ninguna prueba que no guarde relación con el objeto de la misma”.

¹⁷³**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 319.-** “No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos”.

comunicación y de la información TIC¹⁷⁴, cuyas manifestaciones comenzaron a gestarse al inicio del siglo XX, constituyeron factores del cual la normativa procesal debe de regular y adecuar¹⁷⁵, para resolver conflictos que puedan generarse sin trasgredir o limitar el derecho de libertad probatoria, esto se traduce en observar el deber objetivo de cuidado en los aspectos centrales de estas nuevas tecnologías¹⁷⁶. Esto constituye el entronque para que las relaciones jurídicas sustantivas manifestadas en actos en contratos sufrieran modificaciones, dejando a un lado el tradicional documento escrito en materia tangible, perfeccionándose electrónicamente, y dejando constancia, del acto o contrato, mediante grabaciones en soportes informáticos o mediante grabaciones del sonido, de la voz y la imagen –como ejemplo puede citarse el texto digital resultado de una videoconferencia.

En los cuales celebraron y acordaron las cláusulas de un contrato y el cual puede aprobarse mediante una videoconferencia con firmas digitalizadas¹⁷⁷. Estas innovaciones son las que el legislador procesal ha

¹⁷⁴**HUIDOBRO, José**, Tecnologías de información y comunicación, monografías disponible en <http://www.monografias.com/trabajos37/tecnologias-comunicacion/tecnologias-comunicacion.shtml> (consultado 24 de junio de 2014) la doctrina considera que la tecnología de la Información y comunicación, fue de gran impacto en los años noventa y específicamente la Internet reformó las pautas de interacción social. En ese sentido, se debe entender por tecnologías de la información y comunicación (TIC), “todo aquello designado a lo relativo a la informática conectada a Internet, y especialmente el aspecto social de éstos. Ya que las nuevas tecnologías de la información y comunicación designan a la vez un conjunto de innovaciones tecnológicas pero también las herramientas que permiten una redefinición radical del funcionamiento de la sociedad.”

¹⁷⁵**CARBONE, Carlos Alberto**, Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de Prueba. Derecho constitucional de utilizar los medios de prueba pertinentes, ob., cit., p. 46. En el actual estado de cosas que involucra, ciencia tecnología, derecho a la intimidad, el verdadero sentido del proceso, sea cual fuere, plantea muchos interrogantes que el legislador decimonónico ni se imaginaba, ni tampoco el del siglo XIX, que empezó a observar algunos cambios en el modo de comunicarse; si bien en algunos Estados desarrollados en el siglo XX se comenzaron a gestar algunos cambios tecnológicos, los cuales el legislador del siglo XXI no puede desconocer.

¹⁷⁶**QUETTO, Gustavo**, La Información es la Medida de la Libertad, cit., por **CARBONE, Carlos Alberto**, Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de Prueba. Derecho constitucional de utilizar los medios de prueba pertinentes, ob., cit., p. 46. Según este autor, citado por Carbone, la complejidad de un conflicto que pueda generarse no puede resolverse con el dominio de una ciencia en particular: es necesario el conocimiento y aun la pericia en aspectos centrales de las nuevas tecnologías.

¹⁷⁷Vid. **LEY DE SIMPLIFICACION ADUANERA**, Decreto Legislativo No. 529, de fecha 13 de enero de 1999, publicada en el Diario Oficial No. 23, Tomo No. 342, de fecha 3 de febrero de 1999. En materia de comercio internacional, importación y exportación de mercancías, para el caso de El Salvador, la Ley de Simplificación Aduanera, El código Aduanero Uniforme Centroamericano y su reglamento prevén esta formas tecnológicas mediante las cuales se someten a control las mercancías importadas o exportadas, firmando las Declaraciones de Mercancías mediante firmas digitales.

incorporado como medios de prueba, los cuales registran un hecho de la realidad pasada, a la del proceso, mediante medios tecnológicos.

3.6.1. Reconocimiento Explícito de los Medios de Prueba Tecnológicos

Una de las novedades más reseñables, que se ha introducido en el CPCM, en materia probatoria es el reconocimiento expreso de los medios de prueba tecnológicos, que se tipifica en los artículos 396 y 397 del CPCM.

La regulación de estos medios de prueba, constituye una novedad en materia civil, mercantil y para otras materias que aplican supletoriamente el CPCM, esto se debe, a que los mismos constituyen un catálogo de soportes diversos, capaces de filtrar y abstraer signos sonoros derivados del ambiente o de la voz humana, de forma conjunta con la captación de datos e imágenes u otra información electrónica compuesta de signos o números¹⁷⁸.

Para algunos autores, estos medios de prueba son concebidos como medios modernos o nuevos medios de prueba, por considerar que son “aquellos que no aparecen relacionados en las antiguas leyes de enjuiciamiento (o, con mayor propiedad, aquellos que no pudieron estar en la mente del legislador al tiempo de promulgarse dichas leyes) y que son propiciados por los avances científicos o tecnológicos¹⁷⁹”.

Independientemente de su denominación, los medios regulados en los artículos 396 y 397, conforman un conjunto de instrumentos que necesitan de un proceso de adaptación a las relaciones jurídicas procesales¹⁸⁰, debido a

¹⁷⁸**SANDOVAL ROSALES, Rommel Ismael**, “La Prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil”, en **AAVV.**, El Nuevo Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, Universidad Tecnológica de El Salvador, primera edición, San Salvador, El Salvador, 2010, p. 268. “En esta obra se concibe que los Arts. 396 y 397 CPCM se dedica a reconocer otros medios novedosos de prueba, especialmente porque son, por una parte, “un soporte” que documenta, sonido, voz, datos, imagen, información electrónica o de otra tecnología. Ello se debe a los cambios tecnológicos del mundo”.

¹⁷⁹**GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, “Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil”, en Revista Derecho y Conocimiento, Volumen I, Universidad de Huelva, España, p. 77.

¹⁸⁰**CAMINO, Juan R.**, El Documento Electrónico: su admisibilidad en Derecho español, Tomo II, Editorial

que la variabilidad y apareamiento de medios técnicos en la última década exige el acomodo de la realidad al derecho¹⁸¹.

El argumento anterior permite deducir que se debe de establecer con claridad el procedimiento a seguir para la admisibilidad de estas tecnologías, para eso es necesario determinar el catálogo de medios susceptibles de ser adaptados en lo regulado por los artículos 396 y 397 del CPCM, a saber:

Art. 396.- Los medios de reproducción del sonido, la voz, los datos o la imagen podrán ser propuestos como medios de prueba.

Art. 397.- Los recursos de almacenamiento de datos o de información podrán ser propuestos como medio de prueba.

Para este fin, se aportarán las cintas, discos u otros medios en los que esté contenido el material probatorio; cuando la otra parte lo pidiera, se llevarán a la sede judicial los soportes en que se encuentren almacenados los datos o la información.

Si el traslado no fuere posible, el juez acudirá al lugar en el que la información se encuentre, previa cita de partes.

De la lectura de ambos preceptos, se deduce que, el legislador procesal ha clasificado a los medios de captación en el artículo 396¹⁸², y a los medios de

La Ley, s. e., 1987, p.1878. para este autor los “soportes conforman por cierto un conjunto bastante heterodoxo, donde la clásica solemnidad de la firma se hace trizas, imponiéndose analizar su relevancia jurídica y su repercusión procesal potencial como ente encarnador de situaciones de la realidad. Esta modernidad de los medios de transmisión del pensamiento necesita de un proceso de adaptación no solo en el ámbito operativo sino también en el del conocimiento y valoración de sus efectos, produciéndose un desfase en este ámbito”.

¹⁸¹**MARTÍNEZ PEÑA, Eduardo**, “Derecho al Control de los Datos Personales”, en Revista Tapia número 102, Madrid, España 1998, p. 15. “Cuando se tiene la incertidumbre de por qué el derecho no sabe captar adecuadamente en su seno negocios y técnicas que a veces hasta el común de la gente manipula es hora de prender la alarma y ponerse a trabajar, porque la norma y el proceso tienen que servir como reguladores de los mecanismos sociales al ser en realidad la manifestación de la convivencia entre los hombres y el progreso, y por tanto debe ensamblarse con el devenir tecnológico”.

¹⁸²El CPCM en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta artículo 396, no determina con exactitud cuáles son los medios de captación o de grabación, los cuales configuran objeto

almacenamiento o soporte de datos e información en el artículo 397. Preceptos de los cuales, el legislador no profundizó, es decir, no determinó un catálogo taxativo a encuadrar en uno u en otra disposición.

En ese entorno, se deduce que el artículo 396 del CPCM, enmarca lo referente a las grabaciones o captaciones del sonido voz e imagen. Regulación que constituye un riesgo, debido a que el legislador, no ha hecho otra cosa que reflejar y atender una imponente evolución de la tecnología, singularmente en el ámbito de la información y las telecomunicaciones que está produciendo profundos efectos en numerosos ámbitos de la relación

de estudio, por ello y atendiendo a la doctrina es necesario clasificar las grabaciones de voz, sonido e imagen en tres grupos a saber: Instrumentos de captación y reproducción de voz, sonido o fonogramas: se incluyen, en este grupo, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la voz y el sonido mediante registros mecánicos o magnéticos, sean autónomos o dependientes entre los que se encuentran contestadores de teléfonos fijos, o buzones de teléfonos móviles; así como además aparatos de transmisión del sonido como discos gramofónicos o fonográficos en soporte de resinas sintéticas, tipo baquelita, o de sustancias sintéticas, a base de polímeros, tipo plástico, discos compactos (compact disc), cintas magnetofónicas en soporte de vinilo o de plástico en o sin cassettes, en este sentido Vid. **BLOCH, P.**, Estudios de voz humana, Editorial Fala, Río de Janeiro, 1958; **COLOMBO, L.A.**, "Acerca de la prueba fonográfica de los hechos", en Revista de Derecho Procesal, número 1, 1949. p. 225 y s.s.; **CUESTA RUTE, J. M^a**, "Las cintas magnetofónicas en la prueba", Revista La Ley, Tomo I, 1982, p. 402 y s.s.; **Didier, A.**, Reproducción del sonido y de la imagen, Editorial Editores Técnicos Asociados S.A., Barcelona, 1966, cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80. Instrumentos de captación y reproducción de la imagen también denominados fotogramas: este segundo grupo comprende, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la imagen mediante registros físicos o químicos, entre estos se encuentran fotografías (en todas la amplia gama de variantes: macrofotografía, microfotografía, fotografía ultrarrápida, con luz monocromática, con luz polarizada, con radiaciones ultravioletas o infrarrojos); diapositivas, transparencias, copias fotostáticas (fotocopias, xerocopias), aplicaciones en el campo de la ingeniería, de la arquitectura, de la medicina (radiografías y gammagrafías, mediante la utilización de las propiedades penetrantes de los rayos X y gammas); radiografías; radiogramas; fotografías radioscópicas; escintilografías; ecografías (mediante la utilización de la reflexión de los ultrasonidos); resonancias magnéticas (mediante la utilización de transiciones inducidas entre los niveles de energía magnética de átomos, iones o moléculas) en sus variantes nuclear o electrónica; fotografías endoscópicas; y otras, en este sentido Vid. **CALVET Y PATXOT, M.**, "La tinta de escribir desde el punto de vista de la química y de la fotografía legal", en Revista Jurídica de Cataluña, 1909, p. 488 y s.s.; **CARNELUTTI, F.**, "Prova fotográfica e fonográfica", en Revista de Diritto Processuale Civile, Número 1, 1942, p. 233 y s.s.; **DIDIER, A.**, Reproducción del sonido y de la imagen, Editorial Editores Técnicos Asociados S.A., Barcelona, 1966; **LOPEZ-MUÑIZ, Goñi, M.**, "La prueba fotográfica en los accidentes de tráfico", en Revista de Derecho Judicial, Número 21, 1965, p. 49 y s.s., cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80. Instrumentos de captación y reproducción de la imagen y del sonido: se conciben, en este tercer grupo, todos aquellos elementos de captación y reproducción de la imagen y del sonido, simultánea o sucesivamente, mediante registros físicos, fundamentalmente magnéticos o químicos, entre los que se encuentran películas o films cinematográficos en soporte de celuloide (inclusive los micro films), las videocintas, los videodiscos, DVD, puede consultarse Vid. **ESTASEN, M.**, "El procedimiento judicial y las películas cinematográficas verificadoras", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Número 122, 1913, pp. 325 y s.s., cit., por: **GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, "Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil", ob., cit., p. 80.

social especialmente relevantes para el derecho.

Es decir con esta innovación legislativa introducida por estos preceptos el ordenamiento procesal civil salvadoreño se constituye en uno de los más avanzados en el área procesal¹⁸³, cultural, social y comercial, porque se adecua el derecho a los avances científicos experimentado en el ámbito de las nuevas tecnologías como la informática, telemática, cibernética y ofimática, pero al mismo tiempo se ponen en juego derechos fundamentales como la dignidad, la intimidad y la imagen que regula el artículo 2 de la CN. En ese contexto, se debe de tener en cuenta que toda grabación de la naturaleza que sea, debe y puede ser introducida al proceso siempre y cuando no vulnere dichos derechos fundamentales y no limiten la libertad y la moral.

¹⁸³Se concibe como uno de los más avanzados cuerpos normativos, debido a que la mayoría de códigos que regulan procesos, no contiene previsión alguna sobre las nuevas tecnologías, aunque ciertamente en diversos cuerpos normativos, los habían introducido con anterioridad por ejemplo pueden verse: **LEY PROCESAL DE FAMILIA**, en lo general y desde la entrada en vigencia en 1994, regulo lo relativo a los medios de prueba técnicos o modernos bajo el calificativo de medios científicos, disposición que en lo que respecta establece: Art. 51.- En el proceso de familia son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos; Por otra parte el: **CÓDIGO DE COMERCIO**, desde el año 2000, permitió a los comerciantes documentar su información en soportes de almacenamiento prescribiendo la reforma al artículo 455 lo siguiente: “Art. 455.- 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 copias o reproducciones sean certificadas por Notario, previa confrontación con los originales...”

CAPÍTULO IV: DEFINICIÓN, NATURALEZA, ADMISIBILIDAD Y SISTEMA DE VALORACIÓN DE LAS GRABACIONES COMO MEDIOS DE PRUEBA

SUMARIO: 4. Introducción, 4.1. Los Medios de Prueba Tecnológicos Regulados en el CPCM, 4.2. Aproximación Conceptual sobre Medios Técnicos de Prueba, 4.3. Conceptualización de los medios de Captación o Grabación, 4.4. Naturaleza Jurídica de las Grabaciones, 4.5. Proposición y Admisión Procesal de las Grabaciones, 4.5.1. Proposición de las Grabaciones del Artículo 396 del CPCM, 4.5.2. Admisibilidad de las Grabaciones del Artículo 396 del CPCM, 4.5.2.1. Pertinencia y Utilidad, 4.5.2.2. Licitud de la Prueba, 4.5.2.2.1. Grabaciones Ilícitas, 4.5.2.2.2. Grabaciones Irregulares, 4.6. Procedimiento Probatorio para la Admisión de las Grabaciones, 4.6.1. Reconocimiento Judicial en los Medios de Reproducción o Grabación, 4.6.2. El Auxilio Pericial en los Medios de Reproducción o Grabación, 4.7. Valoración Probatoria, 4.8. Sistemas de Valoración en el CPCM, 4.9. Sistema de valoración para los medios de Captación o Grabación.

4. Introducción

El extraordinario progreso alcanzado por la técnica, ha puesto al servicio del hombre una serie de instrumentos mecánicos, desarrollados paralelamente con el apareamiento del internet¹⁸⁴, los cuales aúnan en gran medida a la ampliación de la globalización y a las TIC¹⁸⁵, constituyendo un hito en la historia y en la cultura moderna del Siglo XXI¹⁸⁶.

¹⁸⁴**LLANEZA GONZALEZ, paloma**, Internet y Comunicaciones Digitales, Editorial Bosch, Primera Edición, Barcelona, 2000, p. 37. Esta autora considera que el internet tiene su origen en 1969, como consecuencia de un proyecto experimental de la “AdvancedResearch Project Agency” (“ARPA”), llamado ARPANET, que unía Universidades y redes de ordenadores de titularidad militar, contratistas de defensa y laboratorios universitarios que realizaban investigaciones militares y permitió a todos los investigadores de Estados Unidos acceder directamente a los ordenadores de gran potencia que se localizaban únicamente en algunas universidades y laboratorios.

¹⁸⁵**MONTESINOS GARCIA, Ana**, Arbitraje y nuevas tecnologías, Editorial Arazandi-Civitas, Primera edición, España, 2007, p. 23. La autora menciona que las NTIC constituyen herramienta base para potenciar y multiplicar los efectos de las distintas globalizaciones (globalización del comercio, de los mercados, de la emigración, de la cultura, tendencia a la universalización).

¹⁸⁶**SANCHÍS CRESPO, Carolina**, La Prueba por Soportes Informáticos, Editorial Tiran lo Blanch, s. e.,

Los avances de la ciencia y de la técnica configuran nuevas formas de vida y contribuyen a facilitar ciertas prácticas mercantiles y a la perfección de negocios de forma acelerada¹⁸⁷, pero a su vez produce un desafío para resolución de los conflictos, debido a que el avance acelerado de las ciencias tecnológicas, se actualizan aceleradamente, descontinuando y obstaculizando la perdurabilidad de los medios técnicos¹⁸⁸, que en determinado momento constataron hechos, actos o negocios jurídicos, legalmente válidos, y en consecuencia se vuelven anticuados¹⁸⁹.

Los instrumentos o medios de prueba, que se adecuan a los parámetros establecidos en el artículo 396 del CPCM, indica que las ciencias jurídicas y, especialmente el derecho procesal, debe adecuarse a lo que podría llamarse la cultura tecnológica, es decir, el sistema jurídico procesal debe sintonizar los instrumentos vanguardistas de las tecnologías, poniendo a su servicio conceptos y principios tradicionales, que para el derecho son inalterables, como lo son: las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos; parámetros que deben servir de control para la admisibilidad de las fuentes que se configuran en

Valencia, España, 1999, contrata; en este mismo sentido Vid. cit., **CARBONE, Carlos Alberto**, Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de Prueba. Derecho constitucional de utilizar los medios de prueba pertinentes, ob., cit., p. 45.

¹⁸⁷**DÍAZ FUENTES, Antonio**, La prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tratamiento y práctica, Editorial Bosch, segunda edición, Barcelona, España, 2004, p. 349. "Las empresas los particulares, la administración y, últimamente, la propia justicia, han dado en la utilización de una serie de nuevas herramientas, facilitadas por el último desarrollo tecnológico, como siempre lo ha sido desde los albores de la humanidad, que obligan al Derecho a enfrentarse con ellas para regular las condiciones y los efectos jurídicos de su uso, tanto en el desenvolvimiento extraprocesal de las relaciones jurídicas como en el juicio y, en particular, en tanto instrumentos o medios de prueba añadidos a la lista de los reconocidos por el art. 299 de la LEC".

¹⁸⁸**SANCHÍS CRESPO, Carolina**, La Prueba por Soportes Informáticos, ob., cit., p. 66. Esta autora en su obra realiza un abordaje del nuevo concepto de documento, en el que abarca el soporte informático de escritura como documento probatorio, considera que existen obstáculos para definirlo como prueba documental debido a que no existe una perdurabilidad, de estos documentos debido a su fragilidad física, por otro su suicida tendencia a quedarse anticuados. Continúa diciendo que "el primero de ellos puede paliarse realizando cada cierto tiempo, copias. El segundo es más complicado de evitar.

¹⁸⁹**ROTHENBERG, J.**, "¿Son perdurables los Documentos Digitales?", en Revista Investigación y Ciencia, marzo, 1995, p. 8., cit., por **SANCHÍS CRESPO, Carolina**, La Prueba por Soportes Informáticos, ob., cit., p. 66. "(...) los documentos digitales se quedan anticuados rápidamente y no logran mantenerse legibles durante la centésima parte del tiempo que lo ha sido la piedra Rosetta, es decir más de veintidós siglos".

el artículo 396 CPCM, como medios de prueba¹⁹⁰.

El argumento anterior connota que los instrumentos de prueba enunciados en el CPCM, específicamente en el epígrafe del Capítulo Cuarto, Sección Sexta, del Libro Segundo, Título Segundo, desdobra dos categorías¹⁹¹, las que regula el artículo 396 y las que establece el artículo 397 del CPCM; categorías de las cuales el legislador, no realizó el deslinde necesario para su admisibilidad.

De lo anterior se deduce, que los medios de reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otro instrumento semejante, como los medios audiovisuales en general: cinta magnetofónica, ideografía, discografía con su diversidad de variedades, que en la actualidad se encuentra en desuso y la cinematografía; y todos los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos mediante medios informáticos y, soportes electrónicos, constituyen medios modernos que según el CPCM deben ser controlados para su admisibilidad de procedimientos de otros medios de prueba tradicionales, como el procedimiento de la prueba documental, pericial y de inspección judicial.

Parámetros que constituyen el punto central de este capítulo, específicamente las grabaciones o captaciones de la voz, sonido e imagen, que regula el artículo 396 del CPCM, debido a que, estas para su admisión

¹⁹⁰**RAMÓN CAMINO, José**, El Documento Electrónico: su admisibilidad en el Derecho Español. LA LEY, 1997-2, D-120, p. 1879, cit., por **DÍAZ FUENTES, Antonio**, La prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tratamiento y práctica, ob., cit., p. 350. Este autor señala que “cuando se analiza un contrato realizado a través de internet, (...) reunir las características básicas que se exigen a cualquier transacción al amparo de nuestro Código Civil, esto es, consentimiento, objeto, y causa. Los problemas se centran en cómo se acredita que las voluntades de las partes se ha prestado de modo efectivo, qué garantías existen en cuanto a su posible manipulación y, en definitiva como puede probarse que hubo o no hubo contrato, si el mismo es impugnado por alguna de las partes”.

¹⁹¹**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL**. Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, establece en su epígrafe lo siguiente “medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información”.

deben de estar al margen de los derechos fundamentales, esto es así, por el hecho de que las mismas, al ser propuestas, solo serán consideradas como medios de prueba en un proceso específico cuando hayan sido obtenidos de forma lícita, sin vulnerar derechos fundamentales, como la imagen, la dignidad y el honor, así como de otros aspectos como la moral y la libertad de la persona, contra la que se ha entablado una pretensión, la cual se pretende probar, mediante esta clase de fuentes o medios de prueba.

4.1. Los Medios de Prueba Tecnológicos Regulados en el CPCM

En El Salvador, por más de dos décadas, se inició y se desarrolló un proceso de reflexión, estudio y puesta en práctica, de un nuevo sistema procesal civil, que conllevó a la derogatoria del Código de Procedimientos Civiles, que se regía sobre un anticuado proceso escrito y dilatorio, imponiéndose un conjunto de reglas del sistema continental y angloamericano, que adoptó normas que regulan aspectos novedosos en la institución probatoria, debido a que modificó la concepción tradicional de los medios de prueba, esto es la taxatividad, ofrecimiento admisibilidad, producción y valoración de los medios de prueba¹⁹².

Las novedades en el ámbito probatorio, repercutió en el catálogo de medios

¹⁹²**SANDOVAL ROSALES, Rommell Ismael**, “La Prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil”, en **AAVV.**, *El Nuevo Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño*, ob., cit., pp. 207 y 208. “El Salvador, ha tenido durante estos últimos 20 años, un proceso de reflexión sobre su sistema judicial y legal. La reforma judicial y legal ha permitido abrir el conocimiento y atisbar otros sistemas procesales diferentes al tradicional sistema jurídico franco-hispano, que ha regulado la legislación procesal civil y penal. Es así que el año 2000 la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la asistencia técnica del Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), inicio la redacción de las primeras bases para la reforma procesal civil. Luego, en los años siguientes con los Proyectos de Justicia de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos de América, USAID por su siglas en inglés, los miembros de la comisión redactora del proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil tuvieron la oportunidad de contactar a juristas del ámbito angloamericano y continental (Europeo y Suramericano) para intercambiar conocimientos y experiencias, (...). En este ambiente se comprendió que para poder implantar un sistema de juicio oral con todas sus garantías en materia civil y mercantil (y supletoriamente en las demás ramas del derecho), como lo exige la Constitución salvadoreña, se debían adoptar algunas reglas probatorias angloamericanas (...). Pese a este largo y escabroso proceso de reforma, el resultado de la combinación de reglas del sistema continental y del sistema angloamericano ha permitido la adopción de normas que regulan la actividad investigativa, las fuentes o elementos de prueba y los medios probatorios, así como el ofrecimiento, admisibilidad, producción y valoración de la prueba”.

de prueba y el reconocimiento de la libertad probatoria, esto es así debido a que el CPCM adopto los medios modernos tecnológicos, en los artículo 396 al 401, los cuales se robustecen bajo la premisa de la libertad de probar por cualquier medio que regula el artículo 330 del CPCM. Está claro, que en el CPCM, el legislador procesal, no quiso identificar estos medios con el carácter jurídico-procesal de documentos, aunque en el ámbito jurídico practico no se haya marcado ese distanciamiento, el cual resulta difícil de desterrar, debido a que en el fondo el instrumento técnico almacena información mediante la captación o grabación de la voz, sonidos e imágenes, o mediante signos o símbolos.

Según SANCHÍS CRESPO, los medios de grabación o de captación constituyen soportes físicos del sonido y de la imagen, mientras que los de almacenamiento de información se configuran en los denominados soportes informáticos, sin embargo, no debe de perderse de vista que estos últimos pueden ser igualmente soportes físicos de la imagen y el sonido, esto es así, debido a que las palabras, datos, cifras u operaciones matemáticas, en suma toda clase de signos o símbolos pueden reproducirse utilizando una película de cine, proyector, video, o una cinta magnetofónica¹⁹³.

4.2. Aproximación Conceptual sobre Medios Técnicos de Prueba

En la realidad social e inclusive en la práctica jurídica procesal, se tiende a confundir el medio de prueba con el vocablo prueba, -termino que deriva del

¹⁹³SANCHÍS CRESPO, Carolina, La Prueba por Soportes Informáticos, ob., cit., p. 66. Esta autora al analizar los preceptos de la LEC española 1/2000, considera que “el enfoque de tales instrumentos, enunciados ya en el artículo 299.2 de la LEC, se desdoblan en dos categorías: la del art. 382, de reproducción de palabras imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes (...), y la del art. 384, de los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso; de los cuales establece que parece claro que los primero serán los soportes físicos del sonido y de la imagen mientras que los segundos serán los soportes informáticos. Sin embargo, no debe perderse de vista que estos últimos pueden ser igualmente soportes físicos de la imagen y el sonido, mientras que las palabras, datos, cifras u operaciones matemáticas pueden reproducirse también utilizando una película de cine o video o una cinta magnetofónica, por poner un ejemplo”

latín probe-; asimismo, se menciona que en su acepción lógica, la prueba es la demostración o comprobación de la verdad de una proposición, cualquiera fuera su naturaleza¹⁹⁴, mediante instrumentos admitidos al proceso.

Sin menoscabo a estos planteamientos puede decirse que la prueba constituye el conjunto de motivos o razones, convalidados por los medios aportados, los cuales suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso¹⁹⁵.

De estos planteamientos se deduce que la doctrina y la concepción lógica ofrecen varios significados a la palabra “prueba”, confundiendo así, el medio de prueba, el cual constituye una figura diferente. Esta confusión, hace necesario el deslinde entre uno y otro concepto, es decir, el de establecer una concepción conceptual de medios de prueba.

El medio de prueba es el vehículo o elemento que antes del proceso es una fuente de datos, hechos u actos, el cual al ser ofrecidos como medios en un proceso constituye un instrumento que contiene datos empíricos relevantes para la comprobación de los hechos discutidos y que constituyen el objeto del litigio¹⁹⁶.

Los medios de prueba en general son definidos como “toda cosa, hecho o acto que sirve por si solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio¹⁹⁷”; otra parte de la doctrina concibe a los medios como los “elementos que en un sistema jurídico se consideran

¹⁹⁴**KIELMANOVICH, Jorge L.**, Teoría de la Prueba y Medios probatorios, AbeledoPerrot, S.A., s.e., Buenos Aires, Argentina 1996, p.15. El autor menciona lo relativo al vocablo prueba y su origen latín.

¹⁹⁵**ECHANDÍA, Hernando Devis**, Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, s.e., Buenos Aires, Argentina, 2000, pp.20 y 21. El autor sostiene que este es el punto de vista que goza de mayores partidarios y en su opinión es el único que representa una noción integral de la prueba.

¹⁹⁶**MENESES PACHECO, Claudio**, “Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil”, en Revista, p. 43. “La concepción racionalista o también denominada cognoscitiva de la prueba en juicio, sostiene que tanto fuentes como medios constituyen datos empíricos que sirven de sustento a la actividad probatoria y al resultado de esta. En este sentido ambos son elementos (personas y cosas) que suministran información sobre hechos”.

¹⁹⁷**COUTURE, Eduardo J.**, Vocabulario Jurídico. Con referencia especial al Derecho Procesal positivo vigente uruguayo, Editorial Depalma, Quinta edición, Buenos Aires, Argentina, 1993, pp. 490 y 491.

idóneos para producir la convicción de juzgador¹⁹⁸”. Estos medios se ejercitan mediante la actividad probatoria con el fin de conseguir un resultado esto es, lograr la convicción psicológica del Juez mediante los instrumentos que prevé la ley procesal¹⁹⁹. Establecido lo anterior, se hace necesario el abordaje de una aproximación conceptual de los medios de prueba tecnológica prescrita en los artículos 396 al 401 del CPCM, para ello, se debe tener en cuenta que:

- a) constituyen elementos culturales, producto de la inteligencia y de los avances de la ciencia que han invadido la esfera del derecho procesal y limitado derechos fundamentales²⁰⁰; y
- b) constituyen soportes físicos-informáticos, con capacidad representativa, que almacenan información y resultan fácilmente trasladables²⁰¹.

Estos supuestos constituyen elementos que deben adecuarse a la definición de medios de prueba en general y en argumento a ellos estructurar la definición de los medios de prueba tecnológicos, en este sentido los “medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información previstos en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, del CPCM pueden definirse de la siguiente manera:

¹⁹⁸ **PENAILILLO AREVALO, Daniel**, La Prueba en Materia Sustantiva Civil, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pp. 1-5.

¹⁹⁹ **ECHANDÍA, Hernando Devis**, Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, s.e., Buenos Aires, Argentina, 2000, pp.20 y 21. El autor sostiene que este es el punto de vista que goza de mayores partidarios y en su opinión es el único que representa una noción integral de la prueba.

²⁰⁰ **KIELMANOVICH, Jorge L.**, La Prueba en el Proceso Civil, cuestiones de derecho probatorio nacional y comparado, Editorial Abeledo- Perrot, s. e., Buenos Aires, Argentina, s. f., p. 13. para este autor “el extraordinario desarrollo científico y tecnológico de nuestros tiempos –vertiginosamente acelerado a partir de la Segunda Guerra Mundial- a la vez que ha significado un valiosísimo aporte para la ciencia y practica del derecho, se ha constituido indebida y sutilmente en una seria y cierta amenaza para la libertad y la dignidad de la persona (...) evidentemente el proceso civil no ha podido verse inmune a esta nueva circunstancia que ha venido igualmente a desdibujar los delicados limites que separan el procedimiento que es lícito como medio de asunción o adquisición de la prueba, del que no lo es”.

²⁰¹ **ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo**, La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000, Editorial La Ley, primera edición, Madrid, España, 2000, p. 176. Ormazábal, al abordar y realizar el análisis de los medios de prueba técnicos o tecnológicos, regulados en la en la LEC 2000 en su art. 299, realiza diferencias y semejanzas de estos medios con los tradicionales y al respecto afirma que “se trata de soportes con capacidad representativa e incluso, con mucha frecuencia, que contiene signos de escritura y resultan fácilmente trasladables de un lugar a otro”.

Son elementos, instrumentos y soportes físicos e informáticos, consecuentes a los avances de las ciencias tecnológicas, capaces de filmar, reproducir y almacenar hechos, actos, y datos, mediante la captación, grabación y almacenamiento de imágenes, sonidos, y símbolos, con los cuales so pena de idoneidad puede demostrarse la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio y la convicción de juzgador.

4.3. Conceptualización de los medios de Captación o Grabación

La aparición de los instrumentos o soportes actualmente contemplados en el artículo 396 del CPCM, constituye una consagración procesal moderna, pero esta disposición se configura como un tratamiento simplista, debido a que no ahonda en el estudio de la variedad de soportes que deben de considerarse en la genéricas expresiones empleadas en el artículo 396 del CPCM, sino que se limita a reconocer globalmente que existen y a aceptar expresamente su utilización

Estos medios de reproducción del sonido, voz e imagen, han tenido un auge, prodigiosamente rápido, irrumpiendo en el derecho de forma inesperada²⁰², sin que la doctrina y la praxis tuviesen previsto como albergar y contextualizar los tecnicismos electrónicos, informáticos y de ingeniería, que pueden involucrarse en las instancias procesales pre probatorias y probatorias plegadas de un legado de pruebas tradicionales²⁰³.

²⁰²En este sentido Vid. **SANCHÍS CRESPO, Carolina**, La Prueba por Soportes Informáticos, ob., cit., p. 16. "Las tecnologías de la imagen y del sonido, es decir, de su grabación, filmación y reproducción, permiten hoy día posibilidades insospechadas".

²⁰³**ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo**, La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, ob., cit., p. 165. Según este autor los legisladores occidentales del diecinueve, no pudieron tener en cuenta estas novedades al momento de elaborar los códigos procesales que irían viendo la luz a lo largo de la centuria. tales códigos consecuente mente se limitaron a recoger consecuentemente unos medios probatorios, concebidos para introducir en el proceso las fuentes de pruebas tradicionales o conocidas en dicho momento; en un sentido similar Vid. **MORELLO, Augusto M.** La Prueba, Tendencias Modernas, Editorial Abeledo- Perrot, Segunda edición, Buenos, Aires, Argentina, 2002, p. 169 y 170. Este autor Manifiesta que "el Derecho Procesal debe de alcanzar una posición más realista, flexible y funcional ante el nuevo paisaje del Derecho Societario,

Este argumento connota que la contextualización o definición de los medios de prueba tecnológicos de grabación o de captación del sonido e imagen constituye una condicionante para un correcto abordaje y desdoblamiento de medios que el legislador procesal consigno en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, del CPCM. Para esto debe tenerse en cuenta que las grabaciones son:

1. Fuentes tangibles, singulares y técnicas capaces de filmar imágenes y reproducir sonidos grabados, que se configuran como medios de prueba en la medida en que contenga datos empíricos discutidos en proceso.
2. Su encuadramiento procesal debe estar supeditado a su incorporación mediante el auxilio de otros medios de prueba tradicionales

Establecidos estos parámetros puede abordarse una aproximación conceptual de las grabaciones como medios de prueba, así:

Soportes físicos, técnicos y electrónicos²⁰⁴, de filmación o grabación, capaces de cumplir dos funciones: captar imágenes, sonidos y voces mediante la fijación de hechos y actos de la realidad, en soportes operativos internos, - software o memorias-, y la reproducción de las imágenes, sonidos y voces, con el objeto de ser introducidos al proceso sobre la base de una pretensión discutida, mediante el auxilio de otros medios²⁰⁵, como el reconocimiento judicial y la prueba pericial²⁰⁶.

superando las técnicas probatorias que tienen su eje en el soporte material del papel, los cuales han quedado desfasados. Son hechos determinantes que determinan esta evolución los siguientes: "la danza de las fusiones y traspasos, las ofertas públicas de acciones en un marco regulatorio in fieri y la venta de activos y descarte de pasivos con contenidos atípicos".

²⁰⁴**DÍAZ FUENTES, Antonio**, La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tratamiento y práctica, ob., cit., p. 351. Este autor critica, "que lo electrónico es el aparato y no la grabación, que no necesita electricidad para conservarse, aunque sí para implantarla y para reproducirla (...)"

²⁰⁵**ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo**, La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, ob., cit., p. 168. Ormazábal Sánchez, al analizar los medios técnicos o soportes regulados por la LEC considera que la diversos autores e incluso la jurisprudencia española más reciente ha sostenido que los instrumentos o soportes contemplados en el artículo 299.2 de la LEC son equiparables al documento o, al menos, que el cauce de la prueba documental es el más adecuado para la incorporación de este tipo de fuentes probatorias al proceso.

²⁰⁶**SANCHÍS CRESPO, Carolina**, La Prueba por Soportes Informáticos, ob., cit., pp. 47 y ss. Sanchís

El CPCM, enmarca estos medios de prueba dentro del cauce o procedimiento de los medios mediante el reconocimiento judicial y el pericial, así lo disponen los artículos 325, 399 in fine y 400 del CPCM.

4.4. Naturaleza Jurídica de las Grabaciones

Una de las novedades más reseñable en materia probatoria es lo dispuesto en el artículo 396 del CPCM, esto es así, debido a que se trata de la introducción de medios probatorios nuevos, que viene a situarse junto a los tradicionales medios probatorios -los documentos públicos y privados (arts.375-389, la declaración de parte (arts. 344-353), la prueba testifical (arts. 354-374), la prueba pericial (arts. 375-389), el reconocimiento judicial (arts. 390-395)-, lo que implica habilitar el derecho procesal a un nuevo cauce, procedimiento o actividad procesal encaminado a aportar certeza sobre los hechos controvertidos en el proceso.

La innovación legislativa introducida por este precepto supone convertir el ordenamiento procesal civil y mercantil en uno de los más avanzados de nuestra área cultural por lo que se refiere a la adecuación del Derecho a los progresos científicos experimentados en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información²⁰⁷.

Crespo, por el contrario considera que es preferible utilizar el cauce de los medios prueba por reconocimiento judicial, pericial, e inclusive argumenta que la incorporación de estos instrumentos o soportes precisan el utilizar el cauce de varios medios probatorios; en similares términos Vid. **DÍAZ FUENTES, Antonio**, La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tratamiento y práctica, ob., cit., p. 351. "Las aplicaciones y las base de confianza en estos medios dependen sobre todo de los resultados alcanzados o que lleguen a alcanzar las técnicas correspondientes, desde un estudio interdisciplinar y, acaso el acercamiento jurídico sea más propio desde el derecho privado que desde el procesal (...)"

²⁰⁷La mayoría de los códigos procesales, en efecto, no contienen previsión alguna sobre las nuevas tecnologías, aunque ciertamente el legislador de finales del siglo XX previno de alguna manera el avance de la técnica y de la ciencia, en ese sentido: Vid. **LEY PROCESAL DE FAMILIA, Art.51.-** "En el proceso de familia son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos. Por otra parte el **CÓDIGO DE COMERCIO, Art. 455.-** mediante la reforma del año 2000, estableció que: "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

Al introducir de esta disposición y las subsecuentes del Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, del CPCM, el legislador procesal no ha hecho otra cosa que reflejar y atender a una imponente evolución de la tecnología, singularmente en el ámbito de la información y de las telecomunicaciones, que está produciendo profundos efectos en numerosos ámbitos de la relaciones sociales y contractuales, especialmente relevantes para el derecho, debido a que las tecnologías de la imagen y del sonido, esto es, de su grabación, filmación y reproducción, conllevan una serie de deficiencias de admisibilidad, la cual, puede deducirse mediante la determinación de la naturaleza de esta clase de medios. En este contexto la doctrina de los sistemas Angloamericano o Europeo, sostienen, que, dos son las posiciones fundamentales se han mantenido en torno a la naturaleza de los nuevos medios probatorios o tecnológicos a saber:

De un lado, la que cabría calificar como teoría autónoma, en cuya virtud los nuevos medios o modernos medios tienen una naturaleza propia y diversa de las asignadas a los medios tradicionales; y, de otra parte, la que cabe calificar y así, es denominada un sector doctrinal como teoría analógica, en cuya virtud los nuevos medios, o modernos medios tienen una naturaleza equiparable o subsumible en las inherentes a los medios tradicionales²⁰⁸.

La segunda posición -la teoría analógica- ha sido fundamentada, en los medios clásicos y, como tales, perfectamente utilizables en el proceso²⁰⁹.

de microfilm, disco óptico o de cualquier otro medio, tendrán el mismo valor probatorio que los originales siempre que tales copias o reproducciones sean certificadas por Notario, previa confrontación con los originales...” De esto se deduce que la historia legislativa ha venido incursionando en la categorización de medios técnicos, reconociéndoles su eficacia en un contexto supletorio y hasta sustantivo, que en la actualidad y desde el 1 de julio de 2010, se robustecen por la entrada en vigencia del CPCM.

²⁰⁸Diferentes autores se han pronunciado sobre esta teoría o posición, entre estos: Vid. **ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo**, Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idoneos para Reproducir Imágenes y Sonidos a Archivar y Conocer Datos, ob., cit., p. 171; **NIEVA FENOLL, Jorge**, Prueba en Documentos Multimedia, de Instituciones del Nuevo proceso Civil, Vol. II, Editorial Economist y Jurist, s., e., s., l., i., 2000, p.461; **EGUIDAZU, Alemany**, “Prueba de la Autenticidad Electrónica con la LEC 2000”, en Diario La Ley, Tomo 2 y 3, España, abril de 2001.

²⁰⁹**GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M.**, “Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el

Particularmente, los soportes magnéticos o electrónicos fueron equiparados o subsumidos en el documento, lo que obligó a superar la concepción del mismo como un escrito en soporte papel para alcanzar la idea de la representación en cualquier soporte, pasándose, así, desde una tesis estricta a una amplia la cual se concibe como la tesis de la representación²¹⁰, mediante una interpretación extensiva del término documento.

La teoría analógica ha sido, evidentemente, la predominante seguramente porque era la única vía, o la vía menos conflictiva, para poder incorporar los avances científicos y tecnológicos al proceso. De estos planteamientos, se deduce, que el panorama para estos medios de prueba son extremos, debido a que ninguna posición connota con exactitud una postura que fundamente el por qué, estos medios de prueba no establecen un procedimiento propio o por el contrario no están inmersos dentro de los medios tradicionales. Esto conlleva, a fijar cual es la postura que el legislador procesal configuro o adopto en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, del CPCM, La legislación jurídico procesal -CPCM-, acoge una postura ecléctica o mixta sobre la naturaleza de esta clase de medios, esto se interpreta así, debido, a que, el legislador los configuro en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, artículos 396 al 401, y para su incorporación debe hacerse mediante el auxilio de medios tradicionales – inspección judicial y pericial-, esto último se deduce de interpretación

Proceso Civil”, ob., cit., p. 84.

²¹⁰**SERRA DOMINGUEZ, M.**, Voz “Prueba documental”, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, cit., por: **SANCHÍS CRESPO, Carolina**, La Prueba por Soportes Informáticos, ob., cit., pp. 61 y 62. Este autor de conformidad a la tesis de la representación, argumento que el documento constituye “todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, representación que puede obtenerse bien mediante el método tradicional de la escritura, bien mediante los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, las cintas de video, los discos de ordenador y cualesquiera otros similares”; en esa misma línea Vid. **MONTÓN REDONDO, A.**, Los Nuevos Medios de Prueba y la Posibilidad de su uso en el Proceso, s. Ed., s. e. Salamanca, 1977, p. 71. Quien considera que el documento, en ese sentido sería “aquel elemento consistente en un objeto material sobre el que se reproducen hechos o pensamientos bien por escrito, bien en forma de imágenes o sonidos, que es capaz de representar por sí mismo los datos que en él se contienen y que puede aportarse físicamente ante los jueces o tribunales”.

sistemática de los artículos 325, 396, 399 in fine y 400.

De este planteamiento puede sostenerse pacíficamente, que la reunión o agregación de aspectos concretos de diferentes medios probatorios, supone según ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, un “novum²¹¹”, es decir, una novedad, algo diferente de cada uno de los medios de prueba aisladamente considerados en un capítulo específico del Libro Segundo, Título Segundo, a partir de los cuales, se origina o emergen procedimientos de otros medios tradicionales, configurándose bajo estos argumentos un medios nuevo y diferenciado.

4.5. Proposición y Admisión Procesal de las Grabaciones

La actual ley jurídica procesal -CPCM-, prevé ciertos parámetros de control procesal, a los que deben sujetarse los medios de prueba modernos o tecnológicos, específicamente las grabaciones ofertadas como medios de prueba, al momento del análisis in límite en la proposición de los mismos en la demanda y en la admisión de los mismos en la audiencia preparatoria o del procedimiento abreviado.

Dichos controles pueden ser de dos tipos: procesales propiamente y sustantivos constitucionales, esto se debe a que los medios o instrumentos encuadrables en lo preceptuado en el artículo 396 del CPCM, presentan una variadísima gama o pluralidad de mecanismos técnicos, situación que conlleva a la limitante de establecer un régimen ad hoc para cada uno de los medios de avanzada vanguardia tecnológica.

Sobre dicho planteamiento ORMAZÁBAL, considera que “el desarrollo de la tecnología es tan rápido que siempre existiría el riesgo de que unos preceptos demasiado detallados quedasen en muy breve tiempo completamente

²¹¹ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, ob., cit., p. 170.

trasnochados²¹²”.

Este planteamiento deduce que el legislador procesal, considero tomar a bien someter las grabaciones a la remisión de los controles procesales y sustantivos a los preceptos relativos a los medios de prueba en general, los cuales, deben de observarse desde el momento de la admisión de la demanda (esto es el control inicial en el cual se observan los medios de prueba mediante los cuales se pretende comprobar la pretensión), y en la audiencia preparatoria (en esta etapa se someterán a control de pertinencia, utilidad, respeto de los derechos constitucionales y forma procesal los medios de prueba propuestos, con el objeto de ser admitidos).

4.5.1. Proposición de las Grabaciones del Artículo 396 del CPCM

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 276 y 317 del CPCM, se deduce, que, la forma de proceder para la proposición de las grabaciones, se debe realizar en dos momentos procesales, en la interposición de la demanda²¹³, la cual es la etapa procesal donde se deben ofertarse los medios en los que consten los hechos o actos en los que se fundamenta la pretensión, y en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado²¹⁴, debido a que es la etapa donde se deben incorporar los elementos materiales, para el conocimiento del contenido por parte del juzgador y la parte contraria.

En ambas etapas procesales, por regla general deben de singularizarse los

²¹²Ibidem, p. 176.

²¹³**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 276.-** “Todo proceso judicial principiará por demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión. La demanda debe contener: (...) 9° El ofrecimiento y determinación de la prueba. (...)”.

²¹⁴**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 317.-** “La prueba deberá ser propuesta por las partes en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado, salvo casos expresamente exceptuados en este código. La proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido”.

medios, con la debida especificación de su contenido²¹⁵, con el objeto de establecer la pertinencia y utilidad de los mismos. Este parámetro obedece a que los medios de prueba pueden ser tan variados que el legislador opto por establecer en diferentes preceptos limitantes al derecho de libertad probatoria los cuales serán admitidos siempre y cuando no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros²¹⁶.

En el caso de comprobar los hechos mediante grabaciones de la voz o sonido e imagen propuestas como medios de prueba ad initio, esto es, al momento de interposición de la demanda, se debe estar sujeto a lo dispuesto en el artículo 274 en relación al 317, es decir, estos medios solo deben ser ofertados, para ser introducidos o propuestos físicamente en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado, para ello, el demandante está obligado de conformidad al artículo 399 inciso 1° del CPCM, a remitir al tribunal y a la parte contraria copia de los materiales cuya utilización solicita²¹⁷.

La excepción a esta obligación está supeditada a dos presupuestos a saber:

- a) Que le resulte excesivamente gravoso o;
- b) No se encontrare a su disposición.

²¹⁵En este sentido Vid. **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 317.-** “La prueba deberá ser propuesta por las partes en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado, salvo casos expresamente exceptuados en este código. La proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido. El Juez evaluará las solicitudes de las partes, declarará cuáles pruebas son admitidas y rechazará las que resulten manifiestamente impertinentes o inútiles. La decisión del juez no será recurrible, y las partes podrán solicitar que se haga constar en acta su disconformidad, a efecto de interponer recurso contra la sentencia definitiva”.

²¹⁶Vid. **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 330.-** “La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código. Los medios no previstos por la ley 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”.

²¹⁷Vid. **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 399.-** “La parte que pretendiere utilizar este medio de prueba deberá remitir al tribunal y a la parte contraria copia de los materiales cuya utilización solicita, salvo que ello resultare excesivamente gravoso o no se encontrare a su disposición. En este caso, el juez ordenará su exhibición y aportación al proceso”.

En cuanto a la primer excepción, el legislador no aclara a que se refiere con el termino gravoso o su equivalente -grave o prejuicio- al que hace alusión, en el artículo 399 inciso 1° del CPCM, en consecuencia puede argumentarse, y es válido, que las grabaciones pueden afectar derechos fundamentales como el honor, la imagen y la dignidad, en consecuencia se deduce que el legislador procesal considero implícitos estos derechos fundamentales en la proposición de estos medios de prueba, y por ende lo catalogo como parámetro discrecional excepcional, debido a que le causa agravio a uno de estos derechos fundamentales a quien lo alega.

El segundo supuesto, hace alusión a las grabaciones que estén en manos de la parte contraria, o de terceros, que hacen imposible el traslado por el proponente, y limitan la obligación prescrita en el artículo 399 inciso 1°.

En ambos supuestos el legislador, tomo a bien prescribir en los artículos 398 y 399 inciso 1° y 3°, en la parte final de cada inciso que el proponente tiene la obligación de “indicar el lugar donde el material se encuentra para que el juez lo requiera o se apersona a dicho lugar.

Dicho requerimiento, será de conformidad con el artículo 399 inciso 1° in fine con el objeto de que los mismos sean exhibidos y aportados al proceso²¹⁸. Este imperativo debería agregar -so pena de imputabilidad penal-, en caso de incumplimiento de la orden judicial. En el caso de que no fuera posible el traslado del soporte técnico, donde conste la captación o el medio que permita evidenciar su contenido, esto es, que permita reproducir los hechos o actos captados, para comprobar la pretensión aludida, se estará a lo dispuesto en el artículo 399 inciso 3° del CPCM, es decir se realizara mediante el traslado del juzgador y las partes al lugar respectivo, donde los

²¹⁸Vid. **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 399 inc 1° in fine.**- “(...) En este caso, el juez ordenará su exhibición y aportación al proceso”.

mismos se encuentran²¹⁹; dicho traslado podrá realizarlo y ejecutarlo de manera directa o indirecta²²⁰.

4.5.2. Admisibilidad de las Grabaciones del Artículo 396 del CPCM

Los soportes de captación o grabación regulados en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, artículos 396 del CPCM, como parte del catálogo de medios de prueba, para su admisibilidad, se sujetan a su referencia directa o indirecta con el objeto del proceso, esto es con los hechos controvertidos, con la idoneidad y respeto de los derechos fundamentales y formas procesales.

4.5.2.1. Pertinencia y Utilidad

La pertinencia y la utilidad de las grabaciones con los hechos objeto del litigio, configuran controles jurídicos procesales, imprescindibles e explícitos en el artículo 325 inciso 2° del CPCM²²¹, para esta clase de medios, los cuales, configuran imperativos, que deben observar las partes y el juzgador²²². Estos presupuestos se encuentran prescritos en los artículos 318²²³, y 319²²⁴ del

²¹⁹Vid. **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 399 inc 3°**.- “Para este efecto, la parte deberá poner a disposición el soporte técnico donde conste y el medio que permita evidenciar su contenido. Si no fuere posible el traslado del instrumento donde la información se encuentre almacenada, el juez y las partes se trasladarán al lugar respectivo”.

²²⁰El traslado directo o indirecto a la que se hace alusión está referido a la inspección judicial que enmarca el artículo 399 inc 3° parte final el cual debe de relacionarse sistemáticamente con el principio de intermediación regulado en el artículo 10 del CPCM, en este sentido Vid. **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 10**.- “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”.

²²¹**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 325 inc 2°** “La parte deberá acreditar previamente su pertinencia con el hecho controvertido, así como su suficiencia para apoyar el hecho que se busca probar.”

²²²**SALA DE LO CIVIL**, Sentencia Definitiva Referencia 91-AP-2007, del 05/06/2008. La Sala de los civil considera que el examen sobre la pertinencia y utilidad de la prueba debe de contemplar los siguientes elementos: “que la prueba guarde relación con la litis u objeto del proceso; tiene que ser contundente, esto significa que es el medio de prueba adecuado para verificar la afirmación del hecho; y tiene que ser referida no tanto al medio de prueba en si mismo considerado y entendido como actividad, sino al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las parte en su momento”.

²²³**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 318**.- “No deberá admitirse ninguna prueba que no

CPCM, los cuales constituyen parámetros de referencia directa o indirecta de los hechos objeto del litigio y tema de prueba.

4.5.2.2. Licitud de la Prueba

Para MONTERO AROCA, la licitud de la prueba en el proceso civil está referida a la ausencia de ilegalidad en la confección u obtención de la fuente de prueba o del medio probatorio que se propone²²⁵, el cual constituye presupuesto probatorio imprescindible en la legislación procesal salvadoreña -CPCM-, que se configura como parámetro de control para la admisibilidad de esta clase de medios; esto se encuentra preceptuado en el artículo 316 del CPCM²²⁶.

Disposición que establece dos sub-presupuestos, a considerar para considerar los medios de prueba propuestos como lícitos:

1. El respecto de los derechos constitucionales, esto es, los derechos fundamentales sustantivos y procesales derivados del principio de juicio previo o debido proceso, establecido en el artículo 11 de la Cn²²⁷.

guarde relación con el objeto de la misma”.

²²⁴**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 319.-** “No deberá admitirse aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables, no sea idónea o resulte superflua para comprobar los hechos controvertidos”.

²²⁵**MONTERO AROCA, J.,** La Prueba en el Proceso Civil, Editorial Civitas, Quinta edición, Madrid, España, 2007, p. 173. Para este autor “la licitud de la prueba se refiere (...) normalmente a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir el proceso por medio de la prueba, y así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho con esa fuente, cabe que luego la use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios, con el fin de intentar conformar la convicción judicial o para fijar un hecho”.

²²⁶**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 316.-** “Las fuentes de prueba deberán obtenerse de forma lícita, quedando expedita a las partes la posibilidad de denunciar su origen u obtención cuando sean contrario a la ley. Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no serán apreciadas por el Juez al fallar, y en este caso deberá expresar en qué consiste la violación. La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente. Sin embargo, la fuente de prueba podrá ser utilizada siempre que su aportación se hubiera realizado conforme a las normas legales.”

²²⁷**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Art. 11.** “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.”; en este mismo sentido **ESCRIBANO MORA, Fernando,** La Prueba en El Proceso Civil, ob., cit., p. 5. De acuerdo a este autor el derecho al debido proceso, es denominado además como “derecho o garantía de audiencia regulado en el artículo 11”, pero como lo ha resaltado la doctrina, este derecho de audiencia es el mismo que con otras denominaciones se recoge en otros ordenamientos

2. El cumplimiento de la formalidades jurídico procesales para la práctica de establecida para cada medio de prueba, esto es, prohibición de la práctica de los medios probatorios de forma contraria a la ley.

4.5.2.2.1. Grabaciones Ilícitas

El respecto de los derechos constitucionales, al que hace referencia el artículo 316 inciso 2° del CPCM, son los derechos inherentes a todo ser humano implícitos o explícitos en la norma constitucional, esta interpretación se deduce del tenor de dicho inciso, que literalmente prescribe:

“Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no serán apreciadas por el Juez al fallar, y en este caso deberá expresar en qué consiste la violación.” Esto permite deducir que el legislador opto por proteger los derechos fundamentales, so pena de exclusión para su valoración en caso de vulneración de los mismos, por haber sido obtenida de forma prohibida o ilícita²²⁸.

El planteamiento anterior connota que el Determinar qué clase de ilicitud, constitucional, es la que se considera producida por la parte afectada resulta relevante para saber si la fuente o medio de prueba va a ser admisible o no en el proceso, porque de conformidad con el artículo 316 inciso 2° del CPCM

jurídicos

²²⁸sobre la exclusión de las pruebas derivadas de otras pruebas constitucionalmente ilícitas Vid. **GARBERÍ LLOBREGAT, J.**, Los procesos civiles, Tomo II, Editorial Bosch, segunda edición, Barcelona, España, 2010, pp. 1172 y 1173. Para este autor hablar de prueba prohibida o ilícita en sentido estricto es referirse sólo a la prueba obtenida, directa o indirectamente, vulnerando derechos fundamentales; sobre los orígenes de la ilicitud de la concepción de ilicitud de prueba Vid. **FEDERAL RULES OF EVIDENCE DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA, REGLA 402.**En cuanto a sus orígenes, la ineficacia de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales tiene clara inspiración en la denominada exclusionary rule, aplicada en los Estados Unidos de América. Se trata de una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las fuentes de prueba (evidence) obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado.

los resultados de la prueba prohibida no podrán ser utilizados por el tribunal para alcanzar su convencimiento sobre los hechos acaecidos o fijarlos en la sentencia, para MONTERO AROCA, la no utilización de los medios con vulneración a derechos constitucionales constituye “una prohibición positiva que hace inadmisibles las fuentes o medios de prueba así obtenidos.”²²⁹ Entre los derechos fundamentales sustantivos que pueden afectarse, con la utilización de soportes capaces de grabar y reproducir imágenes, sonidos y voces, se tiene el derecho al honor, la imagen y la dignidad, los cuales constituyen derechos fundamentales reconocidos en el artículo 2 de la Cn²³⁰.

En esa situación las grabaciones subrepticias, o sin el consentimiento de la parte captada, se configuran como parámetro de control, cuando única y exclusivamente afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros²³¹, esto es, los derechos fundamentales supra señalados, en ese margen de ideas debe tenerse claro que la consecución de una grabación, oculta o sin la aprobación del captado en su voz o imagen, que no atañe el honor, intimidad e imagen, no constituye parámetro para considerarla como ilícita, en la medida en que esta haya sido obtenida por el pretensor.

4.5.2.2.2. Grabaciones Irregulares

La diversidad de soportes de captación o de grabación como parte de los avances tecnológicos desarrollados durante el siglo XXI, y que en encuentran regulación específica en el artículo 396 del CPCM, advierte deficiencias, en cuanto a la seguridad, fiabilidad o manipulabilidad, por ello, el legislador

²²⁹ MONTERO AROCA, J., La Prueba en el Proceso Civil, ob., cit., p. 273

²³⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Art. 2.- “(...) Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

²³¹ Vjd. CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 330. “(...) Los medios no previstos por la ley 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”.

procesal con el objeto de superar deficiencias estableció en el CPCM procedimientos que acrediten y autenticen el material o soporte sonoro o visual, debido a que ésta clase de medios se configuran como fuentes preconstituidas, que necesitan, para su admisibilidad acreditación especial, mediante el examen del juzgador o la aplicación de conocimientos especiales para el análisis de ésta clase de medios. En este contexto se infiere que la inobservancia de las formalidades jurídico procesales antes citadas, para la validar las grabaciones, constituyen presupuestos jurídico procesales que deben observarse y aplicarse para su admisibilidad; dicho parámetro se encuentra prescrito en el artículo 316 inciso 3° del CPCM, el cual, establece:

“La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente. Sin embargo, la fuente de prueba podrá ser utilizada siempre que su aportación se hubiera realizado conforme a las normas legales.” El planteamiento anterior implica que los instrumentos de captación o de grabación, como fuentes de prueba ofertadas como medios de prueba deben observar para la introducción al proceso lo dispuesto en los artículos 276, 317, 325, 398, 399 y 400 del CPCM²³². Los procedimientos prescrito en los artículos 399 y 400 del CPCM, se configuran con la finalidad de establecer la existencia, legitimidad, autenticidad e integridad del contenido de las fuentes de captación o grabación ofertadas como medios de prueba.

²³²El artículo 398 del CPCM, establece que para la proposición de los medios de grabación como los del sonido-voz e imagen deberá realizarse de conformidad a lo dispuesto al CPCM, siendo esta una cláusula de remisión para aplicar o de aplicación supletoria que conlleva a aplicar lo referente a la demanda, prescrito en el artículo 276 ordinal 9° del CPCM, para ofertarla y determinarla, singularizando el medio y su contenido de conformidad al artículo 317 del CPCM, practicándose la misma mediante inspección judicial que establece el artículo 399 o auxilio pericial que regula el artículo 400, ambos del CPCM, y su incorporación se realizara mediante testimonio de conformidad al artículo 325 del CPCM. La consecuencia jurídica procesal que conlleva la realización práctica de los medios de Captación o grabación, sin la observancia de los procedimientos prescritos en los artículos 399 y 400 del CPCM, conlleva a la nulidad de medio técnico de captación ofertado.

4.6. Procedimiento Probatorio para la Admisión de las Grabaciones

En cuanto al procedimiento probatorio establecido para las grabaciones o soportes de almacenamiento, el legislador optó por incluir en el mismo, a los medios de almacenamiento de datos.

A pesar de compartir ambos medios de prueba, el mismo procedimiento, destaca que el legislador estableció reglas específicas que permiten distinguir a los medios modernos y técnicos, de los medios tradicionales, esto es, con el fin de cuidar y fijar las reglas mediante las cuales el juzgador visionará, oírás o comprobará los resultados que el proponente desee, sin perjuicio del derecho de contradicción de la otra parte.

La introducción de los medios de reproducción de las palabras, imágenes y sonidos captados, mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, implica la interpretación sistemática de diversos preceptos, que tienen como, común denominador, lo preceptuado en el artículo 398 del CPCM, precepto que se constituye en una cláusula de remisión a los artículos 276, 317, 325, del CPCM. En lo preceptuado en estas disposiciones, se establece que se debe singularizar y especificar el contenido²³³, de los medios de reproducción de las palabras, imágenes y sonidos captados, mediante instrumentos de filmación y grabación, para ser propuestos en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado²³⁴ e incorporarse mediante testimonio en la audiencia probatoria²³⁵; dichas disposiciones no establecen la posibilidad de especificar y singularizar los medios en la demanda, supuesto que tampoco es prohibido, por consiguiente

²³³ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 317 inc. 2°.** "(...) La proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido".

²³⁴ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 317 inc. 1°.** "La prueba deberá ser propuesta por las partes en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado, salvo casos expresamente exceptuados en este código."

²³⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 325 inc. 1°.** "Las partes, mediante testimonio, incorporarán a la audiencia probatoria los objetos, substancias, fotografías, vídeos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información, así como cualquier otra prueba material o tangible que puedan aportar elementos de prueba; y también instrumentos u otros documentos, salvo cuando éstos deban acompañar la demanda o la contestación de la misma."

y en aplicación al principio de defensa y contradicción, se infiere que las partes pueden acompañar a la demanda:

1. La transcripción escrita de las palabras o sonidos contenidas en el soporte que se trate y que resulten relevantes para el caso;
2. Las imágenes en formato impreso captadas mediante soportes de filmación; y
3. En caso de que sea imposible la aportación de estos, porque el proponente no cuente con el mismo, se debe de establecer en la demanda el lugar, ubicación o posesión de los mismos, esto es con el objeto de que el juzgador lo requiera o se apersona al lugar, así como lo establecen los artículos 398 in fine y 399 inciso 3° del CPCM.

4.6.1. Reconocimiento Judicial en los Medios de Reproducción o Grabación

El reconocimiento judicial que regula el artículo 399 inciso 3° in fine del CPCM, constituye un medio tradicional mediante el cual el legislador procesal, concibió que se deberían acreditar las fuentes de reproducción de las palabras, imágenes y sonidos captados, mediante instrumentos de filmación y grabación, las cuales se ofrezcan como medios de prueba. Este medio regulado y permitido para los medios modernos o tecnológicos tiene la finalidad de que el juzgador adquiera un contáctalo directo con los sentidos, y le permita conocer sobre hechos²³⁶, personas o lugares captados mediante grabaciones lo que le permitirá fundamentar su decisión²³⁷.

²³⁶**SALA DE LO CIVIL**, Sentencia Definitiva, Referencia 1671- 2003, del 06/11/2003. Expresa que “La prueba por inspección es el único medio que sitúa al Juez en contacto directo con los hechos afirmados por las partes. Lo fundamental en este medio de prueba es el convencimiento que adquiere el juzgador de la relación entre las afirmaciones de las partes y la realidad, de donde resulta que el Juez puede inclusive desconocer lo dictaminado por los peritos, porque lo decisivo es la convicción que él obtiene sobre una determinada afirmación”. De aquí el carácter de prueba directa que se le atribuye al Reconocimiento Judicial o Inspección Personal.

²³⁷**SALA DE LO CIVIL**, Sentencia Definitiva, Referencia 181- 2003 del 11/ 11/ 2003. Respecto al

El reconocimiento judicial que regula el artículo 399 inciso 3° in fine del CPCM, constituye uno de los medios tradicionales que el legislador estableció para legitimar los instrumentos de captación o grabación, el cual se aplica en dos supuestos a saber:

1. cuando el medio sea imposible su traslado o reproducción en la sede judicial; o
2. cuando el soporte físico con capacidad de grabar o reproducir, se encuentre fuera de la circunscripción territorial²³⁸.

En ambos supuestos, el reconocimiento debe de hacerse en presencia de todas las partes²³⁹, esto se debe a que cada una de las partes tiene derecho a defenderse y a conocer los medios de prueba ofertados en el proceso y sobre los cuales recae el reconocimiento judicial.

Por otro lado, se debe de señalar que el reconocimiento judicial puede practicarse simultáneamente con la prueba pericial y la prueba testifical si el juez lo considera conveniente o necesario, esto se infiere de lo estipulado en los artículos 400, 325 del CPCM, para ello el juzgador deberá citar a los

Reconocimiento Judicial, la Sala ha considerado que “lo fundamental es el convencimiento psicológico que adquiere el Juez, de las afirmaciones y negaciones de las partes y de la realidad que tiene ante sus sentidos, y su innegable influencia en la resolución, aún contra prueba de carácter pericial, razón por la cual en muchas ocasiones, la inspección judicial se convierte en reina de las pruebas, en la medida en que el convencimiento del juzgador, sobre una afirmación, depende de su propia convicción”.

²³⁸Este supuesto, tiene su fundamento en el principio de intermediación regulado en el artículo 10 del CPCM, el cual se relaciona con el artículo 393 del mismo código, el cual constituye una flexibilización de la norma, debido a que la regla general es que el reconocimiento de personas y objetos se realice en la audiencia respectiva y dentro de la sede del juzgado.

²³⁹**KIELMANOVICH, Jorge L.** Teoría de la prueba y medios probatorios, Editorial Rubinzal- Culzoni, Segunda edición, Buenos Aires, Argentina. 2001, p. 628. Este autor considera que la intervención de las partes en el desarrollo del reconocimiento judicial, está comprendido dentro de las Garantías del Debido Proceso que enmarca al principio de contradicción y defensa de las partes, asimismo el de publicidad, pues ambas partes tienen el Derecho de conocer las pruebas aportadas al proceso y de rebatirlas, esta noción lo indica así: “se trata de asegurar, antes de que la medida tenga lugar, la debida intervención de los litigantes, en íntima relación con los principios de publicidad y contradicción en la prueba”. en el mismo sentido Vid. **SALA DE LO CIVIL**, Sentencia Definitiva Referencia 1730- 2004, del 30/04/2004. Esta sentencia indica que “para que pueda existir igualdad de condiciones y de oportunidades procesales a las partes, es necesario que sea ante el Juez del proceso, ante quién se viertan las pruebas, a fin de que éstas puedan ser controvertidas por aquéllos; y sobre todo, para que no se rompa el principio de intermediación de la prueba”.

peritos y a los testigos para que comparezcan el día y hora señalados para la diligencia; esta simultaneidad de medios tradicionales para la acreditación de un medio moderno tiene como fin robustecer la fe pública judicial mediante conocimientos especializados²⁴⁰.

4.6.2. El Auxilio Pericial en los Medios de Reproducción o Grabación

Otro de los medios tradicionales que el legislador procesal reconoció para legitimar y validar el contenido de las grabaciones del sonido voz e imagen, es el medio de prueba pericial, el cual se encuentra regulado en el artículo 400 del CPCM²⁴¹.

Este medio de prueba la doctrina lo concibe como “aquella que aporta al proceso, mediante el dictamen pericial, conocimiento científicos, artísticos, técnicos o prácticos que permiten al Juez valorar la existencia de hechos, la manera de ser de éstos, o que le permite conocer el contenido o sentido de otras pruebas practicadas en el juicio²⁴²”.

El auxilio de un perito en los medios de reproducción del sonido, voz e imagen, que prescribe el artículo 400 del CPCM, está orientado, al análisis

²⁴⁰**SALA DE LO CIVIL**, Sentencia Definitiva, Referencia 130- C- 2005, del 05/12/2005. Explica que la comparecencia de peritos en el desarrollo de la inspección no resulta vinculante para el juez al momento de la valoración, y no tiene la obligación de tomar en cuenta el dictamen pericial. “Para la realización de la inspección, la ley le otorga al juzgador, la facultad de acompañarse de peritos con el fin de esclarecer algún punto que requiera conocimiento técnico, sin que ello constituya un elemento condicionante del dictamen, ya que como lo dispone el artículo 370 inc. 2° del CPCM, el dictamen de los peritos no debe apreciarse si es contrario a la estimación del juez. En tal sentido, tratándose de una prueba por inspección y no de una pericial, si el juzgador se hizo acompañar de un solo perito, en nada afecta el valor probatoria de la inspección realizada, ya que como la misma ley lo establece, el involucrar peritos en dicha prueba es opcional y no condicionante de dicha prueba

²⁴¹**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 400.-** “Si para poner en práctica la grabación o duplicación se requiriese, además, de conocimiento especializado, el juez podrá designar un perito para ese solo efecto. Se aplicará lo mismo en caso de información almacenada. Las partes, de considerarlo necesario, podrán solicitar al juez la designación de un perito, a costa de quien lo propone. En cualquiera de los dos casos, el dictamen deberá rendirse en la misma audiencia y de viva voz; y tanto el juez como las partes podrán hacer las preguntas que estimen oportunas, cuando algún punto no hubiera quedado claro.”

²⁴²**CORTÉS DOMINGUÉZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor**, Derecho Procesal Civil, parte general, op.cit. p.249. En la obra se menciona que el perito es una persona que aporta al proceso conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos a fin de que el Juez pueda apreciar con ellos los hechos objeto de debate.

del contenido sobre la base de los hechos controvertidos que requieran ciertos conocimientos especiales o alguna técnica especializada²⁴³.

De esto, se deduce que la aplicación de conocimientos especializados, en las grabaciones captadas mediante soportes técnicos tiene por objeto el estudio de los registros sonoros y los dispositivos de almacenamiento, grabación, transmisión, y reproducción, los cuales se consignan en un dictamen pericial, con el fin de introducir el contenido resultante de dicho estudio, mediante prueba testimonial, en la audiencia probatoria o en la audiencia única del proceso abreviado²⁴⁴.

El presupuesto jurídico procesal para la aplicación de conocimientos especializados en los medios de captación o grabación lo constituye la imposibilidad para el juzgador el poner en práctica el soporte físico de grabación o reproducción²⁴⁵, esto podría ser por desconocimiento del funcionamiento de la avanzada técnica que evoluciona a cada instante o por la ambigüedad o desfase del instrumento.

Las razones anteriormente expuestas, no son aclaradas por el legislador, pero se infiere que esas podrían ser razones válidas, mediante las cuales, el juzgador no podría poner en práctica por sus propios conocimientos los medios o soportes físicos, capaces de grabar o reproducir los hechos alegados, y que constituyen la fuente mediante la cual pretenden probar su pretensión, solo se limita a establecer en el artículo 400 inciso 1° y 2°, que podrá solicitarse de

²⁴³**CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 375.-** "Si la apreciación de algún hecho controvertido en el proceso requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, las partes podrán proponer la práctica de prueba pericial. Todo perito deberá manifestar en su dictamen la promesa o juramento de decir verdad, así como el hecho de que ha actuado y actuará con objetividad.". En esta disposición legal se regula los motivos por los cuales se admite este medio de prueba.

²⁴⁴En este sentido Vid. **CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 325 inc. 1°.** "Las partes, mediante testimonio, incorporarán a la audiencia probatoria los objetos, substancias, fotografías, vídeos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información, así como cualquier otra prueba material o tangible que puedan aportar elementos de prueba; y también instrumentos u otros documentos, salvo cuando éstos deban acompañar la demanda o la contestación de la misma."

²⁴⁵Así lo estableció el legislador procesal, Vid. **CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 400 inc. 1°.** "Si para poner en práctica la grabación o duplicación se requiriese, además, de conocimiento especializado, el juez podrá designar un perito para ese solo efecto."

oficio la práctica de conocimientos especializados²⁴⁶, o a petición de las parte, si lo consideran necesario²⁴⁷.

4.7. Valoración Probatoria

La valoración es el juicio de aceptabilidad o de veracidad de los resultados probatorios (las hipótesis), que constituye el núcleo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que se deduce a partir de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, que recaen o circundan en las afirmaciones o negaciones que configuran en los hechos controvertidos.

El sistema jurídico procesal, al admitir como núcleo fundamental una fase probatoria, exige la aplicación de reglas de interpretación racionales, para valorar toda fuente que haya sido admitida como medio de prueba²⁴⁸.

4.8. Sistemas de Valoración en el CPCM

El Código Procesal Civil sigue la doctrina moderna en materia de valoración de la prueba de la valoración razonada o libre valoración o sana crítica, y excepcionalmente continua con resabios de valoración tasada para los medios de prueba documental²⁴⁹.

²⁴⁶**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 400 inc. 1°.** “Si para poner en práctica la grabación o duplicación se requiriese, además, de conocimiento especializado, el juez podrá designar un perito para ese solo efecto.”

²⁴⁷**CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Art. 400 inc. 2°.** “Las partes, de considerarlo necesario, podrán solicitar al juez la designación de un perito, a costa de quien lo propone.”

²⁴⁸En este sentido Vid. **OBANDO BLANCO, Víctor Roberto**, “La Valoración de la Prueba, Basada en la Lógica, La Sana Crítica, La Experiencia y el Proceso Civil”, en **BRAVO RUSSO, José Luis** (Director), Jurídica, suplemento de análisis legal, Publicado por El Peruano, s., e., Perú, Febrero de 2013, p. 2. “El sistema jurídico, por medio del denominado “derecho a la prueba”, exige la aplicación de reglas de la epistemología o la racionalidad generales para la valoración de la prueba. La valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las reglas de la lógica, de la sana crítica, de la experiencia.”

²⁴⁹**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, SOBRE EL**

La legislación salvadoreña ha reconocido dos sistemas de valoración un sistema de libre valoración y un sistema de prueba legal o tasada, en el artículo 416 del CPCM²⁵⁰. En los primeros se somete a las reglas de la sana crítica, esto es a pautas o reglas de la experiencia, de la lógica, y de la psicología del juzgador; en los segundos se atribuye a la prueba un efecto determinado, es decir la ley establece el valor²⁵¹.

La doctrina concibe que la libre valoración de la prueba no significa que el juez pueda apreciar a su discreción o arbitrio los medios de prueba, sino que deberá efectuarlo y siguiendo las palabras de SEOANE SPIELGEBERG, “conforme a principios o pautas seguros de enjuiciamiento de acciones, conductas y hechos de relevancia procesal, depurándolos conforme a las máximas de experiencia²⁵²”. TARUFFO, concibe que la sana crítica constituye la libre valoración de la prueba, debido a que consiste en valorar la prueba caso a caso, siguiendo criterios no establecidos en las normas, debido a que dependen de la discreción y flexibilidad de la razón del juzgador²⁵³. Al margen

CAPÍTULO SEXTO, ALEGATOS FINALES Y SENTENCIA. “Se establecen en este capítulo las presunciones legales y judiciales así como la regla de que las pruebas se valoraran en conjunto conforme a la sana crítica, quedando como resto de la prueba tasada lo que se refiere a la prueba documental.”

²⁵⁰**CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, 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.”

²⁵¹**SEOANE SPIELGEBERG, J. L.,** La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones, Editorial Aranzadi, segunda edición, Navarra, 2007, p.374. Seoane Spielgeberg, afirma que en un sistema de prueba tasada “es la Ley la que, con independencia del convencimiento del Juez, le señala la forma como ha de valorar las pruebas, imponiendo el criterio legal, fundado en razones de seguridad jurídica o máximas de experiencia comunes o generales”. En el mismo sentido Vid. **TARUFFO, M.,** La prueba de los hechos (traducción Jordi Ferrer Beltrán), Editorial Trotta, s., e., Madrid, España, 2002, p.387. Apunta Taruffo, que la prueba legal consiste “en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba”

²⁵²**SEOANE SPIELGEBERG, J. L.,** La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones, ob., cit., p. 376

²⁵³**TARUFFO, M.,** La prueba de los hechos (traducción Jordi Ferrer Beltrán), ob., cit., p.387. para este autor la libre valoración “presupone la ausencia de aquellas reglas [las que predeterminan el valor de la prueba] e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón”

de los argumentos anteriores, es viable inferir que el sistema de sana crítica es un proceso racional en el que el juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas aportadas y admitidas en el proceso, esto es, parte de la libertad del juzgador a través de cauces de racionalidad que se justifican mediante el método analítico que se configura en el estudio de la prueba individualmente y después la relaciona en su conjunto.

4.9. Sistema de valoración para los medios de Captación o Grabación

El legislador procesal, opto al momento de creación de la norma por incorporar a los medios técnicos, tecnológicos y hasta modernos como novedad en materia probatoria, instaurándolos como parte del catálogo de medios de prueba en Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, artículos 396 al 401.

La incorporación de este nuevo catálogo de medios de prueba es dualista, por un lado se tienen los medios de captación y reproducción del sonido voz e imagen y por el otro los medios de almacenamiento de datos y símbolos; ambos medios comparten procedimientos análogos de otros medios para su incorporación y admisión en el proceso.

Al margen de este planteamiento, resulta Imprescindible el análisis del sistema de valoración probatoria para los medios de captación o grabación y reproducción de imágenes y sonidos-voz, debido a que en el fondo se está en presencia de un medio autónomo desde el punto de vista de su regulación y análogo porque utiliza procedimientos de otros medios de prueba para su incorporación y admisión²⁵⁴.

²⁵⁴Este planteamiento es denominado un sector doctrinal como teoría analógica, en cuya virtud los nuevos medios, o modernos medios tienen una naturaleza equiparable o subsumible en las inherentes a los medios tradicionales, en sentido Vid. **ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo**, Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idoneos para Reproducir Imágenes y Sonidos a Archivar y Conocer Datos, ob.,

El legislador procesal fue cuidadoso en no catalogar o clasificar esta clase de medios dentro de categorías de medios tradicionales, como el prueba documental, debido a que este medio se rige por un sistema tasado, empero, los configuro en su regulación como parte del catálogo de medios de prueba con regulación específica²⁵⁵, al margen del auxilio discrecional de medios tradicionales como el de reconocimiento judicial y el de prueba pericial.

El planteamiento anterior, permite deducir que los medios de captación o grabación y reproducción de imágenes y sonidos-voz, para su valoración se rigen conforme a las reglas de la sana critica, debido a que no se configura como parte de la prueba documental a la que hace referencia el artículo 416 inciso 2° del CPCM.

cit., p. 171; **NIEVA FENOLL, Jorge**, Prueba en Documentos Multimedia, de Instituciones del Nuevo proceso Civil, Vol. II, Editorial Economist y Jurist, s., e., s., l., i., 2000, p.461; **EGUIDAZU, Alemany**, "Prueba de la Autenticidad Electrónica con la LEC 2000", en Diario La Ley, Tomo 2 y 3, España, abril de 2001.

²⁵⁵En este sentido Vid. **ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo**, La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, ob., cit., p. 170. La agregación de aspectos concretos de diferentes medios probatorios, supone según Ormazábal Sánchez, un "novum", es decir, una novedad, algo diferente de cada uno de los medios de prueba aisladamente considerados en un capítulo específico, lo que supone un nuevo medio y diferenciado.

CONCLUSIONES

La historia mediata, en materia probatoria se circunscribe a los procesos civiles de Grecia, Roma, y el proceso Germánico los cuales constituyen las primeras connotaciones de las primeras sociedades jurídicamente organizadas y en donde se comienzan a gestar las primeras manifestaciones del derecho mediante la aplicación de un conjunto de actos procesales, en los cuales el empirismo en materia probatoria constituían las incipientes manifestaciones mediante las cuales los actos o negocios jurídicos y hasta incluso los delitos eran comprobados.

En el contexto probatorio moderno, se tiene como punto de partida el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI), el cual configuro la fase científica de la evolución de los medios de prueba y en consecuencia el antecedente inmediato, debido a que, reguló y estableció el principio de libertad probatoria, que implícitamente propugno un cambio de actitud para los operadores de justicia y partes procesales, porque se establece por vez primera, la regulación de los medios de prueba más usuales y la utilización de los no previstos expresamente, trayendo en consecuencia una cultura probatoria de cláusulas abiertas en materia probatoria.

La entrada en vigencia del CPCM, modificó sustancialmente la forma de discusión de los hechos alegados, en el desarrollo del proceso, (esto es dentro de la etapa probatoria) debido a que establece figuras procesales como los medios de prueba mediante grabaciones regulados en el artículo 396 del CPCM, el cual es manifestación del principio de libertad probatoria que prescribe el artículo 330 del CPCM, los cuales pueden ser utilizados, siempre y cuando estos sean lícitos, es decir, que hayan sido adquiridos sin vulnerar derechos fundamentales y con apego al procedimiento establecido en la ley.

Las grabaciones como medios de prueba, constituyen manifestaciones de la cultura actual, en la que los avances de la ciencia y de la tecnología, son parte de la modernidad de la sociedad y de la que el legislador procesal no es ajeno, por ello los reconoció específica y expresamente en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Sección Sexta parte final, artículos 396 al 401 y bajo la denominación de medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información.

Los medios de captación, que enmarca la descripción de medios de reproducción del sonido, la voz, y la imagen, que se encuentran regulados en el artículo 396 del CPCM, configura una amplia gama de grabaciones y registros audiovisuales, que se proyectan sobre sonidos e imágenes por cualquier medio técnico, los cuales pueden clasificarse en: a) Medios de Captación y Reproducción de Voz y Sonido, b) Medios de Captación y Reproducción de la Imagen, y c) Medios de Captación y Reproducción de la Imagen y del Sonido.

La Constitución de la República de El Salvador, no cuenta con un artículo o disposición expresa sobre la prueba, al igual que el derecho al debido proceso o proceso constitucionalmente configurado, es decir, no se reconoce una específica mención, al derecho de utilizar medios probatorios en una relación jurídica procesal, que sean pertinentes idóneos y lícitos, en consecuencia estos derechos se conciben de manera implícita en el derecho de defensa que se desprende del artículo 11 de la Constitución.

7°. El derecho de prueba o el derecho de probar, constituye un derecho fundamental de carácter procesal que se encuentra implícito en la garantía de audiencia o derecho de defensa que prescribe el artículo 11 de la Constitución, el cual implica el reconocimiento de la libertad probatoria en igualdad de condiciones, que se proyecta en el proceso, como la condición

que fundamenta el tema objeto del litigio, y el tema a decidir, es decir, se constituye en el núcleo del proceso, el cual, se orienta a conceder a las partes procesales una protección efectiva a sus derechos y categorías jurídicas protegidas; dicha protección se materializa a través de los medios de prueba, condensándose así el derecho de defensa por el de libertad probatoria en igualdad de condiciones.

Las grabaciones como medios de prueba, constituyen unas de las novedades más reseñables, que se han introducido en el CPCM, en materia probatoria, los cuales aúnan al derecho de probar o libertad probatoria, debido a su reconocimiento implica un catálogo de soportes de diversa índole, capaces de filtrar, abstraer y reproducir signos sonoros derivados del ambiente o de la voz humana, de forma conjunta con la captación de datos e imágenes u otra información electrónica compuesta de signos o números.

El avance de las ciencias y de las tecnologías de la comunicación y de la información, conocidos como TIC, constituyen manifestaciones que se gestaron a inicios del siglo XX, y que configuran factores que la normativa procesal acogió y regulo, para resolver conflictos derivados de relaciones jurídicas sustantivas de los cuales no han sido asentadas o constatadas mediante el tradicional documento, sino que se han perfeccionado electrónicamente o mediante el auxilio de medios tecnológicos de grabación, dejando constancia, del acto o contrato, mediante grabaciones en soportes informáticos o mediante grabaciones del sonido, de la voz y la imagen.

La regulación establecida en el artículo 396 del CPCM, enmarca lo referente a las grabaciones o captaciones del sonido voz e imagen, constituye un riesgo, debido a que el legislador, no ha hecho otra cosa que reflejar y atender una imponente evolución de la tecnología, singularmente en el ámbito de la información y las telecomunicaciones que está produciendo profundos

efectos en numerosos ámbitos de la relación social especialmente relevantes para el derecho, es decir con esta innovación legislativa introducida por estos preceptos el ordenamiento procesal civil salvadoreño se constituye en uno de los más avanzados en el área procesal, cultural, social y comercial, porque se adecua el derecho a los avances científicos experimentado en el ámbito de las nuevas tecnologías como la informática, telemática, cibernética y ofimática, pero al mismo tiempo se ponen en juego derechos fundamentales como la dignidad, la intimidad y la imagen que regula y protege el artículo 2 de la Constitución.

Los instrumentos o medios de prueba, que se adecuan a los parámetros establecidos en el artículo 396 del CPCM, indica que la ciencias jurídicas y, especialmente el derecho procesal, debe de adecuarse a lo que podría llamarse la cultura tecnológica, es decir, el sistema jurídico procesal debe de sintonizar los instrumentos vanguardistas de las tecnologías, poniendo a su servicio conceptos y principios tradicionales, que para el derecho son inalterables, como lo son: las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos; parámetros que deben de servir de control para la admisibilidad de las fuentes que se configuran en el artículo 396 CPCM, como medios de prueba.

Los medios de prueba tecnológicos, identificados en el epígrafe del Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, del CPCM “medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de información constituyen una dualidad de medios que deben ser considerados generalmente como elementos, instrumentos y soportes físicos e informáticos, consecuentes a los avances de las ciencias tecnológicas, capaces de filmar, reproducir y almacenar hechos, actos, y datos, mediante la captación, grabación y almacenamiento de imágenes, sonidos, y símbolos,

con los cuales so pena de idoneidad puede demostrarse la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio y la convicción de juzgador.

Los instrumentos o soportes contemplados en el artículo 396 del CPCM, constituye una consagración procesal moderna, con un tratamiento legislativo simplista en el precepto, debido a que no ahonda sobre existencia de la variedad de soportes que deben de considerarse en la genéricas expresiones empleadas en dicho artículo, sino que se limita a reconocer globalmente que existen y a aceptar expresamente su utilización, situación que connota una irrupción en el derecho de forma inesperada, sin que la doctrina y la praxis tuviesen previsto como contextualizar esta clase de medios técnicos electrónicos, informáticos y de ingeniería, que pueden involucrarse en las instancias procesales pre probatorias y probatorias plegadas de un legado de pruebas tradicionales, por ello debe considerarse a esta clase de medios regulados en el artículo 396 del CPCM como Soportes físicos, técnicos y electrónicos, de filmación o grabación, capaces de cumplir dos funciones: captar imágenes, sonidos y voces mediante la fijación de hechos y actos de la realidad, en soportes operativos internos, -software o memorias-, y la reproducción de las imágenes, sonidos y voces, con el objeto de ser introducidos al proceso sobre la base de una pretensión discutida, mediante el auxilio del otros medios, como el reconocimiento judicial y la prueba pericial.

La innovación probatoria introducida en el artículo 396 del CPCM, que amplía el catálogo de medios de prueba constituye un parámetro de discusión debido a que la doctrina no ha llegado a un consenso en cuanto a su naturaleza, emergiendo sobre dicha base, dos teorías, de un lado, la que cabría calificar como teoría autónoma, en cuya virtud los nuevos medios o modernos medios tienen una naturaleza propia y diversa de las asignadas a los medios

tradicionales; y, de otra parte, la que cabe calificar y así, es denominada un sector doctrinal como teoría analógica, en cuya virtud los nuevos medios, o modernos medios tienen una naturaleza equiparable o subsumible en las inherentes a los medios tradicionales; teorías de las cuales se deduce que ninguna connota con exactitud una postura que fundamente el por qué, estos medios de prueba no establecen un procedimiento propio o por el contrario, el por qué no están inmersos dentro de los medios tradicionales, por ello, puede afirmarse que el legislador procesal salvadoreño acogió una postura ecléctica o mixta sobre la naturaleza de esta clase de medios, esto se interpreta así, debido, a que, el legislador los configuro de forma autónoma en una parte específica que se reconoce en el Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo Cuarto, Sección Sexta, artículos 396 al 401, y para su incorporación debe hacerse mediante el auxilio de medios tradicionales –inspección judicial y pericial.

El legislador procesal del CPCM, consideró someter las grabaciones a los controles procesales y sustantivos constitucionales, los cuales son parte de las normas generales en materia probatoria, entre los controles procesales que se deben observar en los medios de captación o grabación se encuentran la pertinencia, la utilidad, y las formas procesal establecidas para esta clase medios de prueba; entre los controles sustantivos se deben observar el respeto de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, el honor y la imagen, los cuales constituyen presupuestos imprescindibles que rigen a las grabaciones ofertadas como medios de prueba y que deben de observarse desde el momento de la admisión de la demanda, audiencia preparatoria o del procedimiento abreviado y audiencia probatoria.

La regulación que se acoge el artículo 396 del CPCM, constituyen un

precepto que no establece con claridad un catálogo de medios de grabación o captación, pero a pesar de esas genéricas expresiones en dicho precepto legislador procesal fue cuidadoso en no catalogar o clasificar esta clase de medios dentro de categorías de medios tradicionales, como el prueba documental, debido a que este medio se rige por un sistema tasado, por el contrario, los configuro como parte del catálogo de medios de prueba con regulación específica, al margen del auxilio discrecional de medios tradicionales como el de reconocimiento judicial y el de prueba pericial, lo que permite deducir que los medios de captación o grabación y reproducción de imágenes y sonidos-voz, para su valoración se rigen conforme a las reglas de la sana crítica, debido a que no se configura como parte de la prueba documental a la que hace referencia el artículo 416 inciso 2° del CPCM.

RECOMENDACIÓN

El abordaje simplista plasmado de *lege data*²⁵⁶, por el legislador procesal en el artículo 396 del CPCM, permite realizar un abordaje técnico jurídico procesal de *lege ferenda*²⁵⁷, sobre la redacción actual que dicho precepto tiene en la actualidad, debido a que el mismo presenta vaguedades o vacíos que pueden confundir al intérprete o aplicador de la ley.

En consecuencia y en aras de la temática puede recomendarse la redacción del artículo 396 de manera que determine la forma de proponer el medio de prueba ante el tribunal, de palabras sonidos e imágenes captados mediante instrumentos técnicos de grabación, filmación y otros semejantes, que serán acompañados de los medios documentales que se consideren pertinentes relacionados con los medios de captación ofertados

De igual manera se podrán ofertar los instrumentos técnicos o tecnológicos que permitan la reproducción de los mismos.

De ser necesario las exigencias de los medio de prueba se podrá hacer uso de peritos especializados según el medio de prueba ofertado, para la reproducción, análisis o manipulación de instrumentos técnicos con el fin de facilitar la reproducción en la audiencia probatoria, El Tribunal valorará las pruebas según las reglas de la sana crítica y se estará a lo prescrito en el artículo 400, 276, y 317 de este código. (Ver anexo 1).

²⁵⁶RODRÍGUEZ, Agustín W., y GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz, Diccionario Latín Jurídico, Locuciones Latinas de Aplicación Jurídica Actual, Editado por García Alonso, primera edición, Buenos Aires, 2008, p. 70. El término *de lege data* según estos autores constituye una expresión comúnmente usada en la actualidad y que significa según ley dada o existente

²⁵⁷Ibidem., p. 70. La *legeferenda* es una expresión latina que significa para una futura reforma de ley, o propuesta de reforma de ley. Es decir recomendación que debe de ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Introducción al Estudio de la Prueba, en Estudios de Derecho probatorio, s/e, Concepción, Chile, 1965.

ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, RubinzalCulzóni, Santa Fe.

ARAZI, ROLAND, La Prueba en el Proceso Civil, Ediciones La Rocca, Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 1998.

AZUELA RIVERA, Mariano, GONZÁLEZ BLANCO, Salomón y ÁLVAREZ MORENO, José Lorenzo, (Coordinadores), Amparo, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, primera edición, México, 2006.

BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, José Manuel, El Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional, editorial Arazandi. Pamplona 1992.

BELLIDO ASPAS, Manuel, La Supletoriedad del Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil en la Regulación Procesal de la Prueba en el Ámbito del Proceso Laboral, Programa Regional USAID, Fortalecimiento de la Justicia Laboral CAFTA-DR, 2010.

BENTHAM, Jeremy, Tratado de las pruebas judiciales, Volumen I y II, ediciones J.E., Buenos Aires, 1971.

BIDART CAMPOS, Germán José, Derecho Constitucional, Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1966.

BLOCH, Pedro, Estudios da voz humana, Editorial Fala, Río de Janeiro, 1958.

BONNIER, Eduardo, Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal, ediciones R.L., Madrid, 1891.

BRAVO RUSSO, José Luis (Director), Jurídica, suplemento de análisis legal, Publicado por El Peruano, s., e., Perú, Febrero de 2013.

BURGOA, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, Décimo Novena edición. México, 2007.

CAMINO, Juan, El Documento Electrónico: su admisibilidad en Derecho español, Tomo II, Editorial La Ley, s. e., 1987.

CARBONE, Carlos Alberto, Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de Prueba. Derecho constitucional de utilizar los medios de prueba pertinentes, Editorial RubinzalCulzoni, s.e.

CARBONE, Carlos Alberto, Repercusión del documento informático y la prueba de grabaciones en el proceso, 2001

CARBONELL, Miguel, Reforma del Estado y Derechos Fundamentales: Algunas Propuestas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

CARNELUTTI, Francisco, La prueba Civil, Editorial Arayon, s/e., Buenos Aires, Argentina, 1955.

CARNELUTTI, Francisco, Instituciones del Proceso Civil, editorial Ejea, s. e., s. l. i., s. f.

CHIOVENDA, Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil, en Ensayos de Derecho Procesal Civil, trad. Sentís Melendo, Tomo I.

COUTURE, Eduardo Juan, Vocabulario Jurídico. Con referencia especial al Derecho Procesal positivo vigente uruguayo, Editorial Depalma, Quinta edición, Buenos Aires, Argentina, 1993.

COUTURE, Eduardo Juan, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

COUTURE, Eduardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, s.e., Buenos Aires, 1973.

DE SANTOS, Víctor, La Prueba Judicial, Editorial Universitaria, Tercera edición, Buenos Aires, Argentina, 2005.

DE ZAVILÍA, Víctor, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Quinta edición, Buenos Aires, Argentina, 1981.

DELLEPEIANE, Antonio, Nueva teoría general de la prueba, Editorial Temis, Bogotá, 1969.

DENTI, Vittorio, Estudios de Derecho Probatorio, Breviarios de Derecho, Ediciones Jurídicas Europa América, s. f., s. l. i.

DÍAZ FUENTES, Antonio, La prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tratamiento y práctica, Editorial Bosch, segunda edición, Barcelona, España, 2004.

DÍAZ, Clemente, Instituciones de Derecho procesal, Tomo I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, Argentina, 1968.

DIDIER, André, Reproducción del sonido y de la imagen, Editorial Editores

Técnicos Asociados S.A., Barcelona, 1966.

ECHANDÍA, Hernando Devis, Teoría general de la prueba judicial, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1970,

ECHANDÍA, Hernando Devis, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II De las Pruebas Judiciales, Editorial ABC, quinta edición, Bogotá, Colombia, 1977.

ECHANDÍA, Hernando Devis, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1972.

ECHANDÍA, Hernando Devis, Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, s.e., Buenos Aires, Argentina, 2000.

ECHANDÍA, Hernando Devis, Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, s.e., Buenos Aires, Argentina, 2000.

EGUIDAZU, Alemany, Prueba de la Autenticidad Electrónica con la LEC 2000, en Diario La Ley, Tomo 2 y 3, España, abril de 2001.

EGUIDAZU, Alemany, Prueba de la Autenticidad Electrónica con la LEC 2000, en Diario La Ley, Tomo 2 y 3, España, abril de 2001.

EISNER, Isidoro, La prueba en el proceso civil, Editorial Abeledo, Buenos Aires, 1964.

ENRIQUE PALACIO, Lino, Manual de Derecho Procesal Civil, LexisNexisAbeledo-Perrot, Décimo séptima edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 2003.

ESCRIBANO MORA, Fernando, La Prueba en El Proceso Civil, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Primera edición,

San Salvador, El Salvador, 2002.

FALCÓN, ENRIQUE, Tratado de la Prueba, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003.

FAVELA OVALLE, José. Derecho Procesal Civil, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla S.A. de C.V., México, 1980.

FERRAJOLI, Luigi, Epistemología Jurídica y Garantismo, primera edición, Fontamara, México D.F., 2004.

FERRAJOLI, Luigi, Principios del Derecho, Teoría del derecho y de la democracia, s.e., Editorial Roma: Bari-Laterza, 2007, Vol. II: Teoría de la Democracia.

FERRAJOLI, Luigi, Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales, La Rigidez de la Constitución y sus garantías.

FONT, Miguel Ángel, Guía de Estudio: Procesal (Civil y Comercial), Editorial Estudios, Buenos Aires, Argentina.

FURNO, Carlo, Teoría de la prueba legal, Editorial R.D.P., Madrid, 1954.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, Los procesos civiles, Tomo II, Editorial Bosch, segunda edición, Barcelona, España, 2010.

GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio, Comercio Electrónico en Internet, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 2001

GUASP, JAIME, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Públicos, segunda edición, Madrid, España, 1961.

GUASP, Jaime, y ARAGONESES, Pedro, Derecho Procesal Civil, Tomo I,

Editorial Thomson-Civitas, Séptima edición, revisada y puesta al día, Navarra, 2005.

GUASTINI, Riccardo, Estudios de Teoría Constitucional, Editada por Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición México D. F. 2001.

KELSEN, Hans, Teoría General de Derecho y del Estado, UNAM, 2ª ed., México, 1988.

KELSEN, Hans, De la esencia y valor de la democracia, traducción y nota preliminar de J. L. Requejo Pagés, KRK ediciones, Oviedo, 2006.

KIELMANOVICH, Jorge Leonardo, Teoría de la Prueba y Medios probatorios, AbeledoPerrot, S.A., s.e., Buenos Aires, Argentina 1996.

KIELMANOVICH, Jorge Leonardo, La Prueba en el Proceso Civil, cuestiones de derecho probatorio nacional y comparado, editorial AbeledoPerrot, s. e., Buenos Aires, Argentina, s. f.

KIELMANOVICH, Jorge Leonardo, La Prueba en el Proceso Civil, cuestiones de derecho probatorio nacional y comparado, Editorial Abeledo-Perrot, s. e., Buenos Aires, Argentina, s. f.

KIELMANOVICH, Jorge Leonardo, Teoría de la prueba y medios probatorios, Editorial Rubinzal- Culzoni, Segunda edición, Buenos Aires, Argentina. 2001.

LESSONA, Carlos, Teoría general de la prueba en Derecho Civil, Editorial Reus, Madrid, 1913.

LINARES QUINTANA, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Tomo II, Editorial Alfa, Buenos Aires,

Argentina, 1953.

LLANEZA GONZALEZ, paloma, Internet y Comunicaciones Digitales, Editorial Bosch, Primera Edición, Barcelona, 2000.

LÓPEZ GUERRA, Luis, Introducción al Derecho Constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, primera edición, Valencia, España, 1994.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, El vídeo como fuente de prueba y su introducción en el proceso a través de la jurisdicción laboral, en RRL, Tomo I, 1985.

MARGADANT, Guillermo Floris, Derecho Romano, Editorial Esfinge, Quinta edición, 1974.

MONTERO AROCA, Juan, La Prueba en el Proceso Civil, Editorial Civitas, Quinta edición, Madrid, España, 2007.

MONTERO AROCA, Juan, La Prueba en el Proceso Civil, Editorial Civitas S.A., Santiago de Chile, Chile, 1996.

MONTERO AROCA, Juan, La Prueba en el Proceso Civil, Editorial Thomson-Civitas, Cuarta edición, Navarra, 2005.

MONTESINOS GARCIA, Ana, Arbitraje y nuevas tecnologías, Editorial Arazandi-Civitas, Primera edición, España, 2007.

MONTESQUIEU, Charles, Del Espíritu de las Leyes, Editorial Albatros, s.e., Buenos aires, Argentina, 1969.

MONTÓN REDONDO, Alberto, Los Nuevos Medios de Prueba y la Posibilidad de su uso en el Proceso, s. Ed., s. e. Salamanca, 1977.

MORELLO, Augusto Mario, La Prueba, Tendencias Modernas, Editorial

Abeledo- Perrot, Segunda edición, Buenos, Aires, Argentina, 2002.

MUÑOZ SABATE, Luis, Técnica probatoria (Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso), Editorial Praxis, Segunda edición, Barcelona, 1983.

NAVARRETE, Antonio María, El vídeo como fuente de prueba y su introducción en el proceso a través de la jurisdicción laboral.

NIEVA FENOLL, Jorge, Prueba en Documentos Multimedia, de Instituciones del Nuevo proceso Civil, Vol. II, Editorial Economist y Jurist, s., e., s., l., i., 2000.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, La Prueba Documental y los Medios e Instrumentos Idóneos para Reproducir Imágenes o Sonidos o Archivar y Conocer Datos, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000, Editorial La Ley, primera edición, Madrid, España, 2000.

PAILLAS, Lino Enrique, Estudios de Derecho Probatorio, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991.

PALACIO, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Novena edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992.

PENAILILLO AREVALO, Daniel, La Prueba en Materia Sustantiva Civil, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

PICÓI JUNOY, Joan, El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil, Editorial Bosh, s.e., Barcelona, España, 1996.

POMARÓN BAGÜES, José Manuel, El vídeo ¿medio probatorio?, La Ley, Tomo I, 1985.

RAMÓN CAMINO, José, El Documento Electrónico: su admisibilidad en el Derecho Español. LA LEY, 1997-2, D-120.

REDONDO, Monton, Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso, Salamanca, 1977.

SADA CONTRERAS, Carlos Enrique, Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología, Primera edición, Nuevo León, México, 2000.

SANCHEZ, Bandres y CRUZAT, José Manuel, El Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional, Editorial Arazandi, Pamplona 1992.

SANCHÍS CRESPO, Carolina, La Prueba por Soportes Informáticos, Editorial Tiran lo Blanch, s. e., Valencia, España, 1999.

SCHMITT, Carl, La Defensa de la Constitución, Editorial Tecnos S. A., primera edición, Madrid, España, 1983.

SENTÍS MELENDO, Santiago, Los grandes temas del Derecho Probatorio, Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1979.

SEOANE SPIELGEBERG, José Luis, La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones, Editorial Aranzadi, segunda edición, Navarra, 2007.

SPINELLI, Michele, Las pruebas civiles, Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1973.

TARUFFO, Michele, La Prueba de los Hechos, Traducción de J. Ferrer Beltrán, Editorial Trotta, s/ed., Madrid, España, 2002.

TENORIO Y HERRERA, Manuel, Los principios de la prueba, Madrid, 1942.

TSCHADECK, Otto, La prueba, Editorial Temis, 1982.

URIBE ARZATE, Enrique, La Defensa Constitucional de los Derechos Fundamentales en la Reforma del Estado Mexicano, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Nueva serie año XLII, N° 125, Mayo-Agosto de 2009.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Lerner, Córdoba, Colombia, 1986.

VESCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, S.A., s/e, Bogotá, Colombia, 1984.

VILLACORTA MANCEBO, Luis, La Construcción de la Dogmática Europea Sobre los Derechos Fundamentales, Cuadernos electrónicos N° 4 de Derechos Humanos y Democracia.

TESIS

CAMPOS SOLÓRZANO, Álvaro Henry, La Sana Crítica como Criterio de Valoración de la Prueba en Materia Civil, Tesis de grado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad José Matías Delgado, San Salvador, El Salvador, 1987.

CASTILLO DÍAZ, Maximiliano Antonio y DIAZ ALFARO, Giovanny Dario, Estudio sobre Efectividad de los Medios Probatorios Regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil en el Derecho Sustantivo Mercantil, Tesis de grado para obtener el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, agosto de 2011.

QUINTANILLA, Noé, Principios que Informarán el Nuevo Código Procesal Civil de la República de El Salvador y las Perspectivas de Aplicación por los Operadores de la Zona Oriental, Tesis, UES, 2003.

LEGISLACIÓN

ANTEPROYECTO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA.

CÓDIGO DE COMERCIO, Decreto Legislativo No. 671 de fecha 8 de mayo de 1970, publicado en el Diario Oficial No. 140, Tomo 228 de fecha 31 de julio de 1970, reformado mediante Decreto Legislativo No. 826, del 26 de enero de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 40, Tomo 346 del 25 de febrero de 2000, vigente desde el 1 de abril de 1971.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (derogado) creado por Decreto Ejecutivo Sin Número, de fecha 31 de diciembre de 1881, publicado en Diario Oficial N° 1, Tomo N° 12 del 1 de enero de 1882.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Decreto Legislativo No. 712 del 18 de septiembre de 2008, publicado en Diario Oficial No. 224 del 27 de noviembre de 2008, y cuya entrada en vigor de produjo el 1 de julio de 2010 por extensión de su vacatio legis por Decreto Legislativo No. 220, del 11 de diciembre de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 241, del 23 de diciembre de 2009.

CÓDIGO PROCESAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA, Historia Antecedentes, Exposición de Motivos, Fundación de Cultura Universitaria, segunda edición, Montevideo, junio 1997.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Decreto Constituyente No. 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 281 del 16 de diciembre de 1983.

DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO, DE 1789.

FEDERAL RULES OF EVIDENCE DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA, REGLA 402.

LEY DE SIMPLIFICACION ADUANERA, Decreto Legislativo No. 529, de fecha 13 de enero de 1999, publicada en el Diario Oficial No. 23, Tomo No. 342, de fecha 3 de febrero de 1999.

LEY PROCESAL DE FAMILIA, Decreto Legislativo No. 133 de fecha 14 de septiembre de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 173, Tomo 324 de fecha 20 de septiembre de 1994, vigente desde el 1 de octubre de 1994.

JURISPRUDENCIA

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva Referencia 1730- 2004, del 30/04/2004.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva Referencia 91-AP-2007, del 05/06/2008.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, Referencia 130- C- 2005, del 05/12/2005.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, Referencia 1671- 2003, del 06/11/2003.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, Referencia 1730 SS, del 30/04/2004.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, Referencia 181- 2003 del 11/11/2003.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, Referencia 635-2000, del 15/05/2001.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 134/98, del 11/06/99.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 134/98, del 11/06/99.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 150-97, del 13/10/98.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 16071998, del 16/06/99.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 167-97, del 25/05/1999.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 231/98, del 4/05/1999.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 580-1998, del 29/03/2001.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 714-1999, del 19/11/2001.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL STC, Sentencia referencia 13/1981, del 22/04/1981.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL STC, Sentencia referencia 41/1999, del 22/03/1999.

INSTITUCIONES

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA, Manual de educación para la sostenibilidad, Bilbao, UNESCO, País Vasco, 2009.

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL, Buenos Aires, Argentina, s. f.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA, Códigos Procesal Civil y Procesal Penal Modelos para Iberoamérica, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Presentación y Coordinación de edición José Almagro Nosete, Madrid, España, 1990.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE EL SALVADOR, El Nuevo Proceso Civil y Mercantil Salvadoreño, primera edición, Autores Varios, San Salvador, El Salvador, 2010.

REVISTAS

ALFONSO DA SILVA, José, Mutaciones Constitucionales, en Revista electrónica Cuestiones Constitucionales, N° 1, Traducida del Portugués por María del Pilar Hernández, Brasil, Julio-Diciembre, 1999.

CABRERA, Fernández, Los medios técnicos de documentación y reproducción en el proceso, en RUDP (UNED), Número 1, 1988.

CALVET Y PATXOT, La tinta de escribir desde el punto de vista de la química y de la fotografía legal, en Revista Jurídica de Cataluña, 1909.

CARNELUTTI, Francisco, Prova cinematográfica”, en Rivista di DirittoProcessualeCivile, Número 1, 1921.

CAROCCA PÉREZ, Alex, La Prueba por medio de los Modernos Avances Científico-Tecnológicos en el Proceso Civil, en Revista Gaceta Jurídica, N°219, 1998.

CUESTA RUTE, JoséMaría, Las cintas magnetofónicas en la prueba, Revista La Ley, Tomo I, 1982.

DE VEGA GARCIA, Pedro, El tránsito del positivismo jurídico al positivismo, en Revista Sobre Teoría y Realidad Constitucional, N° 1, UNED, Madrid, España, 1998.

ESTASEN, Pedro,El procedimiento judicial y las películas cinematográficas verificadoras, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Número 122, 1913.

FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales, en Revista jurídica Cuestiones Constitucionales N° 15, Traducción de Miguel Carbonell, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Julio-Diciembre de 2006.

GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel Miguel, Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil, en Revista Derecho y Conocimiento, Volumen I, Universidad de Huelva, España.

LOPEZ-MUÑIZ, Goñi Miguel, La prueba fotográfica en los accidentes de tráfico, en Revista de Derecho Judicial, Número 21, 1965.

MARTÍNEZ PEÑA, Eduardo, Derecho al Control de los Datos Personales, en Revista Tapia número 102, Madrid, España 1998.

MENESES PACHECO, Claudio, Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en

el Proceso Civil, en Revista Ius et Praxis, año 14-No. 2, s/e, s/p.

MUÑOZ SABATE, Luis, Los medios de prueba en el proceso civil, Revista General de Derecho, 1979.

MUÑOZ SABATE, Luis, Consideraciones psicológicas sobre los audiovisuales como medio de prueba, en Revista Jurídica de Cataluña, Número 1.

MURCIANO, Moreno Pruebas no previstas por la ley, en RDP, Número 4, 1950.

ONECHA, Santamaría, Los medios de prueba y la convicción judicial, Revista de Derecho Procesal, 1980.

ROTHENBERG, Jeff, Son perdurables los Documentos Digitales?, en Revista Investigación y Ciencia, marzo, 1995.

SENTIS Melendo, ¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba), Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Núm. 2-3, 1973.

SENTIS Melendo, Introducción al derecho probatorio, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Núm. 4, 1965.

SENTIS Melendo, La prueba en el proceso, Revista de Derecho Procesal, 1977.

SERRA DOMINGUEZ, Contribución al estudio de la prueba, Revista Jurídica de Cataluña, 1962.

SILVA, Melero, La Prueba Procesal, en Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1963.

TORRES MURO, Ignacio, Kelsen y la Teoría de la Democracia, en Revista Electrónica de Historia Constitucional Número 8, Centro de Estudios Políticos

y Constitucionales Septiembre 2007

WRÍBLEWSKI, JERZY, La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación, en Revista Sentido y hecho en el Derecho, traducción de J. I gartua y J. Ezquiaga, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

OTROS DOCUMENTOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, SOBRE EL CAPÍTULO SEXTO, ALEGATOS FINALES Y SENTENCIA.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOL DE 2000.

DICCIONARIOS

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliastas S.R.L. Decima segunda Edición, Buenos Aires, Argentina.

ESPINOZA, Flia, Diccionario Latín-Español, Edición Electrónica, 2006.

OSSORIO, Manuel y FLORIT, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, editorial Heliasta.

PAG. WEB

ENCICLOPÉDIA MICROSOFT, Encarta Online 2009, Microsoft Corporation, 1997-2009, Disponible en: <http://es.encarta.msn.com> (consultado el 23 de diciembre de 2013).

ANEXO 1

“SECCIÓN SEXTA

MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O DE LA IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN

Medios de reproducción de imágenes o palabras

Art. 396.-Las partes de conformidad a los artículos 276 y 317 de este código podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el Tribunal de palabras, sonidos, e imágenes captados mediante instrumentos técnicos de grabación, filmación y otros semejantes.

La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los medios de prueba instrumentales o documentales que considere convenientes, los cuales deben tener relación con las captaciones ofertadas como medio de prueba; así mismo podrá aportar los instrumentos tecnológicos y técnicos que permitan la reproducción ante el Tribunal cuando este no cuente con los mismos.

Cuando las partes requieran la aplicación de conocimientos especializados para la reproducción, análisis o manipulación de instrumentos técnicos que faciliten la reproducción en la audiencia probatoria o del procedimiento abreviado, se estará a lo prescrito en el artículo 400 de este código.

El Tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado primero de este artículo según las reglas de la sana crítica.”