



Se agradecerá mucho que se nos haga llegar por correo nacional, electrónico, teléfono o fax a la dirección y número abajo indicados, críticas, comentarios y sugerencias, así como nuevas consultas, relación de problemas, y experiencias positivas o conclusiones de reuniones en grupos que se considere útil sean conocidas, y cualquier otro insumo que contribuya a la retroalimentación sostenida a esta IURISRED.

Capacitación

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

Final Calle Los Abetos, No. 8 Colonia

San Francisco, San Salvador

Teléfonos: 245-5326, 245-5327, 245-5328,

245-5329, 245-5330, 245-5331, 298-4884,

298-4883

Fax: 245-0264 y 224-1532

Email: director_ecj_elsalvador@yahoo.com

La Prueba en el **PROCESO CIVIL**

Monografía

La Prueba en el PROCESO CIVIL



LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

FERNANDO ESCRIBANO MORA

San Salvador, El Salvador
2001

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Miembros Consejales y Sector de Representación
Abogados en Ejercicio Propuestos por el Gremio

Propietarios

- Licda. Gladys Marina Chávez de Borjas
Presidenta CNJ
- Lic. Francisco Díaz Rodríguez
- Lic. Oscar Humberto Luna

Suplentes

- Dr. Alvaro Antonio Ibarra
- Dr. Facundo de Jesús Ruiz Rodas
- Dr. Jorge Efraín Campos

**Abogados Docentes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la
Universidad de El Salvador**

Propietaria

- Licda. Stella de los Ángeles Pineda de Rodríguez

Suplente

- Lic. Gilberto Joma Bonilla

**Abogados Docentes de las Facultades, Escuelas o Departamentos de Derecho de las
Universidades Privadas**

Propietario

- Dr. Francisco Salvador Tobar Gasteazoro

Suplente

- Licda. Emma Dinorah Bonilla de Avelar

Ministerio Público

Propietario

- Dr. Amadeo Artiga Alas

Suplente

- Lic. Balmore Cruz Urquilla

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

- Dr. José Albino Tinetti, Director
- Lic. Berta Rosario Díaz Zelaya, Sub-Directora

- Hecho el depósito que manda la ley
- Las opiniones vertidas en esta obra no corresponden necesariamente con las del Consejo Nacional de la Judicatura y la Escuela de Capacitación Judicial

FERNANDO ESCRIBANO MORA
Magistrado

Licenciado en Derecho de la
Universidad Complutense,
España, Letrado del Tribunal
Constitucional, Profesor
Asociado de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III

ADECUACIÓN METODOLÓGICA

Salvador Héctor Soriano Rodríguez
Godofredo Salazar Torres

**DIAGRAMACIÓN Y LEVANTAMIENTO
DE TEXTO**

Flor Yanira Amaya Gómez

347.05

E74p Escribano Mora, Fernando
La prueba en el proceso civil / Fer-
nando Escribano Mora. -- 1a.ed. -- San
Salvador, El Salv. : Consejo Nacional de
la Judicatura, Escuela de Capacitación -
Judicial, 2002
181p. ; 23 cm.

ISBN 99923-809-5-0

1.Procedimiento Civil. 2.Prueba (De-
recho) I.Título

INDICE

PRÓLOGO	VII
PRESENTACIÓN	XIII
Capítulo I:	
ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PRIVADO	1
Introducción	3
1. La influencia del constitucionalismo en el Proceso Civil	3
2. La idea de un proceso constitucionalmente configurado	5
2.1. Eficacia normativa	8
2.2. Función garantista	10
Capítulo II:	
EL DERECHO A LA PRUEBA	19
Introducción	21
1. El derecho a utilizar los Medios de Prueba	21
1.1. Vulneraciones producidas en la fase de admisión de los medios de prueba	22
1.2. Infracciones producidas en la fase práctica de los medios de prueba	23
1.3. Incumplimientos ocasionados en sentencia en relación con los medios de prueba	24
2. Algunos principios del proceso civil relacionados con el derecho a la prueba	25
2.1. El principio dispositivo	25
2.2. El principio de aportación de parte	27
2.3. El objeto del proceso: pretensión y resistencia	28
Capítulo III:	
LA PRUEBA	29
Introducción	31
1. Definición y objeto de la prueba	31
1.1. Definición de la prueba	31
1.2. Objeto y tema de la prueba	32
1.3. ¿Qué puede probarse?	32
1.4. ¿Qué debe probarse?	34
1.5. Los hechos que no necesitan probarse	35

1.6. La prueba del Derecho	39
1.7. La prueba de las máximas de experiencia.	42
Capítulo IV:	
LA CARGA DE LA PRUEBA	43
Introducción	45
1. El principio de adquisición procesal	45
2. Las reglas generales del <i>onus probandi</i>	47
2.1. Nociones de carga procesal	47
2.2. El hecho incierto.	47
2.3. La carga de la prueba (stricto sensu)	48
2.4. Las reglas sobre la carga de la prueba	50
2.5. La regla legal general	55
Capítulo V:	
FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA	59
Introducción	61
1. Enumeración de los medios de prueba en el ordenamiento procesal.	61
2. Distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba	62
3. Los nuevos medios probatorios	64
4. Criterios de admisibilidad de los medios de prueba	70
4.1. Legalidad	70
4.2. Admisibilidad	72
5. Especial referencia a la prueba ilícita	73
6. Las presunciones: ¿Un medio de Prueba?	77
Capítulo VI:	
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO	
PROBATORIO	79
Introducción	81
1. Recibimiento del juicio a prueba.	81
2. Término de prueba	83
3. Proposición de los medios de prueba	84
4. Admisión de los medios de prueba	85
5. Aspectos generales de la práctica de la prueba	85
5.1. Garantías de actividad	86
5.2. Formalidades mínimas	88
6. Prueba anticipada y aseguramiento de la prueba	89
7. La prueba en segunda instancia.	92

Capítulo VII:

LA PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL (JURAMENTO Y CONFESION) 97

Introducción 99

1. Aproximación histórica 99

2. ¿Quién debe confesar? La condición de parte en el proceso y los
problemas derivados de ella 102

 2.1. Personas físicas 103

 2.2. Personas jurídicas 108

3. Desarrollo de la prueba de confesión judicial 110

4. Valoración de la prueba de confesión 115

5. La denominada confesión extrajudicial 116

Capítulo VIII:

LA PRUEBA INSTRUMENTAL 117

Introducción 119

1. Concepto de prueba instrumental: El documento 119

2. Clase o tipos de documentos 121

 2.1. Documentos públicos 121

 2.2. Documentos privados 124

 2.3. El caso especial de los documentos extranjeros 124

3. Práctica de la prueba: Presentación de los documentos 125

4. Control de la autenticidad de los documentos 129

Capítulo IX:

LA PRUEBA DE PERITOS 131

Introducción 133

1. Concepto de prueba pericial y de perito 133

2. Naturaleza jurídica 135

3. Las funciones del perito 137

 3.1. Hechos 138

 3.2. Máximas de experiencia 139

4. Los peritos 141

5. Práctica de la prueba 142

6. Valoración de la prueba pericial 144

7. La denominada pericia extrajudicial 145

Capítulo X:

LA PRUEBA TESTIMONIAL 147

Introducción 149

1. Concepto y naturaleza de prueba de testigo 149

2. Admisibilidad de la prueba testimonial 150

 2.1. Admisión de la prueba testifical basada en criterios generales 151

 2.2. Especialidad en materia de contratos 151

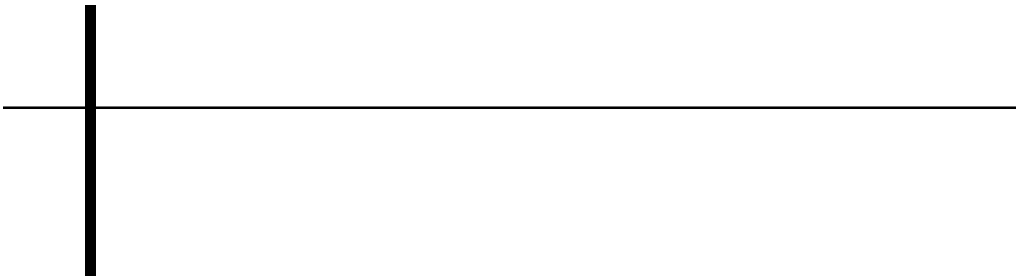
2.3. Inadmisión en los supuestos de hechos admitidos por confesión	154
3. Limitaciones al número de testigos	155
4. Capacidad para ser testigo, incapacidad y sospecha de parcialidad	155
4.1. Causas de incapacidad para ser testigo	156
4.2. Tachas: La sospecha de parcialidad del testigo	161
5. Práctica de la prueba testimonial	162
6. Valoración de la prueba testimonial	164

Capítulo XI:

LA INSPECCIÓN	167
Introducción	169
1. La Percepción directa del Juez. Concepto. Cuestiones Terminológicas	169
2. Naturaleza Jurídica	170
3. Admisibilidad de la inspección personal (necesidad, utilidad o conveniencia de la prueba)	172
4. Objeto de la inspección personal	175
5. Inspección practicada por otro juez: validez.....	180
6. Proposición, admisión y prácticas de la prueba	181

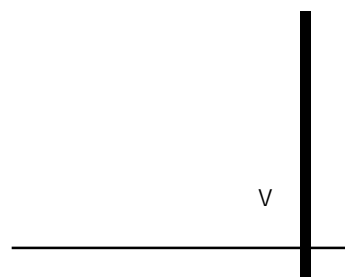
Capítulo XII:

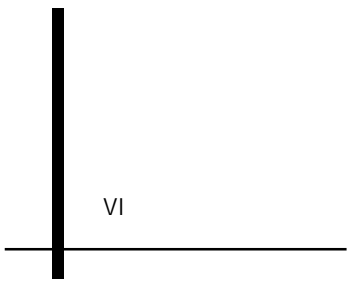
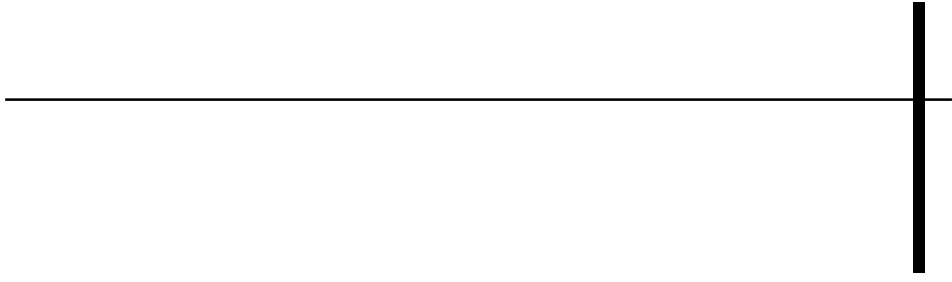
LA PRUEBA DE OFICIO	187
Introducción	189
1. La Prueba de oficio del juez	189

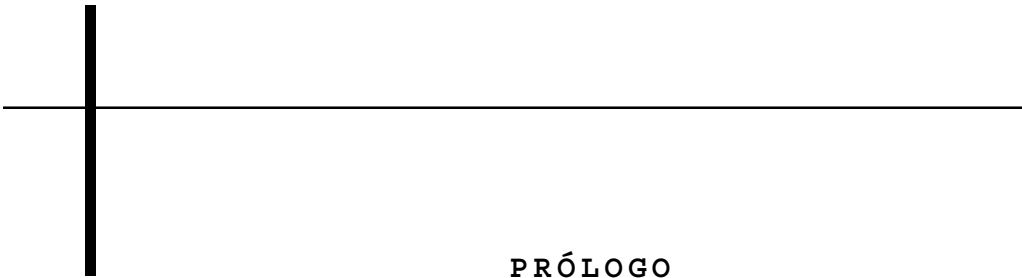


ABREVIATURAS UTILIZADAS.

- ARD. : Associates in Rural Development.
- CE. : Constitución Española.
- LEC. : Ley de Enjuiciamiento Civil.
- C.Pr.C.: Código de Procedimientos Civiles.
- CC. : Código Civil.
- Cn. : Constitución de la República.
- Res. : Resolución.
- S. : Sentencia.
- TC. : Tribunal Constitucional Española.
- STC. : Sentencia del Tribunal Constitucional.
Español.
- CPMI. : Código Procesal Modelo para Iberoamérica.







PRÓLOGO

El Código de Procedimientos Civiles de El Salvador esta fechado en 1881. Esta fecha, en principio, nos haría pensar que se trata de un sistema procesal civil propio de la codificación de la época liberal. Sin embargo, esta afirmación no es cierta; al menos no lo es parcialmente.

En realidad el proceso civil salvadoreño es, como probablemente inspirado en los movimientos codificadores españoles de principios y mediados del siglo XIX, un proceso medieval, basado en las Partidas de Alfonso X El Sabio, con algunos retoques propios de la época liberal. Esta apreciación ha sido resaltada por la doctrina española en relación con la Ley de Enjuiciamiento vigente – por poco tiempo que también data de 1881¹.

En realidad se trata del proceso antiguo del derecho medieval español adaptado a nuevos tiempos, pero al fin y al cabo un proceso medieval. Como dijera Goldschmidt, el proceso español es un “recipiente liberal del siglo XIX en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de siglos pasados”. Esta apreciación del gran maestro del Derecho Procesal puede aplicarse, sin demasiado esfuerzo, a la actual regulación del proceso de El Salvador.

Si aludimos a esta cuestión es porque el proceso antiguo del derecho español era un proceso basado en el *solemnis ordo iudiciarius*. Un proceso basado en la escritura, en la lentitud, en la carestía, en la formalidad que podía acarrear la pérdida del derecho por una mala opción procesal, sin posibilidad alguna de subsanación. En una

¹ Según la exposición del Lic. Ricardo Mendoza Orantes (Recopilación de Leyes Civiles, Editorial Jurídica Salvadoreña, El Salvador 1998) el Código de Procedimientos Civiles fue promulgado después de los trabajos de codificación que se iniciaron en 1843, cristalizaron en una primera Ley de 1857, una segunda en 1863, hasta llegar al texto actual de 1881, reformado en varias ocasiones. La codificación en España tuvo asimismo varios intentos entre 1853 y 1881, que es también el año de promulgación de la LEC que regirá hasta finales de este año.

sucesión continuada de actos procesales cada uno de ellos destinado a solucionar un determinado momento. En definitiva, un proceso disgregado, mediato y escrito, frente a las actuales tendencias de inmediación, concentración y oralidad. No se crea que esta opción del legislador medieval y, posteriormente, liberal, fue una opción casual. Se defendía que este proceso garantizaba la seguridad jurídica.

La segunda característica fundamental de este tipo de proceso era la consideración de que no existían derechos de mayor o menor importancia, ni por la cuantía, ni por la relación jurídico material subyacente. Todos los derechos tenían la misma relevancia; consecuentemente, todos los derechos se ejercitaban igual ante los Tribunales, a través de un único juicio ordinario que conforme al pensamiento antes mencionado, era un procedimiento con unas alegaciones escritas, una fase de excepciones dilatorias extremadamente compleja que podía originar la estimación de cualquiera de ellas para tener que volver a empezar el proceso sin posibilidad alguna de subsanación de los defectos procesales, una fase de prueba larga y complicada y normalmente escrita, y una fase de alegaciones también escrita para terminar en una sentencia frente a la cual se concedía recurso de apelación y, de modo generalizado casi, de casación. Hay que considerar, además, el tipo de relaciones jurídico materiales que se protegían en aquella época. Generalmente se trataba de proteger la propiedad y la posesión, de manera que quien carecía de propiedades no acudía normalmente a los tribunales.

No es preciso un gran esfuerzo para constatar que la sociedad del siglo XXI no es la misma sociedad de finales del siglo XIX. Por ello, el legislador en todos nuestros ordenamientos ha ido modificando el proceso civil, aunque con distinto empeño y fortuna. 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 Europa² y con mucha más fecundidad en Latinoamérica. En todo caso, más o menos

2 En España, tras no pocos intentos fallidos, se ha promulgado una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que entrará en vigor el próximo 8 de enero de 2001, aunque previamente el legislador había sido sensible a la necesidad de la reforma y, por un lado, había modificado aspectos esenciales de la LEC de 1881 y, por otro, había introducido numerosos procedimientos especiales lo que, consiguientemente, había provocado una gran dispersión en la normativa procesal.

rápidamente, la constatación de los cambios sociales o la necesidad de dar seguridad a las relaciones mercantiles, han provocado en la mayoría de los países que no han abordado una reforma procesal en profundidad, reformas parciales³.

De acuerdo con la exposición de Gelsi, Torelló y Vescovi⁴, los movimientos reformadores en América Latina se producen a partir de finales de los años 80, y son movimientos reformadores de características comunes. Brasil, Uruguay, Perú, México, Uruguay, Argentina, Paraguay, Colombia han abordado y finalizado sus reformas, al igual que en Europa Francia y Portugal, antes, y España, después, han procedido a reformar sus procesos civiles. Lo más importante a destacar es la publicación del denominado Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica aprobado en Río de Janeiro en 1988, que contiene las bases para la reforma y que parece gozar del consenso generalizado en Latinoamérica, y con cuya base se han ido reformando los procesos civiles (las reformas antes mencionadas, con mayor o menor fidelidad reproducen los esquemas de estas bases). El Código Procesal Modelo para Iberoamérica (en adelante CPMI) introduce un cambio absoluto respecto del actual ordenamiento procesal de El Salvador.

Si ya hemos resaltado anteriormente los principios del Código actualmente vigente en El Salvador, el cambio de perspectiva que puede suponer la aprobación de un Código Procesal más ajustado al CPMI, puede constatarse con sólo aludir a los principios básicos de lo que se propone.

Las bases o características fundamentales del CPMI son las siguientes:

- à Un proceso basado en la oralidad y en la audiencia. Y por lo tanto en una fase escrita de alegaciones para pasar inmediatamente, con necesidad de cumplimiento absoluto de la inmediación y la oralidad, a la fase de audiencia.

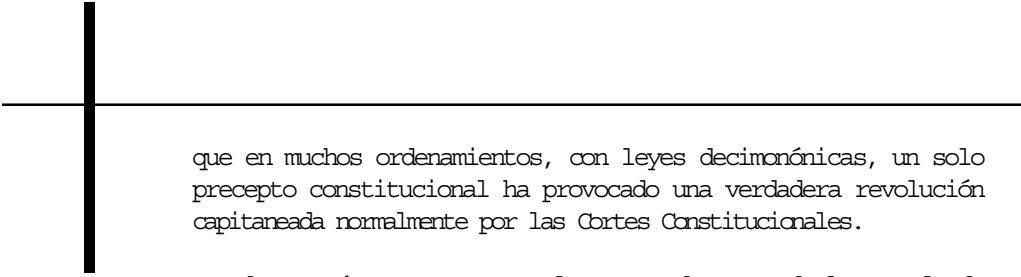
3 Una muestra de lo anterior ha sido la aprobación en El Salvador de la Ley Procesal de Familia, o la Ley del Procedimientos Mercantiles.

4 El Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos. Fundación de Cultura Universitaria. 2ª Edición. Junio de 1997, Montevideo.

-
- b) Una fase de audiencia preliminar que ha de cumplir (en la más exacta traslación de la audiencia preliminar austríaca de Klein) tres funciones básicas: la posible conciliación, la subsanación de los defectos procesales en ella de modo que el proceso pueda, salvo casos excepcionales, concluir por sentencia definitiva, terminando con las sentencias interlocutorias, y la fijación del objeto del debate, como base fundamental para el trámite de la prueba.
 - c) 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 trámites 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.
 - d) Una acentuación de los poderes del juez, evitando el abstencionismo judicial.
 - e) La introducción de procesos modernos, como el monitorio, de raíz germánica.
 - f) Un sistema de recursos y de ejecución que buscan la eficacia y la eficiencia de la Administración de Justicia.

Así pues, El Salvador es uno de los países que ha constatado ya la necesidad de la reforma y que, según parece, está iniciando ya los trabajos previos para la redacción de un nuevo Código Procesal Civil. Sin embargo, El Salvador, y cualquier Estado, ha de asegurar hoy la tutela judicial efectiva a los ciudadanos que, en cualquiera de las posiciones procesales, acuden a sus Tribunales de Justicia. Y ha de asegurarla no solamente porque esta sea la función esencial de la Justicia, sino porque a ello está obligado por exigirlo el derecho de "audiencia" regulado en el artículo 11 de la Constitución.

Como tendremos ocasión de exponer más detalladamente, la influencia del constitucionalismo en el proceso es de tal magnitud

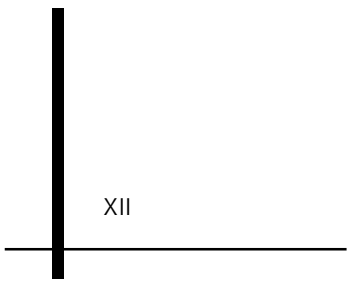
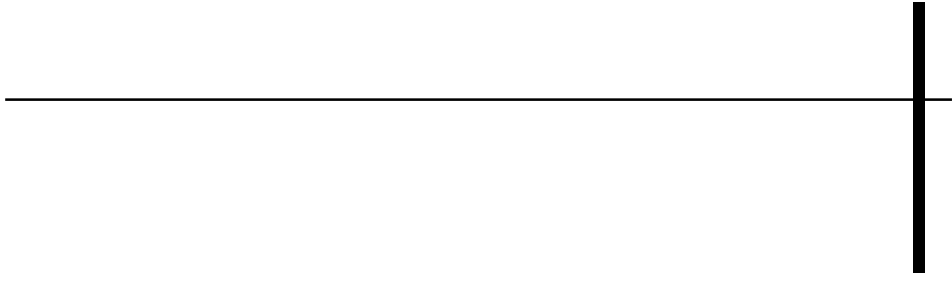


que en muchos ordenamientos, con leyes decimonónicas, un solo precepto constitucional ha provocado una verdadera revolución capitaneada normalmente por las Cortes Constitucionales.

Cuando acepté, gustosamente, el encargo de ARD y de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador de compartir con profesionales del Derecho salvadoreños un curso sobre la prueba en el proceso civil, el propósito del curso y, por ello, la tarea encomendada, fue la de analizar la actual regulación de la prueba en el Código de Procedimientos Civiles de 1881, pero desde las dos perspectivas ya anunciadas: las bases del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, y la influencia de la Constitución (de su artículo 11 en el derecho a la prueba. No es, por lo tanto, este trabajo (no podría serlo) un estudio de la regulación actual de la prueba civil en El Salvador con las múltiples cuestiones que plantea en la práctica, sino una aproximación a la influencia del constitucionalismo en la regulación de la prueba, y un análisis de las posibles reformas de futuro.

Esta tarea no era fácil en un principio y, sin embargo, debo reconocer en el más amplio sentido del término la ayuda prestada por los magistrados, jueces, colaboradores judiciales, procuradores, fiscales y profesores universitarios que asistieron a los cursos impartidos en San Salvador. Sin ellos este texto no sería el mismo. O, por mejor decir, sería mucho peor.

A todos ellos, pues, mi agradecimiento.



PRESENTACIÓN

La colaboración de consultores internacionales en los cursos de capacitación de esta Escuela es una experiencia gratificante para quienes se benefician de sus conocimientos, ideas y propuestas. Sin embargo, el aprovechamiento de tal colaboración, así planteada, es siempre reducido. Las implicaciones físicas del ejercicio docente determinan que, a pesar de la abnegación con que se realice, es inevitable que los beneficios del curso se limiten al número de participantes. Esa es una de las principales insatisfacciones que nos provoca recordar épocas pasadas en las que, con mayor frecuencia, el aprendizaje en estas aulas era conducido por profesores extranjeros.

El trabajo publicado en esta obra constituye una muestra de que la coyuntura que propició aquella realidad ha cambiado. También, de que el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante su Escuela, y las entidades que le prestan asistencia técnica, reconocen la importancia de multiplicar y perpetuar los resultados del esfuerzo que el docente en este caso español, ha puesto en el servicio de distintos procesos de capacitación. Para ello, en coordinación con la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia (UTE), la Unidad de Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia (ARSJ-BID) y la empresa *Associates in Rural Development* (ARD), esta Escuela solicitó al consultor elegido la elaboración de un texto monográfico sobre la temática del curso que impartirían. La versión preliminar de este documento se utilizó como material de apoyo de las actividades de clase y de esta manera, su empleo, análisis y discusión permitió enriquecer el texto original con ideas que lo adecuaron a las necesidades puestas de manifiesto por los capacitandos de cada curso.

De este modo el trabajo aquí publicado corresponde a los cursos que con iguales nombres fueron servidos a dos grupos de destinatarios de los servicios de esta Escuela, según se detalla a continuación: ***La Prueba en el Proceso Civil***, impartido por Fernando Escribano Mora. Según la temática del curso, sus destinatarios fueron Magistrados, Jueces, Fiscales del Departamento de Procuración, Miembros de la

Procuraduría General de la República, Docentes Universitarios, Abogados en el ejercicio independiente de la profesión, Colaboradores Jurídicos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La denominación de esta antología y la disposición secuencial de los temas individuales no son arbitrarias, porque además de expresar el denominador común de este trabajo testimonia la calidad científica de sus contenidos. No podía ser de otro modo, en vista del nivel profesional y académico de su autor. Y también, porque propicia que la lectura integral de la obra se aproveche sin experimentar “saltos cognoscitivos”, en una trayectoria lineal, de lo abstracto a lo concreto, si bien los niveles de abstracción son los mínimos indispensables para el tratamiento de la temática. Esto último, es una característica que debe resaltarse de la monografía. El autor han realizado notables y exitosos esfuerzos por referirse a lo útil para la práctica de los operadores de la Administración de Justicia.

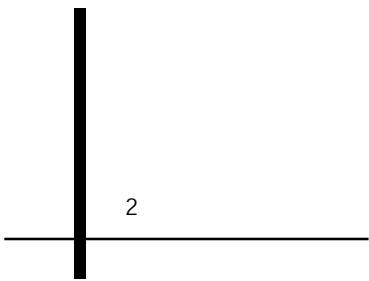
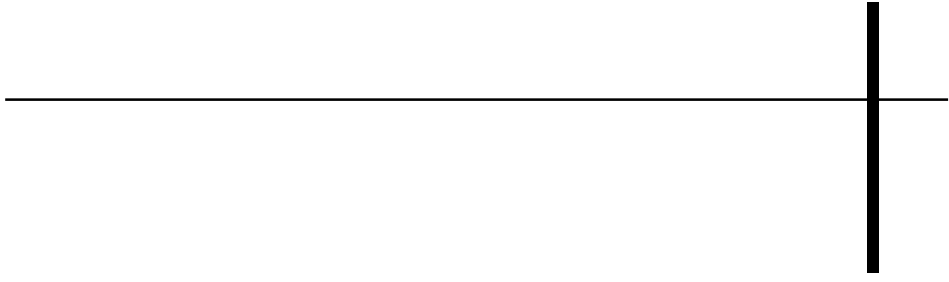
Por lo anterior, estamos seguros de que esta obra coadyuvará a todos los que han asumido su responsabilidad de tomar iniciativas encaminadas al mejoramiento del servicio que prestan y, entre éstas, tiene un rol determinante la auto-formación.

Escuela de Capacitación Judicial



CAPITULO I
ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL
DERECHO PRIVADO





Sumario: 1. La influencia del constitucionalismo en el Proceso Civil. 2. La Idea de un Proceso Constitucionalmente configurado. 2.1. Eficacia normativa. 2.2. Función Garantista.

INTRODUCCIÓN

Antes de entrar al tema probatorio, se abre la necesidad de realizar una reflexión inicial sobre las confluencias que la Constitución irradia hacia las Capitulaciones procesales.

No solo se trata de presentar a la Constitución bajo la geometría piramidal, sino convenir en las cualidades que la diferencian del resto de normas del ordenamiento jurídico. Por otra parte la Constitución navega en el garantismo de los procesos, especialmente cuando haya de utilizarse medios de prueba para la defensa.

1. LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL PROCESO CIVIL

Todos podemos convenir en que la Constitución es una norma cualitativamente distinta en la medida en que incorpora un sistema de valores esenciales que ha de constituir forzosamente el orden de convivencia política. También es obligado partir de que se trata de la norma que está en la cúspide del ordenamiento jurídico y que, sin perjuicio de su aplicación directa, que analizaremos seguidamente, tiene una característica específica cual es la de informar al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución es, pues, la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico. La doctrina clásica constitucionalista extrae de esta primera afirmación tres consecuencias:

- La Constitución impone al legislador límites, que le impiden dictar normas que contravengan los que en ella aparezcan como derechos fundamentales.
- Es un mandato al juez para que, como norma fundamental, observe estrictamente la jerarquía normativa, es decir que aplique la Constitución porque justamente se encuentra en el vértice de la pirámide normativa.

-
- Es un elemento de integración o interpretación del ordenamiento jurídico.

Trataremos de desarrollar, en primer lugar, precisamente esto.

Para ello, conviene partir de algunas consecuencias de principios constitucionales básicos, pues la principal dificultad (observada en todos nuestros países, en los que conviven normas preconstitucionales, con la propia Constitución) reside en la posible derogación tácita de normas porque se oponen a la propia Constitución (por ejemplo la expulsión del ordenamiento procesal salvadoreño del denominado pacto de no apelar del artículo 986 ord. 2º Prc.) o en la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico con arreglo a los derechos fundamentales de los ciudadanos (por ejemplo la obligación de notificar la sentencia al rebelde, o la exacerbación de los requisitos del emplazamiento para poder declarar la rebeldía y la subsidiariedad del denominado emplazamiento edictal).

En primer lugar es obligado aludir a la Constitución como fuente principal del Derecho. La Constitución es una norma directamente aplicable por el juez y por el resto de órganos llamados eventualmente a aplicar el Derecho, lo que significa su eficacia directa para los jueces, derivada de lo dispuesto en el artículo 172 Cn. Además de ser, por lo tanto, una fuente del Derecho es la fuente formal de mayor jerarquía, lo que, a su vez, implica que el resto de las fuentes del Derecho, incluida la Ley, tienen la posición subordinada a ella que la propia Ley fundamental les atribuye. Consecuentemente, el resto de las normas están subordinadas a la Constitución no sólo formalmente, sino desde un punto de vista material, lo que significa que el resto de las fuentes no pueden contradecir (y de hacerlo serán o interpretadas conforme a la constitución o, simplemente, expulsadas del ordenamiento por el órgano que tenga dicha función) el contenido de la Constitución de modo que no formarán parte del ordenamiento jurídico más que las normas material y formalmente acordes con los presupuestos constitucionales.

Como acertadamente resume TINETTI⁵: “a) la Constitución es Derecho. No se trata de una institución ideal o simbólica, sino de un documento jurídico y como tal vinculante; b) La Constitución tiene un valor normativo y directo; c) no solamente es una norma, sino la primera de las normas del ordenamiento jurídico salvadoreño, la *Lex superior*”. Ello no quiere decir que no existan normas en la Constitución salvadoreña que no tengan este valor de declaración de principios y normas de contenido puramente programático. Es decir que, sobre todo en el catálogo de derechos y libertades fundamentales, las normas no están situadas en el ordenamiento como simples declaraciones de principios, sino que, bien por el contrario, están situadas en él para, precisamente, servir de normas de garantía y de aplicación directa por los propios tribunales de Justicia.

Entrando más de lleno en la relación entre Constitución y Proceso civil, la cuestión reside en determinar qué integra el derecho fundamental de acceso al proceso y los derechos que han de respetarse en el mismo, y cómo se aseguran estos derechos dentro del proceso, es decir como se respetan dentro de él las denominadas garantías procesales constitucionalizadas.

Como expondremos más adelante, el derecho al debido proceso es denominado en el Derecho constitucional salvadoreño “derecho o garantía de audiencia”, pero, como ha resaltado la totalidad de la doctrina, este derecho de audiencia es el mismo que con otras denominaciones se recoge en otros ordenamientos jurídicos (derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en el derecho español, o *due process of law* en los ordenamientos sajones).

2 LA IDEA DE UN PROCESO CONSTITUCIONALMENTE CONFIGURADO

Al igual que ocurrió con las Constituciones históricas españolas (la de 1812 y la de 1873) la Constitución de El Salvador no contiene una específica mención al derecho a la utilización de los medios de prueba

⁵ Tomado de: Bertrand Galindo, Francisco; Tinetti, José Albino; Kuri de Mendoza, Silvia Lizette, Orellana, María Elena; “Manual de Derecho Constitucional”, Centro de Investigación y Capacitación, San Salvador, 1992., p. 148.

pertinentes para la defensa. La primera de las Constituciones españolas mencionadas incluía el derecho al proceso debido, donde se enmarcaba el derecho a la contradicción y defensa en condiciones de igualdad –que finalmente comprende el derecho a la prueba– y la segunda mencionaba el derecho a la defensa, donde, como veremos puede perfectamente incluirse el derecho a probar en el proceso civil. No existe en la Constitución de El Salvador, pues, un precepto constitucional del tenor del artículo 24.2 de la Constitución Española que consagra, entre los derechos fundamentales denominados procesales, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, no obstante lo cual, existe coincidencia en la doctrina constitucionalista sobre la vinculación o integración de este derecho en el derecho de defensa. Más aún una línea doctrinal del Tribunal Constitucional español, luego abandonada, trataba, a mi juicio con acierto, de deslindar el derecho autónomo a la prueba, propio del proceso penal, en el que tiene connotaciones obviamente diferentes, no sólo por la carga de la prueba, sino también por los sistemas de valoración, del propio derecho a la prueba en el proceso civil, ligado a garantía de la defensa –o a la proscripción de la indefensión–, y por lo tanto a una garantía immanente en los principios de audiencia bilateral, contradicción e igualdad de armas, es decir como integrante del derecho al proceso debido.

Sin embargo, el derecho fundamental a la defensa –y por tanto sus consecuencias inseparables, entre las que se encuentra el derecho a la prueba– se ha incluido sin dificultad por la Sala de lo Constitucional de Corte Suprema de Justicia a través de la interpretación del artículo 11 de la Constitución de El Salvador (que consagra el derecho de audiencia en todos los procedimientos), del artículo 8.1 (relativo a las garantías judiciales) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –conocida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969– que fue ratificada por El Salvador en 1978 y, por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 de la Constitución de El Salvador, constituye Ley de la República, así como el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, también incorporado al ordenamiento jurídico salvadoreño, que reconoce el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías, tras proclamar el derecho a la igualdad de armas. Y trasunto del derecho fundamental a la defensa es, como vimos, el

derecho a la utilización de los medios de prueba que, entre otras cosas, asegura la igualdad de armas de las partes en el proceso civil.

Del análisis de la doctrina constitucional en El Salvador se desprende que, sin esfuerzo alguno, se ha incluido el derecho a lo que se denomina "la libertad probatoria". Por ejemplo, la Sentencia de 13-X-98, dictada en el amparo 150-97, 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. Por todo ello, esta Sala ha sostenido repetidamente que existe violación al derecho constitucional de audiencia cuando el afectado . . . 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".

La Sala de lo Constitucional ha incluido dentro de él de forma expresa el derecho a la prueba. Así, en la Sentencia de 11 de junio de 1999, dictada en el recurso de amparo 134/98, se mantiene lo siguiente: "En cuanto al derecho de defensa, tal y como lo concibe este Tribunal en este caso, puede decirse que la vigencia 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 en apoyo de éstas. Es decir, la defensa en juicio, posibilita, mediante la contradicción, la oportunidad de defender las correspondientes posiciones en todo proceso en el que pudiere resultar afectado cualquier derecho o categoría jurídica protegible que forme parte integrante de la esfera jurídica de los justiciables, mediante la aportación y alegación de los hechos que las conforman sustancialmente. No obstante, es de señalar que, como lo sostiene la jurisprudencia de este Tribunal, la comparecencia de las partes al proceso no tiene para éstas el carácter de obligación, sino de carga procesal; por lo que no habrá infracción a la defensa en juicio si se ofrece a los posibles intervinientes en un proceso la oportunidad real de ser escuchados, independientemente que éstos intervengan o no

en el mismo. En realidad, la defensa en juicio se proyecta sobre todo en el proceso, fundamentalmente en el núcleo de su desarrollo, en el cual debe concederse a las partes una protección efectiva a sus derechos y categoría jurídicas protegibles a través de los medios de defensa que éstas consideren convenientes. En el curso del proceso, la defensa en juicio se condensa en la libertad probatoria y el derecho de alegar, contradictoriamente y en situación de igualdad. Y es que, la contradicción en todo proceso únicamente puede lograrse mediante la posibilidad conferida a las partes de acceder al proceso para poder hacer valer sus pretensiones y resistencias mediante la introducción del conjunto de hechos que las sustentan y la correspondiente prueba sobre su existencia. (la negrita es nuestra)⁶.

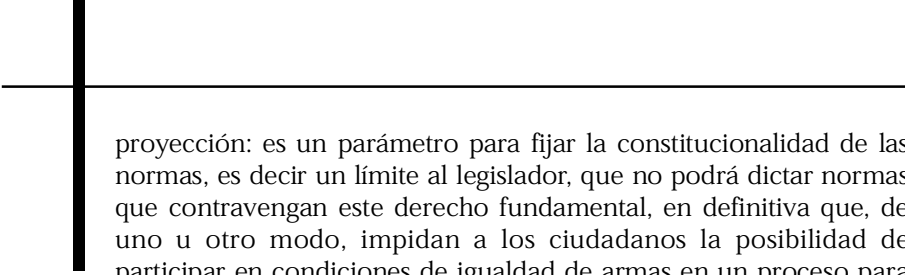
Así pues, desde la perspectiva del derecho a la defensa o desde la proscripción de la indefensión, el derecho a usar los medios de prueba pertinentes para la defensa, ha de entenderse como un derecho fundamental. No absoluto (casi ningún derecho lo es), pero en definitiva uno de los derechos procesales que reconocen nuestros ordenamientos.

Parte de la doctrina, en España, ha incluido este derecho dentro del derecho al debido proceso, concepto que, como tal y de modo expreso, no está incluido en el artículo 24 de la Constitución española, pero que sin duda puede construirse sin esfuerzo a partir del propio concepto del *due process of law*, en modo parecido al que lo ha hecho tradicionalmente la doctrina Constitucional americana y alemana. No vamos a tratar de terciar en este tema, pues incluido técnicamente en uno u otro lugar, nos parece más operativo analizar la cuestión desde el prisma de las consecuencias que para la prueba en el proceso civil tiene el derecho a la prueba, lo que, por lo expuesto, nos obliga a detenernos en algunas de las características fundamentales de la Constitución.

2.1. Eficacia normativa

Lo primero que queremos destacar es que, configurado el derecho a la prueba como un derecho fundamental implica una doble

⁶ En el mismo sentido, vid. sentencia de la Sala de Constitucional de 16 de junio de 1999, dictada en el amparo 1607/1998..



proyección: es un parámetro para fijar la constitucionalidad de las normas, es decir un límite al legislador, que no podrá dictar normas que contravengan este derecho fundamental, en definitiva 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 en él se respete la garantía de defensa, incluido el derecho al uso de los medios de prueba pertinentes.

Pero, por otro lado, es un deber que corresponde a los tribunales respetarlo, y un derecho de los ciudadanos directamente ejecutable y aplicable por los mismos. Esto es así, porque como han afirmado nuestros Tribunales Constitucionales (la Corte Suprema en El Salvador), nuestras Constituciones tienen eficacia normativa, es decir, no precisan de la interposición de una norma de desarrollo para que tengan efectividad.

En definitiva, el derecho al debido proceso, y dentro de él el derecho a la defensa, incluyéndose el de valerse de los medios de prueba para la defensa, es un derecho, aplicable a toda clase de procesos, de innecesaria concreción legislativa, aunque como veremos está sujeto a las formalidades establecidas en la legislación procesal.

El hecho de que exista la norma procesal, precisamente por el límite al legislador o por la cláusula de interpretación conforme a la Constitución, impone no solamente la necesidad de, normalmente, cumplir con sus mandatos, sino desde el lado negativo, impone la absoluta necesidad de que la Ley, so pena de inconstitucionalidad, respete el contenido esencial del derecho fundamental al proceso debido, pues la Ley se encuentra necesariamente vinculada a la Constitución como *ley más fuerte*.

Por ello, este derecho fundamental, hoy constitucionalizado, es de necesario reconocimiento en las leyes procesales en cualquier clase de procedimiento, según su estructura.

2.2. Función garantista

El derecho al debido proceso nace con una función garantista. Es decir es, primordialmente, un derecho instrumentado⁷ para la defensa de los derechos y libertades públicas; se encuentra tipificado al servicio de la tutela de los demás derechos fundamentales (como dice el artículo 11 Cn.) y debe garantizar instrumentos procesales de protección de esos derechos (art. 2 Cn.). Por ello, este derecho no tendrá reconocimiento efectivo en un Estado o tendrá escaso significado si la Constitución no prevé el modo efectivo de garantizarlo frente a cualquier ataque a los bienes o derechos de los ciudadanos, garantizándoles ante los Tribunales de Justicia, necesariamente imparciales, un proceso que les permita ejercer en plenitud su derecho a la defensa. Como afirma la Sala de lo Constitucional de El Salvador (Sentencia de 4 de mayo de 1999, amparo 231/98) *“el proceso constitucional 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”*.

Ello nos introduce en dos conceptos básicos para comprender el amparo constitucional, tanto en los sistemas de control directo, como en los sistemas de control difuso de la constitucionalidad de las normas. 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 habitualmente, 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 el denominado principio de subsidiariedad.

En segundo lugar, hay que conocer cuál es la posición que ocupan las Cortes de Constitucionalidad en el sistema jurídico de cada Estado,

⁷ Bandres Sanchez-Cruzat, J.M. El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional". Editorial Aranzadi. Pamplona 1992.

de modo que se sepa cuál es la función de cada instancia judicial. Desde luego parece obvio que, en vía de constitucionalidad, no son los Tribunales Constitucionales (sea cuál sea la forma que adopten en el control) quienes están encargados de apreciar las cuestiones de mera legalidad. En definitiva, el control constitucional, ha de referirse exclusivamente a aquellos aspectos que derivan del ajuste o desajuste de las normas (desde el punto de vista de la estructura) al principio del proceso debido, al derecho de defensa y al derecho a la prueba, pero no al enjuiciamiento de las cuestiones de mera legalidad, relacionadas con la interpretación de las leyes procesales, que han de pertenecer a los tribunales ordinarios. En definitiva eso se traduce en dos consecuencias: la lesión al derecho ha de ser previamente invocada en el proceso (siempre que se haya podido tener acceso a él) y no toda vulneración procesal se erige en vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba; tan sólo se erige en una vulneración constitucional la lesión que afecte al propio derecho de defensa, es decir la que provoque la indefensión del ciudadano. Así lo ha afirmado, sin fisuras, la Sala de lo Constitucional (Sentencia de 2 de febrero de 1999): *“Asimismo es jurisprudencia reiterada por este Tribunal, en casos como el presente, que el asunto cuestionado queda fuera de su competencia, ya que en el fondo se alegan omisiones procesales que no trascienden al ámbito constitucional, y las mismas deben debatirse y resolverse de acuerdo a la Ley que rige el acto, por tratarse de un asunto regido exclusivamente por la legislación secundaria.*

El concepto de indefensión con relevancia jurídico constitucional no coincide necesariamente con un concepto de indefensión meramente jurídico procesal, pues no cualquier vulneración de las normas que puedan cometer las autoridades pueden equipararse a la idea de indefensión...sino cuando el particular ve cerrada, de modo irrazonable la posibilidad de ejercer su derecho a a defensa o se le reduce éste arbitrariamente”.

A pesar de ello, resulta indispensable que la conexión entre el derecho constitucionalmente garantizado y la norma procesal infringida sea inmediata, de manera que la violación del derecho fundamental debe entenderse consecuencia necesaria de la infracción de la norma procesal.

Finalmente, no es posible terminar esta exposición sin aludir, siquiera brevemente, al derecho a recibir una resolución fundada en Derecho, que impone el deber para los órganos judiciales de motivar las resoluciones judiciales. Parece bastante evidente que las decisiones judiciales no pueden ser meros actos de autoridad. Este deber de motivación alcanza relevancia constitucional desde el momento en que: a) existe una proscripción general, e incorporada a nuestros ordenamientos también de modo generalizado, de la arbitrariedad; b) una resolución inmotivada es en sí misma arbitraria porque no permite conocer los motivos por los que se adopta una determinada decisión; c) la motivación de las resoluciones judiciales es el único modo de averiguar el proceso lógico-jurídico seguido por el juez para adoptar una decisión; d) a su vez, es la única manera de determinar su ajuste a la norma y, también, de determinar la congruencia de las resoluciones judiciales; e) también –y ello es vital– permite en sede de recurso conocer las razones para que los órganos superiores puedan revisar la decisión de los inferiores y también el análisis de constitucionalidad.

En parecidos términos se pronuncia la Sala de lo Constitucional (Amparo 7/98, sentencia de 25 de agosto de 1999): *“En ese aspecto, corresponde aclarar que los derechos constitucionales de seguridad jurídica y defensa en juicio imponen al juzgador la obligación de motivar sus resoluciones. Y es que, la obligación de fundamentación no es un mero formalismo procesal, sino que se apoya en el principio de legalidad; y sobre todo facilita a los justiciables los datos, explicaciones y razonamientos necesarios para que éstos puedan conocer el por qué de las mismas; posibilitando, en todo caso, una adecuada defensa. Precisamente, por el objeto que persigue la motivación –la explicación de las razones que mueven objetivamente al Juez a resolver en determinado sentido, posibilitando el convencimiento de los justiciables del por qué de las mismas– es que su observancia reviste especial importancia. En virtud de ello, es que el incumplimiento a la obligación de motivación adquiere connotación constitucional, por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en juicio, en el sentido que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos jurisdiccionales no pueden los justiciables observar el*

sometimiento del Juez a la ley ni permite el ejercicio de los medios de defensa, especialmente el control a posteriori por la vía del recurso.

Esta obligación de motivación no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso, sino que el deber de motivación que la Constitución y la ley exige impone que en los proveídos judiciales se exterioricen los razonamientos que cimienten la decisión jurisdiccional, debiendo ser la motivación lo suficientemente clara y concisa para que sea comprendida no sólo por el técnico jurídico sino también por los ciudadanos. De lo expuesto en los párrafos anteriores puede concluirse que la motivación de las resoluciones elimina todo sentido de arbitrariedad al consignar las razones que han originado el convencimiento del juzgador para resolver en determinado sentido, pudiendo los justiciables conocer del por qué de las mismas y controlar la actividad jurisdiccional a través de los medios impugnativos”.

En cuanto a los derechos a la contradicción, audiencia y defensa, incluidos también en el derecho al debido proceso, requieren de una concreción para distinguirlos, aunque todos ellos integran indudablemente el derecho al proceso debido, o a la garantía de audiencia en el ordenamiento de El Salvador. El derecho de contradicción, implica que para dar satisfacción a una pretensión es obligado admitir y tener en cuenta la contradicción del contrario. Hay que advertir que, como analizaremos más adelante, en el proceso no existen derechos y obligaciones, sino técnicamente posibilidades y cargas, lo que implica dar la oportunidad a las partes de contradecir; no necesariamente de imponer la contradicción. Este principio está inserto en todo el proceso o, por mejor decir, atraviesa con su formulación la totalidad de las fases procesales (contestación a la demanda, contestación a la reconvenición o mutua petición, derecho a la prueba, conclusiones o alegaciones finales, derecho a la formulación de los recursos previstos por la Ley). En realidad, supone evitar el desequilibrio entre las partes, o lo que es lo mismo garantizar la posibilidad de ser oídos en igualdad de armas procesales y, en definitiva, de evitar la indefensión en la que entraremos posteriormente. No supone que no haya procesos civiles en los que, por alguna razón constitucionalmente válida, no existan limitaciones

en las alegaciones, la defensa y la prueba, generalmente por el limitado alcance de determinada acción (por ejemplo en los procesos sumarios o en los ejecutivos). Tampoco supone que no haya procesos en los que puedan existir afectaciones para terceros que no tienen por qué ser llamados al proceso.

El principio de audiencia, o derecho a ser oído en el proceso, implica no solamente el anterior, es decir dar oportunidad a las partes a participar en el proceso, sino que impone también dar oportunidad a las partes de participar en cada una de las fases del proceso desde el mismo momento en que se entabla la litispendencia, de ser oído, es decir de hacer valer sus argumentos. ¿Qué implica? No solamente tener acceso al proceso, sino tener comunicación con todo lo que en él ocurre (derecho a recibir comunicación de las distintas fases e hitos procesales).

Finalmente, el derecho de defensa, sin duda el relevante para la cuestión que nos ocupa o, por mejor decir en negativo, la proscripción de la indefensión, implica que cuando se quebrantan los derechos de contradicción y audiencia, se está vulnerando en definitiva el derecho a defenderse. Ello implica, conforme vimos al inicio, que cualquier decisión del legislador o del órgano judicial que vulnere los anteriores principios significará una merma del derecho de defensa que implica así una especie de cláusula de cierre. Según el TC español el derecho de defensa implica “el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes en posición de igualdad dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conducente o conveniente al reconocimiento judicial de sus tesis”. No obstante, el Tribunal Constitucional español y el salvadoreño han analizado el derecho de la defensa, desde la perspectiva de la indefensión formal y material. Aunque profundizaremos más adelante en esta cuestión, vaya ya por delante que no toda limitación al derecho de defensa alcanza relevancia constitucional, sino solamente la que tienen la virtualidad de mermar materialmente las posibilidades de contradecir y ser oído.

La consecuencia, extraída también por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es que la vulneración del derecho de defensa solamente tendrá relevancia

constitucional cuando la vulneración de una norma jurídico procesal conlleve unas consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real de los intereses del afectado por ella. Pero si atendemos al concepto primario, parece ya evidente que una eventual lesión del derecho de defensa, podemos encontrarla en todas las fases del proceso (en la fase de alegaciones en el no emplazamiento, en el no debido llamamiento al demandado, en la inexistencia del propio proceso; en la fase probatoria en los impedimentos relevantes de la posibilidad de probar lo alegado o en la permisón de que se utilicen medios no previstos o ilícitos o en los defectos de motivación de las resoluciones judiciales en materia de prueba, en la de conclusiones y sentencia normalmente en las cuestiones atinentes a la posibilidad de alegar sobre la prueba, en las decisiones arbitrarias, inmotivadas o incongruentes respecto de la sentencia; en los recursos en los impedimentos ilícitos para acudir a ellos, en las incongruencias por extra, citra o infra petita, en las cuestiones de motivación). En cuanto a los elementos que integran el derecho a no padecer indefensión, es conveniente para el tema que nos ocupa aludir a los elementos que lo integran⁸.

⚡ La infracción de una norma procesal

Con carácter general (y salvo los supuestos de inexistencia de una norma, que tienen otra dimensión) la infracción del derecho de defensa requiere que por el órgano judicial se haya vulnerado una disposición procesal. Cuando no es así es que la norma en sí misma es inconstitucional. Otra posibilidad la integran los supuestos en los que la norma se haya interpretado de modo inconstitucional (por ejemplo en el llamado edictal o en la notificación de las sentencias en rebeldía).

⚡ La privación o limitación de un medio de defensa

No solamente se requiere como vimos la infracción de una norma, sino también que ello implique una privación o limitación de las oportunidades de defensa, en el sentido de privar o limitar la posibilidad de realizar alegaciones, de proponer o practicar pruebas,

⁸ Borrojo Iniesta, Ignacio (en Borrojo, Díez-Picazo y Fernández Farreres) "El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo". Civitas-BBV. Madrid, 1995.

o ambas cosas a la vez. Esta es una condición necesaria pero no suficiente para que se produzca la vulneración porque se precisa como veremos que, además, produzca indefensión.

⚡ **La falta de imputabilidad al justiciable**

La jurisprudencia y la doctrina son muy claras a este respecto: la privación o limitación del derecho a la defensa no ha de ser imputable a quien la alega. Normalmente esto se produce en los supuestos de conocimiento extraprocésal o de falta de diligencia.

⚡ **El carácter definitivo y la falta de subsanación**

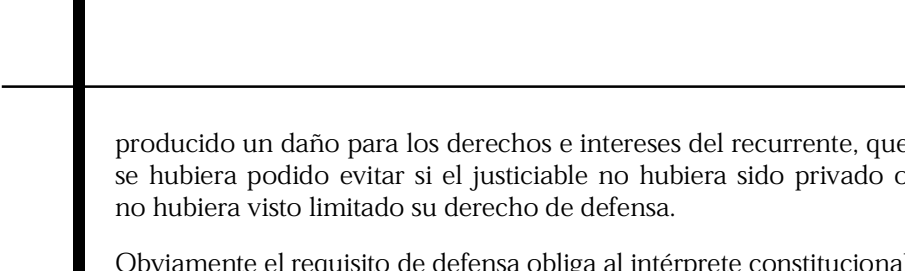
De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para que pueda apreciarse la indefensión es necesario que la privación o limitación del derecho de defensa no haya podido subsanarse dentro del propio proceso. Eso elimina de la posibilidad de existencia de vulneraciones al derecho de defensa los supuestos en los que el agraviado ha tenido a su disposición un medio de subsanación y no lo ha utilizado, o cuando no ha utilizado los medios de recurso que le permiten las leyes o cuando no permite al órgano judicial remediar las lesiones producidas.

⚡ **La carga de especificar la defensa**

Como decíamos anteriormente, la indefensión puramente formal no tiene relevancia a efectos constitucionales, solamente aquella que es capaz de incidir en el concepto material del derecho de defensa, lo que, a su vez, implica que el agraviado ha de poner en conocimiento del órgano judicial esta vulneración y permitir su remedio en algunos ordenamientos (obligación de previa invocación) y en otros (el salvadoreño, donde no se exige con esta especificidad) la necesidad de demostrar el agravio en sede constitucional.

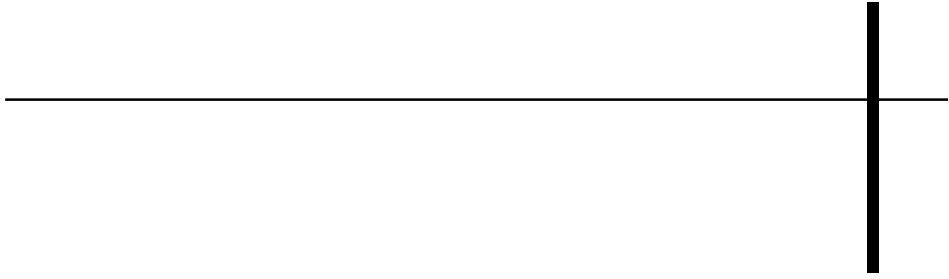
⚡ **El juicio de incidencia**

La indefensión para ser apreciada requiere un perjuicio efectivo que no se identifica con la mera alegación y producción de infracciones procesales, sino que requiere de una infracción (más que formal o material) constitucionalmente relevante, es decir capaz de haber



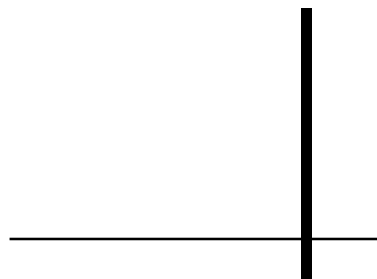
producido un daño para los derechos e intereses del recurrente, que se hubiera podido evitar si el justiciable no hubiera sido privado o no hubiera visto limitado su derecho de defensa.

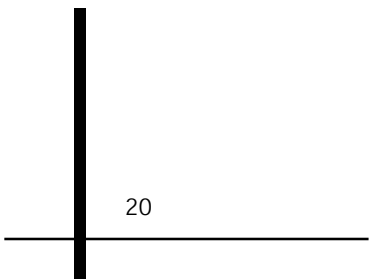
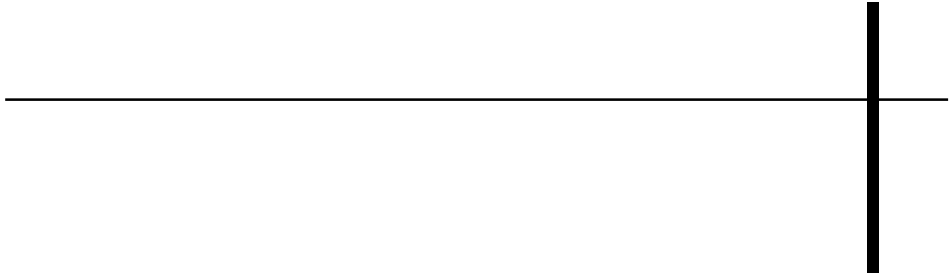
Obviamente el requisito de defensa obliga al intérprete constitucional a hacer un juicio hipotético a posteriori para determinar si eliminada una determinada pieza, el resultado hubiera sido sustancialmente el mismo.





CAPITULO II
EL DERECHO A LA PRUEBA





Sumario: 1. Derecho a utilizar los Medios de Prueba. 1.1. Vulneraciones producidas en la fase de admisión de los medios de prueba. 1.2. Infracciones producidas en la fase práctica de los medios de prueba. 1.3. Incumplimientos ocasionados en sentencias en relación con los medios de prueba. 2. Algunos principios del Proceso Civil relacionados con el derecho a la prueba. 2.1. El principio dispositivo. 2.2. El principio de aportación de parte. 2.3. El objeto del proceso: pretensión y resistencia.

INTRODUCCIÓN

El Derecho a utilizar los medios de prueba o derecho a la libertad probatoria tiene ámbitos específicos de funcionamiento en el proceso civil.

Por de pronto se intenta identificar los principales estadios y ocasiones procesales en que se pueda incurrir en la vulneración de este derecho. De otro modo habrá que identificar los principios más importantes que sustentan la dimensión constitucional.

1. EL DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA

Sentados ya los puntos de partida del derecho al proceso debido, y a la defensa, igualdad de armas y contradicción, procede que entremos en el análisis concreto de las consecuencias que ello tiene en el derecho a la prueba, más concretamente del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. El derecho a la utilización de medios de prueba, llamado por la jurisprudencia de la Sala de Constitucionalidad "*derecho a la libertad probatoria*", que como hemos visto es inseparable del derecho de defensa, consiste básicamente en que los medios de prueba pertinentes sean admitidos y las pruebas sean practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocer u obstaculizar el derecho, incluso prefiriendo el exceso en la admisión que la restricción en caso de duda.

Ahora bien ¿cuál es el ámbito específico de este Derecho?. No es el momento de aludir a otro tipo de procedimientos como los

administrativos, por ejemplo, en los cuales el TC español ha admitido la vigencia de este principio. Nos referimos al ámbito estricto de aplicación del principio a los procesos civiles. Desde esta perspectiva este derecho ampara exclusivamente las actuaciones en los procesos civiles en las que por el órgano judicial se deja indefensa a una parte a causa de una decisión relacionada con la actividad probatoria que afecte a cualquiera de las fases en las que, a su vez, puede subdividirse (proposición, recibimiento a prueba, práctica y valoración).

Por lo tanto podrá producirse, en relación con el primero de los hitos cuando el juez decida no abrir el período probatorio –es decir que resuelva como si se tratara de una cuestión de mero derecho, sin justificación– o cuando, llegados al segundo, resuelva no admitir alguno de los medios. También cuando en la práctica incumpla las normas que regulan la actividad probatoria, siempre que ello tenga trascendencia constitucional y no sea una cuestión de mera legalidad. Finalmente, cuando la valoración sea contraria a las normas procesales siempre que alcance la misma relevancia. Vamos a intentar aproximarnos aún más a este tipo de supuestos.

1.1. Vulneraciones producidas en la fase de admisión de los medios de prueba

Lo habitual, como hemos dicho, es que cualquier vulneración con trascendencia constitucional se produzca en la denegación de medios de prueba propuestos por las partes. No obstante, algún autor⁹ se ha planteado si puede existir vulneración por la admisión de un medio de prueba, lo que está plenamente aceptado por el TC español, pues de otro modo, por ejemplo, no se podrían solucionar los problemas de la prueba ilícita (AOS 257/1985). El necesario equilibrio procesal, que forma parte también de la estructura procesal del sistema, impone esta solución. Sentado lo anterior, trataremos de enfocar aún más la cuestión y a tratar de desgranar dónde y cómo se suele producir la vulneración del derecho a la defensa. Conviene recordar cuánto hemos dicho anteriormente sobre el principio de aportación de parte,

⁹ Sánchez Carrió, José Luis. "La incidencia en los procesos civiles del derecho fundamental a utilizar los medio de prueba pertinentes". En Boletín del Ministerio de Justicia. N.º. 1811, páginas 2493 y ss. Madrid, diciembre 1997.

sobre la indefensión material, y sobre la distribución de la función jurisdiccional ordinaria y constitucional.

Desde estas perspectivas, el TC español ha mantenido que *el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no es un derecho absoluto en el sentido de que no implica el derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada*. ¿Cuáles son las consecuencias de esta declaración? Dos, fundamentalmente, y ambas conectadas con el principio de indefensión material: las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma (la negligencia de la parte no puede afectar al derecho fundamental) lo que obliga a acudir a las normas procesales y, además, han de ser pertinentes, cuestión esta que pertenece en exclusiva decidir a los órganos judiciales (cuestión de legalidad ordinaria) con la única posible incidencia constitucional cuando la denegación del medio de prueba se haya producido de modo inmotivado o con motivación irracional, irrazonada o fruto de un error patente. De la cuestión de la pertinencia, utilidad y relevancia de las pruebas nos ocuparemos más adelante, de modo que dejamos para ese momento el análisis del concepto de pertinencia, y la posible dimensión constitucional que, ya anunciamos, está relacionada con la motivación y la posibilidad de defensa contradictoria.

1.2. Infracciones producidas en la fase de práctica de los medios de prueba

Como parece evidente ya, este tipo de vulneraciones solamente se va a producir en aquellos supuestos en que no se practican, por determinadas causas, los medios de prueba ya admitidos. Desde luego debemos otra vez establecer el límite de la indefensión material, que limita nuevamente la relevancia constitucional a la no siempre fácil comprobación *ex post* de la consecuencia que para el derecho de la parte (la pretensión o la resistencia) ha producido el hecho de no haber podido llevar a la práctica un determinado medio de prueba que, por ser pertinente, había sido admitido. Esta es la postura de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema que ha afirmado en la sentencia de 18 de diciembre de 1996 lo siguiente: *“para que el error en la apreciación de la prueba constituya motivo fundante de casación, es necesario que de no existir el error el fallo hubiere sido favorable al*

recurrente, es decir que el fallo le fue adverso precisamente porque el juzgador incurrió en ese error; pero en el caso de autos el fallo le fue adverso al demandante porque no probó el demandante la posesión actual del inmueble. Por lo que no existe el vicio alegado". Desde este punto de vista se me ocurren las siguientes posibilidades:

- 1) La prueba se practica de modo diferente al regulado por las leyes;
- 2) La prueba no se practica por una omisión o negligencia relevante por parte del órgano judicial;
- 3) La prueba inicialmente admitida se deniega después fuera del cauce previsto por las leyes, o por motivos irracionales o quebrantadores del equilibrio procesal;
- 4) La prueba practicada no se une al proceso, eliminándose por ello del material que el juez tiene en cuenta a la hora de dictar su resolución.

1.3. Incumplimientos ocasionados en sentencia en relación con los medios de prueba

En este último caso, en puridad, no estamos en un supuesto de lesión a este derecho, sino al derecho a la tutela judicial efectiva derivado de la motivación de las sentencias judiciales (es decir, del derecho de audiencia del art. 11 de la Constitución salvadoreña).

Estarían incluidos en él los supuestos de prueba no valorada, prueba valorada de modo irracional o contraria al ordenamiento jurídico (error en la apreciación de la prueba con trascendencia constitucional) o valoración de una prueba ilícitamente obtenida. La doctrina del Tribunal Constitucional español, ha resumido todas estas posibilidades en una muy asentada doctrina, que puede aplicarse a los principios elaborados por la Corte Suprema de El Salvador, tanto por la Sala de lo Constitucional, como por la Sala de lo Civil, aunque, al menos que nosotros conozcamos, no se ha producido aún una sistematización del derecho a la libertad probatoria, como contenido del derecho de audiencia¹⁰.

¹⁰ La STC 37-2000, del Tribunal Constitucional Español resumiendo una doctrina asentada en el tiempo, puede resumir lo que hemos establecido en los apartados anteriores: "TERCERO.- A fin de resolver la cuestión planteada debe recordarse que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental,

2. ALGUNOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL RELACIONADOS CON EL DERECHO A LA PRUEBA

Tras resaltar la dimensión constitucional del derecho a la prueba (o, por mejor decir del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes, con el alcance que hemos analizado), para la posterior comprensión de las cuestiones que trataremos sobre el objeto de prueba, conviene que fijemos algunos principios del proceso civil, en aras a la coherencia del discurso.

2.1. El Principio Dispositivo

El principio dispositivo (GIMENO SENDRA) informa el objeto del proceso e indica a quién le corresponde la titularidad de la pretensión

inseparable del derecho de defensa, que el art. 24.2 CE reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso (STC 131/1995, de 11 de septiembre, 1/1996, de 15 de enero, por todas).

Asimismo este Tribunal ha señalado que el art. 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, al ser esta una materia propia de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE confiere en exclusiva a los Jueces y Tribunales, lo cual hace que sus decisiones no sean revisables por este Tribunal salvo cuando el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación, o ésta sea insuficiente (STC 89/1995, de 6 de junio, FJ 6 y 131/1995, FJ 3), o la que se ofrezca resulte manifiestamente arbitraria o irrazonable (STC 52/1989, de 22 de febrero, FJ 2, 65/1992, de 29 de abril, FJ 3, 94/1992, de 11 de junio, FJ 3, 233/1992, de 19 de octubre, FJ 2, 1/1996, FJ 2). Este Tribunal, igualmente, ha tenido ocasión de destacar que, en el proceso constitucional, sólo procede entrar en el examen de la queja de amparo fundada en la eventual lesión del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que se reconoce en el art. 24.2 CE cuando la falta de práctica de la prueba propuesta, ya sea porque fue inadmitida por los órganos judiciales o porque, aun cuando admitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al demandante, haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 50/1988, de 22 de marzo, 59/1991, de 14 de marzo, 205/1992, de 26 de noviembre, 357/1993, de 29 de noviembre, 131/1995, de 11 de septiembre, 1/1996), puesto que el ámbito material protegido por el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 1/1996).

Por esta razón hemos precisado también que quien sostenga ante este Tribunal la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, consagrado en el art. 24.2 CE, debe cumplir con la carga de fundamentar y argumentar en la demanda las razones por las cuales la omisión de la prueba propuesta le ha provocado una indefensión material al ser relevante para la decisión final del proceso, pues sólo cuando de una manera convincente se infiera que, acaso, el fallo judicial pudo ser otro más favorable para el recurrente si la prueba omitida se hubiera practicado, podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (SSTC 116/1983, de 2 de diciembre, 30/1986, de 20 de febrero, 147/1987, de 25 de septiembre, 45/1990, de 15 de marzo, 357/1993, 1/1996).

y cómo debe someterse a ella el órgano judicial. Un sistema procesal en el que rige el principio dispositivo atribuye a las partes, en exclusiva, la capacidad para decidir si acuden a los tribunales a ejercitar su derecho de acción y también para delimitar cuál es el objeto del proceso. Como parece evidente y ha destacado la doctrina, el principio dispositivo se funda en que en el proceso civil se actúan derechos subjetivos y, por lo tanto, disponibles en la mayor parte de los casos. Las manifestaciones más importantes, a los efectos que nos interesan, son las siguientes:



Afirmada la vigencia del principio dispositivo, las partes son dueñas de acudir al proceso y hacer valer en él sus pretensiones. Solamente ellas, pues, y no el juez, ni ninguna otra persona, pública o privada, son las que deciden si van a impetar de los Tribunales la resolución de una determinada controversia. Ahora bien, esta afirmación hay que ponerla en relación con el tipo de derechos que estén en juego.

Todos los ordenamientos han previsto determinados derechos en los que está en juego no sólo el interés de la parte, que puede tenerlo o no, sino un cierto interés público. En estos procesos regirá el principio exactamente contrario: el inquisitivo y, en consecuencia, el Estado tiene interés en el objeto del proceso. En estas ocasiones, la acción puede ser entablada por un órgano del Estado quien actúa ante los tribunales en representación de quienes no pueden acudir por sí mismos a los tribunales (menores e incapaces). Por lo tanto, en todos los procesos en los que se encuentra plenamente vigente el principio dispositivo, las partes

No es función de este Tribunal determinar cuáles son las reglas que deben presidir la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil, lo que, en principio, constituye una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde a los órganos judiciales (art. 117.3 CE), por lo que sus decisiones en esta materia no pueden ser revisadas a través del recurso de amparo salvo que entrañen la vulneración de un derecho fundamental, lo que ocurrirá cuando se exija a una de las partes una prueba imposible o diabólica que cause indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 2), o cuando se adopten reglas de distribución de la carga de la prueba que produzcan "situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso", pues el art. 24.2 CE garantiza "la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio" (STC 227/1991, de 28 de noviembre, FJ 5).

han de ser dueñas de continuar adelante o no el proceso, de decidir el modo de continuación y de terminarlo de forma normal o anormal. Dado que se actúan derechos privados y que el ordenamiento reconoce la posibilidad de renunciar a ellos en la mayor parte de los casos, de llegar a transacciones, de dejarlos en suspenso, de aceptarlos plenamente, en los procesos regidos por el principio dispositivo, siempre que lo permita el ordenamiento, el actor podrá desistir de la acción, transigir, suspender el curso del proceso, modificar –si se permite– el objeto de la pretensión o desistir del proceso para poder después iniciar otro. Y, por consiguiente, el demandado podrá reconocer la pretensión del actor mediante el allanamiento, o aceptarla parcialmente en la transacción.



La tercera consecuencia surge ya necesariamente de lo anterior.

Si son las partes las únicas que pueden decidir ejercitar el derecho de acción y delimitar el objeto del proceso, el juez está, a su vez, obligado a decidir según las pretensiones de las partes. Y no solamente en el momento de dictar sentencia, en el que rige plenamente el principio de congruencia, sino en la apelación donde están limitados por el objeto del proceso y por el contenido de la sentencia dictada en la instancia.

2.2. El principio de aportación de parte

Si, como expusimos anteriormente, a las partes les corresponde el poder de disponer del proceso, de decidir, en definitiva, si ponen o no en marcha la pretensión, conforme al principio dispositivo las facultades de dirección material del proceso corresponden a las partes, en el sentido de que:

- ☛ Los hechos se aportan al proceso por las partes. Ellas y solamente ellas –no desde luego el juez– son quienes tienen en exclusiva la capacidad de introducir los hechos constitutivos de su pretensión o de la resistencia a la misma.
- ☛ Las partes, por lo tanto, en la medida en que pueden introducir hechos en el proceso, tienen naturalmente la de reconocer como ciertos los alegados por la otra parte, lo que provoca como directa consecuencia que el juez deba tenerlos como ciertos. El ámbito

de la controversia, pues, queda también determinado por las partes lo que, como veremos, delimita el objeto de la prueba.

- ☛ Sobre las partes recae la carga de la prueba. Quiere decir que sólo las partes tienen en nuestros ordenamientos la capacidad de interesar el recibimiento del juicio a prueba y de proponer los medios de que intentan valerse¹¹, con las excepciones de la prueba de oficio.

2.3. El objeto del proceso: pretensión y resistencia

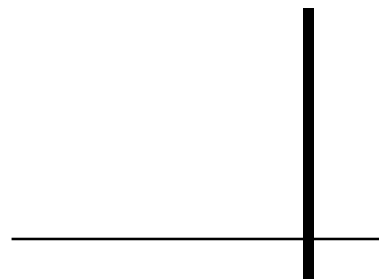
Como corolario final, hay que referirse al objeto del proceso, en la medida en que por medio de él fijaremos también el objeto del debate, esencial en materia de prueba. El ejercicio del derecho de acción, en definitiva la capacidad de poner en marcha la acción de los tribunales exige, salvo en contadas ocasiones (que tienen que ver con la naturaleza más bien pública de la acción ejercitada) que un particular comparezca ante un tribunal y pida la actuación del derecho objetivo en un caso concreto, lo que implica a su vez que sea quien insta la acción quien delimite su pretensión.

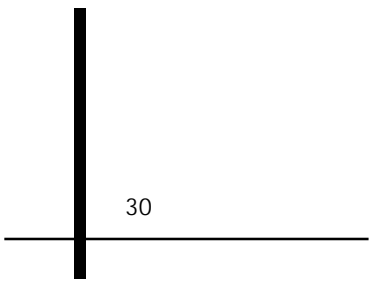
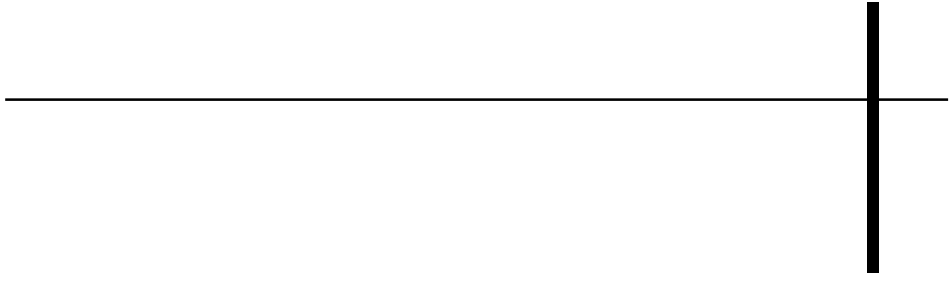
Delimitada la pretensión por el actor, la siguiente precisión es que será la resistencia del demandado la que, a su vez, delimite el objeto del debate. Pues bien, delimitada la pretensión por la parte actora, y la resistencia por el demandado, quedan fijados los términos del debate entre las partes. La prueba, como nos ocuparemos de analizar seguidamente, habrá de producirse sobre el objeto del debate y sólo sobre el objeto del debate.

11 Conviene, no obstante, realizar una precisión. Mientras que es obligado conforme al principio de aportación de parte que sean las partes quienes suministren los hechos al proceso, de modo que al juez le está vedado aportar hechos que no hayan sido alegados por las partes en el momento procesal oportuno, no es exigencia del principio de aportación de parte ni que el pleito no pueda recibirse a prueba por parte del Juez, una vez constatada la controversia, ni tampoco que no solamente las partes, sino el juez, puedan valerse de los medios de prueba que consideren oportunos para acreditar los hechos. Aparece así que las normas sobre recibimiento y proposición de prueba sean de configuración estrictamente legal y dependiente de la voluntad del legislador. Nada impediría, y de hecho así lo veremos supra cuando aludamos a la prueba de oficio, que el juez, de oficio, decida que un hecho no ha sido objeto de proposición de prueba y, sin embargo, es fundamental para poder determinar si la afirmación de hecho de una de las partes es o no cierta, y en consecuencia decida admitir de oficio un medio de prueba determinado.



CAPITULO III
LA PRUEBA





Sumario: 1. Concepto y objeto de la prueba. 1.1. Concepto de prueba. 1.2. Objeto y tema de la prueba. 1.3. ¿Que puede probarse. A. Hechos. B. Las normas jurídicas a los máximos de la experiencia. 1.4. ¿Que debe probarse?. 1.5. Los hechos que no necesitan probarse. A. Hechos no controvertidos. B. Hechos notorios. 1.6. La prueba del Derecho. 1.7. La prueba de las máximas de experiencia.

INTRODUCCIÓN

Un análisis de la prueba exige primeramente una aproximación conceptual, para luego debatir las diferentes experiencias, hechos, máximas, situaciones que puedan necesitar o no del elemento probatorio.

1. DEFINICIÓN Y OBJETO DE LA PRUEBA

1.1. Definición de la prueba

Define MONTERO AROCA¹² la prueba como “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”. Con esta definición trata el ilustre procesalista de zanjar la vieja polémica sobre la función de la prueba, y sobre si en el proceso civil se trata de averiguar la verdad material o la verdad procesal. Y es que, en realidad, lo que nos importa en el proceso civil es si las afirmaciones de hecho de una de las partes han quedado establecidas en el litigio de modo que pueda estimarse su pretensión o su resistencia, independientemente de que esa afirmación de hecho sea o no sea exactamente la verdad como concepto de ajuste a la realidad de un determinado hecho. Así, si bien por reconocimiento de una de las partes, bien porque se trata de una presunción legal, algo es cierto en el proceso, así se afirmará en la sentencia, con independencia de que lo afirmado sea toda la

¹² MONTERO AROCA, JUAN. “La prueba en el proceso civil”. Civitas. 2ª Edición. Madrid 1998.

verdad. Ni siquiera es evidente en la actualidad que en el proceso penal, donde por esencia se ha argumentado a favor de la verdad material como función de la prueba, la declaración judicial de los hechos probados sea estrictamente la verdad.

1.2. Objeto y tema de la prueba

Es ya clásica la distinción (MONTERO)¹³ entre objeto y tema de la prueba. Partiendo, como expresa el ilustre procesalista, del planteamiento de la pregunta de sobre qué recae la prueba, distingue conceptualmente entre objeto y tema de la prueba. Mientras que el objeto de la prueba hace referencia a las realidades que, en general, pueden ser probadas (“todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva un mandato o regla, es decir una consecuencia asimismo jurídica” y, también, “las normas mismas”), cuando se alude al objeto de la prueba nos estamos refiriendo a qué puede probarse, en sentido abstracto, es decir, fuera de lo que se ha de probar en el caso concreto. Sin embargo, cuando nos referimos al tema de la prueba, descendemos ya al caso concreto, es decir a qué debe probarse en el proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. En definitiva, qué debe probar el actor para acreditar la consecuencia jurídica teniendo en cuenta su pretensión y que debe probar el demandado para que prospere la resistencia a su pretensión. Resulta imposible clasificar lo que debe probarse en un proceso en concreto (porque las posibilidades son tan infinitas como lo pueden ser el tipo de pretensiones articuladas y sus correspondientes resistencias), pero lo que sí puede abordarse con carácter general es lo que puede probarse refiriéndonos a tipos de hechos en concretos, lo que nos lleva a algunas conclusiones, sobre los hechos controvertidos, la prueba del derecho, la prueba de las máximas de experiencia y los hechos exentos de prueba.

1.3. ¿Qué puede probarse?

☛ Los hechos: Las polémica doctrinal (que inició CARNELUTTI) sobre la diferencia conceptual entre hechos y afirmaciones de

13 Op. cit.

hecho continúa. Para el procesalista, el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones de los hechos en relación con lo alegado por las partes. Los hechos –dijo– no se comprueban, se conocen. Las afirmaciones de hechos no se conocen, por lo que se prueban. Partiendo pues de que nos estamos refiriendo al concepto general de los hechos que pueden ser probados y no al concreto de los que deben ser probados (en cuyo caso sí es evidente que nos referimos al tema de la prueba), ROSSENBERG¹⁴ mantiene que se trata de “los acontecimientos y circunstancias concretas determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico”. DEVIS ECHANDÍA¹⁵, en consecuencia, considera que dentro de los hechos se comprenden: a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y los actos humanos, involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias de tiempo, lugar y modo; b) todos los hechos de la naturaleza, es decir, aquellos en los que interviene la voluntad humana; c) las cosas u objetos materiales y los lugares, es decir, cualquier aspecto de la realidad material, sea o no sea producto del hombre o sobre ellos haya incidido o no la actividad humana; d) la propia persona humana, en cuanto realidad material, tanto en lo que se refiere a su propia existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades; e) los estados psíquicos o internos del hombre, pues aun cuando no tengan materialidad en sí mismos, sí tienen entidad propia, y como el derecho objetivo los contempla a veces en tanto que presupuestos de consecuencias jurídicas, han de poder ser objeto de prueba.

☛ Las normas jurídicas: Como es sabido, el principio *iura novit curia*¹⁶ implica que el juez tiene obligación de conocer el derecho, así como que el juez no puede incurrir en el *non liquet*¹⁷.

14 Citado por MONTERO.

15 Devis Echandía, Ricardo. La prueba en el proceso civil. Editorial.

16 “El Juez conoce del Derecho”

17 Literalmente podría traducirse como “no es claro”. Implica una prohibición al juez, de señalar o considerar que debido a la falta de concreción legal en un caso específico, puede éste omitir pronunciarse sobre los supuestos que le sometidos.

Pero, al mismo tiempo, es evidente que la obligación que el juez tiene de conocer el derecho (*da mihi factum dabo tibi ius*)¹⁸ se refiere exclusivamente al Derecho interno, pero no al Derecho extranjero. En este caso, todos los ordenamientos exigen a la parte que acredite la vigencia y aplicabilidad al caso del Derecho extranjero, aunque ello no implica que el juez pueda no conocerlo, como veremos más adelante. Pero, además, la costumbre, el Derecho histórico no vigente, e incluso las normas estatutarias y no generales, deben y han de ser objeto de la prueba en el proceso, y por lo tanto que las reglas de la carga de la prueba afectan a estos últimos, con la consecuencia de que su no probanza no podrá ser incluida en el deber de los jueces de conocer el derecho, por más que se trate de normas.

- ☛ Las máximas de experiencia: STEIN¹⁹ las ha definido como *“definiciones o juicios hipotéticos de carácter general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*. Lo relevante es que, como mantiene MONTERO, esta amplia concepción de las máximas de experiencia implica que pueden integrar tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica. Nos extenderemos más al hablar de la prueba pericial y de la prueba de presunciones o indicios.

1.4. ¿Qué debe probarse?

Ya aludimos anteriormente al principio de aportación de parte. En consecuencia aquello que debe probarse estará integrado por las afirmaciones de hecho realizadas por las partes de cuya certeza depende que el juez aprecie la consecuencia jurídica correspondiente. Algunas consecuencias de lo anterior, aplicables al ordenamiento procesal de El Salvador son las siguientes: a) en virtud del principio de aportación de parte la prueba ha de referirse a los hechos aportados por las partes al proceso, no a otros, aunque existan en la realidad extrajurídica; b) las afirmaciones de hechos que han de ser

¹⁸ “Dadme los hechos y yo daré el Derecho”.

¹⁹ STEIN, . “El conocimiento privado del Juez” Trad. Española. A de la Oliva. ED. Pamplona 1973. Pag.

probados en el proceso han de ser exclusivamente aquellas que se han realizado en el momento procesal oportuno, es decir exclusivamente en aquellos momentos en los que el ordenamiento procesal permite hacerlo; los no introducidos en ese momento no es que no sean susceptibles de prueba, es que, lisa y llanamente, no se permite sean probados en aras al principio de contradicción e igualdad de armas en el proceso; c) la prueba de las afirmaciones exige la existencia de una controversia, de modo que si esta no existe, regirá la prohibición de articular prueba en torno a ellos. Esa es la razón por la que no necesitan ser probados ni los hechos admitidos por una de las partes y afirmados por la otra, ni los hechos que afirman ambas partes, ni aquellos que sean notorios.

1.5. Los hechos que no necesitan probarse

Hechos no controvertidos

Dentro de este apartado, como ya resumimos anteriormente existen dos tipos de hechos que no es que no deban ser probados, sino que, en un recto entendimiento de las normas sobre el objeto y el tema de la prueba, está prohibido que se valoren.

Son los hechos afirmados por ambas partes y los hechos que, afirmados por una, son reconocidos por la otra. Respecto de los primeros la cuestión no tiene dificultad alguna. Si ambas partes admiten que la relación jurídica que les une es la compraventa y que ésta ha sido articulada con arreglo a un contrato, que ambas partes reconocen, no existe razón alguna para que acreditemos que la firma que aparece en el documento pertenece al comprador, o que en la cláusula tal del contrato ambas partes manifestaron una determinada cosa. Esta prohibición no sólo afecta a la articulación del medio de prueba (la pericial caligráfica, por ejemplo, en este caso), sino incluso también al contenido del propio medio de prueba (*esa es la razón por la que una pregunta a un testigo o una posición en la confesión judicial, deberá ser inadmitida, puesto que es inútil que el testigo conteste algo que ambas partes han admitido o que el confesante reconozca una firma puesta al pie del documento, cuando esta ya ha sido admitida*). Dentro de los hechos no controvertidos, sin embargo, podemos encontrar distintos grados de dificultad en su apreciación que harán normalmente que el juez tenga que llevar a cabo una labor de selección dependiendo de si el supuesto del hecho

no combatido es más o menos claro. Así, la admisión expresa en el escrito de contestación a la demanda, en la reconvencción o en la resistencia a la misma no plantea problema alguno; otra cosa es la confesión (que no hay que confundir con la admisión de los hechos), y todas las posibilidades de admisión tácita de los hechos.

Respecto de la confesión, aunque a veces los ordenamientos confundan uno y otro concepto, no cabe confundirla, ni en el concepto ni en los efectos, como analizaremos más adelante. La confesión judicial es un medio de prueba, y las normas sobre su valoración pertenecen a esta fase del proceso en el que el juez (ya sea con arreglo a normas tasadas, ya sea por el principio de libre valoración de la prueba) valora la prueba practicada y determina si una afirmación de hecho ha quedado probada, pero para ello, como es obvio, se requiere que se trate de un hecho controvertido. Cuando aludimos a reconocimiento de hechos, y por lo tanto, a un hecho sobre el cual no se puede probar, nos referimos a que queda sentado por acuerdo de las partes, sin que el juez tenga que realizar otra valoración que no sea la simple constatación de que se trata de algo reconocido por ambas partes.

Sin embargo, una modalidad de reconocimiento íntegro de los hechos, y por ello de la innecesariedad de la prueba es, sin duda el allanamiento, puesto que el efecto legal es la inexistencia de controversia (*es decir el reconocimiento íntegro no sólo de la afirmación de hecho, sino de la consecuencia jurídica*). Más complicada es la cuestión del reconocimiento tácito de los hechos. Como vimos al iniciar esta exposición las partes han de tener la carga de pronunciarse sobre los hechos alegados por la contraria, de modo que, en pura teoría, el silencio o las respuestas evasivas deberían dar lugar a la decisión del juez de tenerlos por reconocidos, y por tanto a expulsarlos de la posibilidad de ser probados²⁰. No

20 Esta obligación, presente en otras leyes procesales, y expresamente prevista en el artículo 120.2 del CPMI (El emandado deberá pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que a ella se hubieren acompañado y cuya autoría le fuere atribuida. Su silencio, así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos), no se encuentra sin embargo expresamente prevista en el actual CPR de El Salvador. No obstante, nada impediría que el juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.299 del CPR exigiera a la parte demandada que se pronunciara claramente sobre los hechos afirmados por la parte demandante. Hay que constatar, en cualquier caso, que la inexistencia de una fase de audiencia preliminar, con protagonismo del juez, y una práctica inveterada en El Salvador hace muy difícil

obstante esto, que en teoría es sencillo, no lo es tanto sobre todo en los procedimientos escritos y no lo es especialmente en aquellos que carecen de una fase de saneamiento y fijación del objeto del debate.

Los hechos notorios

El punto de partida, obvio, es el de que no requieren prueba los hechos notorios y, sin embargo, esta afirmación aparentemente sencilla está llena de dificultades porque requiere delimitar, y no es sencillo, qué ha de entenderse por hecho notorio. La primera aproximación a esta cuestión implica, como es natural, que la innecesariedad de prueba del hecho notorio no debería afectar a la carga de su alegación. En definitiva que sobre las partes sigue recayendo la carga de afirmar el hecho por más notorio que sea, aunque parte de la doctrina ha entendido que esta necesidad ha de afectar a los hechos esenciales de la pretensión o resistencia de las partes, y no a los aspectos secundarios o accidentales, cuestión ésta que, a nivel práctico, no es tan sencilla de asegurar. STEIN mantiene que existe la notoriedad fuera del proceso “cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o son divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso en base a la práctica de la prueba. Notorio quiere decir, pues, lo públicamente conocido, en oposición a lo judicialmente notorio o del conocimiento judicial específico”²¹. Sobre estos hechos, desde antiguo, ya se sostenía la inutilidad de la prueba, en la medida en que su acreditación no requería desplegar actividad probatoria alguna (*notoria non egent probatione*)²². Ahora bien, como antes apuntábamos se trata de una cuestión que conceptualmente puede ser clara, pero que en la práctica no lo es tanto. En primer lugar, porque es preciso definir el ámbito de lo notorio. Notorio puede ser algo en un círculo geográfico determinado, incluso siguiendo la definición de STEIN, pero puede ser absolutamente desconocido en otro muy próximo. Puede existir algo notorio para un círculo de

actuar de esta forma, puesto que los reos suelen limitarse a una negativa genérica de los hechos alegados por los demandantes, lo que amplía notablemente el objeto de la prueba y, consiguientemente, complica el desarrollo posterior del proceso.

21 STEIN. Op. Cit. Página 141.

22 “Lo notorio no necesita probarse”

personas determinado, interesadas por este tipo de acontecimientos, y, sin embargo, puede ser ignorado legítimamente por otro círculo próximo y de cultura parecida. No hay, pues, hechos notorios absolutos (MONTERO) ni tampoco es preciso que se trate de un conocimiento universal. Pero, en segundo lugar y sobre todo, la notoriedad de un hecho es algo que afecta a la convicción del juez a la hora de determinar la prueba de una determinada afirmación de las partes y, por ello, desde el punto de vista práctico que nos interesa destacar, el problema surge siempre que las partes tienen sobre sí la tarea de proponer los medios de prueba, puesto que si hemos convenido en que el hecho ha de ser, en todo caso, alegado por las partes, lo que éstas no pueden saber es si el juez no precisa (él no precisa, no las partes) no solamente va a considerar que se trata de un hecho notorio y, por ello, exento de prueba, sino previamente si “para el juez” el hecho es notorio, porque no siéndolo para aquél, la afirmación puede quedar improbadada. Si a lo anterior unimos la inexistencia en el proceso civil salvadoreño de una fase específica dentro del proceso en la que las partes, con el juez, delimiten el objeto de debate y los medios de prueba propuestos y admisibles, la cuestión se complica (o se simplifica) más. Consecuentemente, lo prudente y obligado es no solamente alegar el hecho notorio, sino tratar de acreditarlo y dejar que sea el órgano judicial quien determine si ante la notoriedad (a veces por evidencia, otras por estricta notoriedad) de la afirmación, la articulación de prueba sobre ella es superflua y el hecho puede tenerse por acreditado con la expresa enunciaci3n a la notoriedad. Caso especial es el de la denominada “notoriedad judicial”. Algo puede ser notorio para el juez, pero no para las partes ni para otros jueces que, eventualmente –por ejemplo en la segunda instancia– tengan que conocer el asunto. Te3ricamente (STEIN, MONTERO) la primera aproximaci3n requiere descartar el conocimiento privado del juez. Cuando el conocimiento de un hecho por parte del juez, dice MONTERO, proviene de cualquier actividad extraprofesional del juez, estamos en un caso de ciencia privada que no solamente no puede. En definitiva, no solamente hay que pedir cautela a las partes para dar por supuesta la notoriedad de un hecho, sino que el juez deber3 extremar la prudencia en admitir la notoriedad de un hecho para inadmitir un medio de prueba, porque no solamente estar3 sujeto a posibles errores en su propia apreciaci3n de la notoriedad, sino que podr3 impedir a las partes que prueben tal error o la excepci3n a la

notoriedad. El Tribunal Constitucional español, ha tratado de llamar la atención sobre el riesgo cierto que implica la aportación de oficio o la apreciación de oficio de un hecho notorio, aludiendo a algo ya puesto de relieve por STEIN: la tautología que encierra la propia expresión de que los hechos notorios no necesitan prueba, tratando de diferenciar los hechos esenciales de las pretensiones de las partes, de aquellos otros que son más bien accesorios²³.

1.6.La prueba del derecho

Como analizamos anteriormente, el principio *iura novit curia* obliga a que los jueces y tribunales apliquen el derecho vigente. No obstante, el principio *iura novit curia* ha de alcanzar, como es lógico, al derecho nacional vigente. El juez no tiene por qué conocer ni el derecho extranjero, ni el derecho histórico no vigente, ni la costumbre –cuando esté establecida como fuente del Derecho– ni el derecho estatutario no general (MONTERO), aunque ello no excluye que lo conozca.

La cuestión no es baladí porque cuando las normas nacionales reenvían a las normas de derecho extranjero para obtener la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho determinado, el juez está obligado a aplicar el derecho correspondiente que, en este caso,

23 STC 59/1986. "... QUINTO.- En el ámbito de la aplicación judicial del Derecho, y más en concreto de la apreciación de la prueba, es discutible la posibilidad de que el Juez pueda aportar, "ex officio", o tener en cuenta un hecho de conocimiento notorio en cuanto ello pudiera afectar al principio de imparcialidad y de contradicción procesal. Es expresión consagrada la de que los hechos notorios no necesitan prueba, frase en cierto modo tautológica, pues para ser cierta se precisaría saber antes qué hechos son notorios, ya que la notoriedad es un concepto relativo e indeterminado, vario y plural, y lo mismo puede referirse a hechos procesales, que extraprocesales. Se ha visto que en el caso de la Sentencia de 3 julio 1985 el hecho o circunstancia de "afectar a todos los trabajadores" era un hecho constante en el proceso, de inevitable y forzoso conocimiento, en sí mismo productor de prueba, incluso no discutido, sino conocido por las partes. Se trataría, al tiempo, de un hecho de "público conocimiento" y a la vez de conocimiento judicial, de notoriedad elocuente, pese a su no alegación por la parte interesada, que debió ser tenido en cuenta por el Juez para, obviando el formalismo, cumplir el fin de la norma. En principio, pues, no hay incorrección en la posibilidad de que el Juez pueda tener en cuenta de oficio el hecho notorio. Pero si esto es fácilmente admisible en cuanto a hechos o circunstancias cualitativamente complementarias respecto del derecho o interés discutido, puede ser más discutible si el hecho pudiera afectar al fundamento mismo, básico, de la demanda o pretensión. Ciertamente que esto constituye una hipótesis o supuesto bastante improbable, incluso ingenuo, pues es difícil pensar que no se alegue en la demanda su hecho básico o fundante, constitutivo de la "causa petendi". Pero en todo caso sería mucho más cuestionable que el Juez, apreciándolo como hecho notorio, sustituyera a la actividad de la parte, constituyéndose indebidamente en su asesor jurídico. Está justificada, pues, la precaución respecto a la prueba por notoriedad del hecho relevante y habrá siempre que discriminar, por tanto, si la notoriedad se refiere al hecho relevante o a los complementarios y circunstanciales, por ser la aportación y alegación del primero una carga de la parte y un derecho de la contraria."

no es una norma nacional que deba conocer. La doctrina, por ello, ha basculado entre la afirmación de que la aplicación del derecho extranjero es un tema de prueba, y por lo tanto la carga procesal absoluta corresponde a la parte, y la de que el juez no puede ser ajeno al contenido de las normas, de modo que doctrinalmente se impone la necesidad de que el órgano judicial, no solamente con la intervención de las partes, sino con su propia intervención de oficio, han de averiguar la existencia, contenido y vigencia de la norma extranjera, así como de la costumbre y el derecho estatutario, es decir el que afecta a un grupo determinado de personas y por ello no es de aplicación general. Buena muestra de esta discusión doctrinal, es la diferencia de regulación entre el Código Procesal Civil y la propuesta del Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Así, el artículo 239 del CPPr determina que “el que apoye su derecho en leyes extranjeras debe comprobar su existencia en forma auténtica”, mientras que el CPMI, en su artículo 133 dispone que “El derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el Tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”. La última doctrina, interpretando la obligación de acreditar el derecho extranjero, en el mismo sentido que la propuesta del CPMI, entiende que el hecho de que exista la obligación de acreditar el Derecho extranjero no convierte a la norma jurídica, por más que no esté incluida en el deber de conocimiento del juez, en afirmación de hecho que requiere la acreditación de su veracidad. La norma jurídica seguirá siéndolo y, en su consecuencia, la actividad procesal se limita a la verificación de la existencia de la norma para que el juez la aplique. Esa es la razón por la que, de un lado, la parte tiene la carga de acreditar la existencia, contenido y vigencia de la norma, pero, de otro, el juez ha de tener la posibilidad de aplicar el derecho extranjero si lo conoce o averiguar, de oficio, la existencia y vigencia de la norma jurídica extranjera aplicable según una de las partes o ambas. STEIN, mantuvo que el juez, si bien no está obligado a conocer el derecho extranjero o la costumbre, sí está facultado para adoptar de oficio las medidas oportunas para adquirir su conocimiento. *Existe, pues, un deber de investigación del juez, correlativo al deber de las partes de apoyar la indagación del órgano judicial, de modo que, al contrario que en la prueba de las afirmaciones de hecho, las partes cumplen aquí una función más parecida a la de colaboradores del órgano judicial a quien no le*

puede ser indiferente errar en la aplicación de una parte de otro ordenamiento jurídico que puede desconocer.

No es esta, sin embargo, como apreciamos anteriormente la opción del Código de Procedimientos Civiles salvadoreño que opta decididamente por arrojar sobre la parte que alega la aplicabilidad y vigencia del Derecho extranjero la carga de la prueba, sin que correlativamente se establezca el deber del juez de acreditarlo, ni se permita, como prueba de oficio, reclamar la vigencia del derecho extranjero a aplicar. No obstante, a mi juicio, nada impide que el órgano judicial, si conoce el derecho extranjero lo aplique de oficio, porque no puede serle indiferente al órgano judicial la aplicación indebida de una norma alegada y probada por las partes, cuando personalmente le consta a quien dicta la sentencia que el derecho aplicable es otro. Respecto del modo de acreditar la existencia y vigencia del derecho extranjero, la costumbre y el derecho extranjero, un simple ejercicio de imaginación práctica nos daría el siguiente resultado. El derecho extranjero, sin perjuicio de su conocimiento por parte del juez, en los términos antes indicados, se suele probar por dos medios. El primero, y fundamental, la certificación auténtica del representante del país cuyo derecho ha de aplicarse. No obstante, al menos como posibilidad admitida por la doctrina y la jurisprudencia españolas, se puede sugerir también el dictamen pericial²⁴ aunque ello exige comprobar no sólo su autenticidad, sino el prestigio de los peritos.

En cuanto a la prueba de las normas no generales, dependerá en cada ordenamiento de la posibilidad de su existencia, y de la forma de darles publicidad. Finalmente, la costumbre, que según el artículo 2 del Código Civil sólo será derecho (quiere decir solamente será fuente del Derecho) en los casos en los que la Ley se remite a ella, suele acreditarse habitualmente a través de la prueba pericial. Convenimos, con MONTERO, que en el supuesto de que dos personas depongan en el proceso para acreditar la existencia, contenido y vigencia de una norma consuetudinaria, por más que habitualmente

²⁴ Más adelante tendremos ocasión de pronunciarnos contra la admisibilidad de los denominados "dictámenes jurídicos", con los que pretendidamente se trata de ilustrar al juez de la interpretación de las normas jurídicas nacionales vigentes. La absoluta impertinencia de este medio de prueba como tal pericial puede afirmarse con sólo referirse a la aplicación del principio *iura novit curia*.

se trate de personas simplemente prácticas, han de considerarse como peritos y no como testigos.

1.7. La prueba de las máximas de experiencia

Aunque analizaremos esta cuestión con mayor detenimiento al referirnos más adelante a la prueba pericial, conviene que dejemos sentado aquí que cuando el Prc., alude a los hechos facultativos o profesionales en el artículo 363 se está refiriendo a las denominadas “máximas o reglas de experiencia”. Ahora bien, respecto de las máximas de experiencia, tal como las definíamos anteriormente, es evidente y resulta lógico diferenciar entre la prueba de las afirmaciones de hecho, en las que el conocimiento privado del juez está vedado, y máximas de experiencia, en las que no ocurre lo mismo.

En la medida en que existen una multitud de supuestos (y más en la actualidad en la que las normas jurídicas incorporan cuestiones técnicas en su formulación) en los que la aplicabilidad de la consecuencia jurídica no depende exclusivamente de la apreciación y prueba de los hechos, sino que la apreciación, verificación y aplicabilidad de los mismos al caso concreto, requiere de la incorporación de elementos técnicos, científicos o prácticos incluso para comprender el supuesto de hecho que el juez puede no tener, las denominadas máximas de experiencia han adquirido una relevancia indudable en el proceso civil.

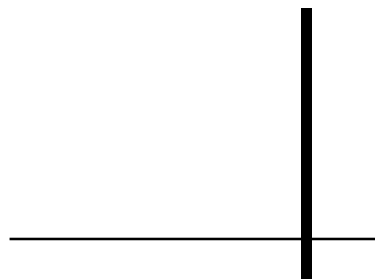
En estos casos hay que partir de la afirmación de que la máxima de experiencia ha de ser probada, aunque no tiene por qué ser probada cuando el juez la posee en virtud de sus propios conocimientos especializados.

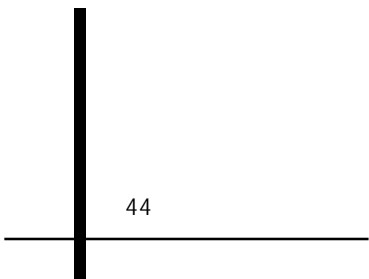
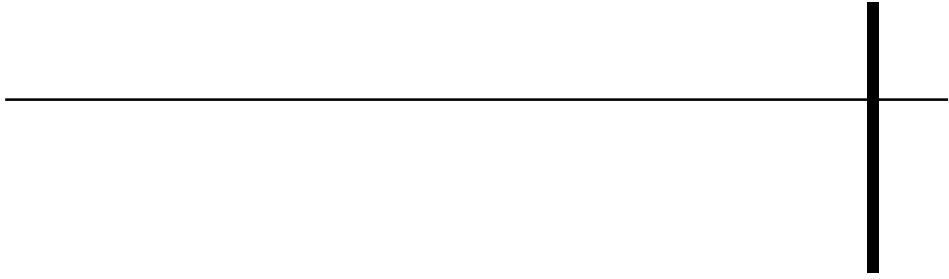
Así, y por lo tanto, no siempre es preciso probar las máximas de experiencia, lo que, según CORTÉS²⁵ sucede cuando “el juez es conocedor de los conceptos o de los juicios de valor contenidos en el supuesto de hecho de las normas, bien porque siendo tan generales están en el general y normal acervo cultural de la persona, bien porque siendo especiales los conozca”.

25 Cortés Domínguez, Valentín. En Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra “Derecho Procesal Civil” ED. Colex. 1996.



CAPITULO IV
LA CARGA DE LA PRUEBA





Sumario: 1. El principio de adquisición procesal. 2. Las reglas generales del *onus probandi*. 2.1. Nociones de carga procesal. 2.2. El hecho incierto. 2.3. La carga de la prueba (stricto sensu). 2.4. Las reglas sobre la carga de la prueba.

INTRODUCCIÓN

La carga de la prueba se formula en destino al juez, al proceso y a las valoraciones, cuyas consecuencias deberán sufrir las partes involucradas en el proceso. Buena parte del presente apartado se impone con las principales reglas doctrinarias del levantamiento de cargas, vistas como potestades de las partes dentro del proceso.

1. EL PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL

En la tradicional formulación realizada por CHIOVENDA, este principio implica que los resultados de las actividades procesales son comunes a las partes. Es decir, una vez producidos, se logran por todos y para todos dentro del proceso. Trasladado el concepto al campo del Derecho probatorio, implica que todas las pruebas son del proceso y están destinadas al juez, de modo que éste puede valerse de ellas independientemente de la parte que haya logrado llevar la acreditación a su ánimo. En definitiva, la actividad de valorar el material probatorio existente en los autos corresponde al juez, y la acreditación de una afirmación de hecho puede lograrse (expresa o tácitamente) por todo el material de prueba, y por ello no se prueba y la ha producido, sino también por la prueba practicada a instancia del resto de las partes, independientemente de las reglas que sobre el *onus probandi* rijan en cada ordenamiento.

La adquisición probatoria es, por ello, conjunta. El juez no tiene por qué realizar la operación valorativa escindiendo la producción de las pruebas en función de a quién le correspondía probar cada afirmación de hecho, porque el resultado probatorio constituye un acervo común y, en consecuencia, el órgano judicial puede fundar su convicción, siempre que respete las normas sobre valoración de las pruebas según

estén establecidas en cada ordenamiento jurídico, en todas las pruebas producidas. No hay, de modo expreso en el Prc. una norma que recoja el principio de adquisición procesal tal como está enunciado anteriormente, aunque pudiera deducirse del contenido del artículo 427 inciso 2º Prc., cuando ordena al juez que en la redacción de las sentencias haga mérito "en párrafos separados ... de los hechos y cuestiones jurídicas que se controvierten de las pruebas conducentes y de los argumentos principales de una y otra parte, dando las razones y fundamentos legales que estime procedentes..". Parece dar por sentado este principio, ampliamente asentado, pues de otro modo ordenaría valorar, por separado, las pruebas aportadas por cada una de las partes. De modo expreso se pronuncia el CPMI en su artículo 130 cuando ordena que la valoración de la prueba de realice en conjunto, sin perjuicio de la obligación del órgano judicial de valorar todos los medios de prueba practicados en el proceso e indicar cuáles de ellos fundan principalmente su decisión.

Como mantiene CORBAL²⁶, lo más relevante a estos efectos no es la polémica doctrinal sobre los supuestos en los que puede ser aplicable, sino relacionar este principio con el de la inutilidad de las pruebas, sobre todo en la fase de admisión de los medios probatorios concretos, y, por supuesto, en la fase de valoración. Aportada una prueba para la acreditación de una afirmación de hecho de una parte, no es preciso que la otra produzca, a su vez, prueba sobre el mismo hecho.

Si la adquisición procesal es conjunta, es absolutamente superfluo que la otra parte tenga que probar lo mismo. Y la fase de fijación del objeto procesal (en los sistemas donde exista la audiencia preliminar) o en la decisión del juez, tras comprobar los escritos de demanda y contestación, el juez ha de aplicar este principio rechazando por superflua la producción de prueba sobre lo mismo, sin perjuicio de la facultad de cada una de las solamente por el suministrado por la parte a quien correspondía la carga partes de intervenir en la prueba propuesta por la contraria.

26 Corbal Domínguez, Jesús Eugenio. "La adquisición procesal y la carga de la prueba". En Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993. Páginas 149 y ss.

2 LAS REGLAS GENERALES DEL ONUS PROBANDI

Antes de entrar en el análisis de las normas sobre valoración de la prueba propias del ordenamiento salvadoreño, conviene que nos refiramos a algunas cuestiones previas.

2.1. Nociones de carga procesal

Como ya hemos tenido ocasión de afirmar anteriormente, GOLDSMICHDT acuñó la diferencia entre derechos y obligaciones, facultades y cargas dentro del proceso civil. En el proceso civil, decía, el nexo entre las partes no está formado por derechos ni por obligaciones, sino por expectativas, posibilidades, cargas y levantamiento de cargas. Carga, para él, es la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal. Así las partes tienen la carga (no la obligación) de comparecer, de contestar, de rechazar o reconocer los hechos, de ofrecer los medios de prueba, de probar, de realizar las alegaciones finales.

2.2. El hecho incierto

El anterior concepto nos sirve para introducirnos en la primera aproximación a la carga de la prueba y a las reglas que la disciplinan. Si la prueba está concebida, como ya tuvimos ocasión de analizar, para llevar al juez, tanto por el convencimiento psicológico, como por las reglas legales cuando existan, la acreditación de la certeza de hechos afirmados por las partes, se hace preciso que todos los ordenamientos regulen una de las posibilidades que evidentemente pueden producirse: que tras la actividad probatoria una afirmación de hecho no haya resultado probada, es decir que no existan elementos de prueba suficientes para dictar sentencia en uno u otro sentido. Como el juez no puede dejar de resolver la cuestión que se le ha planteado, es evidente que el ordenamiento ha de ofrecer al juez una regla de juicio para determinar si ha de producir una sentencia absolutoria o condenatoria.

Ahora bien, ello implica la existencia de una duda. Cuando no existe tal duda, es decir cuando no ha existido la más mínima actividad probatoria (en el sentido de actividad dirigida a acreditar la afirmación del hecho) el juez absuelve simplemente porque no existe

comprobación histórica del hecho, es decir (CORTÉS) cuenta exclusivamente con una con una hipótesis no comprobada ni siquiera mínimamente. La cuestión se plantea cuando existe esa mínima actividad pero el resultado es incierto. En estos casos el ordenamiento ha de prever cuál ha de ser la actuación del juez, como lo hacen los artículos 237 y 238 del Prc., y el artículo 129 del CPMI, que analizaremos más adelante.

2.3. La carga de la prueba (stricto sensu)

Al final del proceso, pues, cuando llega el momento de dictar sentencia, el juez se suele encontrar con las siguientes posibilidades en relación con la acreditación de los hechos (MONTERO)²⁷:

- ✕ El hecho es afirmado por ambas partes o, afirmado por una de las partes, ha sido expresamente reconocido por la otra o, teniendo la carga de negarlo, su silencio puede ser interpretado como admisión tácita. En consecuencia, la afirmación de hecho es cierto y, a los efectos de la resolución judicial, existió.
- ✕ El hecho, afirmado por una de las partes y negado o desconocido por la otra, ha sido objeto de la actividad probatoria. Y esta actividad probatoria, de acuerdo con las reglas que disciplinan la prueba en su ordenamiento, ha acreditado la certeza del mismo. El juez, en consecuencia, ha de tener este hecho por cierto.
- ✕ El hecho controvertido no existió. Es decir, se ha acreditado también en el proceso que uno de los hechos afirmados por la parte es falso. El juez dará por inexistente el hecho, y no se producirá la consecuencia jurídica propuesta por la parte.
- ✕ El hecho afirmado por una de las partes y negado por la otra, pudo haber existido pero no ha sido acreditado ni por la parte a quien incumbía su prueba ni por la contraparte. En definitiva no se ha llegado a una certeza sobre el mismo, ni positiva ni negativa. En este caso se produce el efecto antes mencionado de las reglas legales para la apreciación del hecho incierto, es decir, el juez ha de buscar la norma en su ordenamiento que le ordena cómo

²⁷ Op. cit.

proceder en este caso y, por lo tanto, sin dejar de resolver la cuestión, porque no le está permitido, deberá dictar sentencia estimando o desestimando la pretensión.

En definitiva, se trata de que el ordenamiento jurídico indique al juez (no a las partes, porque las normas sobre la carga de la prueba a él le están dirigidas), qué debe hacer en los supuestos en los que exista un hecho incierto, porque cuando el hecho está acreditado es evidente cuál ha de ser la reacción del juez. Por eso, dice ROSSENBERG, la teoría sobre la carga de la prueba es más bien la teoría sobre las consecuencias de la falta de prueba. Aun así, como es obvio, inciden también en determinar a las partes cuáles serán las consecuencias de su inactividad probatoria. Así, con MONTERO, tendremos que considerar tanto al juez como a las partes a la hora de determinar las reglas sobre carga de la prueba:

- a) Al juez le sirven para que en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probada, decida cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba,
- b) A las partes les avisa de cuáles serán las consecuencias de que una de las afirmaciones de hecho determinantes para su pretensión no resulte acreditada; en definitiva cuando entrará en juego, con consecuencias negativas o positivas para cada una de ellas, la demostración de un hecho incierto.

En el ordenamiento procesal salvadoreño las reglas sobre la carga de la prueba están recogidas en los artículos 1569 del Código Civil y 237 y 238 del Código de Procedimientos Civiles, mientras que el Código Procesal Modelo las contempla en el artículo 129²⁸. Dejando a un lado, en este momento, la técnica del Prc., propia

28 El artículo 1569 del Código Civil mantiene que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta", mientras que los artículos 237 y 238 especifican más estas reglas al establecer que "la obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase, será absuelto el reo; mas si éste opusiere alguna excepción tiene la obligación de probarla" (237), así como que "el que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción" (238). Por su parte el artículo 129 del GPMI determina que "corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impositivos o extintivos de aquella pretensión".

de la época en que se promulga, contiene realmente las características de las normas de la carga de la prueba antes apuntadas respecto de norma dirigida al juez y norma destinada tanto a los supuestos de inexistencia de prueba, como de existencia de un hecho incierto.

Aunque sean válidas las reglas, como la clásica o la de normalidad, seguirán existiendo supuestos específicos que, normalmente influidos por la forma en que los hechos se han producido, por la teoría del riesgo, por la accesibilidad a los medios de prueba, por la mayor facilidad en la obtención, por la constatación del equilibrio “real” de las partes antes del proceso y en el propio proceso, o por otras circunstancias especiales, requieran de una cierta flexibilización cuando no inversión de la carga de la prueba.

2.4. Las reglas sobre la carga de la prueba

a) Evolución histórica y doctrinas actuales

Se suele sostener por la doctrina que las máximas o reglas sobre carga de la prueba son de procedencia romana. Y así se citan como fundamentales: incumbe la prueba a quien afirma, no a quien niega. La prueba corresponde al actor. No es preciso probar los hechos negativos.

Ahora bien, como resalta la doctrina en general (SILVA, DEVIS, MONTERO, CORBAL), estas normas estaban pensadas para acciones en concreto y, por lo tanto, trataban de ofrecer la solución para un determinado supuesto, pero aplicadas de modo general, no solucionan los múltiples problemas, no sólo de índole teórica, sino fundamentalmente prácticos que se plantean con el *onus probandi*.

La evolución de la doctrina y de la jurisprudencia en la materia no ha sido ajena a algo que se puede constatar en la práctica diaria de los tribunales: es muy difícil encerrar en reglas generales las múltiples variantes que se producen en cada litigio y así (CORBAL) en la medida en que los derechos existen en cuanto puedan ser reconocidos y protegidos judicialmente, caso de ser desconocidos, para que ese reconocimiento tenga lugar es necesario que puedan acreditarse.

Todos los intentos que se han realizado para elaborar una doctrina sobre la carga de la prueba, aplicable de modo generalizado, han resultado inútiles, por lo que, aunque a continuación se expongan algunas de ellas, no podría afirmarse que una de ellas sea válida para solucionar los múltiples problemas prácticos que provoca la resolución diaria de los litigios.

Más bien podríamos constatar que la teoría general sobre las reglas de la carga probatoria, fuertemente influida por cada sistema legal en materia de valoración de la prueba por lo demás, ha de dejar un margen, que la jurisprudencia hace cada vez más amplio, para solucionar casos concretos. No es extraño, pues, que como analizaremos seguidamente cada día existan más pronunciamientos sobre la flexibilidad en la aplicación de las reglas generales del *onus probandi* que no son privativos de un país o de un determinado sistema jurídico, sino, por el contrario, están a su vez bastante generalizados.

A la idea anterior responden, sin duda, todos los movimientos doctrinales y jurisprudenciales que han tratado de buscar las excepciones a la regla general en las nuevas relaciones contractuales e incluso sociales. No puede ser ajeno al juez el hecho constatado de que la mayor parte de las relaciones jurídicas (piénsese por ejemplo en materia de créditos, o en las relaciones con organismos oficiales, o en los contratos de servicios o suministros) imponen una mayor facilidad para una parte que para la otra en materia probatoria (sobre todo en cuanto a los datos o documentos), o que los tribunales sean especialmente sensibles a las situaciones de riesgo en la actividad diaria.

La doctrina que ya podemos denominar clásica y que ha accedido a la mayor parte de los Códigos modernos²⁹, considera que al actor ha de exigírsele la carga de acreditar los hechos que constituyen su pretensión, mientras que al demandado le es exigible acreditar los hechos modificativos, extintivos, excluyentes o impeditivos de la pretensión del demandante.

²⁹ Véase, por ejemplo, el CPMI, cuyo artículo 129 mantiene que "Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión."

No obstante, pronto se comenzó a matizar la anterior doctrina, con el denominado *criterio de la normalidad*, según el cual no se debe probar lo que es normal (u obligado según la consecuencia jurídica del presupuesto de hecho), sino lo que es anormal (es decir aquello que no suele ocurrir). Una cosa, pues serían las condiciones generales de una relación (que no requerirían probanza en la medida en que son consecuencias naturales de esa relación), y otras las condiciones específicas, es decir las propias y esenciales de la relación, que sí requieren prueba a cargo de quien las alega.

Sin embargo ambas teorías, con la innegable utilidad que tienen en muchos supuestos, no pueden contemplar todos los supuestos que se plantean en la práctica, y por lo tanto han sido matizadas, y luego matizadas las matizaciones anteriores, hasta llegar a una de nuestras primeras afirmaciones: no es posible reducir a reglas generales las normas sobre la carga de la prueba. Aunque sean válidas las reglas, como la clásica o la de normalidad, seguirán existiendo supuestos específicos que, normalmente influidos por la forma en que los hechos se han producido, por la teoría del riesgo, por la accesibilidad a los medios de prueba, por la mayor facilidad en la obtención, por la constatación del equilibrio “real” de las partes antes del proceso y en el propio proceso, o por otras circunstancias especiales, requieran de una cierta flexibilización cuando no inversión de la carga de la prueba.

Una tesis que, completada con las observaciones anteriores, sigue siendo atrayente es la de GUASP³⁰: cada parte ha de probar el supuesto de hecho previsto en la norma, puesto que el interés en probar deviene del interés en la alegación, de modo que cada litigante ha de soportar la carga de acreditar aquellas afirmaciones de hecho que constituyen el supuesto de hecho de la norma que le es favorable. CORTÉS³¹ considera que la norma española sobre la carga de la prueba (de contenido parecido en lo que nos interesa a la salvadoreña) es lógica interpretada en un sentido sistemático y constitucional.

30 Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tomo I, tercera Edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1968.

31 Op. cit.

Puesto que el derecho material se compone de una serie de normas y contranormas que constituyen la base de las alegaciones de las partes, la prueba ha de recaer sobre los supuestos de hecho de estas normas y contranormas, sostiene.

Así pues, la alegación y prueba del supuesto de hecho de la norma y de la contranorma, han de ser la base de las reglas de la carga de la prueba, aunque a renglón seguido introduce el criterio de la facilidad³². Siendo ciertas ambas tesis, no dejan de presentar inconvenientes de orden práctico en la resolución diaria de los casos concretos.

Aunque se pueda afirmar que, en principio, quien debe acreditar que es cierto el supuesto de hecho del que el ordenamiento extrae una consecuencia jurídica, es quien lo alega, y también lo es que los criterios de normalidad y facilidad son de mucha utilidad, no es posible mantenerse al margen de que, en no pocas ocasiones, para acreditar el supuesto de hecho es preciso contar efectivamente con la posibilidad real de tener acceso a la fuente de prueba, incluso en el supuesto planteado por CORTÉS de extinción del derecho. Si, en los ejemplos que antes ofrecíamos, el documento, el dato, está solamente en poder de la parte que niega el supuesto de hecho, y quien lo afirma carece de la posibilidad real de aportar la fuente de prueba, no es posible sostener lo anterior o, dicho de otro modo, ante el hecho incierto, *el juez no puede ser indiferente a la imposibilidad real de probar lo que, con la sencilla colaboración de la otra parte, podría ser acreditado*³³.

32 CORTÉS DOMINGUEZ, V, en op. cit, página 227, sostiene literalmente lo siguiente: "Así como la prueba del nacimiento del derecho es fácil de llevar a cabo por del demandante, no lo es en igual medida la prueba de la persistencia del derecho, o de la relación jurídica en el tiempo; probar que el crédito nació es fácil, probar en cambio que persiste porque no ha habido pago o porque no ha habido condonación, o cualquier otra causa que conforme al Código Civil extingue la obligación, es prueba diabólica para el demandante. Por el contrario, para el demandado es muy fácil probar los hechos que significan la extinción del derecho a lo largo del tiempo; siendo la extinción una situación que le favorece, habrá tenido la oportunidad de obtener el medio de prueba que la verifique"

33 Un supuesto típico lo constituye, en la responsabilidad médica, la historia clínica del paciente que se encuentra en los archivos del demandado. El movimiento de cuentas entre un Banco y el cliente que, en no pocas ocasiones, se produce por anotaciones de abonos y cargos, en los que evidentemente la entidad bancaria tiene una mayor facilidad para aportarlos. O el supuesto, planteado en la STC 227/1991 de la existencia o no de cotizaciones de un trabajador a la Seguridad Social.

Las consecuencias, pues, de la falta de acreditación del hecho no pueden razonablemente ser arrojadas a quien carece de tal posibilidad. De modo que, siendo cierto que cada parte ha de acreditar los hechos que normalmente fundan su pretensión o su resistencia, o, como prefiere CORTÉS, los supuestos de hecho de las normas y contranormas, esta regla no puede ser elevada a categoría inexpugnable cuando una de las partes tiene mejor o más fácil acceso a la fuente de prueba, y menos aún cuando obstruye la realización de la Justicia. Esta afirmación está incluso relacionada con los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la igualdad de armas en el proceso, en aquellos casos en los que la prueba de una afirmación de hecho deviene prácticamente imposible a una de las partes, como ha destacado el Tribunal Constitucional español y los tribunales ordinarios³⁴.

Sostuvo el TC español en dicha sentencia (fundamento tercero) que "cabe decir que el recurrente en amparo no tenía razonablemente otra vía para acreditar que el causante reunía el período de cotización legalmente exigido, puesto que a los trabajadores por cuenta ajena no se les facilita copia de los boletines de cotización...por lo que no puede exigirse a aquella un comportamiento imposible y eximir de acreditar la existencia o no de cotización a quien tiene en su mano hacerlo" (subrayado nuestro).

34 El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre esta cuestión. En la STC 140/1994 (que remite a su vez a las SSTC 48/1984, y 95/1991) ha afirmado que las interrelaciones entre la prueba y el derecho a la tutela judicial efectiva, subrayan la vigencia, incluso en fase probatoria, el principio de igualdad de armas, que garantiza "una igualdad efectiva de las posibilidades y cargas de las partes en esta materia para lograr la plenitud del resultado probatorio...lo que excluye, como concreción de dicho principio que <no puede imponerse con carácter necesario la prueba de los hechos negativos cuando es más simple la prueba del acto positivo contrario por parte del otro litigante, pues esta prueba imposible o diabólica es susceptible de causar indefensión, al no poder justificar procesalmente las circunstancias relativas a sus derechos o intereses legítimos>". Podemos encontrar también pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción ordinaria en esta dirección. Por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 en la que se afirma que: "cuando se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandados, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer sobre el actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, desplazándola a la parte que tenga mejor posición probatoria, aunque sea la parte demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba". Otro ejemplo lo constituye la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 18 de mayo de 1999 (Corte de Apelación) al analizar la facilidad probatoria en un supuesto de imposibilidad de acceso a una fuente de prueba (un documento) porque quien tenía mayor facilidad de aportar un contrato era precisamente la parte a quien no incumbía la prueba en principio.

2.5.La regla legal general

Los artículos 1569 del Código Civil, y 237 y 238 del Código de Procedimientos Civiles, determinan las reglas legales generales en materia de carga de la prueba. En realidad suponen la traslación de las viejas máximas romanas, al sostener, en primer lugar, que *"incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta"* (art. 1569 CC), que *"la obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probase, será absuelto el reo; más si éste opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla"* (art. 237 C.Pr.C.) y, finalmente, que *"el que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción"*. En definitiva, se trata de reglas que son incompletas (siguen aludiendo a la prueba de las obligaciones, y no contemplan ni los hechos modificativos, ni los excluyentes), que no contemplan en absoluto los criterios de la normalidad y la flexibilidad, y que por lo tanto han de ser objeto de redefinición por los órganos judiciales aplicando los principios constitucionales en materia probatoria, singularmente los enunciados de defensa, igualdad de armas y tutela efectiva.

Reglas legales especiales

Además de las reglas generales sobre la carga probatoria, la doctrina encuentra en el ordenamiento supuestos en los que es la propia Ley la que fija una regla distinta para la carga de la prueba. En realidad se trata de previsiones legales derivadas bien de la dificultad de probar un hecho, bien de decisiones de política de justicia. Como mantiene SERRA, esta decisión del ordenamiento se produce de dos maneras diferentes, bien creando las denominadas "falsas presunciones", bien estableciendo de modo expreso a qué parte le corresponde probar en determinados supuestos. Podemos encontrar este tipo de reglas en el ordenamiento salvadoreño. El artículo 1465 del Código Civil, segundo párrafo, la carta de pago otorgada por el acreedor, sin mencionar intereses, conlleva la presunción de que éstos están pagados, lo que equivale a eximir al deudor de la prueba de este hecho. Lo mismo ocurre en los supuestos contemplados en los artículos 1338, 1446, 1541, 1544, 1546, 1549 del Código Civil.

Inversión de la carga de la prueba

Existen supuestos en los que se produce una inversión en la carga de la prueba, es decir en los que la regla es precisamente la contraria a la establecida con carácter general. Esta decisión, tanto debida al legislador, como a la jurisprudencia, suele producirse normalmente en tres supuestos: cuando es más fácil para una parte que para la otra la obtención y la aportación de una determinada fuente de prueba, cuando una parte está más próxima que otra a la fuente de prueba y, en contadas ocasiones, cuando se constata que existe una desigualdad material en la relación jurídica que subyace. Estos últimos casos, proliferan en los últimos tiempos en materias en las que están en juego la protección de los intereses de los consumidores y usuarios³⁵, pero es en el campo de la responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva donde se observa una mayor tendencia a la inversión en materia probatoria. Precisamente, en el campo de la responsabilidad civil, una de las doctrinas que más se está aplicando en este caso es la denominada "*res ipsa loquitur*". Esta doctrina parte de que existe un modo normal de suceder las cosas, por lo que en el supuesto de que estas se hayan producido de otra manera, la responsabilidad surge del propio hecho del resultado. Los hechos hablan por sí mismos.

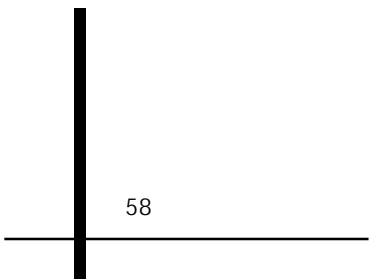
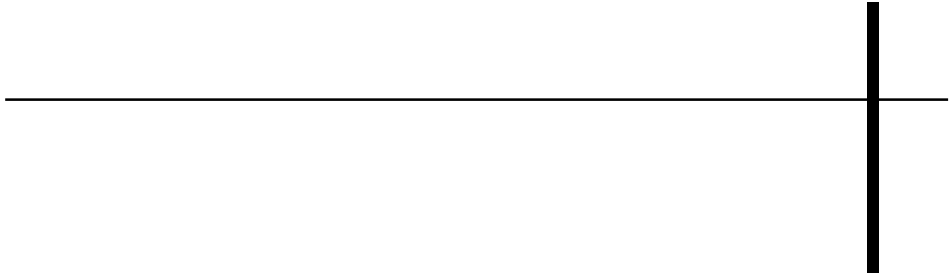
En estos casos, teniendo en cuenta que el resultado existe, será quien atribuya a éste una causa distinta y exculpatoria quien deberá probar que el hecho no se produjo por negligencia. Naturalmente, en cuestiones como la responsabilidad médica, o la responsabilidad por el tránsito, la aplicación de estas reglas de inversión tienen extraordinaria importancia. En la práctica judicial española CORBAL³⁶ cita analiza supuestos en los que el Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina.

35 Ejemplos de esta decisión del legislador lo constituyen las leyes que tienen que ver con la responsabilidad del fabricante, o las que regulan la publicidad o la competencia.

36 Obra citada, páginas 218 y 219.

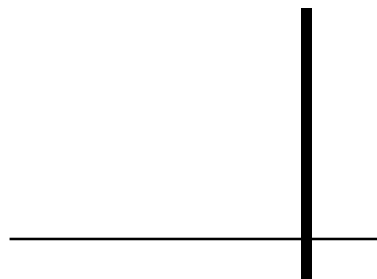
Afirmaciones como “de los hechos demostrados se deduce necesaria y fatalmente la realidad del daño”, “probabilidad objetiva de realizar la ganancia teniendo en cuenta el decurso normal de las cosas y las circunstancias especiales del caso”, “la falta de prestación <per se>; el mero incumplimiento constituye el daño”, constituyen, a su juicio, directas aplicaciones de esta doctrina³⁷.

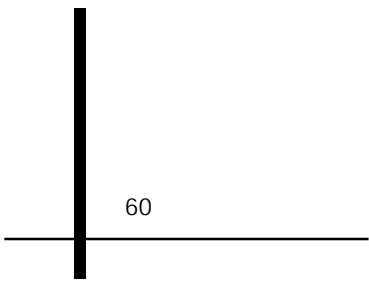
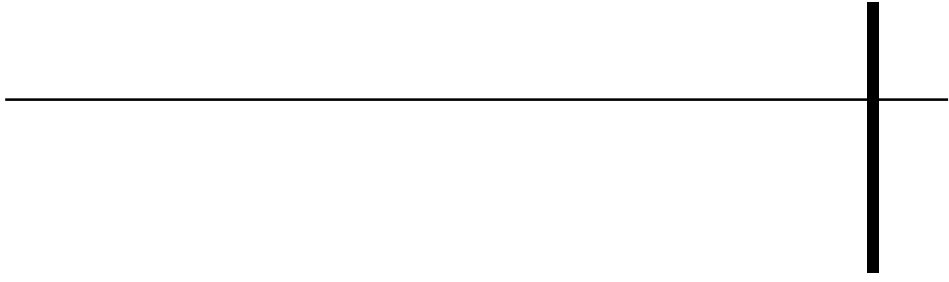
37 De la aplicación de esta doctrina son muestra las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1999, 9 de marzo de 1999, 30 de enero de 1999 y 31 de octubre de 1998, todas ellas posteriores al trabajo de CORBAL, en las que se ha asentado una dirección jurisprudencial favorable a dicha doctrina. La primera de las sentencias citadas, por ejemplo, sostiene que: “la jurisprudencia ha evolucionado llegando a cuasi-objetivizar la responsabilidad extracontractual, sobre todo en casos como el presente, en que concurre un riesgo instaurado, advertido y conocido y no obstante se mantiene, al no adoptarse medidas adecuadas para evitar lo que se presenta como riesgo potencial y que se concretó en realidad trágica de efectivo peligro materializado...lo que obligaba tanto a la empresa recurrente como a los demandados, en razón a las funciones y a la responsabilidad que tenían atribuidas a la demostración contundente de que su actuación fue diligente, prudente y sobre todo suficiente para evitar el accidente, lo que no efectuaron, como tampoco que se trate de caso fortuito o de fuerza mayor, ni que se diera culpa exclusiva de la víctima.”. Se trataba de un supuesto de un accidente minero, en el que se alegaba por los recurrentes que incumbía al demandante acreditar que el accidente se produjo por negligencia de la empresa demandada.





CAPITULO V
FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA





Sumario: 1. Enumeración de los medios de prueba en el ordenamiento procesal. 2. Distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba. 3. Los nuevos medios probatorios. 4. Criterios de admisibilidad de los medios de prueba. 4.1. Legalidad. 4.2. Admisibilidad. 5. Especial referencia a la prueba ilícita. 6. Los presunciones ¿ Un medio de prueba?.

INTRODUCCIÓN

Los medios de prueba deber ser vistos al tesón de las enumeraciones clásicas, pero tampoco hay que dejar de lado los otros medios probatorios que surgen con las nuevas tecnologías. Se abre la discusión sobre los problemas de prueba tasada, si las disposiciones continen un número cerrado o bien poseen un número abierto.

Cobra importancia en estas consideraciones la distinción entre fuentes y medios de prueba. Las experiencias de la vida contemporánea obligan tomar en cuenta nuevas acreditaciones probatorias en el proceso la excusa de las manipulaciones en instrumentos tecnológicamente modernos, bien puede ser corregidas con la demostración de falta de autenticidad.

1. ENUMERACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL

Como es tradicional en los ordenamientos procesales de raíz hispana, los medios de prueba aparecen enumerados no solamente en el Código de Procedimientos, sino también en el Código Civil ya que, como es sabido, la prueba se incluyó en los Códigos Civiles de la época calificándola erróneamente como prueba de las obligaciones.

La enumeración legal es coincidente en esencia. El Código Civil (artículo 1569, párrafo segundo) establece como medios de prueba los *“instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez y peritos”*.

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles (artículo 253) considera medios de prueba los *“instrumentos, informaciones de testigos, relaciones de peritos, vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, juramento, confesión contraria y presunciones”*.

El CPMI, por su parte, mantiene (artículo 136) que son medios de prueba *“los documentos, la declaración de parte, la de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hecho”*, aunque a renglón seguido admite también *“otros medios probatorios, no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente prohibidos por la Ley”*, lo cual tiene importancia para lo que analizaremos más adelante.

Basta constatar en este momento que el Código Civil y el Código de Procedimientos coinciden en los medios clásicos de prueba y que lo único que no se regula en ellos son esos *“otros medios probatorios”* a que alude el Código Modelo, que están relacionados con los modernos avances tecnológicos y con la posibilidad de introducirlos en el proceso a través de la actividad probatoria, lo que nos introduce necesariamente en la distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba.

2. DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA

Como resalta MONTERO³⁸, se debe a CARNELUTTI y, posteriormente, a SENTÍS la distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba. Según MONTERO, todas las pruebas tienen algo de procesal y de extraprocesal, dado que en todas ellas existe algo previo al proceso (la fuente) y algo que se realiza en el proceso (el medio), por lo que no puede existir medio de prueba si no exista previamente una fuente de prueba. De ahí que haya que distinguir entre lo que existe en la realidad y cómo se introduce en el proceso dicha realidad para convencer al Juzgador de la certeza de una de las afirmaciones de cualquiera de las partes. Las consecuencias para SENTÍS son: a) fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde con una realidad

³⁸ Op Cit. Página 70.

anterior al proceso y extraña al mismo, mientras que medio es un concepto jurídico-procesal; b) tal realidad extrajurídica (la fuente) existe, por ello, independientemente de que luego pueda existir o no un proceso. Si el proceso no nace, la fuente no tendrá repercusiones procesales aunque pueda tenerlas materiales; el medio se forme en el proceso y siempre tendrá efectos procesales; c) las partes investigan las fuentes de prueba antes de iniciar el proceso en una labor de investigación; en el proceso lo que se realiza es una actividad de verificación de esa previa investigación; d) las fuentes preexisten todas al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios; sin proceso no hay medios de prueba, pero las fuentes son independientes en su existencia y no dependen de que se realice o no el proceso; e) en consecuencia la fuente atiende a lo sustantivo o material, mientras que el medio es la actividad³⁹.

Si seguimos la enumeración legal de los medios de prueba en el proceso civil salvadoreño, y excluyendo las presunciones que, como veremos, no son un medio de prueba sino un sistema de valoración, en la prueba de confesión y juramento la fuente es la persona y el medio el modo en que esta declara, en la instrumental la fuente es el documento y el medio la forma en que este se incorpora al proceso y se establece su autenticidad, en la testimonial la fuente es el testigo y el medio la forma en que se incorpora este conocimiento, en la pericial la fuente es la cosa, lugar o persona a reconocer y el medio el examen o el dictamen del perito, en la inspección la fuente es también el lugar, cosa o persona que se examina, y el medio la actividad por la que se constata dentro del proceso.

Lo fundamental, pues, radica en que el medio de prueba es una actividad procesal que, en el modo establecido por la Ley, permite introducir en el proceso las realidades extrajurídicas y preexistentes que son necesarias para que las partes, cumpliendo las normas sobre la carga de la prueba, lleven al Juzgador al convencimiento de la realidad de las afirmaciones de hecho controvertidas.

39 MONTERO AROCA. Juan. Op. cit. Página 71

3. LOS NUEVOS MEDIOS PROBATORIOS

La distinción conceptual antes examinada entre medios y fuentes tiene gran importancia en el debate, estéril a juicio de gran parte de la doctrina, sobre la posibilidad de admitir en el proceso otros medios de prueba que no sean los legalmente establecidos. Es la discusión sobre el carácter de *numerus clausus* o *numerus apertus* de los medios de prueba, que se basa en el error (MONTERO) de no distinguir entre medios y fuentes de prueba.

Conviene partir de una afirmación poco discutible. En el proceso civil no pueden admitirse otros medios de prueba que los previstos en la Ley. Sin embargo, todas las fuentes de prueba (las realidades extrajurídicas) han de poder introducirse de algún modo en el proceso.

La discusión sobre el carácter abierto o cerrado de los medios de prueba es estéril porque lo fundamental no es analizar si cabe ampliar los medios (que no es posible), sino determinar, a la vista de las características de la fuente de prueba, por qué medio de los legalmente establecidos puede ser introducida en el proceso.

Como textualmente establece el artículo 136.2 del Código Modelo, lo relevante es determinar que se trata de una fuente de prueba no prohibida por la Ley para después analizar, analógicamente, las normas que disciplinan a los expresamente previstos en la Ley.

Obviamente, el debate se ha producido por la constatación de que existen fuentes de prueba que no están expresamente contempladas por la Ley por la sencilla razón de que el legislador de 1881 no conocía más que los medios tradicionales y no podía prever los avances tecnológicos y científicos. La demostración de la paternidad a través de los análisis de ADN, la fotografía, el video, el fax, el correo electrónico, la teleinformática, y un largo etcétera no podían ser ni siquiera imaginados por el legislador de finales del siglo XIX, como nosotros somos incapaces de atisbar lo que el futuro nos depara en esta materia no ya en un siglo, sino en un decenio.

Los debates con los asistentes a los cursos que traen causa a este trabajo demostraron que el jurista salvadoreño es muy reacio a admitir la introducción en el proceso de una fuente de prueba no prevista expresamente en el ordenamiento, es decir no incluida en los artículos 1569 del CC y 253 del Prc. Empero, esta opinión incurre en el error de confun-

dir los medios de prueba, que solamente pueden ser los legalmente establecidos por la Ley, porque como establece el artículo 2 CPr los procedimientos (en el sentido de las normas que los disciplinan) no penden del arbitrio de los jueces, y las realidades extrajurídicas preexistentes al proceso. Sin embargo, el propio precepto establece seguidamente que los jueces accederán a lo que no esté prohibido y proporcione alguna facilidad al solicitante.

¿Está expresamente prohibido por el ordenamiento procesal salvadoreño utilizar fuentes de prueba no tradicionales? La respuesta ha de ser forzosamente negativa. Lo que está prohibido es crear nuevos medios de prueba (es decir nuevas actividades procesales), pero no lo está incorporar a un medio de prueba legal una fuente de prueba lícita.

Como ya destaca con unanimidad la doctrina procesal y la jurisprudencia española (que ha pasado página ya de este artificiosos problema) es algo innegable que la demanda de Justicia no puede dar la espalda a las realidades sociales. Y esta realidad social nos demuestra que lo que antes se plasmaba en la memoria de las partes y de los testigos, se anotaba mediante la escritura en papel o quedaba fijado de modo inmutable en la naturaleza, ha dado paso a que la plasmación se realice, además o exclusivamente, por otros medios. Las palabras no solamente se escriban en papel y se guarda la copia, sino que se utilizan los archivos informáticos, el disco duro de un ordenador. Una conversación se graba en cinta magnetofónica, o se graba la conversación incluyendo la imagen en una película. O se deja constancia de una situación, de un momento, mediante una fotografía. Un viaje se registra en una filmación. Esta es nuestra sociedad. La sociedad a la que hay que dar una respuesta en términos de Justicia, lo que obliga a que el ordenamiento jurídico se adapte sin duda, pero no puede dejar al aplicador de la ley indiferente. Como dijo el Tribunal Supremo español *“las innovaciones tecnológicas pueden y deben incorporarse al acervo jurídico en la medida en que son expresiones de una realidad que el derecho no puede desconocer”* (STS de 5 de febrero de 1988). ¿Podemos defender ante una demanda de paternidad que dos álbumes de fotos que retratan al padre con el hijo desde su más tierna edad, no son utilizables, carecen de valor probatorio porque el legislador de mediados del siglo XIX no conocía la fotografía? ¿Podemos negar el insulto y la amenaza en un programa de televisión por la cinta de video no esta contemplada como medio de prueba? Podemos, sin duda,

pero no dejará de alejarnos, cada día más, de la realidad de nuestra sociedad y, en consecuencia, de la Justicia.

Negar lo anterior es tanto como negar derechos a una de las partes. Impedir la acreditación de unas manifestaciones vertidas en un programa de televisión o de radio a través de una cinta magnetofónica o de una cinta de video, bajo la argumentación que la Ley no prevé expresamente su introducción en el proceso, además de constituir *un error conceptual entre lo que es una fuente de prueba y un medio de prueba, puede constituir un ataque directo al derecho de defensa (en la vertiente de utilización de los medios de prueba pertinentes) contemplado en el artículo 11 de la Constitución.*

Buena parte de las objeciones que se hicieron a la admisibilidad de los medios de prueba citados, fue la posibilidad de su manipulación. Hace tiempo que viene afirmándose que los juristas son capaces de resolver adecuadamente el conflicto jurídico que conocen, pero que son más limitados (como es evidente) cuando tienen que resolver uno que desconocen. Y esto es lo que, a mi juicio, se produce en este caso. Manipularse, se puede manipular a un testigo. Se puede falsificar un documento y se puede alterar la situación de las cosas en una inspección personal del juez. Lo relevante no es, pues, la existencia de manipulaciones, sino el establecimiento de mecanismos de verificación de la exactitud de un documento, de la veracidad de un testimonio y de la disposición de las cosas o lugares en un reconocimiento, como de hecho preven las Leyes. Pues bien, lo relevante en estos casos será determinar si la información del ordenador es veraz, si la cinta de video o de cassette no ha sido manipulada, si la voz corresponde a quien se nos dice, etcétera. Pero no rechazar los avances tecnológicos, por que es evidente que servirán para acreditar la realidad de los hechos afirmados por las partes y, en definitiva, para que las resoluciones de los jueces resuelvan realmente los conflictos que se les someten.

Desde tal punto de partida, la jurisprudencia y la doctrina españolas (con respecto a la LEC de 1881, que tampoco contempla otros medios de prueba que los que se establecen en el Prc) desde hace bastante tiempo vienen admitiendo, con argumentos parecidos, las fuentes de prueba modernas que han de ser introducidas en el proceso a través de los medios de prueba legalmente previstos por analogía. Y así, la

visión y audición de una cinta de video ha de ser introducida en el proceso como si de un documento se tratara, puede ser impugnada, en consecuencia, su autenticidad, y su examen se acomodará a las reglas de la prueba de inspección personal.

No ha sido, sin embargo, sencillo el camino hasta llegar a la plena admisión. Un examen de la jurisprudencia española desde principios a finales del siglo XX arroja como resultado que hasta los años 80 las resoluciones del Tribunal Supremo y de las Cortes de Apelación (las Audiencias Territoriales y luego las Audiencias Provinciales, en la terminología española) mantuvieron el rechazo a la admisión de las fotografías, de las copias fotográficas de documentos, de las cintas de audio y video e incluso de los registros informáticos por ejemplo de los dispensadores automáticos de dinero.

Las razones fueron las tradicionales: no existe proceso convencional, por lo que los tribunales no pueden admitir otros medios de prueba que los recogidos en la Ley, se decía por unos. Otros mantenían que su admisión no era posible por la falta de garantías de autenticidad, aludiendo a la posibilidad de manipular fotografías cintas y archivos.

La primera razón puede ser descartada distinguiendo, como hemos hecho, entre fuentes y medios de prueba. La introducción de una fotografía en un proceso no implica crear un nuevo medio de prueba, sino exclusivamente utilizar la prueba documental como medio para que el juez pueda apreciar una realidad que acredita una de las afirmaciones de hecho de una de las partes, lo que se puede realizar mediante la interpretación analógica de las normas.

Sobre la segunda, ya nos hemos pronunciado. Se puede manipular todo. Pero en la misma medida en que se puede comprobar, si las partes dudan de su autenticidad, todo. Así se hace en la prueba documental, y no nos extraña comprobar una escritura. Y si algo es manipulable es la escritura y la firma, pero la ciencia nos demuestra que es perfectamente posible determinar la falsedad. Como también se puede comprobar si una foto es un montaje o no.

El Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de pronunciarse en no pocas ocasiones sobre esta cuestión desde hace tiempo. Una muestra

de esta doctrina (que considero plenamente aplicable al ordenamiento salvadoreño) es la siguiente:

Sentencia de 23 de abril de 1994: *“Así, en primer lugar, su inexacta consideración de lo que es prueba documental a través de una errónea estimación de lo que es “documento” dado que, bien sea considerado este conforme a la clásica doctrina que le reputa como sinónimo de escrito a través del cual se exterioriza una idea, pensamiento, convención, negocio jurídico, etc., cual parece ser se estimó por el legislador procesal de 1881 y no tan exactamente por el civil de 1889, en los arts. 596 y 602 aquél y en los 1216 a 1230 éste; bien siguiendo un criterio que la doctrina procesalista actual califica de funcional, a virtud de cual el concepto de documento ofrece una mayor amplitud en cuanto referido al medio u objeto a través del cual se manifiesta ese pensamiento, idea, etc. –cintas de película o de video, estatuas, discos, etc.–, lo que viene en cierto modo amparado por el art. 1215 CC, al emplear el término “instrumentos” en lugar del de “documentos”, y que tienen su proyección jurisprudencial entre otras en la S de esta Sala de 24 febrero 1956, en la que se concede el carácter de documento a un modelo de cerradura incorporado a los autos, o en la S de la Sala 6ª (hoy 4ª) del TS de 5 julio 1984, que amparada precisamente en el término “instrumentos” del citado art. 1215 CC, admite como prueba documental la grabación de imágenes de video; o la STC 190/1992, de 16 noviembre y la en ella citada S 128/1988, de 27 junio, que estiman “no puede negarse valor probatorio a las transcripciones de una cinta magnetofónica, cuando han sido incorporadas a los autos, no han sido impugnadas y se dan por reproducidas en el acto del juicio oral”,*

Sentencia de 30 de noviembre de 1992: *“Efectivamente los medios probatorios documentales, aparecen regulados en los arts. 1216 y ss. CC y 596 y ss. LEC. Se puede equiparar documentos a escritura, art. 1223 y 1224 CC, y no se prevean las aportaciones probatorias derivadas de los importantes avances y descubrimientos técnicos de estos tiempos, como sucede con las cintas magnéticas, vídeo y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano, contrario a la que sucede en el CC italiano, cuyo art. 2712 (sec. 4ª, Tít. Segundo, Lib. Sexto), en relación al precepto 261 Código de Procedimiento Civil, si recoge tales instrumentos de prueba, tanto en forma general como específica. La falta de atención de nuestros legis-*

ladores a estos estados de progreso científico no significa que la Jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórica social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico (arts. 16º y 3 CC). No se da prohibición expresa de utilización de esta clase de medios probatorios y los arts. 578 LEC y 1215 CC no han de reputarse herméticamente cerrados al efecto, en cuanto aquellos reflejan más que propiamente expresan los pensamientos humanos. En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas. En esta línea aperturista es significativa la antigua Sentencia de 25 mayo 1945 que reconoció valor probatorio a reproducciones fotográficas, al no presentar en pugna con la ley y concretamente con el precepto procesal 504, estableciendo la resolución los requisitos para lograr eficacia”.

Así pues, la doctrina y la jurisprudencia, con un texto procesal de 1881, como el salvadoreño, han establecido (no sin las dificultades propias en el inicio) la posibilidad de incorporar estos denominados incorrectamente “nuevos medios de prueba” que, en realidad son fuentes de prueba que han de introducirse en el proceso, a través de los medios de prueba establecidos en la Ley, por analogía con lo dispuesto en las leyes procesales.

Esta introducción por analogía en el proceso ha de realizarse cuestionándose el tipo de fuente de prueba a analizar. Normalmente es la prueba documental la que se utiliza para todas las cuestiones atinentes a la garantía de autenticidad y al traslado a las demás partes, puesto que como en aquel caso se trata de una prueba que no tiene sentido deferir al momento probatorio para que acceda al proceso, dado que las partes ya la tienen en su poder. Una fotografía, una cinta de audio o video, deben ser aportados al proceso con la demanda y la contestación. Luego, dependiendo de la finalidad del medio de prueba, lo más normal es que la incorporación se realice teniendo en cuenta la prueba de inspección personal del juez.

4. CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Para que un medio de prueba pueda ser admitido en un proceso, han de cumplirse los siguientes requisitos, que son inexcusables:⁴⁰

4.1. Legalidad

La legalidad impone, en primer lugar, que sólo los medios de prueba establecidos en la Ley son admisibles en el proceso civil, teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente sobre la distinción entre fuentes y medios de prueba.

Pero, seguidamente, y desde el punto de vista negativo, el criterio de legalidad implica que solamente se considerarán medios de prueba los que se practican del modo establecido en la Ley. Esta segunda precisión nos conduce, a su vez, a otras consecuencias.

Los medios de prueba solamente son admisibles cuando se practican en el plazo determinado por la Ley, es decir dentro del período probatorio, en instancias o en apelación, con las excepciones establecidas en el propio Código de Procedimientos Civiles, que afectan exclusivamente a la prueba de confesión y a los supuestos de prueba anticipada, por un lado, y, por otro, a los casos en los que se admite la prueba de oficio por parte del juez. En teoría, pues, sólo los medios de prueba introducidos dentro del término probatorio han de ser considerados por el juez para valorar la carga de la prueba.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo civil de la Corte Suprema, en sentencia de 19 de abril de 1996, si bien referido a un dictamen pericial caligráfico que se incorporó al proceso antes de abrirse el período probatorio⁴¹, si bien no es posible conceptualmente establecer diferencia alguna cuando se trata de pruebas introducidas fuera del período probatorio, las que lo fueron antes o después de dicho período salvo que, como expusimos, esta aportación extemporánea se encuentre regulada de alguna forma en la Ley, tanto a instancia de las partes (prueba anticipada) como de oficio por el Juez.

40. Véase Sentencia de la Sala de lo Constitucional de 12 de mayo de 1998, cuyo contenido transcribimos a continuación parcialmente en cuanto elabora los criterios para la admisibilidad de los medios de prueba.

41. Esta sentencia mantiene textualmente lo siguiente: "Para juzgar si existe o no el error de derecho en la apreciación de la prueba denunciado, se precisa considerar, en relación al dictamen caligráfico que obra en los autos, la pertinencia de la prueba y la forma como ha sido introducida a proceso.

La aplicación del principio de legalidad exige también que la prueba sea aportada al proceso en la forma establecida en la Ley. Por eso no pueden ser considerados medios probatorios, sino meras alegaciones de hecho incorporadas a las restantes alegaciones de las partes pretendidas pruebas periciales, de confesión o testificales obtenidas por las partes fuera del proceso y sin someter a la contradicción de las partes y al deber de dirección del proceso por parte del Juez.⁴²

Finalmente, es consecuencia del principio de legalidad, que la prueba sea admisible en el proceso que se trate. Es decir, un medio de prueba puede ser inadmisibles cuando el propio Código de Procedimientos Civiles establece que no podrá utilizarse en determinadas acciones o en determinados procedimientos. Buena prueba es cuanto se expondrá más adelante al aludir a la prueba de testigos en los contratos por valor superior a 200 colones.

De estos tres criterios de legalidad habla la Sentencia de 12 de mayo de 1998 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema: La legalidad, mantiene, se relaciona: *"A) con el hecho que la prueba solicitada sea permitida; b) con el tiempo que la Ley establece para que esa prueba sea producida; y c) con la forma de su ofrecimiento"*.

No cabe duda que el mencionado dictamen es un medio probatorio adoptado por la legislación procesal como idónea para establecer la falsedad de un instrumento; pero por si solo no es suficiente para probar plenamente dicha falsedad, por que su valor probatorio, conforme lo dispuesto es el artículo 412 Pr., es de semiplena prueba.

Por otra parte, tal como dice la Cámara sentenciadora en el considerando IV de la sentencia recurrida, y así consta en el proceso, al testamento de que se trata, la parte actora, después de vencido el término probatorio, lo impugnó de nulo, alegando falsedad de la firma del testador como causal de nulidad, y para probarla, sin que se haya abierto a pruebas el incidente respectivo, solicitó el peritaje caligráfico, el cual fue ordenado por el Juez y fue practicado por los peritos nombrados fuera de todo término probatorio. La prueba recibida en esas condiciones, por disposición expresa de la ley, no hace fe, y así lo ha sostenido el tribunal sentenciador, lo que es equivalente a que el expresado dictamen, en el caso de autos, no es prueba; por ello la Cámara sentenciadora no lo valoró esto es no lo tomó en cuenta para resolver la controversia. De lo dicho se sigue que no se comete error de derecho en la apreciación de la prueba si para decidir la controversia no se toma en consideración un dictamen parcial introducido al proceso como prueba fuera del término probatorio, porque dicho dictamen como se ha dicho no hace fe y por lo mismo no constituye prueba. En el caso de autos, bajo el supuesto que el dictamen caligráfico se hubiese introducido al proceso en legal forma, como ya se dijo, la ley solo le da el valor de semiplena prueba, lo que no es suficiente para tener por probada plenamente la falsedad alegada y como consecuencia por establecida la nulidad del testamento solicitado."

42. Por ello (vid. infra) la denominada confesión extrajudicial no es prueba de confesión, como tampoco lo son las denominadas incorrectamente pruebas periciales extrajudiciales, o las actas notariales con pretendidas declaraciones de testigos. Prueba parcial será exclusivamente la practicada dentro del proceso con las formalidades establecidas en la Ley. Este tipo de actas notariales (donde existen) o de dictámenes privados previos y ajenos al proceso, no podrán hacer prueba salvo que su contenido se adviere dentro del proceso, como el resto de las afirmaciones de hecho de las partes.

4.2. Admisibilidad

Suponiendo que los medios de prueba se encuentren previstos en la Ley, no por ello han de practicarse forzosamente. Para que un medio de prueba deba ser practicado ha de tratarse de un medio pertinente y conducente, como ya adelantamos al aludir al contenido esencial del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. La misma sentencia de la Sala de lo Constitucional, antes mencionada establece textualmente los dos conceptos y los define de la siguiente forma: “*en cuanto a la pertinencia de la prueba, esta se refiere a la adecuación que debe existir entre los datos que esta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el derecho probatorio...*”. Y respecto a la conducencia afirma: “*la conducencia de la prueba alude a la eficacia de aquella para producir en un caso concreto el convencimiento en el Juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes*”.

En definitiva, pues, la pertinencia de la prueba afecta a la pregunta ¿Qué debe probarse?, lo que nos obliga a introducirnos en cada procedimiento en concreto a lo que sea el objeto de debate, es decir al *thema decidendi* y a la capacidad de los medios propuestos para poder formar eventualmente la decisión del Tribunal sobre la acreditación de los hechos que han sido afirmados por las partes. *En definitiva, se trata de analizar si en el caso concreto, en el proceso concreto, y dadas las concretas afirmaciones de las partes, el medio de prueba es eventualmente capaz de probar una afirmación de hecho, lo que implica que han de estar dirigidas al esclarecimiento y determinación de los supuestos sometidos a enjuiciamiento, y han de ser en sí mismas ineludibles, insustituibles, fundamentales y de posible realización* (MONTERO). Desde esta perspectiva, impertinentes serán los medios de prueba que se articulen para probar hechos que no han sido alegados por las partes, o que se refieran a hechos no controvertidos, o afirmaciones de hecho que no afecten al eventual contenido del fallo, o que pretendan acreditar hechos notorios.

La conducencia o relevancia de la prueba, se refiere a concreta utilidad del medio de prueba propuesto. Para el TC español, “si pertinencia alude a lo oportuno y adecuado, necesario es lo que resulta indispensable y forzoso, y cuya práctica deviene obligada para evitar

la indefensión”, en una doctrina, como vemos, muy parecida a la elaborada por la Sala de lo Constitucional. *Inconducente, pues, será el medio de prueba que no es el adecuado para verificar la afirmación de hecho o que es superfluo.*

En todo caso, no está de más que recordemos aquí la extrema prudencia con la que el juez debe obrar para considerar inconducente un medio de prueba, pues la experiencia enseña que, en no pocas ocasiones, sobre todo en los ordenamientos en los que no existe una audiencia preliminar, a la hora de dictar sentencia el medio de prueba rechazado por superfluo resulta que no lo es tanto.

El Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 240, recoge, en nuestra opinión los dos criterios de pertinencia y conducencia en el mismo precepto, cuando establece que *“las pruebas deben ser pertinentes, citándose al asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes”*. De esta definición legal puede extraerse la inadmisibilidad de un medio probatorio tanto en lo que se refiere al thema decidendi, como a la capacidad concreta de un medio de prueba para acreditar un hecho alegado por las partes.

5. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA ILÍCITA

Aun siendo cierto que es en el proceso penal donde se producen la mayor parte de las cuestiones relacionales con la ilícita adquisición de los medios de prueba, *también en el proceso civil pueden producirse vulneraciones de derechos fundamentales en la adquisición o incorporación de las fuentes de prueba*. En esta materia probatorio, por lo tanto, es igualmente necesario definir el derecho a la prueba desde la perspectiva de su licitud.

Cuando nos referimos a la prueba ilícita en el proceso civil, estamos aludiendo a la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y dejando a un lado otras cuestiones (incluso terminológicas), como las denominadas prohibiciones probatorias, o las denominadas pruebas ilegítimas o irregulares.⁴³

⁴³ Una detallada exposición de estas posturas doctrinales puede encontrarse en Picó i Junoy, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, Bosch 1996. Páginas 283 y siguientes.

En este sentido (PICÓ) nos referimos a la prueba obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales.

No existe en el ordenamiento procesal salvadoreño ningún precepto expreso sobre la prueba ilícita, como tampoco existía en el ordenamiento español hasta 1985 en que la Ley Orgánica del Poder Judicial lo introdujo en su artículo 11.1 que expresamente mantiene que “*No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o las libertades fundamentales*”. No obstante, la existencia un precepto expreso no impidió al tribunal Constitucional español pronunciarse un año antes sobre la prueba ilícita para afirmar la innecesariedad de precepto legal expreso a la hora de prohibir la valoración de una prueba obtenida violando los derechos y libertades públicas objeto de protección preferente a través del recurso de amparo. Y así, en una sentencia que sigue siendo fundamental, la 114/1984, de 29 de noviembre, el tribunal Constitucional terminó sosteniendo que aunque se careciera de una norma específica en el ordenamiento, la interdicción procesal de usar pruebas ilícitamente obtenidas era consecuencia necesaria de la “posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”, para terminar reconociendo que esta ilicitud podía producirse tanto en la adquisición de la fuente de prueba, como durante su práctica e, incluso, por afectar al derecho al proceso con todas las garantías, en la fase de valoración por parte del juez.⁴⁴ En la próxima LEC de 2000, el artículo 287 ha completado la regulación de la prueba ilícita estableciendo cómo puede llevarse al proceso la existencia una prueba ilícita, cómo puede debatirse y la decisión del órgano judicial.⁴⁵

44 Mantiene esta STC 114/1984, lo siguiente “*TERCERO... Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del art. 24.2 CE, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del Juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte —en casación y ante este Tribunal— de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 CE, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 CE).*”

Este planteamiento obliga a varias indagaciones sucesivas. Es necesario, en primer lugar, determinar la procedencia o improcedencia del empleo, en nuestro Derecho, de instrumentos probatorios con causa ilícita. Hay que precisar, a continuación, si, admitida tal improcedencia en algún caso, su desconocimiento por el Juzgador adquiere relevancia en el proceso de amparo por afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. Y debe tenerse en cuenta por último, si en el caso concreto aquí suscitado se produjo en la consecución de la prueba, la lesión extraprocésal de los derechos reconocidos en el art. 18.3 CE.

En el supuesto estudiado por el tribunal Constitucional al que nos hechos referido anteriormente, y que nos hechos resaltado porque no se trata de un caso relacionado con el orden penal, sino laboral,

No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por la expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del Juzgador, sobre la base del art. 566 LEC, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención. A ese respecto, son divergentes las opiniones doctrinales y las soluciones acogidas en los distintos ordenamientos.

No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el Derecho comparado. Por lo general, los países de "common law" hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, S 18 marzo 1955 del Tribunal de casación). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado —por la que se refiere a las pruebas específicamente "inconstitucionales"— en la S 34/19/1973 de la Corte Constitucional, y en la L 98/1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La sentencia de la Corte declaró que "... el principio enunciado en el ap. 1º de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada".

En este caso, por lo demás, la Corte italiana no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de carácter general del mayor interés, según el cual "las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquél a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas". Esta doctrina fue sustancialmente recogida en 1974 por el legislador, adicionándose un nuevo art. 226 al Código de Procedimiento Penal por el que se estableció la inefectividad procesal "de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la Ley".

En el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto, por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesta por el art. 10.2 CE no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Existe, sin embargo, una resolución en este ámbito que debe mencionarse, por más que su sentido no resulte de necesaria consideración en nuestro Derecho sobre la base del citado art. 10.2 CE. Se trata de la Res. 12 noviembre 1971 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de demanda formulada contra el Estado Austríaco. En esta decisión se acordó que no había implicado violación del art. 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente.

Con independencia de que la interpretación relevante, de acuerdo con el art. 10.2 CE, es sólo la jurisdiccional del tribunal Europeo, y no la del Comité de Ministros, lo cierto es que, en el presente caso, este órgano no entró a conocer, en su breve resolución, acerca de si la grabación controvertida constituyó o no un atentado a la intimidad (art. 8 de la Convención), sino que, considerándose sólo llamado a decidir sobre la vulneración o no del art. 6 del mismo texto, limitó a este objeto específico su acuerdo.

CUARTO.- Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables" (art. 10.1 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino más limitadamente, de constatar la "resistencia" frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los

se impugnaba la licitud constitucional de una prueba consistente en una determinada grabación subrepticia en el centro de trabajo.

En estos supuestos en los que no existe precepto alguno, como ocurría en el ordenamiento español hasta 1985, no puede decirse, como

ciudadanos y de "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica..." (S. 25/1981 de 14 de julio de este Tribunal, F. j. 5º). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sec. I Cap. II Tit. I CE y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el "deterrent effect" propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no —según se dijo— ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

Esta conclusión no contraria la doctrina establecida ya por este Tribunal en los AA 21 marzo y de 16 mayo 1984, por los que se declararon inadmisibles las demandas de amparo constitucional 764/1983 y 766/1983. Es cierto que, en estas resoluciones, el Tribunal no admitió las invocaciones de las partes fundamentales en que el auto de procesamiento recurrido se dictó sobre la base de elementos probatorios ilícitamente obtenidos, pero no lo es menos que el problema entonces suscitado difería cualitativamente del que se plantea en el presente recurso. En aquellas demandas el actor se limitó a invocar abstractamente una doctrina, sin específica apoyatura constitucional, y a declarar, no menos genéricamente, graves infracciones jurídicas producidas en la obtención de los instrumentos probatorios cuya utilización atacó. Este defecto "abstractamente alegado" —como destaca el A 16 mayo en su f. j. 3º "in fine"— no podía, en verdad, ser objeto de atención por el Tribunal, máxime cuando, como también se indicó, la ilicitud invocada en la creación de la prueba hubiera requerido la declaración en tal sentido del Tribunal competente.

Por lo demás, en aquel supuesto el recurrente —como advierte el Tribunal podía haber suscitado tal queja frente al auto de procesamiento en la fase plenaria del juicio penal, momento en el cual habría habido ocasión de apreciar la fundamentación de esta pretensión. Por ello —y porque, según se dijo, el actor no enlazó en modo alguno la alegada ilicitud en la obtención de la prueba con la defensa de derecho fundamental alguno violado por tal formación irregular— el Tribunal hubo de declarar entonces que el problema planteado era de mera legalidad y ajeno, en canto tal, al ámbito del amparo constitucional.

QUINTO.- Todo lo que se ha dicho en el apartado anterior permite centrar la dimensión constitucional que puede mostrar el problema planteado en el presente recurso de amparo. Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce (y no cabe, según se dijo, entender que el derecho violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente con ocasión de la obtención de ésta) habrá que concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo

Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (art. 24.2 CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha

afirmó el TC español que esta inexistencia impida expulsar del proceso civil una prueba ilícitamente obtenida por la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico, de modo que garantizados los derechos a la vida, la integridad física y moral, al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio, no es preciso que exista precepto específicamente dirigido a prohibir utilizar las pruebas obtenidas violentando tales derechos fundamentales, y el juez podrá bien impedir su introducción en el proceso, si en ese momento ya tiene constancia de ilicitud, bien desechar su valoración en sentencia.

6. LAS PRESUNCIONES: ¿UN MEDIO DE PRUEBA?

Como ya vimos anteriormente, el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles de El Salvador mantienen que entre los medios de prueba se encuentran las presunciones.

Más por inercia que por otra cosa, nuestros tribunales han venido denominando medio de prueba a las presunciones⁴⁶ aunque doctrinalmente es unánime la opinión contraria. Una presunción no

recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de "medios de prueba pertinente" que aparece en el mismo art. 24.2 CE pasa, así a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido. La lesión hipotética que aquí se considera no se puede descartar —en este planteamiento preliminar— por el hecho, que subrayan la sentencia del Tribunal Supremo y el Ministerio Fiscal de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el Juzgador. No se trata ya sólo de que, en el presente recurso, estemos, más que antes dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un "concurso instrumental" (prueba documental y, sobre ella, pruebas testificales) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el Juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma.

45 Artículo 287 LEC 2000 *licitud de la prueba* 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el Tribunal se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que de comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud".

46 Por ejemplo, la Sentencia de la Sala Civil de la Corte de El Salvador de 29 de abril de 1996 mantiene que "la presunción judicial es un medio de prueba en virtud del cual el juzgador deduce un hecho que desconoce, de hechos llamados indicios que deben estar plenamente probados en los autos y distintos al que se pretendió probar directamente".

es un verdadero medio de prueba. Es, simplemente, la determinación de una sistema preciso de razonamiento mediante la valoración de los demás medios de prueba.

Como es sabido, las presunciones se dividen en legales y judiciales, aunque esta última denominación tampoco es muy acertada.

Las presunciones legales tienen su razón de ser en razones de política legislativa y están relacionadas con la extrema dificultad de acreditar alguna cosa. El ejemplo clásico, también recogido en el ordenamiento salvadoreño es el de la presunción de fallecimiento en supuestos extraordinarios y lo son las presunciones de buena fe. En estos supuestos, probado el indicio, es decir el hecho base o punto de partida, es el propio ordenamiento el que extrae una consecuencia contra la cual no se suele admitir prueba en contrario.

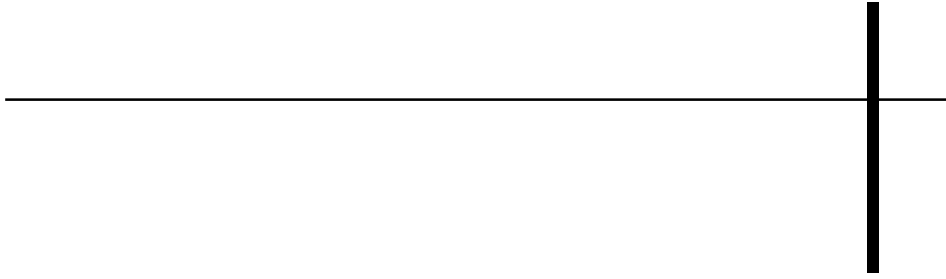
Pero, además de estas presunciones, están las presunciones judiciales, en cuyo caso la conclusión no se ofrece por el ordenamiento, sino que es el propio órgano judicial el que valora la relación existente entre el hecho acreditado y el que se trata de acreditar mediante la constatación de un nexo lógico que enlaza directa y precisamente con la conclusión. La mejor definición de este sistema de valoración es la de prueba de indicios que se utiliza ya generalizadamente en el proceso penal y se va abriendo camino en el proceso civil.




En todo caso, es evidente que no son medios de prueba, sino sistemas de valoración de la prueba.



CAPITULO VI
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL
PROCEDIMIENTO PROBATORIO





Sumario: 1. Recibimiento del Juicio a prueba. 2. Termino de prueba. 3. Proposición de los medios de prueba. 4. Admisión de los medios prueba. 5. Aspectos Generales de la práctica de la prueba. 5.1. Garantías de actividad.  Presencia judicial.  Contradicción.  Documentación. 5.2. Formalidades mínimas. 6. Prueba anticipada y aseguramiento de la prueba. 7. La Prueba en instancia.

INTRODUCCIÓN

El modo de probar ocupa una serie de actos que de común pueden identificarse en los procedimientos. La concatenación de actos van desde el instante en que el juez deba decidir el recibimiento de la prueba, el término en que puede ejercerse la actividad probatoria, la escogitación de los medios prueba que las partes tengan a bien usar, la admisión formal de los medios de prueba por parte del ente judicial. Otra faceta que ha de cumplimentarse son los aspectos generales que brinden un a suficiente garantía en la práctica de la prueba. Garantías de la actividad, y en general las formalidades que mínimamente deban realizarse.

Aunque dentro de cada medio de prueba es preciso determinar el modo de probar, pueden encontrarse algunos hilos conductores comunes a todos ellos. Así, sea cual sea el medio de prueba que se intente hacer valer en el proceso civil podremos encontrar, en primer lugar, la decisión de abrir el juicio a prueba, la concesión a las partes de un término para probar, la proposición de los distintos medios de prueba, la decisión judicial sobre la admisión o inadmisión del medio y la práctica de la prueba propiamente dicha. Aunque en cada medio de prueba existan determinadas especialidades a las que nos iremos refiriendo, se trata ahora de establecer las que podríamos denominar reglas comunes del procedimiento probatorio. También son comunes, y por ello las analizaremos en este momento, las normas que disciplinan la prueba anticipada y la prueba en segunda instancia.

1. RECIBIMIENTO DEL JUICIO A PRUEBA

Partiendo de que el proceso implica una sucesión de actos

encadenados, de los cuales uno es consecuencia del anterior y precedente del siguiente, terminada la fase de alegaciones es preciso entrar en la fase de prueba en la mayor parte de los casos aunque, como ya tuvimos ocasión de analizar anteriormente, no siempre es precisa la existencia de esta fase probatoria pues en algunos casos la controversia puede solucionarse sin necesidad de prueba. Son, por ejemplo, los supuestos de acuerdo sobre los hechos, los supuestos en los que se trate de una controversia que verse exclusivamente sobre el derecho aplicable o de litigios en los que ninguna de las partes solicite prueba. Ya vimos anteriormente también que una recta interpretación del principio de aportación de parte no impediría que el juez, de oficio, decidiera el recibimiento del juicio a prueba, pero no es esta la opción de nuestros ordenamientos.

En consecuencia, siempre y cuando lo solicite al menos una de las partes, exista controversia y exclusivamente en los términos en que esté establecida la controversia, la decisión del juez ha de ser la de pasar de la fase de alegaciones a la fase de prueba, salvo que haya mediado allanamiento, pues en este último caso la controversia se decide sin necesidad de acreditar lo que el demandado ya ha admitido, siempre y cuando se trate de una cuestión en la que se encuentre permitido. Una vez más, debemos insistir en que la rebeldía no equivale (salvo que expresamente esté así establecido en el ordenamiento jurídico procesal asimilando la incomparecencia al allanamiento) al reconocimiento de los hechos, por lo que el actor ha de acreditar los hechos afirmados si quiere tener éxito en su acción⁴⁷. Sentado lo anterior, son hitos comunes a esta concreta fase del período de prueba la petición de recibimiento y la decisión del juez. Aunque el C.Pr.C., no establece de modo taxativo esta obligación, se deduce de la regulación de la prueba (y en la práctica es así) que son las partes quienes piden al juez que abra este período y también que es decisión del juez recibir a prueba el procedimiento o no, de modo que si el juez constata, en todos los supuestos que hemos analizado y que le es permitido, que no hay controversia.

47 Es perfectamente posible que el ordenamiento anude a la rebeldía la decisión de tenerle por conforme con los hechos y exigir al juez que dicte sentencia. Ello ocurre en los procesos ejecutivos normalmente, pero también puede ocurrir en los declarativos. El Decreto de 21 de noviembre de 1952, que introdujo en el ordenamiento español el denominado juicio de cognición, permite, ante la rebeldía del demandado, realizarle una intimación para que comparezca y, de no ser así, tenerle por reconocidos los hechos de la demanda y dictar sentencia.

2. TÉRMINO DE PRUEBA

Podrá decidir también la no apertura del período probatorio. una de las partes, por lo que en estos supuestos el término probatorio es siempre para practicar la prueba y no para proponer y practicar. El término de prueba puede ser ordinario y extraordinario. El término ordinario de prueba es de 20 días (artículo 245 C.Pr.C.) en los juicios ordinarios y de 8 días para los juicios sumarios y ejecutivos (artículo 246 C.Pr.C., in fine).

Sin embargo, es preciso atender a la regulación en cada proceso, por ejemplo, en los ordinarios se establece nuevamente que el término probatorio es de 20 días, establecido también en los procedimientos de oposición al convenio de acreedores o en el inventario en las testamentarias, mientras que en los juicios ejecutivos, tercerías, concurso, impugnaciones de graduación y reconocimiento de créditos, partición de bienes, beneficio de separación, incidentes de pobreza y, en general, en los juicios verbales, se establece en 8 días).

Respecto de la prueba en segunda instancia, en los procesos en los que está admitida, la regla general (artículo 1023 C.Pr.C.) es que el término probatorio será la mitad de lo que correspondería en la primera instancia. El término extraordinario de prueba responde a la dificultad que puede provocar la necesidad de practicar un medio de prueba fuera del régimen de flexibilidad en la práctica de la prueba, de manera que el juez, ponderando la totalidad de las circunstancias del caso, y no solamente el lugar donde han de practicarse, pueda ampliar razonablemente el término probatorio para evitar la necesidad de incorporar gran parte del material probatorio fuera del término previsto por la Ley tanto a través de las denominadas diligencias para mejor proveer, como en segunda instancia, —como lo que es más grave— reconocer cualquier medio probatorio aunque haya sido practicado fuera del término legal, lo que plantea numerosos problemas que analizaremos más adelante⁴⁸.

⁴⁸ La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, permite al juez (artículo 429.3) cuando la mayor parte de las pruebas hayan de celebrarse fuera del lugar donde tenga su sede el órgano judicial ampliar la fecha de celebración del juicio hasta dos meses. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el nuevo diseño procesal español se basa en la concentración, de modo que todos los medios

3. PROPOSICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Salvo las posiciones que el ordenamiento procesal reconoce a los jueces para decidir la práctica de prueba de oficio (como analizaremos en su momento) sólo las partes tienen la posibilidad de decidir los medios de prueba de que intentan valerse lo que, obviamente, no impide la facultad (obligación) de los órganos judiciales de rechazar aquellos medios de prueba que no sean admisibles de acuerdo con los criterios que ya apuntamos anteriormente.

Normalmente, la proposición de prueba se realiza por las partes en el modo general del proceso de que se trate. Y, por ello, en los procesos de corte escrito, la proposición de prueba se realiza por escrito y en los procesos orales se realiza de modo verbal (sin perjuicio de que se recoja en el acta correspondiente). En segundo lugar, es preciso que la proposición de prueba se realice en el modo determinado por el C.Pr.C para cada medio de prueba. En los sistemas en los que existe comparecencia o audiencia preliminar, como pretende el CPMI, la proposición de los medios de prueba se realiza en el momento de la comparecencia una vez se ha constatado que no es posible finalizar el litigio por acuerdo entre las partes, se han allanado los obstáculos procesales posibles, y las partes han fijado los términos del debate. Sólo en ese momento es posible que las partes puedan analizar la controversia y las afirmaciones de hecho que, por no haber sido admitidas por las partes, están necesitadas de prueba.

Así en el CPMI, sentado que las partes han de pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados de contrario, el artículo 301.6 establece un momento procesal determinado dentro de la audiencia para la *“fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes, disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan, recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación*

de prueba (con las excepciones habituales) han de practicarse en el acto del juicio. Esta previsión de la LEC que entrará en vigor el año próximo chocará, no obstante, con las posibilidades reales del juez de señalar los juicios en el plazo de un mes, lo cual no va a ser muy posible a corto plazo al menos.

de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes...". En definitiva, como es fácil comprobar, el cambio de sistema es absoluto, pues a la eliminación de medios de prueba superfluos, difícilmente detectables en los sistemas de corte escrito, se une la práctica de la prueba en el mismo momento de la audiencia en la mayor parte de los casos, puesto que se une la necesidad de que las partes comparezcan ya en ese momento con todas las pruebas posibles, y el término probatorio, en el sentido más tradicional, queda reservado a las pruebas que no sea posible practicar en ese momento.

4. ADMISIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Es también común en nuestros ordenamientos, que exista una decisión judicial sobre la admisión de los medios probatorios. Nos remitimos a cuanto expusimos anteriormente sobre qué debe y qué puede probarse porque en este momento es cuando el juez ha de hacerse estas dos preguntas, admitiendo exclusivamente los medios de prueba que respondan positivamente a la legalidad, licitud, pertinencia y conducencia de las pruebas. También el C.Pr.C., establece este momento tanto en los juicios verbales (artículos 476, 477 y 478 C.Pr.C.), como en los ordinarios (artículos 521 C.Pr.C., y siguientes). Simplemente hemos de recordar aquí todo cuanto se expuso sobre la necesidad de motivar la denegación de los medios de prueba en relación con el derecho de defensa. Las reglas generales sobre admisión o inadmisión de los medios de prueba quedaron también apuntadas en los capítulos anteriores. Recordemos, no obstante, que el juez sólo ha de admitir aquellos medios de prueba propuestos que estén establecidos en el ordenamiento (insistiendo en nuestra posición sobre la incorporación de fuentes de prueba no expresamente previstas por analogía con las tradicionales), cuya práctica responda a las exigencias legales y, además, ha de resolver sobre la pertinencia y conducencia a nivel general, es decir ha de analizar la relación con lo que es objeto de debate y la utilidad teórica y potencial del medio de prueba para acreditar una determinada afirmación de hecho. Finalmente, es también el momento de rechazar las pruebas ilícitas.

5. ASPECTOS GENERALES DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Como es natural, la práctica de un medio de prueba responde a la configuración legal de cada uno de los medios. Aun así, también en

este aspecto podemos encontrar requisitos comunes. Siguiendo a MONTERO⁴⁹ es preciso distinguir entre las garantías de la actividad y los requisitos de forma mínimos.

5.1. Garantías de actividad

Las garantías son tanto las exigidas por las normas constitucionales, como por las normas de legalidad ordinaria hemos de llamar garantías de actividad. Como es lógico de ellas habrá que distinguir aquellas infracciones que no rebasen la mera legalidad de las que alcancen relevancia constitucional a los efectos del recurso de amparo. Estas garantías de la actividad son las siguientes:

- * Presencia judicial: El cumplimiento del principio de inmediación exige que las pruebas se practiquen a presencia del juez (Art. 172.Cn.) Esta es una obligación inexcusable, no solamente porque legalmente se establezca la presencia del juez con carácter general –el artículo 242 Prc., exige que las pruebas se practiquen ante el Juez que conoce de la causa. sin otras excepciones que la prueba por exhorto– sino porque en todos los procesos o se exige expresamente o se presupone (por ejemplo en el juicio verbal por razones obvias, pero también el ordinario, en el que el artículo 305 C.Prc., ordena que las pruebas, salvo los supuestos de exhorto, se realicen precisamente delante del juez competente), y porque parece indiscutible que siendo el juez quien ha de dictar la sentencia en el procedimiento, sea él mismo quien presencie las pruebas que luego ha de valorar. Las normas sobre prueba así lo exigen, en unos casos explícitamente (artículos 386 C.Prc., para la confesión y 366 C.Pr.C., para la de inspección personal, cuando sostienen que la confesión ha de recibirse por el juez en presencia del secretario o que el juez se transportará al lugar de la inspección), y en otras porque el C.Pr.C., está presuponiendo que ha de ser el juez quien tenga intervención directa (como por ejemplo en el caso de la pericial puede deducirse de lo que disponen los artículos 351 (Prc. Y 362 Prc.). El CPMI lo exige expresamente en sus artículos 8 y 132, salvo cuando se trate de prueba por exhorto. No es de extrañar que la prueba a través de

49 Obra citada

auxilio judicial vaya siendo restringida a los supuestos de estricta necesidad. Una de las razones fundamentales no es sólo la de tender a la concentración de los actos procesales, sino la de tratar de asegurar la presencia del juez que ha de dictar sentencia en la actividad probatoria, al punto que en algunas ocasiones los ordenamientos impiden que puede dictar sentencia un juez distinto al que practicó las pruebas.

Contradicción: Como ya tuvimos ocasión de analizar extensamente al inicio del curso, pertenece a la esencia del proceso la garantía de contradicción, concretada en la posibilidad de que las partes no solamente propongan las pruebas que convengan a su derecho, sino la de participar en la práctica de la propia prueba y de la propuesta y admitida a la contraria. Manifestaciones del derecho a la contradicción en la prueba vamos a encontrar en todo el transcurso de los medios probatorios, en los que siempre se está exigiendo la citación de las partes, o la posibilidad de que éstas intervengan en la prueba admitida. Así lo exige el artículo 242 C.Pr.C. cuando expresamente exige que las pruebas han de realizarse con citación de la parte contraria.

Consecuentemente, las partes, salvo en el caso de rebeldía, han de ser citadas a los actos probatorios, de manera que salvo que la no comparecencia se deba a su propia decisión, a su impericia o a su negligencia puede alcanzar relevancia constitucional la falta de citación de una de las partes a un acto de prueba (sin olvidar lo que expusimos sobre la decisividad). En segundo lugar, el principio de contradicción exige no solamente dar oportunidad a las partes de comparecer al acto de la prueba, sino que tengan en él la intervención que la Ley les concede, incluso debiendo interpretar del modo más favorable al derecho a la prueba esta intervención. De ambos casos hay que excluir los supuestos en los que es el propio ordenamiento el que impide a una de las partes estar presente en una prueba, como por ejemplo sucede en la prueba de confesión en el ordenamiento salvadoreño, aunque no tenga mucha razón de ser esta prohibición, o las restricciones a la asistencia de las partes en los interrogatorios domiciliarios. Esta obligación aparece recogida en los artículos 308 C.Pr.C., en la prueba de testigos, en el artículo 351 C.Pr.C., respecto de la de peritos, en el 369 C.Pr.C., respecto de la

inspección personal y, como dijimos, solamente está restringida en la prueba de confesión.

Documentación: la prueba ha de documentarse a través de la correspondiente acta. La documentación del acta puede realizarse en cualquier forma que permita constatar su autenticidad por medio de la fe pública judicial. No existe en el ordenamiento salvadoreño previsión alguna acerca de la documentación en forma distinta que la representación escrita. Nada impediría, a nuestro juicio, que, bajo la fe del secretario, pudiera recogerse el resultado probatorio en otra forma teniendo en cuenta los medios que existen en la actualidad, aunque es forzoso reconocer que los medios al servicio de la Administración de Justicia lo impiden en la práctica y no solamente en la instancia sino también en las eventuales impugnaciones en las que, como es lógico, es preciso que el órgano revisor tenga la oportunidad de analizar la prueba practicada en la instancia, dado que se trata de apelaciones universales, en las que se debe valorar también los hechos.

5.2. Formalidades mínimas

Respecto de esta forma mínima, se refiere MONTERO al lugar y al tiempo en que ha de practicarse la prueba. En cuanto al lugar, la regla general es que las pruebas han de realizarse en la sede del órgano judicial. Excepcionalmente, todos los ordenamientos prevén la posibilidad de que los medios de prueba se practiquen en otros lugares. En unos supuestos, es el propio medio de prueba el que exige su práctica fuera de la sede judicial, como ocurre en la prueba de inspección personal cuando no se trata ni de la persona humana, ni de objetos trasladables a la sede judicial. En otros supuestos son razones especiales que tienen que ver con la posibilidad física de trasladarse a la sede judicial a la fuente de prueba, como ocurre cuando se trata de confesantes o testigos imposibilitados de acudir al local del Juzgado. Finalmente, en otros casos, es el propio ordenamiento el que permite que cuando la prueba haya de practicarse fuere del territorio en el que el juez ejerce su jurisdicción, la prueba sea practicada por auxilio judicial, es decir con la ayuda de otro juez. En cuanto al tiempo, la prueba ha de ser practicada en el término fijado por la Ley, como expresamente exige el artículo

242 C.Pr.C. Ciertamente es que una, al parecer inveterada, práctica haya propugnado una interpretación laxa, en el sentido de que serán válidas las pruebas que se incorporen antes de que el juez abra el período de alegaciones finales. Esta práctica, *contra legem* claramente, no sana el principio general, por lo demás imperante en todos nuestros ordenamientos, de que prueba es exclusivamente la que se practica en la forma prevista por las leyes, y las leyes exigen que se lleven a cabo dentro de un término preestablecido. Otra cosa es que el juez puede incorporarlas después para mejor proveer o que, propuestas, se incorporen en la segunda instancia. Pero, insistimos, el artículo 242 C. Pr., deja lugar a pocas dudas.

6. PRUEBA ANTICIPADA Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

Hasta ahora hemos partido del supuesto de que existe una demanda y, eventualmente, una contestación, una posible reconvencción y una contestación a ésta última, dado que la fase o medio probatoria ha de seguir naturalmente a la fase de alegaciones en la que ha quedado fijado el objeto del proceso y el tema probatorio. Hay supuestos, sin embargo, en los que el temor a la pérdida de una fuente de prueba, determina que antes de que exista alegación sea necesario dejar acreditada ya alguna afirmación de hecho básica para la pretensión de la parte. El artículo 162 C.Pr.C., así lo establece *"Cuando pudiera perder su derecho el demandante o el demandado si no se recibiesen desde luego las pruebas, como si el testigo fuese alguna persona anciana, o se hallase enfermo de gravedad, o tuviese que ausentarse a mucha distancia y por tiempo indeterminado, o en otros casos semejantes, puede pedir que se reciba desde luego su declaración con citación contraria, y será firme y valedera; pero si la otra parte estuviera ausente del lugar del juicio se recibirá declaración con citación del Síndico Municipal, debiendo en este caso ratificarse el testigo en el término de prueba si estuviese presente, con la citación contraria, para que surta la declaración su efecto legal"*.

En parecidos términos se pronuncia este precepto respecto de la prueba documental (segundo párrafo) e incluso de la prueba de confesión judicial. De la redacción de este artículo se desprenden claramente los requisitos precisos para que pueda autorizarse la

denominada prueba anticipada, que podemos sistematizar de la siguiente forma:

- ☛ Es requisito común e ineludible que el demandante o el demandado tengan riesgo cierto de pérdida de la fuente de prueba. Hay que interpretar la mención legal a la pérdida del derecho correctamente. El riesgo que hay que valorar no es la pérdida del derecho (extremo que no será factible conocer en ese momento) sino la legítima pérdida de la expectativa de poder acreditar una, parte o, incluso, todas las afirmaciones de hecho básicas para el reconocimiento del derecho, lo que es bien distinto.

La consecuencia, evidente, es que no podemos atender a la controversia porque no existe en ese momento, por lo que el juez habrá de valorar, con cierta amplitud, la posibilidad de que se trate de una afirmación importante para el eventual reconocimiento de un derecho y que, sobre todo la prueba testimonial, puede ser relevante para acreditarla. Este requerimiento de amplitud en la admisibilidad de la prueba planteada ha sido afirmado por la jurisprudencia salvadoreña que ha afirmado que: *“La Sala no comparte el criterio del Tribunal a quo, pues éste, como se deduce del razonamiento fundamento de la interlocutoria recurrida, entró a conocer de la procedencia o improcedencia de un juicio que no se ha entablado y para cuya iniciación se ha solicitado la prueba anticipada, y como el tribunal inferior estimó que tal juicio no procede porque las sentencias que se trata de ejecutar no tienen fuerza ejecutiva, concluye que la prueba cuya anticipación se pide no es pertinente. El Tribunal a quien se le pide la anticipación de una prueba no está facultado para calificar la procedencia o improcedencia del proceso para el cual será utilizada; su facultad se limita a calificar la pertinencia de la prueba para el juicio que ha de iniciarse, y en base a ello acceder o no a la solicitud”.*

- ☛ Ha de entenderse que es de carga del solicitante acreditar el riesgo de pérdida de la fuente de prueba (el *periculum in mora*), lo que ha de conducir a la necesidad de acreditar *prima facie* ante el juez la ancianidad, la enfermedad o el viaje del testigo o del confesante. Otras situaciones semejantes, a las que alude el precepto, han de ser interpretadas, a nuestro juicio, de modo

restrictivo, es decir será preciso acreditar el motivo del riesgo de la pérdida de la fuente de modo incontrovertible en esos supuestos semejantes a que alude el precepto, teniendo en cuenta que la prueba debe practicarse dentro del período probatorio y que los supuestos de prueba anticipada han de reservarse a las situaciones en las que sea razonablemente previsible (con carga de la prueba de quien lo alega) que la fuente de prueba pueda desaparecer.

- ☛ El derecho a solicitar la práctica de la prueba pertenece tanto al demandante como al demandado. Esto requiere de algunas precisiones. No existe problema alguno por lo que se refiere al demandante.

Como parece evidente la anticipación de la prueba se refiere tanto al momento en que se va a incoar la acción, como al momento de que, una vez entablada, aún no se haya entrado en la fase probatoria. En cuanto al demandado hay que entender que la acción ha debido ser ya entablada y, por lo tanto la anticipación de la prueba se refiere a la práctica antes del momento procesal oportuno. Lo que se anticipa, pues, en este caso, es el período de prueba parcialmente.

- ☛ Las pruebas a practicar son, exclusivamente, las mencionadas en el artículo 162 Prc. No existe problema alguno respecto de las pruebas de confesión y testimoniales que podrán ser planteadas en cualquiera de los dos momentos antes expresados (demanda por plantear o demanda planteada y anticipación al período ordinario de prueba). Respecto de la prueba documental, hay que entender lógicamente que se refiere al segundo de los momentos, puesto que para la petición anticipada al proceso ha de regir la previsión del artículo 156 Prc., respecto de la exhibición preliminar de documentos.

Respecto de otras pruebas (singularmente la pericial y la inspección personal), a mi juicio no caben dentro del concepto de prueba anticipada. En el caso del perito porque es fungible y, por lo tanto, cualquier persona con los conocimientos y, en su caso, la titulación oportuna, puede perfectamente ser nombrado, por lo que el riesgo de la ausencia del perito (que es la *ratio* del precepto) no puede alegarse. Otra cosa es que pueda perderse el objeto de la pericia,

pero en este caso nada impide a cualquiera de las partes acudir a la denominada (mal denominada) pericia extrajudicial, de manera que pueda acompañarse como una alegación más a la demanda o a la contestación. En cuanto a la inspección personal, cabrá, únicamente a mi juicio, dejar constancia de la situación del lugar o del objeto a reconocer por medios ajenos al proceso.

☛ En cuanto a la competencia, el Prc., alude únicamente a la demanda verbal para atribuirle quien deba conocer del asunto principal. Pese a la falta de previsión legal en aquellos litigios en los que ya exista demanda, es evidente que será el juez que conozca ya del conflicto quien deba acordarlas. Y cuando aun no se ha entablado la demanda, las propias normas de atribución de competencia objetiva y territorial imponen que el juez que vaya a conocer de la acción sea el mismo que acuerde la prueba anticipada.

☛ Finalmente, el propio artículo 162 Prc., alude a los dos requisitos últimos y fundamentales de la prueba anticipada. El primero, que es precisa la contradicción, de manera que, siempre que ello sea posible (y lo será siempre que ya esté entablada la acción) la práctica de la prueba anticipada ha de producirse en los mismos términos en que se produciría de practicarse en el período probatorio ordinario, es decir con citación de la parte contraria y con la posibilidad de intervenir en su diligenciamiento. Cumpliendo esta necesidad de contradicción el Prc., ya prevé que en los supuestos en los que no sea posible (por hallarse la parte contraria ausente del lugar del juicio) intervenga el Síndico Municipal. El segundo, que esta prueba es subsidiaria, es decir el evento del que depende la decisión de anticipación ha de producirse (el fallecimiento, la pérdida de facultades, la ausencia a larga distancia) pues de ser posible la repetición de la prueba (incluso mediante el traslado del juez al domicilio del testigo o confesante) ha de reproducirse la diligencia de prueba, so pena de carecer de validez.

7. LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

La prueba ha de practicarse, normalmente, en el proceso en primera instancia. Pero en todos los sistemas en los que la apelación está

concebida como un *novum iudicium*, es decir en todos aquellos en los que se permite que el Tribunal de Apelación pueda tener conocimiento nuevamente de los hechos sometidos a debate, es habitual que se reconozca el derecho de las partes a proponer y practicar prueba en la fase de apelación, siempre y cuando se cumplan algunos requerimientos básicos y se trate de procesos ordinarios puesto que es también tradicional prohibir la prueba en segunda instancia en los procesos sumarios y ejecutivos, a los que el artículo 1024 Prc., añade los procesos concursales.

Con tales excepciones, el C.Prc., se refiere a estos supuestos típicos de admisión de prueba en segunda instancia y a los requerimientos básicos a que hemos aludido. Se trata de la aportación o verificación de documentos, a la prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia, a los en las normas generales sobre la prueba en el artículo 270 C.Prc., en el 376 Prc., sobre la prueba de confesión, que comentaremos seguidamente y el artículo 476 C.Prc., que para los juicios verbales se remite a la regulación del ordinario.

De esta regulación, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

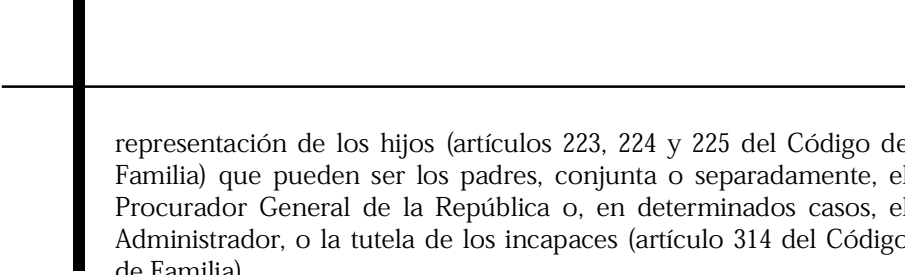
- ↪ Respecto de la prueba de confesión judicial, ha sido tradicional en nuestros ordenamientos una permisión casi ilimitada para que este medio de prueba se practique en cualquier estado del procedimiento, incluso en cualquiera de las instancias. Esta postura tiene mucho que ver con la procedencia histórica de la prueba de confesión a la que nos referiremos más adelante. Por ello, el artículo 376 Prc., determina que la prueba de confesión pueda practicarse “*en las demás instancias que corra y en cualquier estado antes de sentencia*”, con las únicas prohibiciones de practicarla antes del recibimiento del juicio a prueba (376 C.Prc) y de reiterar el interrogatorio sobre los mismos puntos, como expresamente prevé el artículo 178 C.Prc., inciso final.
- ↪ En cuanto al resto de las pruebas, la regulación del C.Prc., sigue, como dijimos, la tradicional postura sobre la admisibilidad de medios de prueba en segunda instancia.

En consecuencia, el supuesto más frecuente ha de ser el previsto en el número 2 del artículo 1019 Prc.:: los medios de prueba que,

propuestos en tiempo y forma, no fueron admitidos por el juez de instancia. En este caso se trata de una de las posibilidades de vulneración del derecho de audiencia que, respetando el principio de subsidiariedad, ha de ser puesto en primer lugar en conocimiento de los órganos judiciales para que puedan subsanar. No menos frecuente, por constatación empírica es el siguiente supuesto, el de los medios que propuestos en tiempo y forma y admitidos por el juez, no fueron practicados por causa no imputable a quien los propuso. A este segundo apartado corresponden las previsiones del artículo 1019.3º Prc., (que ordena examinar a los testigos propuestos y admitidos en la instancia, pero cuyo interrogatorio no pudo practicarse a consecuencia de la imposibilidad razonable de comparecer cuando fueron llamados), y de modo expreso la del artículo 1027 Prc., (pruebas que *“habiéndose mandado practicar en tiempo en primera instancia, no llegaron a poder del juez oportunamente”*). Por cierto que, como tuvimos ocasión de exponer, la interpretación, ajena a la legalidad, de unir las pruebas en cualquier momento y que, en consecuencia, sean válidas las practicadas incluso las que accedieron al proceso fuera del término probatorio, que quiere basarse en supuestos aspectos prácticos, debería poder resolverse por esta vía de permitir a las partes la reproducción de los medios de prueba en segunda instancia. Cierto es que, en la mayor parte de las ocasiones, esta solución no hará sino dilatar los litigios, pero en ese caso más valdría con analizar la posibilidad de flexibilizar el término de prueba o permitir la prueba para mejor proveer y no forzar la legalidad.

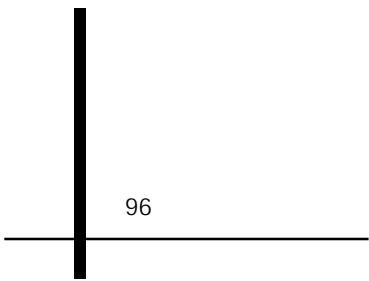
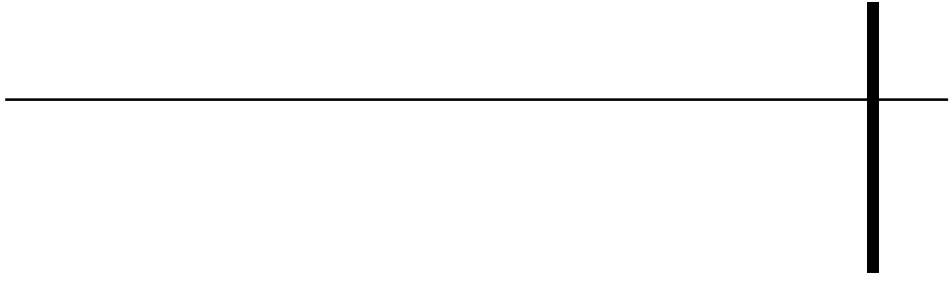
↪ Hechos nuevos: El artículo 1014 C.Prc., prohíbe al actor aportar nuevos hechos en la segunda instancia. Sin embargo permite alegar excepciones y ampliar las peticiones accesorias, como permite el artículo 1018 Prc., parte contraria y pedir la verificación de las presentadas.

Según MONTERO, aunque no se desprende claramente de Las Partidas, s lógicas relacionadas con el desuso de la prueba de juramento, nos referiremos extensamente a la de confesión judicial, con referencia sucinta a la regulación legal de la segunda, para terminar con el análisis de la denominada (mal denominada) confesión extrajudicial y del denominado juramento estimatorio (artículos 207 y concordantes del Código de Familia) y la



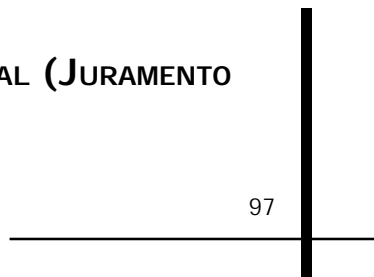
representación de los hijos (artículos 223, 224 y 225 del Código de Familia) que pueden ser los padres, conjunta o separadamente, el Procurador General de la República o, en determinados casos, el Administrador, o la tutela de los incapaces (artículo 314 del Código de Familia).

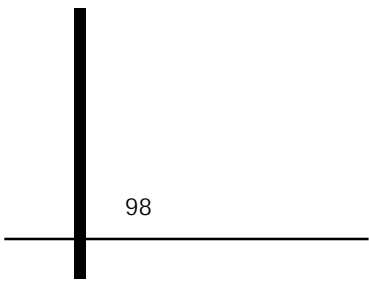
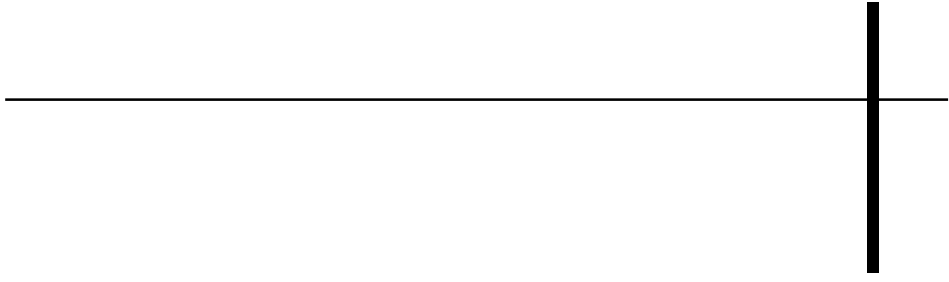
Obviamente, por lo tanto, si nuestra primera afirmación era que para confesar en el pleito es preciso ser parte en él, y no puede serlo quien carece de la capacidad legal, habrá de ser parte el representante legal en los términos antes indicados, y por lo tanto habrá de ser llamado a prestar la confesión el representante y no el representado. Sin embargo, hemos afirmado que es esencial en la prueba de confesión que verse sobre hechos personales del confesante. Puede surgir por ello el problema de qué ocurre cuando sea el representado y no el representante quien conozca el hecho.





CAPITULO VII
LA PRUEBA DE CONFESION JUDICIAL (JURAMENTO
Y CONFESIÓN)





Sumario: 1. Aproximación histórica. 2. ¿Quién debe confesar? la condición de parte en el proceso y los problemas derivados de ella. 2.1. Persona física. 2.2. Personas jurídicas
3. Desarrollo de la prueba de confesión judicial. 4. Valoración de la prueba de confesión
5. La denominada confesión extrajudicial.

INTRODUCCIÓN

El juramento y la confesión suponen otra especial atención en el análisis de las pruebas. Más énfasis habrá de colocarse en la última que en la primera. El desuso del juramento hace que se trate con mayor profundidad la cuestión de la confesión.

Ante ello se suponen las situaciones básicas en que ésta podría operar. Desde las personas físicas o jurídicas, codemandas, a sus representantes. El modo formal de su desarrollo, valoración y el caso especial de la realización de la confesión extrajudicial.

1. APROXIMACIÓN HISTÓRICA⁶⁰

Actualmente quedan pocos ordenamientos, de raíz hispana, que continúen diferenciando dentro de la prueba de interrogatorio de las partes en el proceso civil, la confesión judicial del juramento. Es más, en la LEC 2000 española se ha producido una radical transformación de esta prueba para asimilarla a una prueba más, denominada de interrogatorio de las partes, que poco tiene que ver ya con la tradicional prueba de confesión. Y en el Código Modelo, aparece este medio de prueba con la denominación de "declaración de parte" (arts. 138 y ss), aunque diferenciando también las posiciones del interrogatorio.

⁶⁰ Una explicación completa de la génesis histórica y la incorporación al ordenamiento procesal de España, del que trae causa la regulación actual de El Salvador, se puede ver en MANRESA, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", y en MONTERO AROCA, op. cit. Páginas 117 y ss.

El C.Pr.C. regula esta prueba, diferenciando como decimos el juramento de la confesión, con incorporación, por ello, de la tradicional diferencia histórica entre juramento y confesión. Siguiendo la síntesis histórica que hace Montero, son las Partidas las que diferencian la "jura" o juramento de las "posiciones" o conocencias. El Título XI define la jura como "averiguamiento que se hace, nombrando a Dios, o a alguna otra cosa santa, sobre lo que uno afirma que es así o lo niega", mientras que posiciones se definían como "denanda que hace el juez a la parte, para saber a verdad de las cosas sobre que duda o contienda ante el, y conocencias "la respuesta de otorgamiento que hace la una parte a la otra en juicio. Las Partidas distinguían dos tipos de jura o juramento, el de juicio y el de premia. El *juramento de juicio* era el que se daban las partes entre sí pendiente el pleito, de modo que una de las partes pedía el juramento a la otra manteniendo que estaría para la resolución del pleito a lo que ésta jurara. En definitiva el pleito se resolvería, a petición de una parte, de acuerdo con lo que la otra declarara bajo juramento que se denominaba *deferido*, porque con él una parte defería la solución del pleito a la otra. Pero, a su vez, la parte a quien se defería la solución del pleito podía situar la solución del litigio a lo que la otra parte confesara, por lo que refería la solución del litigio, por su parte, a lo que la otra reconociera bajo juramento y, por ello, se denominó juramento *referido*. Esta parte ya no podía rehusar el juramento y si lo hacía, el juez debía dictar sentencia dando por vencida a la parte que rehusó.

Por su parte, el *juramento de premia* era el que el juez podía pedir a la parte de oficio, y ésta no podía rehusarlo ni referirlo a la contraria, de modo que si no quería jurar perdía el pleito. Según MONTERO, aunque no se desprende claramente de Las Partidas, parece que este tipo de juramento servía para aclarar las dudas del juez, y por tanto era utilizado para determinar el valor de la cosa y para la liquidación de daños y perjuicios. Como parece evidente, la fuerza de este tipo de prueba se basaba en creencias religiosas. El instrumento de solución de la contienda era el valor religioso de una época en la que se consideraba que poniendo a Dios por testigo las partes no mentirían y si lo hacían "*non le podemos poner otra pena si non aquella que Dios le quiera poner*", con lo que el pleito igual se terminaba por "*juicio que por sentencia*". Así el juramento de *juicio* no servía para averiguar la verdad,

sino para terminar el pleito relevando a las partes de toda prueba. Junto a los juramentos estaban las posiciones y las conocencias. La posición se definió como *"demanda que hace el juez a la parte para saber la verdad de las cosas sobre que es duda o contienda ante el"* aunque también podían hacerlas las parte, ante el Juez, desde la contestación a la demanda a la sentencia, debiendo ser claras, afirmativas y referidas al hecho o cosa sobre la que se contiende.

En cuanto a las conocencias se definían como *"respuesta de otorgamiento que hace la una parte a la otra en juicio"*, por lo que sus requisitos eran hacerse en juicio, delante del juez y de la otra parte, por mayor de veinticinco años. La consecuencia era, obviamente, que el reconocimiento de alguna cosa relacionada con el pleito, que perjudicase a quien la hiciera, se erigía en prueba plena como si fuese probado *"por buenos testigos o por verdaderas cartas"*. La incorporación errónea de ambos institutos en los ordenamientos ha producido en algunos de ellos la confusión entre posiciones y juramento, que sin embargo no pueden confundirse, puesto que su fundamento, la forma de su práctica y sus efectos son completamente distinto⁶¹.

En todo caso, en nuestras sociedades, la prueba de juramento ha perdido absolutamente su vigencia, y de hecho son muy escasos los litigios en los que se haya incluso solicitado la prueba de juramento⁶² por no decir ninguno. En el ordenamiento procesal de El Salvador, las

61 SERRA expresa estas diferencias de modo muy claro: 1) el valor del juramento radicaba en el fundamento religioso; la confesión en una máxima de experiencia común (quien declara en su contra dice la verdad); 2) el juramento podía pedirse una vez en cada proceso, mientras que la confesión podía pedirse de las dos partes y más de una vez en el proceso; 3) el juramento podía deferirse o referirse sin posibilidad entonces de negación; la confesión no podía deferirse ni referirse, so pena de ser declarado confeso por ficción; 4) como consecuencia de todo lo anterior, en el juramento no cabía cuestionarse la indivisibilidad, mientras que la confesión sí tenía ese efecto; 5) la vinculación del juez en el juramento era absoluta, no así en la confesión en la que solamente había de tenerse en cuenta lo desfavorable; 6) la confesión podía impugnarse demostrando el error de hecho, mientras que no es lógicamente posible en el juramento.

62 De las resoluciones de los tribunales españoles en los últimos 25 años, únicamente hay reseñada una sentencia, por cierto muy reciente (4 de febrero de 1999), en la que la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5ª, constata la petición de la demandante proponiendo prueba de confesión bajo juramento decisorio, y señala que *"habida cuenta del carácter contractual del juramento, la parte proponente ha de estar a sus consecuencias, siendo así que se trata de una prueba tasada"* y, en consecuencia, frente a la decisión del juez valorando el resto de las prueba, la revoca y dicta sentencia desestimando la demanda del actor que había solicitado una prueba de juramento

pruebas de confesión y de juramento decisorio se encuentran perfectamente diferenciadas. Por razones lógicas relacionadas con el desuso de la prueba de juramento, nos referiremos extensamente a la de confesión judicial, con referencia sucinta a la regulación legal de la segunda, para terminar con el análisis de la denominada (mal denominada) confesión extrajudicial y del denominado juramento estimatorio.

El artículo 371 del C.Pr.C. define la confesión como *"la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma sobre la veracidad de un hecho"*, y el juramento como *"el que una parte defiere a la otra, haciendo depender de él la decisión de la causa"*.

Cuando se trata de analizar la prueba de confesión judicial, las cuestiones tradicionales a examinar son: ¿quién debe confesar?, ¿cómo se debe confesar?, ¿qué valor tiene la prueba de confesión?.

2 ¿QUIEN DEBE CONFESAR? LA CONDICIÓN DE PARTE EN EL PROCESO Y LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE ELLA

Tanto el Código Civil como el de Procedimientos Civiles establecen normas sobre quiénes han de ser los confesantes en los litigios. Y aun cuando estas normas regulan parcialmente la cuestión, no contemplan todos los supuestos posibles ni sus soluciones son unívocas ni, como es obvio, han podido ser adaptadas a estos tiempos.

Mientras que el artículo 371, ya transcrito, alude a la declaración que hace una persona, contempla tres supuestos especiales: los del abogado y procurador (377), la obligación de prestar confesión de modo personal (378) y el supuesto del cedente y el cesionario (379). Lo primero que hay que resaltar es que quien debe confesar es la parte (persona física o jurídica). Se trata, por ello, de una cuestión procesal, como se desprende no solamente el artículo 371, sino del 388 que alude

decisorio, cuyo resultado le perjudicó. Las únicas referencias al juramento decisorio se refieren al valor de la prueba de confesión, que no surte pleno efecto, salvo que se haya prestado precisamente con este carácter. En el caso de El Salvador, no se ha encontrado en la base de datos ninguna referencia a la prueba de juramento y, según refirieron los asistentes a los cursos previos a este trabajo, ninguno de ellos conocía ningún pleito en el que se hubiera solicitado por una de las partes la resolución del litigio a través del juramento deferido o referido.

expresamente a la parte. Por lo tanto quien debe confesar es la parte en el proceso (incluyendo los supuestos de pluralidad de partes en la misma posición procesal), tanto personada o no (el rebelde puede y debe confesar).

Ahora bien, con lo anterior tampoco se solucionan todas las cuestiones que se plantean en la práctica, porque lo fundamental en la prueba de confesión es que la declaración se produzca sobre hechos personales del confesante (artículos 376 y 377) y existen ocasiones en las que quien sea formalmente parte en el proceso no sea quien tiene conocimiento de los hechos. Combinado esto con la rígida regulación de la *ficta confessio* (presumir la confesión) en el ordenamiento procesal salvadoreño, se plantean no pocos problemas que es preciso abordar, distinguiendo los que se refieren a las personas físicas y los que afectan a las personas jurídicas.

2.1. Personas físicas

Obviamente, parte en el proceso puede ser una persona física. No plantea problema alguno que ha de prestar confesión la persona física que se encuentra en el pleno ejercicio de su capacidad y que es parte en el proceso. Sin embargo, otros supuestos no tienen la misma claridad.

Representación legal de menores e incapaces:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del C.Pr.C. el actor y el reo deben ser personas capaces de obligarse y, por ello, no pueden ser parte en el proceso ni el incapaz ni los menores de edad (minoría de edad que hay que situar, por lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución y el artículo 345 del Código de Familia, en 18 años y no en 21 como mantiene el Código). Así pues, en principio, ningún incapaz (incapacitado) o menor de edad puede ser parte en el proceso porque carece de capacidad para obligarse (conforme al artículo 1316 del Código Civil), y porque, en consecuencia (artículo 237 del Código de Familia) fuera del caso excepcional regulado en el artículo 228 del mismo Código, el menor -y el incapaz- no pueden celebrar actos ni contratos sin la autorización de los padres, tutores, representantes legales o, en su defecto, quienes ejerzan la administración. Por el menor o incapaz habrán de comparecer en el proceso sus representantes

legales, es decir quienes ejercen la autoridad parental (artículos 207 y concordantes del Código de Familia) y la representación de los hijos (artículos 223, 224 y 225 del Código de Familia) que pueden ser los padres, conjunta o separadamente, el Procurador General de la República o, en determinados casos, el Administrador, o la tutela de los incapaces (artículo 314 del Código de Familia).

Obviamente, por lo tanto, si nuestra primera afirmación era que para confesar en el pleito es preciso ser parte en él, y no puede serlo quien carece de la capacidad legal, habrá de ser parte el representante legal en los términos antes indicados, y por lo tanto habrá de ser llamado a prestar la confesión el representante y no el representado. Sin embargo, hemos afirmado que es esencial en la prueba de confesión que verse sobre hechos personales del confesante. Puede surgir por ello el problema de qué ocurre cuando sea el representado y no el representante quien conozca el hecho. Como mantiene MONTERO⁶³, dado que el menor o incapaz, en la inmensa mayor parte de los casos, no habrá podido concluir el acto o contrato, y por él lo habrá concluido el representante legal, al carecer los primeros de capacidad para obligarse, confluirán las dos circunstancias (capacidad para ser parte y conocimiento personal de los hechos).

En cualquiera de los casos, el menor o incapaz ni podrá ser parte, ni por ello podrá prestar declaración en calidad de confesante⁶⁴, y así lo prevé el artículo 1584 del Código Civil cuando admite la posibilidad de que la confesión se preste por el representante legal.

Representantes voluntarios:

El supuesto de los representantes voluntarios presenta características propias que, a mi juicio, hay que relacionar con la necesidad de que el confesante declare sobre hechos personales, de modo que la primera aproximación ha de ser que el apoderado voluntario no puede comparecer a prestar confesión judicial por su representado, salvo que

63 OP.cit.

64 Esta es la solución española. El Código Modelo, sin embargo, en su artículo 141, tras obligar a que sea la parte personalmente la que absuelva las posiciones, admite que *"El tribunal podrá disponer el interrogatorio de menores púberes, el que se efectuará en presencia de su representante, salvo caso de imposibilidad que el Tribunal apreciará"*.

sea él precisamente quien ha intervenido en el negocio jurídico y, por lo tanto, quien conozca personalmente los hechos controvertidos. Esta primera aproximación, sin embargo, no soluciona todas las cuestiones que se plantean en la práctica diaria.

Sobre todo no soluciona los supuestos (frecuentes) que haya existido una intervención sucesiva en el acto o contrato por parte del obligado y de su representante. El artículo 1584 del Código Civil parece admitir, sin restricción, la figura del apoderado especial para la confesión. Sin embargo, la exigencia del artículo 376 del C.Pr.C. y sobre todo las precisiones de los artículos 377 y 378 del mismo Código, arrojan un resultado a nuestro parecer distinto más aún cuando se contempla uno de los supuestos más frecuentes: la confesión del abogado o del procurador de la parte.

La prueba por apoderado especial ha de considerarse válida y posible (es decir puede admitirse la confesión judicial del apoderado especial) siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que se trate de un apoderado con poder específico para prestar confesión judicial, tanto si es el abogado o el procurador, como si es otra persona; b) que el apoderado confesante pueda responder a las posiciones por su conocimiento personal de los hechos, es decir, por haber intervenido en el acto o negocio que resulta controvertido; c) que la parte que proponga la prueba no solicite, corriendo el riesgo del desconocimiento de parte de las afirmaciones controvertidas, que pese a la existencia de apoderado especial con conocimiento de los hechos, sea la parte demandada o actora quien conteste a las posiciones, lo que nos obligará a hacer posteriormente alguna reflexión sobre la aplicación en estos casos de la *ficta confessio*. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 383 y 385 del C.Pr.C. el confesante está obligado a contestar de modo categórico, so pena de ser declarado confeso (pese a lo que ocurre en otros ordenamientos, como el español, la declaración de confeso no es una facultad, sino una obligación del juez). Así pues, en el supuesto de que una persona conteste de modo dubitativo o, simplemente, afirme su desconocimiento de lo que se le pregunta, el juez le tiene por confeso y declara la certeza de la afirmación contenida en la posición⁶⁵. Esta decisión legislativa es posible y razonable en los

⁶⁵ Esta decisión del juez, según todos los asistentes al curso de que trae causa este trabajo, es automática en la práctica judicial diaria en El Salvador, incluso cuando se trata de representantes

casos en los que el confesante, sea la parte o su representante, evade la respuesta o, debiendo conocerla la ignora. No lo es tanto en los casos en los que existe una dificultad obvia de que el confesante “pueda” razonablemente conocer lo que se pregunta. Por ello, en el caso de las personas físicas –luego nos referiremos al supuesto especial de las jurídicas– quien conociendo que existe un apoderado especial que conoce el negocio subyacente prefiere acudir a la posibilidad que le confiere el artículo 378, está admitiendo el riesgo de que el confesante conteste con un “no sé” a la pregunta. En este supuesto parece muy forzado atribuir a la negativa (lógica por desconocimiento del negocio, que le ha sido puesto de manifiesto a quien propone la prueba) la misma consecuencia que a la negativa voluntaria, por lo que nos inclinamos por la no aplicación forzada de la ficta confessio. Incluso, como tendremos ocasión de analizar en la prueba testifical, cabe que el apoderado, no llamado a confesar, y sin perjuicio de la posibilidad de tacharlo por sospecha de parcialidad, sea llamado como testigo, pero en este caso es evidente que el régimen y las consecuencias de la declaración son absolutamente diferentes.

En cuanto al CFMI, da una solución para estos casos, aunque no permite otras soluciones mantiene el artículo 141.3 la única previsión (por lo demás similar a la del C.Pr.C) que podrá interrogarse a los apoderados por los hechos realizados en nombre de sus mandantes. Una posible solución es la de permitir que, por una misma parte, sean varias las personas llamadas a prestar confesión dependiendo del conocimiento que puedan tener sobre parte de los hechos⁶⁶. El artículo 382 del C.Pr.C. establece la posibilidad de que sean varios los que deban absolver posiciones, pero se refiere, sin duda, al supuesto de que una parte (actora o demandada) esté compuesta por una pluralidad de personas, con lo que no resulta aplicable al supuesto que consideramos.

legales oficiales, es decir de representantes de una Institución que, por lógica, no pueden conocer el detalle de las múltiples relaciones que se producen en la Institución que representa, ocasionando no pocos supuestos de tensión.

66 La nueva LEC española permite la confesión sucesiva, es decir que sobre los hechos desconocidos por el confesante pueda éste deferir su contestación a quien conoce, con aceptación de la parte contraria, de modo que es posible que por una parte presten confesión más de una persona. Por otro lado el mecanismo de la *ficta confessio* opera por decisión judicial,. Ponderando las circunstancias, y no de modo automático.

De lege ferenda, pues, debería arbitrarse una fórmula más flexible, tanto respecto del apoderamiento, como de las consecuencias de la ficta confessio.

El caso de los codemandados

No contiene previsión alguna el C.Pr.C. sobre la posibilidad de que un reo pida la confesión judicial de quien ocupa su misma posición procesal en el litigio. Es decir no existe previsión alguna sobre la confesión de los codemandados. El C.Pr.C, al aludir constantemente a la parte contraria, está presuponiendo que la prueba de confesión sólo puede proponerse de aquélla. Y, sin embargo, existen muchas ocasiones en las que quienes están en la misma parte no mantienen los mismos intereses e, incluso, tienen intereses claramente contrapuestos.

De lege data parece que no es posible en el ordenamiento salvadoreño admitir la prueba de confesión de un reo a otro reo y que, por ello, esté abocada al fracaso una petición como esta ante los tribunales. La doctrina española ha resaltado como esta afirmación no es tan evidente en algunos supuestos concretos. Uno de ellos (el de la confrontación de intereses) está ahora expresamente recogido en la futura LEC, y también lo contempla el CPMI, cuyo artículo 138 lo permite. "*El interrogatorio también procederá respecto de cualquier litigante con interés distinto de aquel que lo solicita*"⁶⁷. Otro de ellos es el de la acumulación, en los que no tiene mucha razón de ser que las partes no puedan, independientemente de la posición que ocupen, pedirse posiciones.

67 El Tribunal Supremo español ha sido reacio a admitir la confesión del codemandado. Sin embargo, los Juzgados de Primera Instancia han venido siendo mucho más flexibles sobre todo en las tercerías y en los supuestos de evicción. La sentencia de 13 de octubre de 1994 rechaza expresamente esta posibilidad: "Las partes y el Juzgado ignoraron en su día el contenido del art. 579 LEC, que sólo autoriza la confesión en juicio, "cuando así lo exige el contrario", pero en ningún caso cuando lo pide el colitigante, en quien evidentemente no concurre la condición de "contrario" procesalmente hablando; puntualización que queda perfectamente aclarada, a virtud de la referencia que en este artículo se hace al art. 497,1. Si se pudiera pedir confesión al codemandado, y sus manifestaciones vincularan el resultado de la "litis", el fraude procesal estaría servido; a más que el citado art. 1232 CC excepciona la prueba contra su autor, "en el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes". La práctica de un medio de prueba pedido por quien no está autorizado legalmente para hacerlo, vicia de nulidad el resultado del mismo, nulidad apreciable de oficio por afectar al orden público procesal.

Cedente y cesionario:

Este supuesto está expresamente regulado en el C.Pr.C, cuyo artículo 379, permite pedir posiciones al cedente aunque la parte en el procedimiento sea, naturalmente, el cesionario, con las consecuencias de que las respuestas del primero son vinculantes para el segundo. A la misma solución, por analogía, hay que llegar en los supuestos de sustitución procesal.

2.2. Personas jurídicas

El caso de la confesión de las personas jurídicas se complica más porque es evidente que la voluntad de la persona jurídica, sobre todo actualmente, no se conforma con la decisión de una sola persona física, sino que suelen intervenir varias, porque no suele existir un solo apoderado, y porque en una sola relación negocial pueden intervenir (de hecho suelen intervenir en la práctica) más de una persona, con lo cual las afirmaciones de hecho que constituyen el objeto de debate han podido ser conocidas por varios en un mismo procedimiento. Si partimos del hecho ya constatado de que el ordenamiento procesal de El Salvador no permite que varias personas confluyan en la declaración de una parte, y lo combinamos con la rígida regulación de la *ficta confessio*, los problemas prácticos son frecuentes. Distinguiremos los supuestos de las personas jurídico-públicas de los de las personas jurídico-privadas.

⇒ Personas jurídico públicas

Ya decíamos que son frecuentes los problemas de la confesión de las personas jurídicas. Es paradigmático el caso de las personas jurídicas públicas, porque en la práctica es igualmente frecuente que quien tiene la representación formal de la persona jurídica pública no es quien ha intervenido en la relación. Es decir que, por ejemplo, en los supuestos de relaciones de derecho privado o laboral de una persona pública, aunque formalmente sea el titular de la Institución o Ministerio la "única" persona que legalmente puede representar a la Institución u Organismo Público, esta sea precisamente la persona a quienes sus responsabilidades no le permiten conocer el día a día del

desenvolvimiento de una determinada relación jurídica. Combinado lo anterior, como resaltábamos anteriormente, con la rígida regulación de la *ficta confessio* en el ordenamiento procesal salvadoreño, puede dar lugar a soluciones injustas, porque el confesante cuando contesta que ignora una pregunta dice la verdad, pero por otro lado no se permite legalmente que otra persona represente a la Institución, y sin embargo el juez ha de considerar confeso al declarante.

Una recta interpretación, a nuestro juicio, de la función de la *ficta confessio* permitiría en estos supuestos no declarar la veracidad de una afirmación de hecho si otros medios de prueba arrojan un resultado diferente. Así podría deducirse del valor de la prueba de confesión (artículo 1572 del CC, en cuanto mantiene que producirá plena fe sobre los hechos personales del confesante, y de la posibilidad de ser revocada cuando exista error de hecho). A esta misma interpretación puede llegarse desde la constatación de que el pliego de posiciones (por lo dispuesto en el artículo 380) ha de circunscribirse a lo que sean hechos personales del confesante, de modo que si no es admisible que el que declara se escude reiteradamente en el desconocimiento indebido, tampoco lo debe ser cuando este desconocimiento es razonable por la propia fuerza de las cosas. EL CPMI en su artículo 141.4 permite que la persona jurídica designe a la persona física que puede comparecer a absolver posiciones precisamente por su conocimiento de los hechos controvertidos, y regula también la prueba de informes, desconocida en el C.Pr.C, lo cual permite solucionar la mayor parte de las cuestiones que este medio de prueba plantea en la práctica.

⇒ **Personas jurídicas privada**

En este caso valen muchas de las consideraciones hechas anteriormente, pero con una esencial diferencia. En el caso de este tipo de personas jurídicas, cabe la designación de apoderado especial teniendo en cuenta la proximidad a los hechos controvertidos. Las conclusiones, pues, han de ser diferentes, pues una cosa es que la persona jurídica no tenga legalmente la posibilidad de designar un apoderado especial y otro bien distinto cuando sí es posible hacerlo, porque en este caso la *ficta confessio*

tiene una justificación evidente. Si la persona jurídica pudiendo designar un representante con conocimiento personal de los hechos, prefiere designar a otro que no lo tiene, habrá de pechar con las consecuencias. Sin embargo la anterior afirmación no es tan exacta en los supuestos, ya analizados, de que sobre una misma relación controvertida, hayan tenido conocimiento personal parcial más de una persona física, en cuyo caso sigue siendo demasiado rígida la posibilidad de declarar confesa a la parte por las respuestas evasivas debidas a un real desconocimiento de lo cuestionado, pero con la manifestación de que existen otras personas que sí pueden responder a la posición.

El CPMI soluciona esta cuestión en el ya citado apartado 4 del artículo 141, al prever que *“Las personas jurídicas citadas deberán designar a la persona física que la integra que habrá de comparecer al acto de interrogatorio o de absolución por su conocimiento de los hechos controvertidos; sin perjuicio de ello, el Tribunal podrá disponer o la parte contraria solicitar, el interrogatorio en calidad de testigo de cualquier otra persona que tenga la condición de representante estatutario o legal de la persona jurídica o integrante de su dirección”*. En definitiva, se permite una posibilidad razonable de que, en la parte de desconocimiento de las posiciones, se pueda indagar lo sucedido a través de otro medio de prueba. La LEC española futura llega a una solución distinta, pero con la misma finalidad, al permitir, que el representante en la propia confesión defiera la contestación de aquéllas posiciones cuyo contenido ignora, a fin de que no opere la *ficta confessio*. En definitiva, el juez o tribunal, salvo que resulte del propio comportamiento del confesante, puede llegar a soluciones injustas en materia de confesión ficticia y, por ello, habrá de interpretarse restrictivamente, en la medida de lo posible, esta posibilidad.

3. DESARROLLO DE LA PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL

Cargas procesales del confesante:

El artículo 384 del C.Pr.C da por supuesta la primera carga del confesante que es la de comparecer, al punto que una de las razones

para apreciar la *ficta confessio* es, simplemente, la incomparecencia, conforme al apartado 1º del artículo 385. Esta comparecencia ha de producirse ante el juez y en sede judicial. No obstante, cuando existe legítimo impedimento, puede excepcionalmente liberarse el confesante bien de la obligación de comparecer un día y a una hora determinados, lo que obligará a realizar un nuevo llamamiento, bien incluso de acudir a la sede judicial, en cuyo caso si la residencia del confesante se encuentra dentro del distrito judicial, ha de ser el juez de la causa quien se traslade para practicar la prueba. Si su residencia se encuentra fuera del territorio de la jurisdicción del juez, la prueba se practicará por auxilio judicial del juez del territorio donde resida. Pero fuera de estos casos, la incomparecencia injustificada acarreará la declaración de *dicta confessio*. La segunda carga del confesante es, naturalmente, la de confesar, puesto que la negativa a hacerlo acarrea la *ficta confessio*, según establece el artículo 385, 2º C.Pr.C.

La segunda carga del confesante es, naturalmente, la de confesar, puesto que la negativa a hacerlo acarrea la *ficta confessio*, según establece el artículo 385, 2º C.Pr.C. Y, finalmente, la tercera es la de declarar de modo categórico. Nos remitimos a las consideraciones realizadas anteriormente sobre las respuestas evasivas, y a las que haremos a continuación sobre el contenido de pliego de posiciones.

Desarrollo de la prueba de confesión:

⇒ Pliego de posiciones: De conformidad con lo que establece el artículo 380 del C.Pr.C, las posiciones han de proponerse en términos precisos; no ha de contener cada una más que un solo hecho, y éste ha de ser propio del que declara. En definitiva, lo que la Ley pretende es, simplemente, evitar el error del confesante y dar sentido a la obligación de contestar categóricamente e, incluso, a la regulación de la *dicta confessio* (artículos 383 y 385.3º C.Pr.C), lo que no tendría sentido si se consintiera que el confesante pudiera ser confundido por unas preguntas poco claras y susceptibles de interpretaciones variadas. Ahora bien, lo importante es resaltar la decisiva intervención del juez en esta prueba (como en general en las demás) para poder corregir, de oficio, la tendencia natural de quien propone la confesión de

formular preguntas inadmisibles al testigo desde el punto de vista de la forma.

El juez ha de rechazar por contravenir lo dispuesto en el artículo 380 las preguntas que son de una extensión tal que mueven a confusión o que, incluso refiriéndose a un solo hecho, contemplan aspectos distintos e incluso antitéticos. En estos supuestos, el juez ha de intervenir de oficio para pedir aclaraciones a quien realiza las posiciones, aclarar al confesante el sentido de las preguntas y, por qué no, descomponer la posición de tantas afirmaciones como sean precisas a fin de quedar seguro de que lo que ha contestado el confesante corresponde a una recta interpretación de lo que se le preguntaba. Obviamente, el incumplimiento del principio de inmediación juega poderosamente en contra del valor de la prueba de confesión, pero más aún en un sistema procesal que, como el salvadoreño, tiene una regulación tan rígida de la *ficta confessio*. Además de estas precisiones sobre el contenido del pliego, el C.Pr.C. contiene otras dos prohibiciones (artículo 376): una la de que las preguntas versen sobre hechos de los que pueda resultar responsabilidad criminal contra el confesante o contra cualquiera de las personas contra quien le resultaría vedado testificar (artículo 294, apartados 4º a 8º). Es más, la Sala de lo Civil de la Corte de Casación ha rechazado incluso la posibilidad de declarar la *ficta confessio* respecto de este tipo de preguntas, es decir que en el supuesto de incomparecencia del confesante la *ficta confessio* no puede operar sobre preguntas prohibidas. También se incluye la prohibición de realizar posiciones sobre hechos vergonzosos, lo cual, dado el ámbito en que se mueven los litigios civiles será difícil de apreciar en algún tipo de pretensión.

⇒ Declaración de pertinencia o impertinencia: Remitiéndonos a cuanto expusimos respecto de los criterios de pertinencia o impertinencia de los medios de prueba, en general, el juez, en este momento, tiene una función esencial, en la que no está de más reiterar la necesidad de estricto cumplimiento del principio de inmediación consagrado, para este medio de prueba, en el artículo 386 que obliga a que se reciba con el juez, con la presencia del secretario.

Es preciso recordar que el incumplimiento de este deber judicial, debidamente denunciado por cualquiera de las partes, puede acarrear la nulidad de la prueba. El juez, ha de valorar, en primer lugar, los criterios generales de formulación de las posiciones para cumplir lo que establecen los artículos 376 y 380, es decir, habrá de cuidar de que las preguntas estén formuladas en términos precisos, en relación con un solo hecho cada una de ellas, como máximo, lo que no impide que respecto de un solo hecho no pueda plantearse más de una posición, y que se refieran a hechos personales del confesante, con las matizaciones propias de la confesión de los representantes legales o voluntarios a que antes nos referíamos. Este será también el momento de evitar que las posiciones se refieran a hechos sobre los cuales pueda resultar responsabilidad criminal contra el confesante o sus parientes o sobre hechos vergonzosos. Pero, además de estas consideraciones sobre pertinencia general de las preguntas, en este momento el juez deberá asimismo cuidar que las preguntas no sean impertinentes (por no tener relación con el objeto de debate), inútiles (por no servir para averiguar la afirmación de hecho concreta) o superfluas o inconducentes, o contrarias a lo dispuesto en el artículo 1572 sobre la falta de instrumento público. También deberá rechazar el juez, por impertinentes, las posiciones que se refieran a otra cosa distinta que a los hechos. No serán pertinentes aquellas posiciones que se refieran a cuestiones jurídicas (como por ejemplo la interpretación de un contrato), o a valoraciones u opiniones del confesante. No figura en el CPR, aunque la práctica diaria mantenga otra cosa, la necesidad de que las posiciones se realicen de modo afirmativo. Sin embargo, el CPMI, sí obliga a que las preguntas tengan forma "asertiva" (artículo 140.3), lo cual ha sido criticado frecuentemente por la doctrina en la medida en que la formulación de las posiciones de esta forma, además de imponer un lenguaje muchas veces incomprensible para el confesante, implica una determinada toma de posición por parte de quien las efectúa. Además, en muchas ocasiones obliga a realizar un aserto sobre una negación.

⇒ Examen del confesante: El confesante habrá de responder personalmente, sin valerse de apuntes, de modo preciso, y sin verter expresiones calumniosas ni injuriosas. Además, como ya analizamos, deberá contestar de forma categórica, so pena de ser declarado confeso, aunque reiteramos la necesidad de extremar

la cautela con la utilización de la confesión ficticia. Dentro de las preguntas que ha de responder el confesante se encuentran no solamente las contenidas en el pliego, sino también aquellas que le puedan efectuar en ese momento la parte que ha propuesto la confesión (artículo 386) e incluso a las preguntas que de oficio pueda realizarle el juez (artículo 388). En cualquiera de los dos casos la negativa a declarar tendrá los mismos efectos que la falta de respuesta a las preguntas contenidas en el pliego. Obviamente el juez, también en este segundo momento, tiene la responsabilidad de cuidar que las preguntas que realice la parte fuera del pliego, respondan a los mismos criterios de pertinencia y utilidad o relevancia, ya comentados. En cuanto a las respuestas, el C.Pr.C. mantiene la tradicional obligación de responder primeramente con una afirmación o negación, sin perjuicio de permitir al confesante que realice las aclaraciones que estime precisas o el juez le requiera (art. 383). Finalmente, en el supuesto de pluralidad de partes en la misma posición, la prueba se desarrollará sucesivamente con cada una de ellas, de modo que se pueda evitar la posible comunicación entre las partes (artículo 382).

⇒ Asistencia de las partes: El C.Pr.C. establece que solamente la parte que ha propuesto las posiciones, es decir, la contraparte, podrá asistir a la prueba de confesión, con expresa prohibición (artículo 381) de que comparezca y esté presente ni el abogado, ni el procurador. Esta prohibición no se comprende bien en los actuales tiempos, ni responde a las orientaciones actuales en materia de interrogatorio de las partes.

En primer lugar, porque la parte puede tener algo que decir en materia de pertinencia o impertinencia de las preguntas. En segundo lugar porque, aun sin caer en la tentación de reproducir las normas penales sobre interrogatorio cruzado, es posible que la parte pueda advertir los errores de comprensión que el confesante haya tenido al contestar por no haber entendido bien las preguntas, lo que en la práctica suele ser habitual a la vista de la situación de tensión, falta de costumbre y otros factores que se producen cuando quien no está habituado comparece ante un órgano judicial. Al no permitírsele la intervención, no será posible que el abogado corrija, de buena fe,

estos posibles errores que, a su vez, pueden conducir a resultados probatorios alejados de la realidad. No es así en otros ordenamientos. El artículo 139.1 del CPMI permite incluso, bajo la dirección del órgano judicial, que las partes se interroguen libremente a través de sus abogados en la prueba de confesión. En definitiva, *de lege ferenda*, debería eliminarse esta restricción a la asistencia de todas las partes a la prueba de confesión. Es evidente que el incumplimiento del principio de inmediación, unido a la inasistencia de los profesionales que defienden y representan al confesante, puede producir efectos devastadores, por lo que nuevamente hemos de insistir en la absoluta necesidad de cumplir el principio de inmediación.

⇒ Redacción del acta: finalmente, el secretario judicial deberá redactar el acta correspondiente, que habrá de ser leída a la parte para que la ratifique o enmiende (artículo 389 C.Pr.C) debiéndose hacer constar las enmiendas o adiciones que realice el confesante

4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE CONFESIÓN

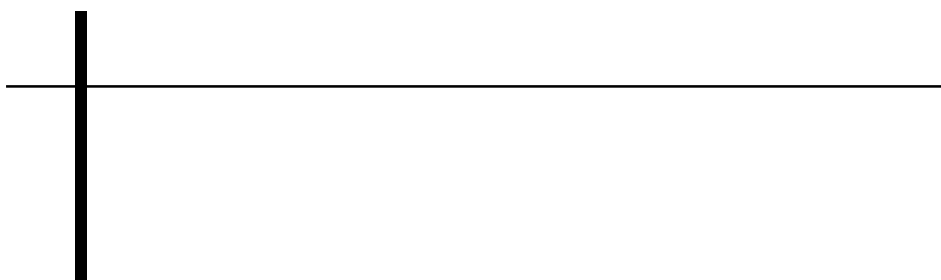
Si dejamos a un lado lo relativo al juramento, cuya naturaleza contractual es evidente, el problema fundamental es determinar qué valor hay que darle a la prueba de confesión que, progresivamente, va perdiendo fuerza probatoria para dejar decidido paso a la libre valoración de la prueba por el juez, a la valoración conjunta de las pruebas, y a la valoración a través de las reglas de la sana crítica. De hecho (como resalta la generalidad de la doctrina española), a pesar de que la prueba de confesión debería tener un valor tasado en el proceso español, la jurisprudencia, desde antiguo, viene manteniendo de modo reiterado y uniforme que no es una prueba privilegiada y que, por lo tanto, ha de ser valorada junto con los demás medios probatorios lo que, en la práctica, arroja como resultado su frecuente desconocimiento, incluso en aquellos casos en los que la contestación del confesante le perjudica en un aspecto esencial del pleito si del examen de otros medios de prueba se acredita lógicamente otra cosa. Sin embargo al menos por el estudio de la jurisprudencia emanada de las Cortes de Apelación y de la Corte de Casación- no es esta la interpretación que se le da en la práctica judicial salvadoreña. La prueba de confesión tiene, como legalmente se establece, un valor tasado y el reconocimiento de hechos perjudiciales para el confesante

ha de considerarse vinculante para el juez. *De lege ferenda*, la opción legislativa deberá decantarse por seguir la tendencia de la legislación española y, por lo tanto, asimilar la prueba de confesión a la de interrogatorio de la parte propia del orden penal, lo que lleva a la valoración conjunta de la prueba, incluida la confesión, o, como mantiene el CPMI, seguir otorgando esta prueba el valor tasado de tener por acreditados los hechos que, admitidos por el confesante, le sean perjudiciales.

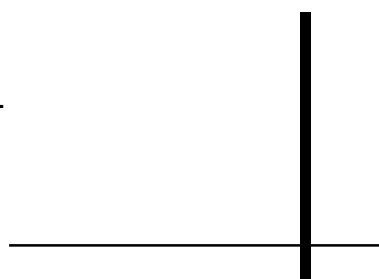
5. LA DENOMINADA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL

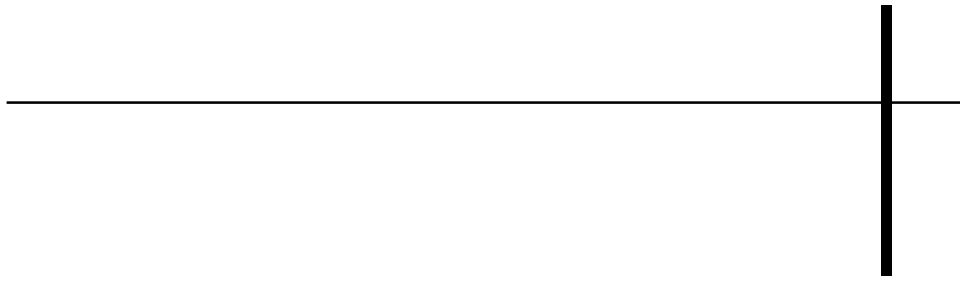
Emplea el C.Pr.C. el concepto de confesión extrajudicial con insistencia. Los artículos 372, 373 y 374 se refieren a él para mantener que puede ser verbal o escrita, que no puede oponerse la verbal en aquellos supuestos en los que no se admite la prueba testimonial, y que siendo escrita hace plena prueba. Sin embargo, la primera afirmación que hay que realizar es que la denominada confesión extrajudicial no es una prueba de confesión, aunque erróneamente se regule como tal. Prueba de confesión es únicamente la que se lleva a cabo ante el juez y con arreglo al pliego de posiciones aportado por la parte contraria. La denominada confesión extrajudicial es simplemente el reconocimiento, ajeno al proceso, por parte de uno de los contendientes de una de las afirmaciones de hecho relevantes para la resolución del litigio y, en consecuencia, como dicho reconocimiento puede ser escrito o verbal, se acreditará en el proceso a través de la prueba documental (y eventualmente las de confesión si no reconoce el documento el confesante, y pericial si niega su firma) o a través de la prueba de testigos, si el reconocimiento se efectuó verbalmente a su presencia. Esa es una de las razones por las que en los pleitos en los que no se admite la prueba de testigos, puesto que el acto o contrato ha de ser plasmado por escrito según el ordenamiento salvadoreño, en la verbal.

En definitiva (MONTERO) estamos en presencia de una alegación de las partes que ha de ser acreditada por cualquier medio de prueba conducente y admisible, pero no ante la confesión judicial pues esta es un medio de prueba que sólo es admisible cuando se practica en la forma y con los requisitos establecidos por la Ley como por otra parte establece el artículo 242 C.Pr.C.



CAPITULO VIII
LA PRUEBA INSTRUMENTAL





Sumario: 1. Concepto de prueba instrumental: El documento 2. Clase o tipos de documentos. 2.1. Documento público. 2.2. Documento privados. 2.3. El caso especial de los documentos extranjeros. 3. Práctica de la prueba: Presentación de los documentos . 4. Control de la autenticidad de los documentos

INTRODUCCIÓN

La prueba instrumental nos remite a la reina de las pruebas en materia civil: el documento. Cobra importancia el análisis definitivo, y las manifestaciones básicas en que se sostiene en la realidad. El matiz de lo público y lo privado influye en sus configuraciones.

Por otra parte vale razonar sobre la práctica o modo de presentar la prueba documental. Se valora en este orden la obligación de presentar los documentos junto a la demanda, las copias fehacientes en el caso de los documentos públicos, los originales respecto de los documentos privados, y las copias previo cotejo judicial en aquellos documentos que plantean problemas de exhibición.

1. CONCEPTO DE PRUEBA INSTRUMENTAL: EL DOCUMENTO

Una simple comprobación empírica demuestra que la prueba documental o instrumental, como prefiere denominarla el C.Pr.C, es la más importante de las pruebas en el proceso civil. Se ha dicho, aunque esta afirmación decae en muchas ocasiones por la proliferación de los negocios jurídicos criminalizados, que mientras que en el proceso penal la prueba reina es la testimonial, en el proceso civil es la instrumental. Y es que ciertamente las relaciones jurídicas que subyacen en el proceso civil suelen estar documentadas. Incluso, suelen estar documentadas en instrumentos públicos. Más aún si, como sucede en el ordenamiento procesal salvadoreño, existe una obligación de plasmar por escrito los negocios jurídicos que alcancen un valor superior a 200 colones, cifra esta que evidentemente alcanzan la mayoría de las transacciones económicas en la actualidad. Pese a una polémica doctrinal, que consideramos superada, documento es, sin duda, una representación escrita. No se han asentado

las teorías (GUASP) que pretendieron asimilar con el concepto de documento todas aquellas cosas que son susceptibles de ser trasladadas a la sede judicial y que, en realidad, trataban de solucionar los problemas que se derivaban de la incorporación de nuevas formas de representación. Nos remitimos a cuanto expusimos antes sobre esta cuestión. Como mantiene MONTERO⁶⁸, es preciso convenir que los elementos de un documento son, en primer lugar, que es una cosa mueble y, por tanto, susceptible de ser trasladada a presencia judicial, cuyo contenido representa un acto o un negocio jurídico, en forma de representación escrita, atribuible a una persona y que permite determinar que se ha confeccionado en un determinado momento. O, como mantiene CORTÉS, desde el punto de vista de la prueba, documento es sólo y exclusivamente la representación de un pensamiento escrito en papel. Cualquier otra representación del pensamiento escrita en materia distinta del papel no puede ser objeto de la prueba por documentos; será, en todo caso, objeto de prueba de reconocimiento judicial⁶⁹.

Otros, como ORTIZ NAVACERRADA⁷⁰ prefieren decantarse por una tesis ajustada a la realidad procesal, aunque la conclusión es la misma. Documento es todo escrito que reproduce un acto de pensamiento o una volición humanas y se aporta al proceso con designio probatorio, por lo que solamente son documentos aquellos objetos a los que la Ley procesal somete al régimen de la prueba documental, excluyendo otras explicaciones deseables de *lege ferenda*, pero alejadas de nuestra realidad presente.

En definitiva, como ya expusimos anteriormente, solucionados los problemas de la incorporación de otras fuentes de prueba similares

68 Véase el análisis de este autor en Op. cit. Páginas 143 a 145.

69 Op. cit. Páginas 241 y 242. Mantiene el procesalista español, en una tesis ampliamente admitida por la doctrina jurisprudencial, como tuvimos ocasión de exponer al aludir a los nuevos medios probatorios que: "Esto tiene especial importancia hoy día porque el desarrollo de la técnica parece ir arrinconando la utilización del papel escrito en el mercado y en el tráfico jurídico; tendencia, por demás, que irá a más conforme se vaya avanzando tecnológicamente...(lo que) pone al Derecho Procesal ante el reto de la modificación de su vieja concepción de documento o ante la necesidad de ampliar y crear nuevos procedimientos que permitan poder utilizar como instrumentos probatorios otros mecanismos de reproducción del pensamiento que tienen fácil acomodo en la vida social moderna". Esta es la razón por la que afirmamos al tratar los nuevos medios probatorios que la incorporación de estas formas de representación del pensamiento no plasmadas en un papel, sin ser prueba documental, podían incorporarse al proceso utilizando analógicamente las normas que disciplinan la prueba instrumental en lo que se refiere a su aportación y verificación, y las normas de la inspección personal, en lo que afecta a la observación y valoración por parte del juez.

70 ORTIZ NAVACERRADA, Santiago. La prueba de documentos privados en el proceso civil. En Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso civil. CGPJ 1993. Página 98.

a la documental al proceso, mediante la utilización por analogía de las normas que disciplinan la prueba documental, no existe ningún inconveniente en reducir el concepto de documento a la representación escrita tradicional, sin necesidad de artificiosas creaciones, como por otra parte establece el artículo 264 C.pr.C cuando delimita el concepto de documento al “escrito en el papel correspondiente”. Nuevamente insistimos en que lo fundamental es la posibilidad de que la realidad extrajurídica acceda al proceso, sin necesidad de forzar los conceptos por ser innecesario.

2. CLASE O TIPOS DE DOCUMENTOS

La clasificación fundamental de los documentos atiende a su procedencia. Así, tanto en el CMI, como en el C.Pr.C y en el CC este es el criterio utilizado para distinguir los documentos entre públicos y privados. El artículo 254 del C.Pr.C. dice que *“los instrumentos se dividen en públicos, auténticos o privados”*, aunque, si atendemos a la clasificación que de los documentos denominados auténticos realiza el Código Procesal, se trata de documentos públicos no notariales, de manera que el ordenamiento procesal de El Salvador realiza una distinción que, para lo que nos interesa, carece de relevancia. Son públicos, pues, tanto los instrumentos a que se refiere el artículo 255 (los cartularios), como los que menciona el artículo 260 (auténticos), como por otra parte se desprende de la equiparación que realiza el artículo 1570 CC al que nos referiremos seguidamente. Decimos esto porque, como es evidente, la clasificación atiende a la procedencia de los documentos, dado que en nuestros ordenamientos es tradicional determinar la fiabilidad, y por tanto el valor a efectos probatorios, del documento dependiendo de la cualidad de la persona que ha intervenido en su confección.

2.1. Documento público

Según el artículo 1570 del Código Civil *“instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”*. Estos mismos términos, o parecidos, son los que emplean los ya mencionados artículos 255 y 260 del C.Pr.C. En definitiva, para determinar cuándo un documento tiene el carácter de público hay que atender a tres criterios básicos: la forma del documento, la persona que lo ha autorizado o que lo expide, y el ajuste a las nor-

mas establecidas en la Ley. Por lo tanto, los documentos públicos, han de ser, a su vez, clasificados dependiendo de la persona que los expide, puesto que la forma y el ajuste a las normas legales dependen, como parece lógico, de las propias previsiones legales relativas a quienes tienen la capacidad de expedirlos. En definitiva, tienen que ver con las normas que disciplinan la fe pública en cualquier ordenamiento. Desde este punto de vista, los documentos públicos pueden clasificarse en:

⇒ **Documentos notariales.** Son las escrituras públicas que define el artículo 1570, párrafo segundo, del Código Civil (*otorgado ante Notario o Juez cartulario e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública*). Ahora bien, dentro de los documentos notariales es preciso distinguir las escrituras de las actas, puesto que sólo las primeras contienen declaraciones de voluntad (actos jurídicos que incorporan el consentimiento de las partes y generalmente contratos), mientras que las segundas contienen únicamente hechos (a sí se dispone expresamente en el artículo 50 de la Ley del Notariado)⁷¹. También hay que distinguir entre el propio documento público, que es la denominada escritura matriz que queda en el protocolo del Notario, de las copias o testimonios (artículos 32 y siguientes para las escrituras matriz y 43 y siguientes para los testimonios). Esta distinción es particularmente importante en materia de prueba documental en la medida en que lo que se aporta al proceso no es, como es lógico, la escritura propiamente dicha, sino las copias o testimonios expedidas por el Notario, bien a petición de las partes, bien en el período probatorio con la intervención del órgano judicial.

⇒ **Documentos administrativos.** Son los expedidos por un funcionario de la Administración en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, y con las formalidades establecidas por la Ley. De esta definición surge ya el principal condicionante para que un documento expedido por un funcionario le confiera la cualidad de documento auténtico. Solamente serán tenidos por tales los que cumplan los requerimientos exigidos por la Ley correspondiente y así sean reconocidos por las leyes procesales y civiles, lo que requiere

⁷¹ Las actas notariales se referirán exclusivamente a hechos que por su índole no puedan calificarse como contratos; no se asentarán en el protocolo y cuando se refieran a actuaciones que la Ley encomienda al Notario, tendrán valor de instrumento público...

las tres condiciones ya apuntadas: a) la condición de funcionario público de quien lo expide; b) que la expedición del documento forme parte de las funciones específicas del funcionario público en el ejercicio de su cargo y c) que se haya creado y se expida con las formalidades y solemnidades establecidas en la Ley. Como tendremos ocasión de analizar más adelante, el documento que no cumpla estos tres requisitos no pasará la barrera del simple documento privado, por más que su creador sea un funcionario público, como expresamente determina el artículo 262 C.Pr.C. en cuanto establece que *“son instrumentos privados los hechos por ... funcionarios públicos en actos que no son de su oficio”*. A los mismos efectos de incorporación al proceso civil, es preciso distinguir entre el propio documento, que puede referirse a la constancia de cualquier circunstancia que acredita quien tiene capacidad legalmente para acreditarla, a la certificación de lo que ya obra en los archivos administrativos públicos, ya que normalmente queda en los archivos del organismo público o dependencia en la que presta sus servicios el funcionario, y el documento que se incorpora al proceso es una copia autenticada del documento original a la que se suele denominar “copia” en unos casos y “certificación”, en otros. Así resulta de lo establecido en el artículo 262, apartados 1, 2 y 3, que define los denominados instrumentos auténticos y recoge las tres clases ya apuntadas: a) los documentos que expide un funcionario en el ejercicio de sus funciones; b) las copias de los documentos que obran en archivos y se expiden por los funcionarios; c) las certificaciones de los registros dependientes de la Administración Pública.

⇒ **Documentos judiciales.** En este caso, se trata de los documentos creados en los procedimientos de cualquier orden jurisdiccional, o aportados a ellos, que permanecen en los archivos judiciales y que se certifican por el titular de la fe pública judicial: el secretario judicial. Aunque el artículo 260.4 del C.Pr.C. trate de diferenciar actuaciones, ejecutorias y despachos, en realidad la única diferencia entre ellos es la diversa fuerza que el ordenamiento jurídico les otorga, puesto que todos ellos tienen los mismos requisitos y procedencia: han de ser certificaciones expedidas por el titular de la fe judicial, con las formalidades y solemnidades establecidas en la Ley, que estén incorporados o sean consecuencia de la tramitación de un procedimiento en cualquier jurisdicción.

2.2. Documentos privados

Aunque el artículo 262 C.Pr.C trata de dar una definición en positivo de los documentos privados, la doctrina parte de una afirmación de contenido práctico: son documentos privados los que no son públicos, es decir todos aquellos documentos que, por la razón que sea, no pueden incluirse dentro de los anteriores. Por ello, como ya expusimos, no son públicos los expedidos por funcionario cuando se trata de actos que no son de su oficio (más bien de su cargo) o cuando les faltan las solemnidades legales (por ejemplo las escrituras defectuosas a que se refiere el artículo 263 C.Pr.C. A su vez, es tradicional distinguir los documentos públicos entre los que han sido suscritos por ambas partes, y los unilaterales a los que se refieren, por ejemplo los artículos 267 C.Pr.C (libros de los comerciantes), 1575 CC (asientos, registros y papeles domésticos) y 1576 CC (la nota escrita del acreedor).

También podríamos incluir las donaciones que no precisan de escritura pública, o los testamentos privilegiados.

2.3. El caso especial de los documentos extranjeros

El artículo 261 del C.Pr.C establece un régimen especial para los documentos extranjeros, cuya razón de ser hay que encontrarla en los requisitos a que antes hemos hecho referencia respecto de los documentos nacionales. Obviamente, se trata de documentos públicos (o auténticos) extranjeros, puesto que respecto de los privados la incorporación al procedimiento civil ha de efectuarse por las partes y, como tal documento privado, su adversación dependerá de los requerimientos generales del documento público.

En este caso, hemos de partir que los documentos públicos extranjeros, puesto que su carácter de públicos y por tanto su validez dependen de la legislación del propio país que los expide, han de ser incorporados al proceso civil en forma especial. Como fácilmente puede deducirse de lo anteriormente expuesto, la posible reticencia que dentro de un Estado soberano respecto de documentos expedidos en el extranjero, se encuentra en la acreditación de su autenticidad. Por ello, el artículo 261 establece los dos tradicionales requisitos: a)

la autenticación de la firma de quien expide el documento por parte de la representación del Estado de expedición en El Salvador; b) la autenticación, a su vez, de la firma de quienes representan al Estado extranjero por parte de las autoridades salvadoreñas. El resto de las previsiones legales (autenticación de fotocopias, traducción del documento, comprobación de la autenticidad y contenido del documento) que establecen los tres últimos apartados del artículo 261, se refieren a actuaciones posteriores de menor relevancia que la que es tradicional en el caso de un documento público: la acreditación de su fehcencia.

3. PRÁCTICA DE LA PRUEBA: PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS

Es común a nuestros ordenamientos procesales una característica de la prueba documental: la necesidad de aportar los documentos de los que cada parte intente valerse con los escritos de alegaciones. En el fondo de esta decisión –que, como veremos, siguen los artículos 202, 234, 270 y 271 del C.Pr.C. se encuentran no sólo razones prácticas (el hecho constatado de que esta fuente de prueba obra en poder de las partes o las partes pueden acceder a ella fácilmente), sino razones de índole procesal y de acreditación de las propias alegaciones fácticas de las partes, más aún en un ordenamiento como el salvadoreño que obliga a plasmar en documento la mayor parte de los negocios jurídicos. En cuanto a las razones de índole práctica destaca que la prueba instrumental (MONTERO) se agota, normalmente, con la presentación del documento. Es decir, salvo en los supuestos de que el documento se encuentre en poder de un tercero, o salvo que sea preciso (en los casos en que se admita) obtener una copia auténtica de un protocolo, de un archivo público o de unas actuaciones judiciales, las partes suelen tener en su poder la fundamentación de las alegaciones de hecho de su pretensión, y éstas suelen plasmarse en un documento. Las razones de índole procesal son de dos clases.

En primer lugar, el hecho constatado de que los documentos ya obran en poder de las partes, puede afectar a principios constitucionales como el de igualdad de armas y de contradicción que, como vimos, se encuentran en la base del derecho de audiencia regulado en el artículo 11 de la CES. En efecto, no se entendería que las partes,

basando su pretensión en una relación material plasmada por escrito guardaran estos para un momento posterior, sobre todo por la segunda de las razones que tiene que ver con la posibilidad de reconocer o negar el documento, con lo que la prueba se dirigirá a determinar la veracidad o falsedad del documento. Finalmente, incide en esta decisión el hecho de que, sea cual sea el sistema de valoración de la prueba por el que haya optado el ordenamiento, en todos ellos la valoración de la prueba documental está fuertemente tasada, dado que el documento público (como reza el artículo 1571) hace plena prueba respecto del hecho de haberse otorgado y de su fecha. Esta es la decisión del C.Pr.C, por más que el artículo 202 (y el 234 para el demandado) principie de modo poco claro al establecer que la demanda puede presentarse con o sin documentos.

Sin embargo, el propio precepto se remite seguidamente a lo dispuesto en materia de prueba instrumental y el artículo 270 es contundente *“los instrumentos deben presentarse con la demanda o con la contestación, y caso de no tenerlos a su disposición, podrá presentarlos en cualquier estado de la causa...”*.

Una recta interpretación de este precepto, unida a las razones procesales e incluso constitucionales antes mencionadas, ha de concluir en que salvo que la parte acredite que no le es posible aportar el documento, siempre y cuando le sea posible (y lo será siempre que se trate de un documento que obre en su poder o de un documento que, por encontrarse en un archivo público, pueda obtenerlo sin dificultad) ha de aportarlo con el escrito de iniciación, porque en otro caso habrá de aplicarse el principio de preclusión. De este principio solamente han de exceptuarse, pues, los documentos que, razonablemente, no pueda aportar la parte, los que obren en poder de un tercero y aquellos que no puedan ser presentados en ese momento por depender el éxito de la acción de su interposición en un plazo determinado.

Cierto es que en 1993 se produjo la reforma del artículo 270 del C.Pr.C. y que, como expusimos, en el momento actual se permite la aportación de los documentos en cualquier estado de la causa, siempre y cuando se permita, a su vez, a la parte contraria realizar lo necesario para poder impugnarlo, pero, aun así, parece que quien tenga en su poder un documento ha de aportarlo en el momento

oportuno o justificar, al menos, las razones de la imposibilidad de su aportación. La jurisprudencia salvadoreña ha declarado, por ejemplo, que el artículo 1274 C.Pr.C. obliga a presentar el documento de personería con la demanda (sentencia de 28 de enero de 1997, de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema), lo cual parece bastante obvio en la medida en que se trata, ni más ni menos, del documento que acredita la regularidad de la presentación en juicio de una de las partes y esto, como es lógico, no puede dejarse para un momento posterior.

Así pues, lo fundamental para interpretar rectamente el artículo 270 C.Pr.C. es, a nuestro juicio, determinar el alcance de la mención legal a que “no tenerlos la parte a su disposición”, puesto que dentro de esta previsión legal no pueden incluirse los supuestos debidos a la pasividad, negligencia o impericia de la parte. En estos casos ha de primar el principio de igualdad de armas y de contradicción. Esta apreciación general se refuerza aún más en los supuestos de documentos privados ya que, de un lado, justifican la pretensión de la parte y de otra (artículos 283 y siguientes del C.Pr.C) permiten la actividad fundamental en la prueba documental: la alegación de su autenticidad o la impugnación de su contenido en el momento procesal oportuno. Otra interpretación, siempre a nuestro juicio, vaciaría de contenido real la prueba instrumental, más aún si reparamos en los exiguos términos probatorios establecidos al efecto en el artículo 285 C.Pr.C.

Lo que no resuelve el C.Pr.C. es el modo en que las partes pueden cuestionar no la autenticidad de un documento, sino el momento de su presentación. Ciertamente, la reforma del artículo 270 no ayuda a la solución de la cuestión, sobre todo porque puede ser interpretado (y así parece que lo es) en el sentido de que los documentos pueden ser aportados en cualquier momento, con la simple mención de que en ese momento no están a su disposición, y sin exigir a la parte levantar la carga de acreditar que no lo están porque no es posible. De todos modos, desde la perspectiva de la igualdad de las partes en el proceso, seguimos pensando que no es admisible que una de las partes se vea sorprendida por la aportación de un documento después de la fase inicial del proceso, pues ello condi-

ciona extremadamente la resistencia del demandado o la pretensión del demandante.

Modo de presentación de los documentos

El modo de presentación de los documentos surge naturalmente del estudio de las clases de instrumentos que hicimos anteriormente. Dado que los originales de los documentos públicos quedan incorporados al protocolo del Notario, al expediente administrativo, o a las actuaciones judiciales, la incorporación al proceso ha de hacerse por medio de copias fehacientes, lo que obliga a remitirnos a la regulación interna respecto del modo de obtención de las copias y de la acreditación de su veracidad. Normalmente, las partes podrán aportar o las copias auténticas expedidas por el Notario, o el documento fotocopiado o transcrito con la certificación del funcionario público o el secretario judicial que tienen conferida la facultad de expedirlas. Así, respecto de los documentos notariales, lo expresa el artículo 257 C.Pr.C, que también se cuida de precisar que los documentos no saldrán del estudio del notario para la confrontación (art. 256) y que también el Juez puede pedir la extracción de una copia auténtica para que surta efectos en el proceso (art. 258).

En cuanto a los documentos público-administrativos y judiciales se deduce lo anterior de lo que dispone el artículo 260, apartados 2º, 3º y 4º. Sin embargo, los documentos privados han de aportarse en original. Es el único modo de aportación porque de él depende la posibilidad de verificar su autenticidad (art. 265) y porque el artículo 270 exige su presentación con la demanda lo que, a su vez, determina que haya de realizarse mediante el propio documento, puesto que malamente se puede impugnar la autenticidad de una copia obtenida sin ninguna formalidad legal.

No obsta a lo anterior que el artículo 270 párrafo segundo permita confrontar el original con una copia porque en estos supuestos, como se examinará a continuación, la *ratio* del precepto es evitar la aportación de legajos voluminosos, pero siempre se requiere que sea el juez quien confronte el original, es decir que lo tenga a la vista, y que la parte a quien afecte pueda impugnarlo, precisamente porque el original ha sido visto en el proceso. En relación con lo anterior,

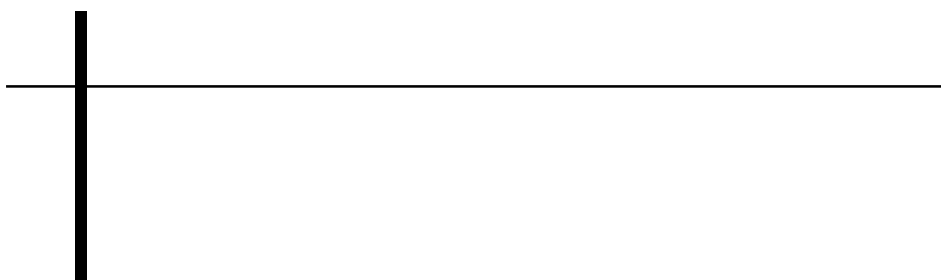
es evidente que en ocasiones el documento puede estar incorporado, por más privado que sea, a un expediente del que solamente interesa extraer parte de él, o que, por las funciones que cumple (libros de los comerciantes) la aportación del archivo, legajo o libro al que está unido, plantee problemas mayores que su exhibición. En estos casos (párrafo 2º del artículo 270) el ordenamiento ha de prever su aportación por medio de copia cotejada por el órgano judicial.

4. CONTROL DE LA AUTENTICIDAD DE LOS DOCUMENTOS

Todos los ordenamientos, sin duda por la fuerza probatoria de los documentos, establecen sistemas de garantía de su autenticidad permitiendo que la parte a quien afecte pueda alegar su falsedad. Naturalmente, las previsiones legales en la materia han de distinguir entre los documentos públicos y los documentos privados, pues aquéllos se expiden, como expusimos, por quien, en principio, tiene atribuida por el ordenamiento jurídico la capacidad de autenticar los documentos, por lo que los mecanismos de su impugnación son necesariamente más restringidos que en el caso de los documentos privados.

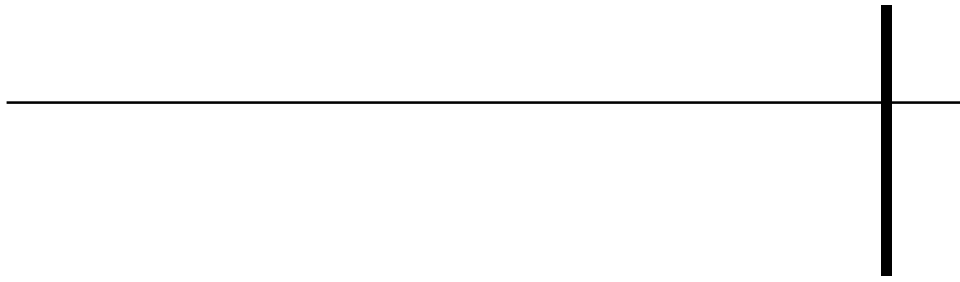
Así, el C.Pr.C. tras resaltar la limitada validez de los documentos rotos o cancelados en su parte sustancial (artículo 263), respecto de los documentos públicos aportados al proceso, distingue los tradicionales supuestos de copias auténticas extraídas de los protocolos notariales o certificaciones de los funcionarios públicos (que hacen fe en los términos expresados por la Ley), regula la comprobación en los supuestos de impugnación con el protocolo notarial (arts. 272 y 273), la validez de los obtenidos con citación de parte y decreto judicial y de los obtenidos sin ellas (artículos 258, 274, 276 y 277), y la de los documentos que no han cumplido estas formalidades que sólo hacen prueba semiplena (art. 275). En todos estos supuestos se parte de un principio absolutamente asentado: los documentos públicos expedidos por el Notario con las formalidades legales y con el concepto de primera copia, hacen plena prueba, lo mismo que los obtenidos con citación de parte y decreto judicial o los obtenidos sin este requisito pero con el silencio o la aquiescencia de aquél a quien perjudican; por el contrario, los obtenidos de otra forma, no hacen

sino semiplena prueba salvo que se encuentren rotos o cancelados o enmendados, en cuyo caso no hacen fe. En definitiva, no es sino el desarrollo de lo que, por principio general, determina el artículo 255 respecto de la obligación de expedición de los documentos en la forma que la Ley prescribe. Por lo que se refiere a la verificación de la autenticidad de los documentos privados, como es también evidente, el C.Pr.C. regula las dos manifestaciones fundamentales: la falta de autenticidad del documento, normalmente ligada a la de la firma que lo autoriza, y la falsedad del documento. Respecto de la primera cuestión, el C.Pr.C. atribuye a quien niega la veracidad del documento la carga de ponerlo de manifiesto (Art. 283), la necesidad de producir pruebas para acreditarlo y el modo de proponerlas y practicarlas (Arts. 284 y 285) y, finalmente, la necesidad de que el juez se pronuncie sobre ello (Art. 286) para decidir sobre el fondo como se deduce del precepto citado. La segunda cuestión, plantea el problema de la denominada falsedad civil frente al delito de falsedad en documento privado, permitiéndose la declaración de aquella en el pleito civil de modo independiente (arts. 287 a 291) a la posible existencia de relevancia penal.



CAPITULO IX
LA PRUEBA DE PERITOS





Sumario: 1. Concepto de Prueba Pericial y de perito. 2. Naturaleza jurídica. 3. Las Funciones del perito. 4. Los peritos. 5. Práctica de la prueba. 6. Valoración de la prueba pericial. 7. La denominada pericia extrajudicial.

INTRODUCCIÓN

El grado de tecnificación de los profesionales del derecho, hace que el ordenamiento jurídico pueda provisionar la prueba pericial. La necesidad de especialización en ciertos campos de la realidad, justifica inevitablemente que el juez se auxilie de conocedores vitales de las experiencias que toca juzgar. Los peritos median para convencer al juez de las valoraciones sobre las que debe fallar.

En este capítulo es imprescindible encontrarnos con la verdadera naturaleza de los peritos, auxiliares del juez, medios o fuentes de prueba, o con similar papel al de los testigos.

De otro lado también se trata de dirimir la posesión de título del perito, las cualidades que pueden restringir su expresión pericial de modo que sea lo más objetiva, y las solemnidades que ocurren en la ejecución de la práctica pericial.

1. CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL Y DE PERITO

De las múltiples definiciones doctrinales de la prueba de peritos, puede extraerse un hilo conductor común cuya formulación es bastante tributaria de la propia definición clásica de la pertinencia de la prueba. La prueba por peritos es pertinente siempre que para conocer o apreciar un hecho de relevancia dentro del proceso sea necesario o conveniente poseer conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos (art. 610 LEC de 1881). No obstante, como tendremos ocasión de analizar seguidamente en el apartado de las funciones de los peritos, esta definición legal no ofrece solución a las distintas formas en que un perito puede comparecer ante un órgano judicial, más aún con

la progresiva tecnificación no solamente de las relaciones sociales, sino de las normas jurídicas que, progresivamente, van incorporando conceptos técnicos como supuestos de hecho para apreciar la consecuencia jurídica. Así pues, de entre las múltiples definiciones elegimos la que ofrece CLIMENT DURAN⁷² *“prueba pericial es aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y apreciación de hechos concretos objeto de debate”*, a lo que debemos añadir nosotros: siempre que hayan sido alegados por las partes.

Como mantiene MONTERO⁷³, la mayor parte de los ordenamientos ha configurado un tipo de juez, técnico en derecho, pero exclusivamente técnico en derecho, y si el saber universal —sólo propio del renacimiento— no es posible, ya ni siquiera en el estricto campo jurídico, en el que cada día más prima la especialización por órdenes jurisdiccionales y, dentro de éstos, por especialidades dentro del mismo orden jurisdiccional, no puede exigírsele al juez que tenga otros conocimientos que los que le resultan obligados en virtud del principio *iura novit curia*. especialistas en una determinada rama científica del saber, o simplemente práctica. Pero no ha sido ésa la opción elegida por los legisladores y, en consecuencia, la prueba pericial es cada vez más necesaria.

Naturalmente, como mantiene también el ilustre procesalista, al juez hay que exigirle también que posea, al menos, la cultura media de un ciudadano normal, o la cultura normal de los ciudadanos. El juez es, ante todo, un ciudadano y, por lo tanto, es posible que se le exijan determinados conocimientos habituales para el común de los normales. Así, no necesitaríamos perito alguno para algunos de los ejemplos que pone CORTÉS⁷⁴, como si el aceite es más denso que el agua, o que un coche lanzado a una velocidad de 150 kilómetros por hora no puede detenerse en 10 metros, o que un anciano cruza

72 Climent Durán, Carlos. “Sobre el valor probatorio de la prueba pericial”. *Revista General de Derecho*. Nº 547, páginas 2121 a 2176. Valencia 1990.

73 Op. cit.

74 Op. cit.

la calzada más despacio que un atleta. Sin embargo, pese a que nos encontremos frente a un juez que tiene una cultura muy superior al común de los ciudadanos, todos coincidiríamos en reconocer que, en estos mismos ejemplos, el juez no podría decir si el aceite es de olivo y de la mejor calidad y de un nivel de acidez de 1º, o cuál ha sido el concreto comportamiento del vehículo causante del accidente, producido por un exceso de velocidad, o a qué velocidad circulaba, teniendo en cuenta las marcas de rodadura de los neumáticos, el carro que atropelló al anciano.

Todos podríamos decir si un cuadro parece un Picasso, pero sería ya más difícil que cualquiera de nosotros pudiera certificar que es “efectivamente” un Picasso. Ello condicionará extraordinariamente las conclusiones a que llegemos en materia de pertinencia y relevancia de la prueba (es decir de su admisibilidad) y en materia de valoración de la prueba de peritos, sobre todo cuando el juez puede poseer estos conocimientos y cuando, en consecuencia, se aparta del propio dictamen pericial. Es también evidente que en la medida que avanza la técnica y la ciencia (más que la pura práctica), y que la comunicación entre seres humanos se ha hecho más compleja, así como que las normas incorporan cuestiones técnicas en la definición del supuesto de hecho, la prueba pericial se ha hecho más necesaria⁷⁵.

2. NATURALEZA JURÍDICA

El debate sobre la naturaleza jurídica del perito, asentada como vimos en la historia, pero iniciada por CARNELUTTI, recae sobre una

⁷⁵ MONTERO sostiene que es muy sintomático que en Las Partidas (base del ordenamiento procesal español vigente, por muy poco tiempo) no hubiera casi referencia a la pericia, lo que atribuye a que el supuesto de hecho no estaba tecnicado. Por eso solamente se hablaba de la pericia de “*mujeres de buena fama*” para auxiliar al juez en el examen de “*alguna muger que dizen que es corrompida o de muger que dezian que fincaua preñada de su marido*” y al cotejo de letras cuando el escribano que había extendido un documento no lo reconocía, en cuyo caso se llamaba a “*buenos omes e sabidores que sepan bien conocer e entender las formas y las figuras de las letras*”. SILVA, destaca cómo el perito nace en el Derecho Romano como un consejero del Juez, porque el juez romano no era un jurista y antes de resolver consultaba a una persona que consideraba apta para ilustrarlo, y que por ello se denominaba *consilium*. Este consejero, asistía a los debates y ofrecía después al juez su opinión fundamentalmente jurídica, aunque sin excluir a otros profesionales que ofrecieran al juez opiniones distintas a las jurídicas. En la Edad Media, según el mismo autor, el juez también requería a peritos juristas, pero en el Derecho Común se va extendiendo progresivamente la pericia a la figura del consultor de confianza que se llama al pleito como testigo, y ese es el motivo de la discusión sobre la naturaleza jurídica del perito que, por ello, era considerado más un auxiliar del juez que un medio de prueba, en razón a esa misma confianza y habitualidad en la emisión de informes.

pregunta bien sencilla. Si el perito no ha percibido los hechos, y ofrece al juez, habitualmente, máximas de experiencia de las que éste carece, por lo que se sitúa como intermedio entre el juez y el objeto, ¿no es más bien un auxiliar del juez?. Pues si la prueba procesal estaba dirigida a alcanzar la certeza del juez sobre los hechos afirmados por las partes, parece que el perito no proporciona prueba sobre estos hechos, sino, habitualmente, sobre una consecuencia de los mismos, vinculada a una máxima de experiencia. Esta consideración del perito como auxiliar del juez, además, obtuvo carta de naturaleza cuando, bajo la inspiración del maestro italiano, se promulgó el *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940, en el que el perito se consideró como un consultor técnico, es decir, como asesor del juez, que además era, habitualmente un funcionario.

Por ello, se decía que el perito no podía ser un medio de prueba pues: a) era un funcionario; b) se designaba por el juez de oficio, al margen de la propuesta de las partes; c) su función no era probatoria, sino de comprobación de hechos o facilitación al juez de las máximas de experiencia. Sin embargo, la moderna doctrina procesalista, afirma que se trata, en realidad, de un debate estéril. Hasta parte de la doctrina italiana ya reconoce que quizá su configuración del perito sea más bien una cuestión terminológica, y no conceptual. Y así, el hecho de que sea un funcionario, para nada altera que su función sea objetiva e imparcial dentro del proceso, el hecho de que el nombramiento se pueda realizar por el juez no altera su posición en el período probatorio y, finalmente, la función del perito tiene asimismo naturaleza probatoria y por lo tanto de verificar hechos esenciales para la resolución de un conflicto. Lo que ocurre, como dice MONTERO, es que no cabe despreciar una especificidad en la función del perito que es absolutamente diferente a la misión de los testigos: el perito no trata de introducir la fuente de prueba en el proceso, sino que trata de conocer y apreciar aspectos determinados de una fuente de prueba relacionada con la afirmación de hechos que hacen una o las dos partes en sentido distinto. Pero, de ahí a considerar que el perito no es un medio de prueba, media un abismo.

Y, por eso, coincidimos con CORTÉS⁷⁶ en que la prueba de peritos es, en realidad un verdadero medio de prueba pues *“sirve para que el juez pueda obtener el convencimiento sobre la veracidad de las circunstancias, no fácticas, por cierto, que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pide o de la relación jurídica llevada ante él”*. De ahí que CORTÉS mantenga que lo que ocurre es que la prueba pericial es una prueba especial, por su propia naturaleza y contenido, pero no deja de ser un medio de prueba. Estas especialidades las sitúa este autor en las siguientes notas diferenciales: a) la peculiaridad primera de la prueba por peritos es que en ella se aprecia lo que ya ha sido con anterioridad adquirido por medio de otro medio de prueba; b) la segunda gran diferencia es su fungibilidad, que se demuestra porque no es precisa cuando el juez tiene ya los conocimientos precisos.

3. LAS FUNCIONES DEL PERITO. DIFERENCIAS ENTRE PERITO/TESTIGO Y TESTIGO/PERITO

De todos modos, todo lo antedicho no nos vale para analizar, sobre todo en esta sociedad tecnificada a la que aludíamos anteriormente, las diversas funciones que un perito puede tener en un procedimiento civil, y que ha sido lo que ha motivado la discusión no solamente respecto de las características y naturaleza de la prueba pericial, sino también sobre la valoración de este medio de prueba, y sobre su condición de perito o testigo o mixta dependiendo de las circunstancias. El Código de Procedimientos Civiles determina que esta prueba se admitirá *“en punto de hechos facultativos o profesionales”*. Mucho más expresiva es la definición del Código Modelo que, siguiendo por lo demás la definición al uso en los modernos textos procesales mantiene que la prueba se admitirá *“cuando para verificar hechos que interesen al proceso son necesarios conocimientos artísticos, científicos o técnicos especiales”*. De todos modos, no parece que el C.Pr.C. quiera decir algo distinto y, de hecho, la jurisprudencia así lo certifica. Así pues, si convenimos que la función del perito es conocer o apreciar hechos técnicos, por un lado, y proporcionar máximas de experiencia al juez, ya parece evidente que la función del perito puede ser doble: por un lado percibir, por otro dictaminar.

76 Op. Cit

Esa doble función, en opinión de la doctrina (MONTERO, DEVIS, GUASP, CORTÉS), implica la necesidad de hacer algún tipo de distinciones que abordamos seguidamente.

3.1. Hechos

Cuando el artículo 343 CPr alude a hechos facultativos o profesionales, está presuponiendo que una de las posibles misiones del perito puede ser la de establecer o verificar estos hechos, lo que no es lo mismo. Puede que:

- ⇒ El perito tenga simplemente que verificar la exactitud de una afirmación. Si el perito simplemente debe comprobar si uno de los hechos afirmados por las partes es o no, teniendo en cuenta sus conocimientos, cierto, realmente está simplemente abonando la tesis de una de las partes, precisamente porque esta tesis ya llevaba implícita una afirmación con contenido técnico como supuesto de hecho de una consecuencia jurídica⁷⁷. Consecuentemente (MONTERO) los hechos han de ser afirmados por una parte, han de haber sido negados por la contraria y el juez ha de carecer de los conocimientos precisos para efectuar por sí mismo la actividad verificadora.

El perito no solamente ha de verificar un hecho, sino que además ha de apreciarlo. Ello no evita (no es posible) que exista la afirmación de hecho por una parte (pues el perito, desde luego, no puede introducir nuevos hechos en el proceso) pero sí puede referirse a la verificación de un hecho presente para dictaminar la causa o el mecanismo de producción con respecto a su estado pasado, o proyectar a futuro la posible evolución de una afirmación de hecho (por ejemplo en los procedimientos sobre vicios de la construcción). Esta segunda apreciación es lo que ha hecho recelar a algunos de la figura del perito por lo que se ha dado en denominar una cierta dictadura basada en la ciencia, que nos hará comentar alguna cuestión respecto de la valoración de este medio de prueba.

⁷⁷ En el supuesto Derecho de aceite de olivo, ante la afirmación de la demanda de que el aceite demandado era de mala calidad o de calidad distinta a la convenida, el perito, tras el examen correspondiente y las pruebas que estima precisa, lo único que hace es verificar ante el juez que es o no es cierto que el aceite servido no es de calidad superior que se contrata diariamente lo hace con relación a la ciencia que posee y a los experimentos precisos, pero no hace sino verificar que la afirmación de hecho es cierta.

3.2. Máximas de experiencia

No es normal en la actualidad que exista una simple determinación de una máxima de experiencia en la prueba pericial, pero ello no quiere decir que no existan supuestos en los que así sea. Afirmada la *oligofrenia* de una persona, por ejemplo, porque ambas partes están de acuerdo en ello, el perito puede ofrecer al juez simplemente la apreciación médica de, dependiendo del grado afirmado, dictaminar sobre los actos que puede realizar con criterio. La diferencia es obvia, mientras que la apreciación o verificación de un hecho por un perito llevaba ya ínsita su capacidad científica o técnica, en este caso el perito se limita a instruir al juez sobre las máximas de experiencia científicas o técnicas para que el juez sea quien aprecie la consecuencia del hecho afirmado.

En definitiva (CLIMENT) la pericia o consiste en la abstracta exposición de alguna de las reglas de su particular área de conocimiento, o comprende la labor previa de percibir los hechos u objetos sobre los que recae y se extiende a la emisión de las conclusiones correspondientes, lo que permite diferenciar la función del perito entre una actividad perceptiva y una actividad técnica, deductiva o inductiva, lo que nos introduce en la *vexata quaestio* de diferenciar el perito perceptor, el perito testigo, y el testigo perito, que no siempre es fácil, y que no es baladí en razón a los distintos medios de valoración de la prueba, más aún en un sistema como el salvadoreño que se rige por el principio de tasación en materia de prueba. Porque si el testigo puede ser un perceptor de hechos, hay que distinguir con CLIMENT tres supuestos: a) percepción realizada por el perito en virtud de previo encargo judicial sobre un objeto ya observado por el juez; b) percepción realizada por el perito conjuntamente con el juez; c) percepción realizada exclusivamente por el perito sobre un objeto no percibido anteriormente por el juez.

En los dos primeros casos (mantiene CLIMENT), el perito no realiza ninguna función como testigo porque no aporta ningún hecho nuevo al proceso, sino que, simplemente percibe el objeto para una función esencialmente pericial como es la de aplicar ya sus máximas de experiencia para ver con ojos técnicos lo que el juez ha visto con ojos profanos. El problema surge con la tercera posibilidad, en la que

el juez ha renunciado a apreciar por sí mismo el hecho, pues en este caso el perito suministra al juez su percepción de un hecho controvertido, lo que le convierte en un intermediario entre el juez y el objeto. En este caso, al igual que el testigo, el perito suministra al juez hechos nuevos que sólo él ha percibido personalmente fuera de la presencia judicial, al practicar, en realidad, una inspección ocular por delegación judicial. Ahora bien, en este caso ¿tiene el perito condición de testigo?. A mi juicio, la conclusión de CLIMENT no es tan segura como se pretende, pues, ni más ni menos, se afirma que el perito introduce en el proceso hechos nuevos, percibidos solamente por el propio perito, de los que hasta entonces no se tenía conocimiento a través de ningún medio probatorio, lo que requiere alguna matización.

En virtud del principio de aportación de parte, solamente las partes en el proceso tienen la facultad de introducir hechos en el proceso mediante la pretensión y la resistencia. Por lo tanto, el perito no puede introducir hechos nuevos, como tampoco pueden hacerlo los testigos. La cuestión por lo tanto, no está tanto ahí como, a mi juicio, determinar para qué verifica o aprecia un hecho un perito, y, si es así, coincidimos con la tesis de MONTERO de que, aunque en ciertos aspectos se trate casi de un juez exhortado o delegado, la función es pericial en la medida en que nos interesa que un testigo aprecie un hecho para encontrar una consecuencia relacionada con su ciencia o técnica, no para que afirme el hecho mismo que ha debido ser introducido por las partes. Si uno de los debates es el del perito-testigo, también lo es la otra cara de la misma moneda: el testigo-perito, también llamado (GÓMEZ ORBANEJA) testigo técnico, y definido por el mismo autor como *“la persona que, poseyendo conocimientos especiales percibe un hecho, a base precisamente de aquéllos y se le llama al proceso para que refiera cuanto sepa de los mismos”*. Obviamente, en este caso, la distinción parece más sencilla si, como analizamos en el apartado de la prueba testifical, consideramos que el testigo, por más que posea conocimientos técnicos, conoce, verifica y aprecia los hechos antes del litigio.

De modo que es, en primer lugar, un testigo, aunque sea inevitable que la apreciación de los hechos se considere desde los “especiales ojos” que su técnica le ha proporcionado. Y por lo tanto, cuando un testigo ve a un enfermo que tiene fiebre, solamente puede afirmar que estaba muy caliente y de aspecto febril, cuando quien lo aprecia es un

médico seguramente aportará más datos. Un médico, testigo presencial del atropello del anciano a que antes nos referíamos, verá al herido con ojos distintos a cualquiera de nosotros y podrá decir si en el momento de verlo presentaba ya determinadas fracturas o si pudo deducir la fractura de la base del cráneo. En este caso, el testigo no puede evitar peritar porque su formación le hace ver las cosas de distinta manera al común de los mortales, pero ello no elimina su condición de testigo ni, a mi juicio, evita en la mayoría de los casos que esta prueba venga acompañada de un dictamen pericial.

4. LOS PERITOS

De conformidad con lo que disponen los artículos 344 y 345 del C.Pr.C. para ser perito tiene preferencia aquél que posea el título en la ciencia o arte a que pertenezca el objeto de la pericia, siempre que esta profesión esté reglamentada, aunque, como es lógico, se cuida el C.Pr.C. a continuación de precisar otras dos situaciones frecuentes en la práctica: que por el contenido de la pericia no exista profesión reglamentada o que, aun estándolo, no se encuentre persona titulada que pueda realizarla. En definitiva, las clases de peritos dependen del contenido de la pericia. Incluso existen cuerpos de funcionarios dedicados a algunas de ellas (valoración de objetos e inmuebles, médicos forenses) ya contratados especialmente para proporcionar máximas de experiencia al juez en aquellos asuntos en los que habitualmente se requiere de su ciencia o arte. El C.Pr.C. no contempla expresamente más que a las personas físicas como peritos, aunque progresivamente se va imponiendo la peritación a cargo de personas jurídicas (normalmente academias o institutos) para desempeñar esta función. Esta posibilidad está admitida en el artículo 166 del CPMI, pero no en el C.Pr.C. lo que no impide que, en la práctica, el dictamen se realice por el Instituto o Academia aunque formalmente el firmante sea uno de los responsables del mismo. Uno de los requerimientos fundamentales del perito es su imparcialidad. Si en el testigo es fundamental establecer mecanismos de evitación de la parcialidad, aún más lo es en el caso del perito.

A esta conclusión ha de llegarse por las especialidades respecto de la función pericial a que nos hemos referido anteriormente. El C.Pr.C., como en general todos los ordenamientos procesales, adopta todas

las precauciones para asegurar la imparcialidad y objetividad de los informes periciales.

Estas cautelas quedan demostradas por la necesidad que los peritos presten juramento o promesa de desempeñar fielmente su labor y la admonición de poder estar incurso en delito de falso testimonio (art. 351), en la posibilidad amplia de poder contradecir el dictamen pericial (art. 347) salvo acuerdo de las partes, en la amplia libertad conferida a los peritos para emitir su informe cuando no están de acuerdo y la necesidad de dirimir la discordia mediante el nombramiento de un tercero (art. 360), en la asimilación del sistema de tachas a los testigos (art. 354), en la explícita exigencia legal del deber de colaboración con el órgano judicial (arts. 358 y 361), en la facultad del juez de comprobar el dictamen exigiendo aclaraciones sobre los puntos oscuros (art. 362), y en la intervención activa del órgano judicial al señalar el objeto de la pericia (art. 356).

Pero, como es lógico, el sistema de control más eficaz, atribuido a las partes, es el de su recusación, aunque aquí se denomine tachas por asimilación al régimen de los testigos (art. 354), salvo en un aspecto de todo punto lógico proclamado por el artículo 353, que impide tachar al perito por la parte que lo ha nombrado, salvo obviamente cuando se trate de causas sobrevinientes. Es la parte, pues, quien debe cuidar ante el nombramiento del perito de sus condiciones de imparcialidad objetiva o subjetiva.

5 . PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Una vez delimitado el objeto de debate, y la existencia de puntos de hecho facultativos y profesionales, y siempre y cuando exista realmente controversia sobre el hecho y la prueba sea conducente, ésta, tanto propuesta por las partes, como acordada de oficio por el juez (art. 364), será admisible y deberá ser admitida. La denegación inmotivada o injustificada de la prueba pericial es una de las más frecuentes vulneraciones del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. La práctica de la prueba pericial tiene tres hitos fundamentales: la determinación del objeto de la pericia, el nombramiento del perito y la confección, ratificación y eventual aclaración del dictamen.

A los tres se refiere el C.Pr.C. La determinación del objeto de la pericia es función de las partes. Incluso ha de extremarse el control sobre el objeto obligando a las partes a que en sus escritos de proposición de prueba determinen con exactitud cuál ha de ser el extremo o extremos sobre los que ha de versar y, en aras al principio de contradicción, ha de permitirse la adición o aclaración del objeto por la otra parte.

No obstante, el C.Pr.C. determina una participación activa del órgano judicial en la determinación del objeto en la medida en que, en primer lugar, es el juez quien, de oficio o a petición de parte, ha de ilustrar al perito sobre el objeto (Art. 346) y ha de facilitar al perito los medios para que realice el dictamen poniendo a su disposición las cosas objeto de pericia e incluso removiendo los obstáculos que aquél pueda tener para poder llevar a cabo su misión (Art. 359). En cuanto al nombramiento del perito, del C.Pr.C. prevé que, en principio, sean dos los llamados a emitir opinión, aunque a petición de las partes puede nombrarse uno sólo. Esta previsión es, sin duda, debida a que son las partes las que están obligadas a pagar el dictamen pericial. En principio la designación de los peritos (o del perito) puede realizarse de común acuerdo por las partes, aunque el artículo 347 establezca que el nombramiento es responsabilidad del juez, puesto que de existir tal acuerdo el juez ha de aceptar el nombramiento de los que las partes le proponen. En caso de desacuerdo será el juez quien los designe, aunque todo ello requiere la citación de las partes a una audiencia en la que ha de comprobarse la existencia o inexistencia de acuerdo.

En conclusión, no puede el juez realizar el nombramiento de los peritos sin oír previamente a las partes, ni incluso —a mi juicio— en el supuesto de que la prueba se acuerde de oficio, pues en este caso el C.Pr.C. no exceptúa el régimen de nombramiento. Sin embargo, si está exceptuado el régimen de audiencia a las partes en el supuesto de falta de aceptación del perito nombrado, en cuyo caso (Art. 357) el juez puede nombrar a otro sin necesidad de oír a las partes. Pertenece a esta fase la aceptación del cargo por parte del perito. El C.Pr.C. contempla las habituales operaciones de citación del perito para aceptar el cargo y prestar la promesa o juramento correspondiente y, a partir de ese momento, el cargo es obligatorio y también la confección del

dictamen so pena de multa (Art. 358). En cuanto a la prueba pericial, en sí misma considerada, comprende las operaciones de observación del objeto de la pericia, emisión del dictamen y ratificación.

Se prevé la citación a las partes a fin de que presencien la operación, obligación que, a mi juicio, hay que extender al momento de presentar las conclusiones y ratificarlas ante el juez, como lo demuestra que el artículo 362 permita al juez pedir aclaraciones de oficio o a petición de parte. Como es evidente, en el caso de que existan dos peritos puede existir discordias. El modo de dirimir las es siempre el nombramiento de un tercer perito a fin de que el juez pueda valorar la prueba como ordenan los artículos 360 —que permite realizar relaciones distintas cuando no haya unanimidad en las conclusiones— y 347 —que ordena al juez nombrar a un tercer perito.

6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Siguiendo el sistema de valoración tasada de la prueba pericial, el C.Pr.C. ofrece al juez el criterio que ha de seguir respecto de la valoración, ordenándole taxativamente que en el caso de que exista un dictamen uniforme de los dos peritos o del perito único, forma plena prueba, mientras que en caso de discordia ha de estar al que denomina término medio entre los discordantes. En los sistemas de libre valoración de la prueba o mixtos, en los que solamente la documental pública y la confesión en determinadas condiciones tiene un determinado valor tasado, no suele ser la decisión legal la de vincular al juez al dictamen pericial. De hecho el artículo 632 de la LEC española faculta al juez para valorar libremente la prueba de peritos, sin necesidad de seguir su dictamen, lo que no le exime de su obligación de razonar la discrepancia. Y el CPMI, dentro del sistema de libre valoración conjunta de la prueba, con las excepciones apuntadas, también mantiene que el tribunal ha de analizar todos los medios de prueba estableciendo sus conclusiones razonadas sobre la adquisición probatoria, pero sin vincular al juez a tener por sentada la máxima de experiencia facilitada por el perito. Teniendo en cuenta que la función del perito no es exclusivamente, como expusimos, la de proporcionar una máxima de experiencia —en cuyo caso puede parecer lógico que, no teniéndola el juez, esté vinculado por ella—, sino también en ocasiones la de fijar un hecho, determinar

cómo ha ocurrido o proyectarlo al futuro, no parece muy ajustada la previsión legal de estricta sujeción al dictamen salvo que entendiéramos, como nos parece más lógico, que cuando el C.Pr.C. alude a la parte facultativa o profesional, se está refiriendo estrictamente a las máximas de experiencia.

Si al juez le pertenece, en exclusiva, la función jurisdiccional, no ha de interpretarse a nuestro juicio que el perito pueda sustituir al juez en la valoración de la prueba; mucho menos si el perito no se ha limitado a emitir un dictamen facultativo, sino también a analizar un hecho. En este supuesto el juez debe valorar el conjunto de la prueba y apartarse del dictamen cuando, por otros medios probatorios, resulta acreditado que su conclusión no es acertada.

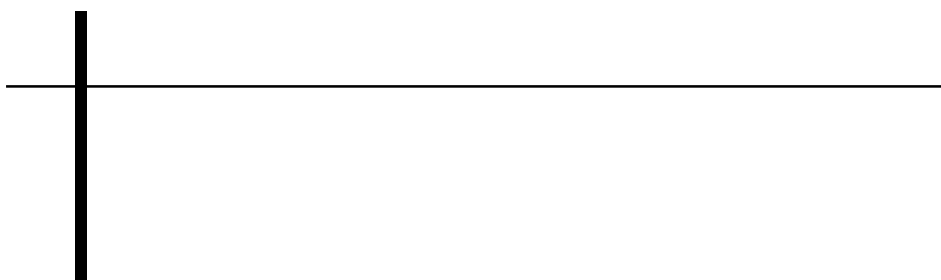
7. LA DENOMINADA PERICIA EXTRAJUDICIAL

Al inicio de la exposición sobre la prueba pericial afirmamos que los ordenamientos han optado por un modelo de juez técnico en derecho, lo que afecta también, por razones obvias, a los abogados litigantes. Así pues, quienes tienen como una de sus misiones fundamentales la de hacer valer los derechos de los ciudadanos ante los tribunales, tampoco poseen conocimientos técnicos, artísticos, científicos o técnicos o, por mejor decir, los poseen en la misma medida que los jueces. También pusimos de relieve la progresiva necesidad de utilizar la prueba pericial por la tecnificación de las relaciones sociales y por la incorporación de conceptos técnicos al supuesto de hecho de la norma.

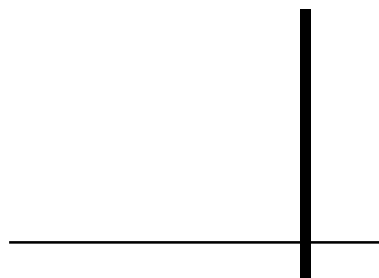
Si a ambos datos le unimos la necesidad de conocer las posibilidades reales de acreditar una afirmación de hecho que requiere conocimientos técnicos, no es extraño que, al menos en la experiencia española, los litigantes se provean, incluso antes de entablar el litigio, de un dictamen técnico. Ha surgido así la denominada pericia extrajudicial. En este orden de ideas hay que observar que prueba pericial es únicamente la que se practica dentro del procedimiento observando las formalidades legales. Valga pues lo que afirmamos respecto de la denominada confesión extrajudicial. Así debe ser, además, en un medio de prueba fuertemente sometida al control judicial y a la contradicción de las partes como hemos puesto de relieve, de modo

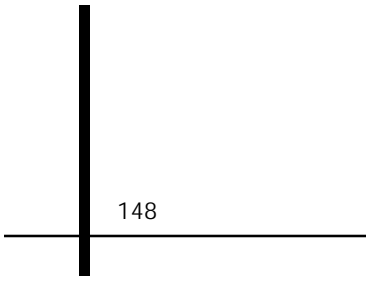
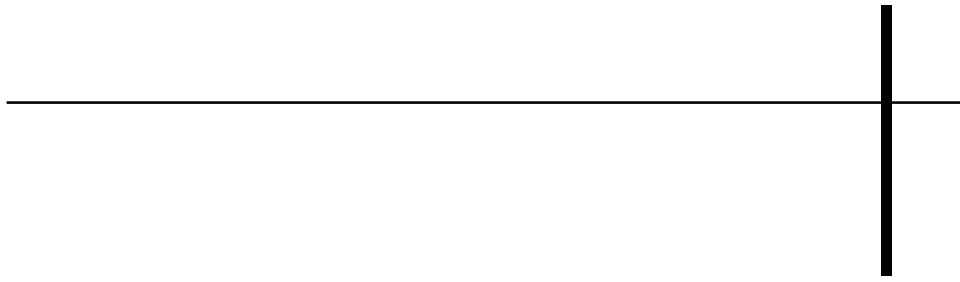
que no puede denominarse prueba pericial a la actividad privada y previa al proceso de las partes porque, entre otras cosas, no garantiza la imparcialidad del perito, no está sujeta a la contradicción respecto del objeto y contenido de la pericia, no se contrasta con ninguna otra, y no es controlada por el juez que, al fin y a la postre, y más aún en un sistema como el salvadoreño, puede determinar la acreditación de la certeza de un hecho controvertido, normalmente el principal. Existe una cierta unanimidad en la doctrina de que este tipo de dictámenes no son sino parte de las alegaciones de las partes.

Es decir están incorporados a la pretensión de una de las partes y, por lo tanto, se trata de hechos que han de seguir el mismo régimen que el resto de las afirmaciones de las partes. Pueden ser reconocidos por la otra parte, en cuyo caso se convierten en hechos no controvertidos y, por ello, no susceptibles de prueba, o de hechos controvertidos en cuyo caso estará exactamente igual de necesitados de prueba que los demás.



CAPITULO X
LA PRUEBA TESTIMONIAL





Sumario: 1. Concepto y naturaleza de prueba de testigo. 2. Admisibilidad de la prueba testimonial. 2.1. Admisión de la prueba testifical basada en criterios generales. 2.2. Especialidad en materia de contratos. 2.3. Inadmisibilidad en los supuestos de hechos aceptados por confesión. 3. Limitación al número de testigos. 4. Capacidad para ser testigo, incapacidad y sospecha de parcialidad. 4.1. Causas de incapacidad para ser testigo. 4.2. Tachas: La sospecha de parcialidad de testigo. 5. Práctica de la prueba testimonial. 6. Valoración de la prueba testimonial.

INTRODUCCIÓN

La aproximación a la prueba testimonial exige primeramente un acercamiento conceptual, a las reglas de admisión dentro de las diligencias probatorias del proceso. La admisión de los testigos habrá de observarse desde las reglas tradicionales hasta imposición de reglas más singulares que se determinan las diferentes esferas del derecho, donde los testigos pretendan operar.

Algunos condicionamientos deben ser evidenciados, en las propuestas de testigos por las partes, como las limitaciones numéricas; en las aptitudes jurídicas que deben reunir los testigos, esto es su capacidad jurídica; y la rigurosidad de una apropiada práctica de la prueba testimonial, como de la adecuada valoración del testimonio.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE PRUEBA DE TESTIGO

El Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 293, define al testigo como *la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad*. No contiene, sin embargo, como por otro lado es lógico, una completa definición del testigo que la doctrina extrae desde sus notas características. Testigo es, en primer lugar, una persona física (persona de uno u otro sexo, dice el C.Pr.C). Es obvio que, al contrario de lo que se expuso en materia de confesión, testigo solamente puede ser una persona física, siempre y cuando cumpla los requisitos de capacidad que analizaremos más adelante.

Además, y en segundo lugar, ha de ser una persona ajena al proceso, es decir no ha de ser parte en él, lo que impide que ni el demandante ni el demandado (o los demandantes o los demandados) ni sus representantes legales puedan ser llamados como testigos, y tampoco el juez puesto que, sin ser parte en el proceso, es evidente que una mínima garantía de imparcialidad le impediría intervenir en esta calidad. En todo caso, esta ajenidad al proceso es de carácter formal, sin perjuicio de las posibilidades de tacha. En definitiva, de acuerdo con lo que expusimos al tratar de la prueba de confesión judicial, no puede prestar confesión por la parte más que una persona. Puede haber otras que, estando en el círculo de la parte, conozcan hechos de relevancia para el pleito. Podrán entonces ser llamados como testigos, aunque en ese caso la contraparte pueda tacharlos al amparo de la Ley de Procedimientos. En tercer lugar, el testigo declara sobre hechos, tanto percibidos por él directamente, como referidos por otro (sin perjuicio de las diferencias en la valoración del testimonio de referencia). La cualidad de testigo implica que bien de forma casual, bien de forma intencionada, la persona ha percibido (por medio de cualquiera de los sentidos) unos hechos producidos normalmente antes del proceso y fuera de él (aunque puede tratarse de hechos que permanezcan durante él o de hechos nuevos surgidos durante el litigio) y que al haber sido afirmados por cualquiera de las partes tienen relevancia para la resolución del litigio. Estos hechos pueden ser comunes o especializados. Lo que importa es que se tenga conocimiento histórico y ajeno al proceso de los mismos, como expusimos anteriormente al analizar la figura del testigo-perito.

2. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

El C.Pr.C. limita extraordinariamente la admisibilidad de la prueba de testigos. Por un lado la admite exclusivamente en los supuestos expresamente establecidos en el artículo 292, aunque con la cláusula residual de admisión en los supuestos no prohibidos por la Ley (292.). Por otro, en materia de contratos, establece una limitación casi absoluta respecto de los contratos por valor superior a 200 colones, e incluso inferiores. Finalmente, los supuestos en los que se admite expresamente son verdaderamente escasos. Desarrollamos a continuación estos supuestos.

2.1. Admisión de la prueba testifical basada en criterios generales

El artículo 292 C.Pr.C, en materia de obligaciones, admite exclusivamente la prueba testimonial en las no nacidas de los contratos⁷⁸, y en las derivadas de la responsabilidad extracontractual. En segundo lugar, se refiere a los tradicionales supuestos de imposibilidad de probar a través del documento, incluso en la responsabilidad contractual, es decir en las acciones derivadas del cumplimiento de obligaciones nacidas del contrato, tanto por pérdida del documento —siempre y cuando la pérdida haya sido ocasionada en supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor— y de los procedimientos en los que, precisamente, una de las afirmaciones de hecho de las partes sea la seguridad o la sospecha sobre la veracidad del documento —falsedad civil o verificación de escritura, ambos contemplados en el apartado 4—. En estos supuestos la admisibilidad de la prueba de testigos ha de regirse por las reglas generales sobre la admisión de la prueba.

2.2. Especialidad en materia de contratos

Sin embargo, en materia de contratos rige la norma opuesta. No se admitirá, por lo general, la prueba de testigos salvo cuando expresamente lo admita la Ley o no se prohíba, y cuando se trate de un contrato cuyo valor no alcance la suma de doscientos colones. Los artículos 1579, 1580, 1581 y 1582 del Código Civil, establecen esta completa prohibición de utilizar la prueba testifical en el supuesto de los contratos. Sin perjuicio de que nos detengamos en el análisis de una interpretación constitucionalmente correcta de estos preceptos, el artículo 1579 CC es muy taxativo en su regulación: *no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito*. Teniendo en cuenta que han de constar por escrito los contratos que contienen la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de doscientos colones y que, de acuerdo con la legislación civil carecen de validez los contratos verbales sobre una cantidad menor, salvo en los escasos supuestos en que se admite

⁷⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1308 del Código Civil, las obligaciones nacen de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos o cuasidelitos, faltas y de la Ley.

expresamente la práctica de cualquier medio de prueba, la prohibición de articular prueba testimonial se convierte en un obstáculo insalvable en la mayoría de las ocasiones, aunque esta afirmación requiere de algunas matizaciones. El punto de partida ha de ser tanto el artículo 1579, ya citado, como el artículo 1580 que, como requisito esencial del contrato, determinan la obligación de plasmar por escrito *“los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones”*, sin incluir los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida, como se cuida de precisar el último párrafo del mismo precepto. Incluso el Código se cuida de evitar interpretaciones distintas del principio general que impone la forma escrita en los contratos puesto que *“al que demanda una cosa de más de doscientos colones de valor no se le admitirá prueba la prueba de testigos, aunque limite a ese el valor de la demanda”* y tampoco será admisible cuando lo que se demanda, aunque tenga valor inferior *“es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue”* (artículo 1581 CC).

Ahora bien, a mi juicio, estas tajantes declaraciones han de ser matizadas por lo dispuesto en el párrafo 2 del propio artículo 1580 y, expresamente, por lo dispuesto en el artículo 1582. La limitación en la admisibilidad de la prueba de testigos en materia de contratos, ha de entenderse, en primer lugar, matizada por lo que dispone el artículo 1582, segundo párrafo que dispone que *“No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes o al tiempo o después de su otorgamiento aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance la referida suma”*. En definitiva, el Código Civil trata que las condiciones esenciales del contrato no puedan verse alteradas a través de la prueba testifical, en la medida en que por obligación legal han de constar por escrito. Ahora bien, ello no impide a nuestro juicio que otras cuestiones no atinentes estrictamente a dichas condiciones esenciales no puedan ser objeto de prueba y dado que no habrán formado parte de los pactos, cláusulas y condiciones aceptadas por los contratantes, no debe alcanzar la prohibición de admisión de la prueba a estos supuestos. Otra cosa distinta es, obviamente, la inadmisibilidad de la prueba por impertinencia o irrelevancia, y la inadmisión de determinadas preguntas a

los testigos, una vez admitida evidentemente la prueba testimonial, lo que no afecta a la cuestión que tratamos (es decir a la obligación del juez de declarar la inadmisión de la prueba por tratarse de una materia expresamente prohibida por la Ley). En estos supuestos no debe regir la prohibición de articular prueba testimonial. En definitiva podría tratarse de una interpretación contraria al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y por lo tanto vulneradora del artículo 11 de la Constitución⁷⁹ la que, en todo caso, inadmitiría la prueba de testigos con el solo argumento de que está prohibida por la Ley. Lo que el Código Civil prohíbe es admitir la prueba de testigos cuando lo que se pretende es adicionar o alterar de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, pero no sobre otras cuestiones. Un ejemplo claro y clásico sería el del pago o la compensación, como modo de extinción de las obligaciones. Es evidente que el artículo 1580 prohibiría articular (y por lo tanto admitir) la prueba de testigos sobre la existencia y condiciones de la obligación, pero no sobre su extinción y en este supuesto puede que el deudor lo que pretenda no sea negar el nacimiento de la obligación, sino exclusivamente su extinción a través de un pago hecho en efectivo, sin recibo y en presencia de testigos. Finalmente (MONTERO⁸⁰) en relación a la legislación española, sostiene que esta prohibición no debe afectar a los terceros en la relación jurídico material, sino exclusivamente a los contratantes. Esta precisión entiendo que es perfectamente aplicable a la legislación salvadoreña. La segunda matización viene expresamente determinada en la Ley. El artículo 1582 ordena admitir la prueba testifical, incluso en materia de contratos, cuando exista un principio de prueba, incluso ofreciendo el ejemplo del pagaré.

Finalmente, el propio artículo 1582 determina la admisibilidad de la prueba de testigos, también en materia de contratos, cuando la Ley los admita expresamente. Estos supuestos están limitados en la legislación civil a los casos del comodato y del depósito, tanto necesario

79 Vid supra nuestro comentario sobre la necesidad de interpretar el derecho a utilizar los medios de prueba del modo más favorable, es decir de modo extensivo y nunca restrictivo.

80 Aunque se refiere a un precepto español, de contenido distinto, y con una doctrina jurisprudencial claramente tendente a la admisión de este medio de prueba, pues ha interpretado el artículo 51 del Código de Comercio en el sentido de que no puede ser la única prueba utilizable en contratos que normalmente han de constar por escrito.

como voluntario, en cuyos supuestos no rige la prohibición de admitir la prueba de testigos (artículos 1933, 1974 y 1994 del Código Civil).

2.3. Inadmisión en los supuestos de hechos admitidos por confesión

El artículo 327 del Cpr. contiene una norma muy común en los ordenamientos de raíz hispana al determinar que *"sobre los hechos probados por confesión judicial no podrá, el que los haya confesado rendir prueba de testigos"*. También ésta, aparentemente clara mención legal, requiere algunas matizaciones. En primer lugar, hemos de recordar la diferencia entre hechos admitidos por las partes y hechos reconocidos en la prueba de confesión judicial. Respecto de los primeros lo que sucede es que no se trata de hechos controvertidos y por lo tanto ha de regir la regla general de inadmisión del medio de prueba. Respecto de los segundos, la regla legal es coherente, pero choca con una dificultad práctica muchas veces insalvable.

El juez cuando admite los medios de prueba no puede conocer, como es obvio, el contenido de las contestaciones que las partes vayan a realizar en la prueba de confesión judicial, de modo que no es posible que en el momento de la admisión pueda hacer uso de lo dispuesto en el artículo 327. Así pues, esta regla legal no puede ser aplicable en el momento en el que el juez toma la decisión de admitir o inadmitir los medios de prueba articulados por las partes. Cuestión distinta es que, practicada la prueba de confesión judicial, y reconocidas por la parte una o más de las posiciones de la contraria, el juez deba decidir en el mismo momento de la prueba testifical la inadmisibilidad sobrevenida del testimonio de un testigo cuyas preguntas se refieran por completo a cuestiones ya admitidas por el confesante, o la impertinencia de alguna o de algunas de las preguntas planteadas al testigo por haber sido reconocidas por la parte, pero este último supuesto se refiere a la impertinencia de alguna pregunta. No a la admisión o inadmisión de la prueba de testigos. Esta interpretación es aún más evidente en los supuestos en los que el juez no ha presenciado personalmente la prueba, ya que en estos casos, la cuestión se pondrá de relieve en el momento de dictar sentencia. Siendo ello así es evidente que se tratará de un problema

simple de aplicar las reglas de valoración de la prueba, y estas reglas, como antes expusimos, contienen el mandato al juez de dar por acreditado lo que, perjudicándole, ha confesado una parte, de modo que se trata de una precisión legal inútil.

3. LIMITACIONES AL NÚMERO DE TESTIGOS

El artículo 322 C.Pr.C. contiene una limitación al número de testigos a utilizar por cada una de las partes. Esta limitación es de seis, aunque referidos a “*cada uno de los artículos o puntos que deban resolverse*”. En primer lugar, atendiendo a una simple interpretación literal de la Ley, no se trata de una limitación del número de testigos a seis por cada parte, sino de seis testigos por cada una de las afirmaciones de hecho controvertidas entre las partes, lo que puede elevar considerablemente el número de testigos. Esta matización —de origen legal— en un sistema procesal que carece de una audiencia previa, hará extremadamente difícil para el juez, en el momento de admitir la prueba, determinar el número de afirmaciones de hecho controvertidas entre las partes. En segundo lugar es preciso interpretar qué debe entenderse por “*cada una de las partes*”, puesto que en el proceso hay solamente dos partes, la demandante y la demandada, aunque cada una de estas posiciones pueda ser ocupada por varios litigantes. En una interpretación literal de la disposición, cada parte ha de entenderse rectamente por las dos posiciones —la del actor y la del reo— independientemente del número de litigantes que compongan cada una de ellas. No obstante, la dificultad práctica de discernir las afirmaciones de hecho controvertidas ya comentada, unida a esta segunda dificultad, hará difícil esta interpretación, y más aún si el juez no ha sido el protagonista de la fase de alegaciones y no existe una fase de audiencia previa.

4. CAPACIDAD PARA SER TESTIGO, INCAPACIDAD Y SOSPECHA DE PARCIALIDAD

Como resalta la generalidad de la doctrina, el sistema de determinación de la capacidad de los testigos depende en buena medida del propio sistema de valoración de la prueba. Como destaca MONTERO en los sistemas de prueba legal hay una evidente tendencia a delimitar estrictamente quienes pueden y quienes no pueden testificar, pues

la fuente de la prueba es valorada de modo muy exhaustivo⁸¹. El legislador, entonces, utiliza máximas de experiencia común y decide quiénes no deben ser llamados a declarar⁸². Sin embargo, en los sistemas de prueba mixtos o de libre valoración, estas prohibiciones disminuyen, sin perjuicio de permitir a las partes poner en conocimiento del juez las sospechas que puedan tener sobre la parcialidad del testimonio, y a los testigos los supuestos en los que, por distintas razones, pueden excusarse de prestar declaración como testigos.

El Código de Procedimientos Civiles no contempla la posibilidad de excusarse, obligando a todos a prestar declaración en calidad de testigos, como analizaremos más adelante y, por un lado, contempla de modo exhaustivo la inhabilidad o incapacidad para ser testigo y, por otro, regula el sistema de tachas. Como es sabido la diferencia entre incapacidad y tacha consiste en que mientras que los testigos incapaces o inhábiles no pueden declarar, los sospechosos de parcialidad pueden comparecer ante el juez y declarar, sin perjuicio de que la parte ponga de relieve a través del sistema determinado por el Código y acredite la existencia de la causa de tacha a fin de que el juez tenga en cuenta esta afección del testigo en el momento de dictar sentencia⁸³. En los sistemas en los que se permite que el testigo se abstenga de declarar la consecuencia es en primer lugar la eliminación de la fuente de prueba, junto con la desaparición de las consecuencias perjudiciales para el testigo ante su negativa a prestar declaración.

4.1. Causas de incapacidad para ser testigo

El CPr establece en el artículo 294 de modo bastante exhaustivo y utilizando máximas de experiencia común las causas de incapacidad

81 Véase, por ejemplo, lo dispuesto en los artículos 323 y 324 del C.Pr.C.

82 Las Partidas prohibían ser testigos, por ejemplo, a las mujeres de buena fama en los testamentos, a los moros, judíos o herejes en pleitos contra cristianos, a los que lidiaran bestias bravas por dinero, a las prostitutas e, incluso, al hermafrodita, aunque en este caso dependía de si su tendencia era mayor hacia varón o hacia mujer. También incluían otros supuestos menos llamativos, como los que prohibían testificar a quienes fueran ladrones, o hubieran matado a otro, salvo en legítima defensa, o a los convictos de perjurio, o a los falsificadores de documentos, sellos o monedas, o a quienes hubieran testificado en otro pleito por dinero, a quienes hubieran tratado de matar a otro con veneno, y un largo etcétera.

83 De acuerdo con la propia definición legal (artículo 330 C.Pr.C.) "tacha es un defecto que por la Ley destruye la fe del testigo".

que podemos clasificar en causas naturales y causas legales, y dentro de las primeras en incapacidades absolutas y relativas.

Sin embargo, estas causas de incapacidad, como las tachas establecidas en la Ley de Procedimientos Civiles, no son aplicables a los procedimientos en materia de familia, por expresa decisión del artículo 52 de la Ley que los regula, lo que parece lógico en la medida en que el interés que se ventila en este tipo de procedimientos es, como ya tuvimos ocasión de exponer, más público que privado, de modo que en ellos regirán las normas de valoración probatoria en conjunto.

Causas naturales y absolutas de incapacidad para ser testigo

Dentro de este grupo hay que incluir al demente, al menor de catorce años y al menor de doce años cumplidos cuando acaeció el hecho por el que van a testimoniar, reguladas en los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 294. Respecto de la demencia el Código de Procedimientos utiliza este concepto sin aclarar si se trata de la situación de incapacidad jurídica o si se trata de una situación médica, cuestión que no es baladí. No lo es porque quien es incapaz para declarar como testigo no puede ser llamado a declarar, pero quien es en principio capaz puede ser llamado a declarar, sin perjuicio de que el juez, apreciando la evidencia de la situación mental de una persona, pueda decidir no dar validez alguna a su testimonio. Por lo tanto es imprescindible aclarar cuál de los dos criterios hay que utilizar a la hora de admitir o rechazar la declaración del testigo. La doctrina española⁸⁴ ha entendido mayoritariamente que la mención legal al demente hay que entenderla referida a la persona que, por padecer una enfermedad mental, ha sido incapacitada judicialmente. En consecuencia (MONTERO Y CORTÉS) sólo será inhábil para declarar como testigo quien padeciendo una enfermedad mental, sin perjuicio de que cuando se reciba declaración al demente “de hecho”, no incapacitado, el juez pueda prescindir de su testimonio por falta de credibilidad. Esta misma solución, a mi juicio, puede ser la que se derive del ordenamiento de El Salvador. Partiendo de la base de que todo

⁸⁴ El artículo 1245 del Código Civil actualmente vigente (por poco tiempo ante la inminente entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), alude a los “locos o dementes”.

mayor de edad es capaz desde el punto de vista legal salvo que se declare judicialmente su incapacidad, conforme al artículo 292 del Código de Familia⁸⁵, y sólo son causas de incapacidad las establecidas en el artículo 293 del mismo Código, cuyo apartado primero incluye la enfermedad mental crónica e incurable, parece lógico que quien no ha sido declarado incapaz judicialmente por padecer este tipo de enfermedad, ha de ser capaz para declarar como testigo, pues de otro modo se estaría declarando por parte del juez civil en un procedimiento diferente la demencia de una persona. Además, la demencia no tiene un concepto único, y existen numerosas situaciones patológicas que no son ni crónicas ni incurables, como exige el artículo 293 del Código de Familia, de manera que pueden existir (y de hecho la experiencia diaria demuestra que existen) personas que padeciendo una enfermedad mental sean capaces de declarar con verdad en un procedimiento. Otra cosa distinta es, como mantiene la doctrina española, la posibilidad de que al observar el juez que una persona al prestar declaración se encuentra evidentemente privada de razón, pueda, de oficio o a petición de la parte que la propuso o de la contraparte, hacer constar la situación del testigo, a fin de que, en primer lugar y conforme al artículo 295 del C.Pr.C. decida en ese momento, de oficio, dar por terminada la declaración en el momento en que por el juez es “conocida” la incapacidad (como expresamente requiere el precepto) o, si tiene dudas, descarte la credibilidad de su declaración a la hora de valorar los medios de prueba producidos en el proceso.

La propuesta del CPMI está más ajustada a la regulación propuesta, aunque utilizando el criterio médico y no el criterio jurídico, al modo en que se efectúa en la legislación española. En efecto, el CPMI (art. 145) mantiene que no podrán declarar como testigos quienes “*por enfermedad o debilidad mental en el tiempo al cual ha de referirse su declaración, eran incapaces de percibir el hecho a probar*” así como quienes, en el mismo caso, “*son incapaces de comunicar sus percepciones*”. Esta solución tiene, a mi juicio, los mismos problemas antes apuntados. La falta de una declaración judicial de incapacidad es posible que obligue, al menos, a iniciar el interrogatorio de

⁸⁵ Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de causas legales y con la intervención en su defensa, del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales.

la persona y solamente después de haber comprobado el estado de la persona, a decidir sobre la posibilidad o imposibilidad de que el testigo haya podido o no percibir, o la capacidad o incapacidad del testigo de comunicar su percepción, con lo que debería ser el juez quien en el momento de comenzar el interrogatorio declarara esta incapacidad, salvo que la contra parte conocedora de este hecho, lo ponga de relieve al momento de la admisión. (Art. 145, apartados 2 y 3). Con respecto al menor de catorce años pocos problemas se plantean al tratarse de una situación natural claramente establecida por el ordenamiento. La única dificultad que puede producirse en los supuestos en los que se desconozca la edad del testigo. Sin embargo cabe siempre cuestionarse la razón de dicha prohibición, generalizada en los ordenamientos procesales civiles que, sin embargo y por razones obvias, no suele afectar al proceso penal. Parece bastante asentado en los estudios psicológicos del testimonio que un menor no solamente no tiene por qué ser más o menos inveraz que un mayor de edad, sino que por lo general suele ocurrir lo contrario.

Mientras que en el proceso penal suele admitirse (en muchos casos porque el menor es el perjudicado y en no pocas ocasiones el único testigo) la prueba testifical de los menores, eso sí rodeada de ciertas garantías de análisis de la fiabilidad del testimonio, no ocurre lo mismo en el proceso civil. Otros ordenamientos, por el contrario⁸⁶ permiten que el menor de catorce años pueda ser testigo, dependiendo de su grado de madurez, capacidad para decir verdad y proximidad a los hechos. Así hay que entender que rige en materia de familia, cuyo Código Procesal⁸⁷, como expusimos, no declara aplicables las normas sobre idoneidad de testigos ni tachas al proceso en materia de familia, lo que es lógico, entre otras cosas porque la declaración de los menores constituye una pieza clave para adoptar decisiones de tanta trascendencia como la atribución de la guarda y custodia y el establecimiento del régimen de visitas.

En todo caso, a nuestro entender, el Juez habrá de ser extremadamente cuidadoso incluso en los procesos de familia para apreciar el

⁸⁶ El artículo 361 de la futura LEC española permite al Tribunal aceptar al menor de 14 años como testigo siempre y cuando, a su juicio, posea el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente.

⁸⁷ Artículo 52 de la Ley Procesal de Familia "En el proceso de familia no se aplicarán las normas sobre incapacidades y tachas reguladas para la prueba testimonial en la legislación común".

testimonio del menor de 14 años, para descartar tanto las posibles manipulaciones a que haya podido ser sometido, como las posibilidades ciertas de fabulación. Finalmente, la incapacidad por la edad que tenía el testigo cuando acaecieron los hechos, no plantea más problemas que el de los que hemos denominado hechos permanentes, es decir aquellos que siendo previos al proceso se perpetúan durante la sustanciación del mismo. En estos supuestos parece bastante lógico interpretar la norma en el sentido de que siendo hechos apreciables también cuando el testigo tiene más de doce años, se admita la prueba testimonial del testigo que ha percibido los hechos teniendo más de doce años, siempre y cuando sea mayor de catorce años en el momento de prestar la declaración testifical.

En cuanto a las propuestas del CPMI mantiene la incapacidad del testigo para declarar por debajo de los 14 años, sin posibilidad alguna de excepción por madurez o capacidad de percibir y exponer por parte del menor. 2. Causas naturales de incapacidad relativa para ser testigo. A pesar de que el C.Pr.C. mantiene en principio que son incapaces para declarar como testigos en todo género de causas los sordomudos y ciegos (art. 294.1º), precisa el alcance de la inidoneidad admitiendo que los ciegos son idóneos para prestar declaración sobre los hechos ocurridos antes de su ceguera, y que los sordos son idóneos también, siempre y cuando sepan leer y escribir, sobre lo que han visto. En realidad el Código mantiene una inidoneidad relativa que, por lo demás, es restrictiva y no se corresponde con la lógica y con la situación actual de ambas discapacidades.

El inhábil para declarar, no debería ser inhábil para declarar con verdad salvo en aquellos casos en los que la apreciación de la afirmación que se pretende probar dependa del sentido de la vista, no así en aquellos otros en los que pueda utilizarse cualquier otro sentido. Así pues, en el estado actual de la legislación el ciego, tanto de nacimiento, como de ceguera sobrevenida antes de la ocurrencia de los hechos, no podrá declarar, aunque de *lege ferenda* sería mucho más razonable que esta limitación se restringiera a los supuestos estrictos antes mencionados⁸⁸. Tal como expusimos anteriormente respecto del menor de catorce años, tampoco rige esta causa de

⁸⁸ La LEC española que entrará en vigor en 2001 así lo prevé expresamente, tanto para ciegos como para sordos, al determinar la inidoneidad para ser testigos exclusivamente en los supuestos en los que la declaración dependa de hechos

inidoneidad, ni siquiera relativa, en los procesos de familia, en los que, en consecuencia habrá de interpretarse, del mismo modo que propusimos para los menores *mutatis mutandi* que podrán testificar los ciegos y sordos, salvo que medie la imposibilidad de conocer la afirmación de hecho por las propias limitaciones derivadas de su discapacidad. En este sentido, el anteriormente comentado artículo 145, apartados 2º y 3º del CPMI llega a la misma solución. Así debe deducirse de la limitación natural para testificar dependa de que el testigo haya podido percibir (por cualquier sentido) y pueda comunicar esta percepción al Tribunal.

Causas legales de incapacidad

A continuación el artículo 294, contempla en los restantes siete apartados otras tantas causas de incapacidad legales. Es decir, supuestos en los que la experiencia común aconseja al legislador a rechazar la prueba testimonial porque ya se presupone que el testimonio no va a ser veraz, o por razones de política legislativa dadas las tensiones que puede ocasionar la obligación de comparecencia del testigo.

Al primer grupo pertenecen los supuestos del perjurio y el interesado en la causa. Al segundo, los supuestos de conexión familiar relativos a ascendientes y descendientes, hermanos, cuñados, marido y mujer, padrastro y madrastra. Caso especial que ya comentamos anteriormente es el del juez, que es debido al mínimo interés de imparcialidad.

4.2. Tachas: la sospecha de parcialidad del testigo

No obstante las anteriores previsiones en materia de incapacidad del testigo, el C.Pr.C, como por lo general los ordenamientos de la misma raíz y por las mismas razones antes expuestas, permiten a las partes poner de relieve ante el juez determinadas circunstancias en las que se encuentra el testigo que han de poner en guardia al juez a la hora de valorar la credibilidad del testimonio, en el bien entendido que las tachas no impiden al testigo declarar en el procedimiento —como ocurría con las incapacidades— como lo acredita el hecho de que el artículo 342 obligue a pronunciar la sentencia examinando las tachas pero también lo principal de la causa, lo que implica la necesidad de valorar el testimonio. El C.Pr.C. define en el artículo 330 la tacha como “el defecto que por la ley destruye la fe del testi-

go”, lo que quiere decir que provoca la sospecha de la falta de credibilidad de su testimonio, para lo cual emplea el mismo sistema que en materia de incapacidades: determinar, por la experiencia común y práctica, en qué situaciones o por qué razones ha de considerarse que el testimonio favorece a una de las partes.

De las causas que establece el artículo 332, algunas se refieren a la propia persona del declarante (se desconfía del vago, del tahúr condenados por sentencia y del mendigo, del imputado en causa criminal y del condenado, del ebrio habitual y del que lo estaba cuando ocurrió el hecho y del deudor alzado), y otras a su relación con las partes en litigio (lo que motiva la posibilidad de tachar a parientes —salvo en pleitos relacionados con el parentesco— a quienes tienen relaciones de dependencia económica determinada —apartado 2º— o de relación de cuasi parentesco por el Bautismo o la Confirmación, y finalmente a los amigos íntimos y enemigos manifiestos). Las limitaciones son las mismas que las ya examinadas para los peritos. La parte que propone a un testigo no puede después tacharlo salvo que se trate de una causa sobrevenida ni tampoco puede tacharse a un testigo por causas posteriores a su deposición (arts. 334 y 335), lo que quiere decir que el que propone a un testigo debe conocer la personalidad del mismo y su relación con las partes en el momento de proponerlo puesto que de no ser así, no se le permitirá articularlas, aunque nada le impedirá, renunciar a la declaración del testigo, como se permite en el artículo 336 cuando es tachado por la otra parte. El sistema de proponer las tachas es incidental. Es decir, la tacha ha de proponerse en el mismo momento de prestar juramento o después de realizada la declaración, entendiéndose que es de carga del que la articula exponer las razones por las que el testigo puede ser tachado, ofrecer y practicar la prueba correspondiente (que deberá practicarse en el mismo término de la prueba, aunque el artículo 340 permite la apertura de un período de prueba que es consecuente con la posibilidad de plantearla antes de las alegaciones finales sobre prueba) y resuelta, como vimos, en la sentencia que decida el pleito.

5. PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

La prueba testimonial tiene las tres fases habituales en la práctica de la prueba: proposición, admisión y declaración del testigo. Respecto

de las normas sobre proposición, las cuestiones fundamentales que se plantean son las de la limitación del número de testigos, ya analizada, y como se desprende de la Ley la de proporcionar la identificación de los testigos. El momento de la proposición depende del proceso, porque evidentemente en el verbal el C.Pr.C. lo fija para el acto del juicio (arts. 478, 482 y 483), mientras que en el ordinario (art. 524) ha de realizarse dentro del término probatorio. La admisión de la prueba testifical no plantea más cuestiones que las de la conducencia y pertinencia de la misma. Respecto de la práctica de la prueba testifical, hay que distinguir la citación y comparecencia del testigo y sus obligaciones, la declaración y la documentación.

El testigo, como regla general, ha de ser presentado por la parte que lo propone. Es decir, no será necesaria la citación judicial, salvo que la parte acredite la necesidad de ser citado judicialmente. Así hay que deducirlo de los términos del artículo 298, cuando alude a que el juez citará al testigo cuando haya necesidad, lo que a nuestro juicio impone a la parte la carga de alegar, al menos, las razones por las que el testigo no puede comparecer.

Existe una obligación de comparecer general, con las excepciones que veremos y que afectan no solamente a esta obligación sino a la de estar a presencia judicial. Toda persona citada como testigo ha de comparecer el día y la hora fijados, como ordena el artículo 299 y ha de hacerlo necesariamente a presencia judicial. Las excepciones, establecidas en el artículo 300 tienen en cuenta una determinada clase de personas que, por razón del cargo que ocupan, están excepcionados y, además, pueden declarar por escrito, en un privilegio que cada día tiene menos justificación. La sanción es muy grave puesto que, además de la multa, el testigo puede ser apremiado personalmente, incluso arrestado si se niega a declarar. La segunda excepción se refiere al supuesto de imposibilidad de comparecer por razones graves y acreditadas que determina el artículo 302, en cuyo caso se produce la declaración domiciliaria.

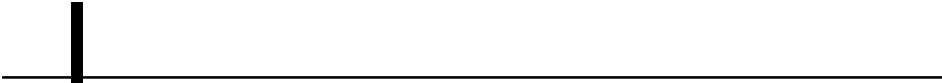
La tercera excepción que también impone la obligación de la declaración domiciliaria se refiere a las personas expresamente Con las excepciones antes mencionadas, todos están obligados a declarar ante el juez y las partes bajo pena de la sanción ya mencionada y, todos

ellos, están obligados a decir verdad bajo juramento o promesa (artículos 300, 301 y 311) con la advertencia de incurrir en las penas señaladas al delito de falso testimonio. En cuanto al testimonio en sí mismo, los testigos han de responder a las preguntas formuladas por las partes (por escrito normalmente, incluso en los juicios verbales según parece deducirse de la práctica), a presencia judicial. Nos remitimos a cuanto expusimos en el capítulo correspondiente acerca del deber de cumplimiento del principio de inmediación específicamente exigido por el artículo 305 Cpr. El testigo, auxiliado por intérprete cuando desconozca el idioma castellano (Art. 325) deberá responder en primer lugar a las que comúnmente se denominan preguntas generales de la Ley (Art. 311) y después, previa declaración de pertinencia, a las que le planteen las partes, de viva voz y sin permitirles consultar apuntes ni notas salvo lo dispuesto en el artículo 314. Además, han de declarar por separado (Art. 309), contestar a las repreguntas de la otra parte (Art.308) y exponer la razón de ciencia o conocimiento (Art. 317). La prueba testifical, como todas las pruebas, ha de ser documentada mediante acta autorizada por el secretario judicial, conforme ordenan los artículos 314 y 315.

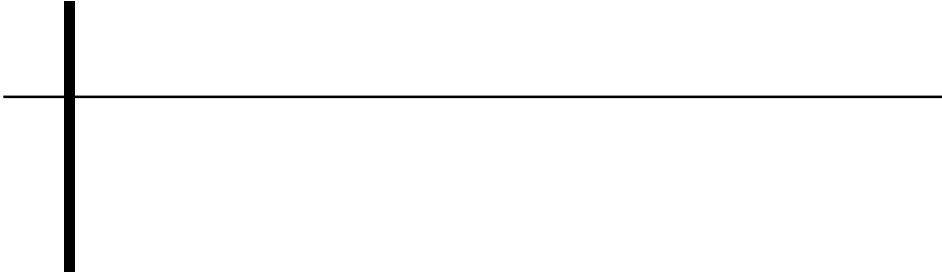
6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

En la tónica general sobre valoración tasada de la prueba, los artículos 321, 322 y 323 establecen cómo ha de ser valorada la prueba de testigos, estableciendo en primer lugar la posibilidad de coincidencia en los testimonios, para luego plantear lo más frecuente en la práctica: que los testigos de una y otra parte no sean contestes y conformes en sus declaraciones, y sean mayoría los de una u otra postura o sean en igual número.

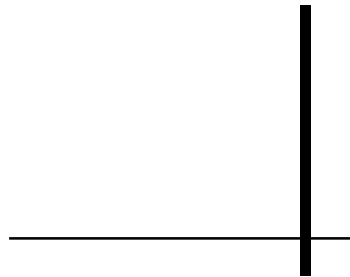
No es, como ya expusimos, la regla general en las modernas regulaciones procesales, en las que existe un sistema de libre valoración que está justificada en casi todos los supuestos, pero lo está indudablemente en materia de prueba testifical, en la que no es el número, ni la cualificación del testigo, ni la fama del testigo (criterios todos que informan la regulación del CPr.) lo fundamental, sino la credibilidad del testimonio. Es frecuente en la práctica que pese al número de testigos propuestos por una u otra parte, el criterio fundamental sea la proximidad del testigo al suceso, la razón de ciencia ofrecida y

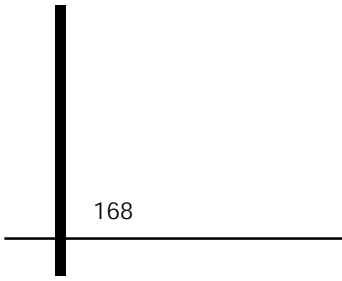
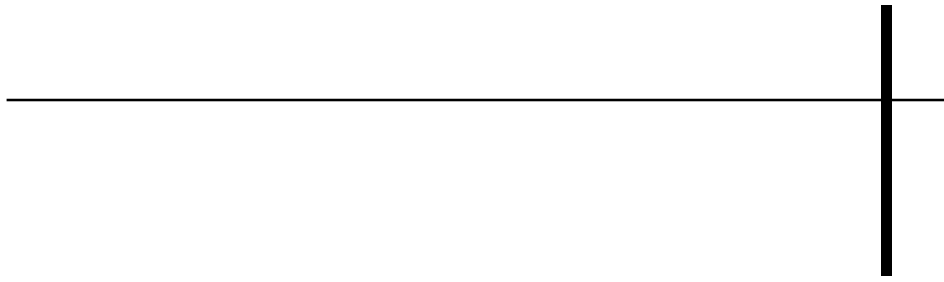


la relación con el objeto del proceso lo determinante de la credibilidad de su testimonio y que, en consecuencia, un solo testigo sea más creíble en su declaración que el resto, por más numerosos o de mejor fama que sean los demás, sobre todo cuando no existe el careo de testigos en el procedimiento civil, que sin embargo se admite en el artículo 152 del CPMI. El propio CPMI, como ya analizamos anteriormente, opta por un sistema de valoración libre basada en la sana crítica que permite, como parece lógico en estos momentos, que el juez, sin necesidad de computar número o fama del testigo, aprecie la credibilidad del testimonio de uno o más testigos, siempre que razone la adquisición probatoria realizada.



CAPITULO XI
LA INSPECCIÓN





Sumario: 1. La percepción directa del Juez. Concepto. Cuestiones terminológicas. 2. Naturaleza Jurídica. 3. Admisibilidad de la inspección personal (necesidad, utilidad o conveniencia de la prueba) 4. Objeto de la inspección personal. 5. Inspección practicada por otro juez: validez. 6. Proposición, admisión y prácticas de la prueba.

INTRODUCCIÓN

Un primer debate evidente es sobre el término más apropiado que debe referir la inspección personal del juez. En adición también es adecuado hablar sobre la especial naturaleza que posee este medio probatorio. Por otro lado surgen a la vez las interrogantes sobre la obligatoriedad genérica del juez de realizar la inspección, cuando así lo pidieren alguna de las partes.

Queda determinar en las líneas subsiguientes además, si basta una «necesidad general» para que el juez realice el reconocimiento que manda realizar el procedimiento civil. La inspección personal ha de ser revisada por otro lado, desde el «objeto tradicional» sobre el que deba recaer este medio de prueba, también sobre los objetos no tan tradicionales. Esta temática obliga a valorar también las posibilidades que la inspección sea realizada por otro juez. Otro flanco para analizar sobre si la prueba por inspección: está en la normas especiales para su proposición, si acaso existen; en los sujetos intervinientes; o en la documentación que se realiza por medio del acta de reconocimiento judicial.

1. LA PERCEPCIÓN DIRECTA DEL JUEZ. CONCEPTO. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Los artículos 366 a 370 del Código de Procedimientos Civiles regulan la denominada prueba de inspección personal del Juez. El CPC eligió, de entre las posibilidades terminológicas de la prueba de percepción judicial del juez, la de “inspección ocular”, término que, por cierto, se emplea en otros ordenamientos, aunque no es el único

modo de denominarla. Como expresa MONTERO, mientras que en el resto de los medios de prueba existe una cierta consolidación en su denominación, este medio de prueba ha sido denominado históricamente de distintas formas⁸⁹, aunque para expresar la misma idea si partimos de que este medio de prueba supone “la percepción por parte del juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba”. (GOMEZ-COLOMER).

No obstante es preciso reconocer que el término “inspección ocular” no expresa de modo afortunado el contenido del medio de prueba, pues no sólo con el sentido de la vista se percibe el objeto de la prueba. Es cierto que en la mayor parte de las ocasiones será el sentido de la vista el utilizado, máxime en los supuestos específicos a que alude el artículo 366 del CPC, pero en otras muchas el objeto de la prueba no sólo requerirá utilizar los ojos, sino también el tacto, el oído o el gusto. Por eso he considerado que el término más adecuado es el de “reconocimiento judicial”, aunque también lo es el de “percepción judicial directa”, y también expresa la idea de percepción directa del juez el término empleado por el CPJ de El Salvador de “inspección personal”. De todos modos, lo importante es que, sea cual sea el término empleado, existe un acuerdo generalizado acerca de la actividad que se desarrolla en este medio de prueba, y doctrinal y jurisprudencialmente es admitido que este medio de prueba consiste en la percepción por parte del juez de hechos o circunstancias relevantes para la prueba de los hechos afirmados por las partes.

2. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a su naturaleza jurídica, la práctica totalidad de la doctrina resalta el carácter directo de la prueba para afirmar que es el

⁸⁹ Desde la denominación de Las Partidas (vista del juzgador), este medio de prueba es denominado de distintas formas en los ordenamientos procesales. En el derecho histórico y actual español se habla de “inspección personal”, de “reconocimiento judicial”, y de “inspección ocular”. La Ley de Enjuiciamiento Civil recientemente aprobada en España, y que entrará en vigor en enero de 2001 ha preferido la denominación de “reconocimiento judicial”, mientras que el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica emplea el término “inspección judicial” (art. 174). En otros ordenamientos se alude a “inspección judicial” (Italia), de “verificaciones personales del juez” (Francia), de “inspección directa” (Código Vaticano) o de “inspección ocular” (Alemania). A mi juicio el término que más se acomoda al contenido del medio de prueba, e incluso a la definición académica, es el de reconocimiento judicial. La primera de las acepciones del Diccionario de la Lengua Española del término “reconocimiento” expresa de modo certero la finalidad principal de este medio de prueba. Reconocer es, según el Diccionario, “examinar con cuidado a una persona o cosa para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias”.

único medio que sitúa al juez en contacto directo con los hechos afirmados por las partes.

En algún momento se ha defendido por una parte minoritaria de la doctrina si, dada esta característica especial y única, la percepción judicial directa es o no un verdadero medio de prueba, lo que hoy no se pone en duda.

Como afirma MONTERO, no cabe dudar de la naturaleza probatoria del reconocimiento o inspección judicial, pues también aquí estamos en presencia de hechos afirmados por una parte y negados por la otra, en el sentido de “acontecimientos o circunstancias concretas determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico”. Ciertamente es, como afirma el mismo autor, que normalmente en el proceso las afirmaciones de hecho de las partes se refieren al pasado, y lo que se trata de acreditar es cómo ocurrieron los hechos, pero nada impide que estos hechos sean permanentes, es decir que la situación o circunstancia de una persona o de una cosa o de un lugar, permanezca en la misma o en distinta situación a como sucedieron, y ese, precisamente, puede ser el objeto de la prueba.

Situados en el terreno práctico de la cuestión, lo que se resalta principalmente es que mientras que en el resto de los medios probatorios (confesión, documental, testifical) lo que existe es un intermediario que relata al juez su propia percepción de los hechos, en la prueba de reconocimiento judicial es innegable que el juez realiza sus propias apreciaciones por la percepción directa de la cosa, del lugar, de la persona y de sus circunstancias. En definitiva, lo que se quiere resaltar es que no es lo mismo que un testigo relate al juez la disposición de los límites de una finca o el mal olor que desprende una industria próxima, que el examen directo del juez mediante su vista o su olfato. Lo fundamental, pues, es el convencimiento psicológico que adquiere el juez de la relación entre las afirmaciones de hecho de las partes y la realidad y su innegable influencia en la resolución sobre la adquisición probatoria, incluso (Art. 370) contra los dictámenes periciales presentados por las partes, lo que convierte a este medio de prueba en muchas ocasiones, en la prueba reina

para la solución de una controversia, en la medida en que el convencimiento del juez sobre una afirmación de hecho depende de su propia convicción.

3. ADMISIBILIDAD DE LA INSPECCIÓN PERSONAL. (NECESIDAD, UTILIDAD O CONVENIENCIA DE LA PRUEBA)

La prueba de inspección personal del juez, ha sido siempre admitida con recelo por los órganos judiciales, al menos en la experiencia española. La combinación de los artículos 633 de la LEC en vigor de 1881 y 1241 del Código Civil (que resultarán derogados cuando entre en vigor la recientemente aprobada LEC), había llevado a la doctrina jurisprudencial a inclinarse por la tesis de que el reconocimiento judicial únicamente debía acordarse por el juez cuando fuera absolutamente necesario (el art. 633 LEC 1881, alude a “necesario”), es decir, cuando la afirmación de hecho que se pretendía probar para llevar al juez a su convicción, no podía acreditarse más que por medio de esta prueba, es decir “necesario” se había interpretado como “estrictamente necesario”.

Así, salvo cuando se trataba de objetos susceptibles de ser trasladados a la sede del Juzgado y, por supuesto, de personas, en cuyo caso la prueba de reconocimiento se admitía con la misma facilidad que cualquier otro medio probatorio, cuando se ha tratado de reconocimiento de lugares o cosas (o de percepciones en relación con esos lugares o esas cosas), fuera de la sede judicial, los órganos judiciales han sido tradicionalmente muy reacios a la práctica de la prueba, principalmente por las dificultades de desplazamiento o, simplemente, por añadir una incomodidad a la actividad diaria. La doctrina ha reclamado para la prueba de reconocimiento el mismo canon de apreciación que para el resto de las pruebas (la mera utilidad o conveniencia, según GUASP), y así creemos que se expresa de modo adecuado en el artículo 366 CPC, cuando expresa que el criterio de admisión de la prueba es, exclusivamente, que sea útil, es decir, se somete a los mismos criterios de pertinencia y relevancia del resto de los medios de prueba. No obstante, la pregunta que surge inmediatamente es si el ordenamiento procesal de El Salvador existen supuestos en los que la práctica de este medio de prueba no depen-

de de la apreciación general del juez de la pertinencia o relevancia del medio de prueba, sino que obliga al juez a practicarla⁹⁰.

En el CPr, al tiempo que se reserva este medio de prueba para los casos en los que sea “*útil para el esclarecimiento de los hechos*”, se establece que lo será “*en las demandas por desarreglo de límites, usurpación de tierras, árboles, cercados, edificio que amenaza ruina o por disputarse sobre el curso de las aguas, dirección de caminos y otros semejantes*”. ¿Quiere esto decir que es obligatoria la práctica de este medio de prueba en todos estos casos?. A mi juicio sí, siempre que el medio de prueba sea relevante. No solamente por el contenido del precepto, sino porque parece de todo punto lógico que en estos casos la observación del lugar, del edificio o del curso de las aguas o la dirección de los caminos no es razonablemente posible decidir el litigio si el juez no está en contacto inmediato con lo que es objeto de debate. Así parece que se exige también en el artículo 566 CPr, que en el procedimiento de deslinde necesario, mantiene que la prueba “*se hará en este caso por todos los medios designados en las disposiciones sobre pruebas; pero principalmente por la inspección personal y relación de peritos ... o prácticos*”. Aun así, como veremos más adelante, esta obligatoriedad se refiere a los supuestos en los que sea relevante y conducente el medio de prueba, no a aquellos otros en los que la inspección no reporte utilidad alguna, pues en estos casos ha de primar la decisión del juez.

Así pues, existen supuestos como los anteriores en los que el propio Código exige la práctica de la prueba, y otros en los que será el criterio de utilidad, pertinencia y relevancia o conducencia, el que haya de utilizarse. Lo que parece indudable es que el CPr no ha introducido el concepto de *necesidad* que autorizó a la jurisprudencia en España a restringir la práctica de este medio de prueba a los supuestos de estricta necesidad, sino que emplea el más correcto de utilidad (que somete, como antes defendimos, la admisión de este medio de prueba, a los tradicionales criterios de la pertinencia —rela-

⁹⁰ En la vigente LEC española, existen supuestos de obligatoriedad que desaparecerán con la nueva LEC. Es obligatorio el reconocimiento en los supuestos de interdicto de obra ruinoso y obra nueva, en los que, con carácter previo incluso a la admisión de la demanda, se exige que el juez realice la inspección de la obra ruinoso o nueva. Asimismo, aunque se dude si estamos en presencia de una verdadera prueba de reconocimiento o de un requisito previo de la acción se exige la audiencia a los menores en los procesos matrimoniales o el examen del presunto incapaz.

ción con los hechos debatidos— y conducencia o relevancia —decisividad para establecer la veracidad de una afirmación de hechos por parte de cualquiera de los litigantes). En conclusión, pues, la enumeración de los supuestos a los que se refiere el artículo 366, parece que establezca una cierta interpretación auténtica de los supuestos en los que “habitualmente” la percepción judicial directa será necesaria y por lo tanto el juez estará “obligado” a realizar la inspección personal. Pero no quiere decir, a mi juicio, que en todos estos supuestos sea preciso practicarla cuando no sea pertinente o relevante.

Abona esta interpretación una correcta comprensión del resto de los medios de prueba, unida a las normas de valoración de la prueba a que nos referimos en capítulos anteriores y a la posibilidad, que analizaremos más adelante, de practicar la inspección en cualquier momento del procedimiento incluso como prueba de oficio del juez, lo que evidencia que si las afirmaciones de hecho de las partes son reconocidas por aquella a quien perjudica tal reconocimiento (por ejemplo mediante la confesión del demandado sobre la situación de los linderos) o si el objeto de debate no es la disposición de las cosas o los lugares, sino estrictamente —por ejemplo— la titularidad dominical de la cosa, la prueba de inspección sea inútil, en cuyo caso no debe ser admitida por el juez, puesto que no deben ser objeto de prueba más que los hechos controvertidos, como ya expusimos.

Así pues, la enumeración de los supuestos en los que, normalmente, procederá este medio de prueba, que realiza el artículo 366 CPCS, no se realiza más que *ad exemplum*, y no como obligación del juez. Y es que existen ocasiones (bastantes, por cierto) en las que es difícil imaginar, para quienes no están habituados, por las descripciones o, incluso, por las fotografías, la disposición de las cosas y de los lugares sin percibirlos directamente por los sentidos, por más que a través de documentos, peritos y testigos se quieran presentar ante el Juez. Es obvio que bastantes casos de la práctica diaria (el ruido de los aviones que pasan por encima de la casa, los olores que desprende la salida de humos del restaurante en la vivienda, o los linderos de una finca) revelan la absoluta necesidad de este medio de prueba por sí misma; y, en otros muchos casos, la práctica conjunta de la prueba de interrogatorio de las partes y la declaración de los testigos es

mucho más provechosa de llevarse a cabo en el lugar en el que se sitúa el objeto de la prueba.

No obstante, es preciso reconocer que, en la práctica, la prueba de inspección es de práctica difícil o incómoda, sobre todo cuando existe la necesidad de que el órgano judicial se traslade al lugar (es decir, cuando no sea posible que el reconocimiento se realice en la propia sede) y más aún si carece de medios o si el lugar está muy alejado. Y también que existen medios sustitutivos que pueden emplearse para que el juez pueda apreciar por sí mismo la situación sin necesidad de desplazarse, como ocurre con las actas notariales de constancia o las fotografías adveradas notarialmente o reconocidas por la otra parte.

Los abogados, conscientes de la dificultad de convencer al juez sobre la pertinencia y relevancia de este medio de prueba y, sobre todo, desconociendo si la prueba será o no admitida, seguirán aportando con la demanda documentos sustitutivos, como las fotografías adveradas notarialmente. Aun así, si partimos de la convicción psicológica del juez, salvo en los supuestos en los que el hecho a acreditar consista en la simple constatación de una disposición determinada de los lugares o cosas —la colocación, por ejemplo, de un letrero luminoso en la fachada— cuya disposición no haya variado, la percepción judicial inmediata sigue siendo fundamental y, precisamente, este medio de prueba tiene su fundamento en la inmediatez.

4. OBJETO DE LA INSPECCIÓN PERSONAL

El artículo 366 CPr contiene una de las tradicionales respuestas al objeto de la inspección o reconocimiento por parte del juez: los lugares. No obstante, como antes expusimos, la inspección no solamente se refiere a la percepción a través del sentido de la vista de un lugar (entendiendo por tal la apreciación de una determinada disposición física de un bien en un momento y en un espacio determinado), sino también de las propias cosas (muebles o inmuebles, siempre que sean corporales) en un lugar o sitio determinado, de las personas, o de cualquier circunstancia que sea objeto de la prueba en el litigio.

Así, siguiendo a MONTERO, el objeto de la prueba de inspección puede ser:

- ↳ Cualquier cosa que pueda ser apreciada por los sentidos, sea mueble o inmueble.
- ↳ Los vestigios que haya podido dejar la cosa a apreciar, es decir tanto las huellas como los efectos que produce.
- ↳ No tanto la cosa en sí misma considerada, cuanto la cosa en una determinada disposición o situación.
- ↳ La persona humana, y tanto respecto de sus características externas o físicas, como sus aptitudes mentales y sus cualidades internas.

Nos detendremos en cada uno de ellos.

➤ **La persona humana como objeto de reconocimiento:**

La mayor parte de los ordenamientos procesales no contemplan a la persona humana como objeto de reconocimiento⁹¹. No obstante, como ha destacado la práctica totalidad de la doctrina, la persona humana puede ser objeto de reconocimiento en la medida en que de dicha prueba pueden averiguarse circunstancias esenciales relacionadas con el objeto del proceso. En muchas ocasiones es posible que la apreciación de hechos o circunstancias importantes para la resolución del litigio sea suficiente con pruebas periciales, normalmente pruebas periciales médicas, sobre todo en materia de incapacidades o de enfermedades mentales, o de lesiones físicas o psíquicas en procedimientos sobre responsabilidad civil.

Pero en estos casos, como vimos anteriormente, lo fundamental es proporcionarle al juez una máxima de experiencia de la que carece (por ejemplo determinar las actuaciones médicas que van a ser precisas para restaurar el aspecto externo de una persona desfigurada por una lesión), pero, utilizando el mismo ejemplo el propio aspecto

⁹¹ En el ordenamiento español, a salvo de las normas referentes a procesos no dispositivos, no existía hasta el momento norma alguna que regulara el reconocimiento judicial de la persona humana en el ámbito del proceso civil. La nueva LEC incluye expresamente este tipo de reconocimiento.

externo de una persona puede y debe ser apreciado por el Juzgador para determinar la realidad de dicha desfiguración. Otra cuestión distinta es la referente a las pruebas biológicas⁹². Siendo este supuesto el caso de mayor injerencia en la intimidad de la persona, su obligatoriedad no ha sido puesta en duda, lo que, a fortiori, ha servido para rechazar cualquier tipo de atentado a la intimidad o a la dignidad.

Finalmente, hemos de resaltar la importancia de este medio de prueba en todos los supuestos en los que es preciso reconocer las cualidades o condiciones psíquicas de una persona, en las que el juez ha de apreciar si es capaz de gobernarse por sí misma para decidir cuestiones de la importancia de su capacidad o incapacidad.

92 La obligatoriedad de las pruebas biológicas, su relación con el derecho a la integridad y a no sufrir tratos degradantes o inhumanos, y la posibilidad de determinar, por prueba indiciaria o de presunciones, el indicio negativo de la desobediencia del padre a prestarse a la práctica de las pruebas, ha sido objeto de múltiples resoluciones en los últimos tiempos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España. Destacamos de este último la Sentencia de 28/12/98, que recoge, a su vez, la doctrina del TC. "...1) La resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, no pudiendo considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, ni atentatoria, tampoco, al pudor o recato personal, y no puede constituir per se una injerencia prohibida. 2) Las pruebas biológicas que conllevan la práctica de una intervención corporal sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionales protegidos, de suerte que cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos, los que no pueden imponerse cuando puedan suponer un grave riesgo o quebranto para la salud. 3) La medida judicial debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión a la intimidad e integridad física o moral del afectado, y la finalidad a la que sirve, cuya ponderación debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida, que ha de razonarse en la decisión judicial. 4) Desde estas coordenadas, el demandado sólo podría legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera concurrir un gravísimo quebranto para su salud. 5) Todo ello conduce a que sólo se disponga la realización de las pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción que obran en el proceso, resulte del todo necesaria para establecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación. La sentencia del Tribunal Constitucional a que alude esta del Tribunal Supremo (17/1994), estableció lo siguiente: "El demandado se negó, tanto en el curso de la instancia como luego en el recurso, a colaborar en la práctica de la prueba biológica.

Dicha colaboración consiste en permitir que se le extraiga un pequeño volumen de sangre, que según el tipo de comprobación a realizar oscila entre 5 cc. y 10 cc. Los resultados de los distintos análisis que pueden llevarse a cabo con esas muestras junto con las suministradas por los restantes interesados son de una elevada fiabilidad. La ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 % (SSSTS 30 junio 1989, 5 abril 1990, 2 Ene y 11 julio 1991). Las razones ofrecidas por el demandado para justificar su negativa se fundaron en sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal, reconocidos por los arts. 15 y 18.1º CE. Pero ni una ni otra de tales razones era válida. En efecto, el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado este Tribunal en los AATC 103/1990 f. j. 4º, y 221/1990, f. j. 3º en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2º CE, lo

Reconocimiento de cosas

El reconocimiento de cosas, tanto muebles como inmuebles, incluyendo el lugares es, quizá, el aspecto más usual de la prueba de inspección personal del Juez. En estos supuestos el juez, en relación con una de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes que requiere (es conducente) la observación de la cosa, tanto en sí misma considerada, como de la cosa en una determinada situación, ha de aprehender en contacto directo con ella determinadas características fundamentales para la resolución del litigio.

que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial.

Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. El aspecto decisivo no es, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica; lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba, bien aceptando la propuesta de la parte en ese sentido, bien mediante diligencia para mejor proveer (arts. 566 y 340.3º LEC). La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los arts. 18.1º y 15 CE. A) Primero, consistir en una intromisión en el ámbito protegido del ciudadano que no es, por sí sola, inaceptable (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7º y 8º "in fine").

Es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, "per se", una injerencia prohibida (STC 103/1985, f. j. 3º). Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS 14 noviembre 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, f. j. 3º). B) En segundo lugar, debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia. En este caso, no solamente el art. 127 CC (redactado por la L 11/1981, de 13 mayo) da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la filiación; dicho precepto no es más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional. El art. 39.2º CE declara que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", e inscribe esta prescripción en la idea de "protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación". Lo cual conecta directamente con el art. 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y, por añadidura, la CE establece directamente un deber: "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio" (art. 39.3º CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del TS.

Así pues, las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales; y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida. C) En tercer lugar, las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos. D) En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud. En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos. E) Por último, la medida

Obviamente los problemas prácticos que plantea la inspección de cosas muebles son distintos a los que se suscitan cuando se trata de inmuebles y, a su vez, de los que ocasiona el reconocimiento de lugares, es decir de esas mismas cosas en una determinada situación. En este sentido, el reconocimiento de una cosa mueble puede ser realizado por el juez en su propia sede sin necesidad de desplazamiento alguno, es decir la prueba no requiere que el juez se desplace al lugar donde esta situada porque es posible su traslado a la sede judicial.

judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7º.3 y 8º, pfs. 3º a 5º).

Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba. Inexistencia que no es en modo alguno aceptable, dada la motivación ofrecida por el A. 11 mayo 1989 que ordenó la práctica de la prueba, y a la vista de los indicios que fueron puestos de manifiesto tanto en la sentencia de instancia como en la de apelación, aun cuando fuera con resultados divergentes. Las discrepancias puestas de manifiesto entre los diversos Tribunales del orden civil que han conocido del litigio recaen sobre la valoración de la prueba acerca de la paternidad; no, desde luego, sobre la pertinencia de la prueba biológica. Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1º, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. Como hemos declarado en la STC 227/1991, f. j. 5º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1º CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (STC 98/1987, f. j. 3º, y 14/1992, f. j. 2º). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, f. j. 3º). Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. El aspecto decisivo no es, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica; lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba, bien aceptando la propuesta de la parte en ese sentido, bien mediante diligencia para mejor proveer (arts. 566 y 340.3º LEC). La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los arts. 18.1º y 15 CE. A) Primero, consistir en una intromisión en el ámbito protegido del ciudadano que no es, por sí sola, inaceptable (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7º y 8º "in fine"). Es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, "per se", una injerencia prohibida (STC 103/1985, f. j. 3º). Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo .

Quiere ello decir que no es el carácter de mueble o inmueble el que obliga al juez al desplazamiento, sino la posibilidad de su traslado. Por el contrario, en todos los supuestos en que no sea posible el traslado de la cosa a la sede judicial, y en las inspecciones de inmuebles o de lugares la prueba ha de realizarse necesariamente en el lugar donde se encuentran.

5. INSPECCIÓN PRACTICADA POR OTRO JUEZ: VALIDEZ

En primer lugar es preciso partir de que (GOMEZ COLOMER) la posibilidad de practicar el reconocimiento judicial por vía de auxilio

con la STS 14 noviembre 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, f. j. 3º). B) En segundo lugar, debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia. En este caso, no solamente el art. 127 CC (redactado por la L 11/1981, de 13 mayo) da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la filiación; dicho precepto no es más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional. El art. 39.2º CE declara que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", e inscribe esta prescripción en la idea de "protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación". Lo cual conecta directamente con el art. 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y, por añadidura, la CE establece directamente un deber: "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio" (art. 39.3º CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del TS. Así pues, las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales; y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida. C) En tercer lugar, las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos. D) En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud. En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos. E) Por último, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7º.3 y 8º, pfs. 3º a 5º). Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial. En conclusión, por tanto, los límites que los arts. 18.1º y 15 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero y por la AP, luego. Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba. Inexistencia que no es en modo alguno aceptable, dada la motivación ofrecida por el A. 11 mayo 1989 que ordenó la práctica de la prueba, y a la vista de los indicios que fueron puestos de manifiesto tanto en la sentencia de instancia como en la de apelación, aun cuando fuera con resultados divergentes. Las discrepancias puestas de manifiesto entre los diversos Tribunales del orden civil que han conocido del litigio recaen sobre la valoración de la prueba acerca de la paternidad; no, desde luego, sobre la pertinencia de la prueba biológica. Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad.

judicial únicamente ha de referirse al examen de lugares o cosas y sus circunstancias, o personas que no se puedan trasladar a la sede del órgano judicial. Los objetos que puedan trasladarse y, naturalmente, las personas, siempre y cuando no estén imposibilitadas para acudir, han de ser examinados en la sede del órgano judicial.

Pero, en segundo lugar, es obligado reconocer que siendo esta prueba un medio directo, en el sentido de que pone en contacto inmediato al juez con la fuente de prueba, lo que explica la relevancia que suele tener en la decisión de los litigios, ha de procurarse, por todos los medios, que sea el propio juez que va a pronunciar la sentencia el que realice la inspección personal. En caso contrario, por más que el acta del reconocimiento esté documentado bajo la fe del secretario judicial y que otro juez asista al reconocimiento, ha de convenirse que el medio de prueba pierde fuerza probatoria. La jurisprudencia y la doctrina en España han tratado de realizar un deslinde entre los datos objetivos que se revelan de la inspección personal practicada por otro juez y los datos subjetivos o de apreciación personal de quien, no siendo quien va a dictar la sentencia, realiza una determinada valoración de lo que percibe por los sentidos. El primero de los supuestos (datos objetivos), en la medida en que está constatado en un documento fehaciente, no debe tener diferencia de valoración sea quien sea el juez que lo aprecie. No así el segundo, en el que por lógica no ha de estar vinculado el juez que dicta sentencia. En todo caso, afirmada la validez de la prueba de inspección practicada por otro juez, es preciso constatar a nuestro juicio la necesidad de una interpretación estricta de la posibilidad de delegación de la prueba, limitada a los supuestos en los que no exista posibilidad legal de que el juez se transporte al lugar del reconocimiento.

6. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICAS DE LA PRUEBA

No existen normas especiales sobre la proposición de este medio de prueba. Es conveniente, no obstante, especificar las razones por las que, a juicio del que la propone, esta prueba es, bien necesaria de acuerdo con nuestras anteriores consideraciones, bien conveniente por los criterios generales de relevante y conducente. Respecto de la admisión de este medio de prueba nos remitimos a cuanto expusimos anteriormente, haciendo hincapié en las amplias posibilidades de prácti-

ca de oficio que los ordenamientos procesales suelen conceder al juez, como sucede en el ordenamiento procesal de El Salvador. En cuanto a la práctica de este medio de prueba, hemos de distinguir la forma de realización de la inspección o reconocimiento, los intervinientes en la prueba y la documentación de la inspección personal.

En cuanto a la forma de realización de la prueba, nos remitimos a cuanto dijimos anteriormente respecto del lugar de práctica de la misma. Son comunes, sin embargo, a la práctica de la prueba en sede judicial y fuera de ella los aspectos relativos a los sujetos intervinientes, a la posibilidad de llevar a cabo simultáneamente esta prueba con los demás medios establecidos en la Ley, a la actividad procesal a desarrollar y a la documentación del acto, por lo que los tratamos de modo conjunto.

Los sujetos intervinientes en la prueba son, como en cualquier otro medio de prueba, el juez, el secretario judicial y las partes, aunque eventualmente pueden extenderse a otras personas que participan en la prueba de reconocimiento en desarrollo, a su vez, de otro medio de prueba que se acumula a aquella.

El juez y el secretario judicial han de asistir forzosamente a la prueba por razones obvias. Nos remitimos a cuanto expusimos anteriormente sobre los requisitos de la práctica de la prueba, en relación con el principio de inmediación. Pero, además, parece indiscutible que siendo este medio de prueba el, según parte de la doctrina, único directo, es decir el único en el que entre la fuente de prueba y el juez no existe intermediario alguno, no sólo desde el punto de vista de la legalidad, sino de la lógica, el juez deba ser el protagonista de la prueba, lo que se demuestra incluso con la forma de su práctica.

La práctica de la prueba de inspección personal puede ser tan variada como lo puede ser el objeto a reconocer, de modo que no sería posible reconocer una regla general en la forma de practicarla, a no ser que el juez y el secretario judicial, situándose delante de la cosa observen, en relación al hecho controvertido, los aspectos reseñables. Y así será la disposición de la cosa en un contexto determinado, sus características físicas de forma, tamaño, color, olor, etc... las que serán objeto de apreciación por parte del juez quien, en primer lu-

gar, la describirá y hará constar estas características relacionadas con lo que es objeto de debate. Seguidamente, como ordena la Ley, el juez dará la palabra a las partes por el orden correspondiente a quien propuso la prueba a fin de que, siempre en relación con lo que sea objeto de controversia, realice las observaciones que estime oportunas.

Una de las características fundamentales de este medio de prueba es la posibilidad de acumular la prueba de inspección, con otros medios de prueba. Por mejor decir, con todos los demás medios de prueba, a salvo de la documental que, sin embargo, puede —y en ocasiones debe— estar a la vista a fin de comprender mejor lo que se ventila en ese acto. Así, incluso con cierta habitualidad, a la prueba de inspección se acumula la prueba de confesión judicial, la prueba testifical y la prueba de peritos. No existe diferencia respecto de la forma de práctica de estas últimas que por lo tanto han de someterse a sus propias reglas de celebración, con la única especialidad de que las preguntas relativas al confesante, a los testigos y al perito, en todo o en parte, serán referidas a lo que éstos mismos perciben a su vez por cualquiera de los sentidos, a fin de acomodar las respuestas a lo que ellos mismos observan. No quiere decirse con esto que en la celebración de la prueba de inspección, el resto de los medios de prueba participen un poco de esta inspección, en este caso a cargo de terceros que no son el juez. Simplemente se trata de un expediente eminentemente práctico en el que el confesante, el testigo o el perito pueden aclarar con fundamento sus contestaciones y apreciaciones, de modo que el órgano judicial comprende también de mejor manera la razón de ciencia o la máxima de experiencia que se le está exponiendo.

El CPr. regula la práctica conjunta de este medio de prueba con la de testigos y peritos, sin referirse a la de confesión judicial. Respecto de la prueba de testigos y peritos el CPr. no aconseja, como otros ordenamientos, que el juez las lleve a cabo cuando sea útil la práctica conjunta, sino que ordena que se haga (arts. 366 y 367) trasportándose al lugar. No obstante, esta necesidad hay que interpretarla con lógica, porque el juez ha de entenderse que está obligado a oír a los testigos cuando “para la mejor inteligencia de sus deposiciones”, como ordena el artículo 366, sea necesaria la acumulación

de las pruebas. Pero, como ya vimos, la prueba de inspección no se refiere exclusivamente a cosas no trasladables al Juzgado y lugares, como parece suponer en este caso el Código, sino también a objetos transportables, a la persona humana y a otras circunstancias que dependen de los sentidos (incluyendo la incorporación de los nuevos medios probatorios), por lo que en estos casos no es preciso transportarse a ningún lugar. Pero, en segundo lugar, es posible que el testigo no sea propuesto para acreditar la veracidad de un hecho relacionado con la prueba de inspección, sino otros extremos de la demanda o la contestación, en cuyo caso es absolutamente innecesario —y hasta perturbador— trasladar al testigo al lugar de la inspección. Lo mismo cabe decir de la pericial, aunque en este caso la práctica demuestra que suelen ser inseparables una y otra prueba. Cabe, en cualquier caso que sea innecesaria la acumulación. En uno y otro caso, la pericial o la testifical en el lugar de la inspección, serían inútiles para una mejor inteligencia de los hechos y, en consecuencia, no sería preciso acumularlas pese a la orden legal que no ha de regir en estos casos.

Respecto de la prueba de confesión, aunque la Ley no disponga específicamente que el confesante sea oído en el lugar, las mismas razones de lógica abonan la posibilidad de que así sea. En muchas ocasiones, sobre todo las que menciona el artículo 366, la audición del confesante en el lugar correspondiente aclara la declaración de la parte.

En cuanto a la asistencia de las partes al acto, mientras que la del juez y del secretario deviene obligatoria, no sucede lo mismo con la asistencia de las partes. La inasistencia de las partes al acto de la inspección no determina la imposibilidad de practicar la prueba, sino simplemente la pérdida de la oportunidad de alegar ante el juez, y, eventualmente, de practicarse otra prueba acumulada, de intervenir en ella, con la salvedad, obvia, de la prueba de confesión, en la que es el proponente de la prueba quien debe suministrar al órgano judicial el contenido de las preguntas y de la prueba testifical por las mismas razones.

Finalmente, hemos de resaltar la confección del acta del reconocimiento judicial, pues será la forma de documentada a los fines no solamen-

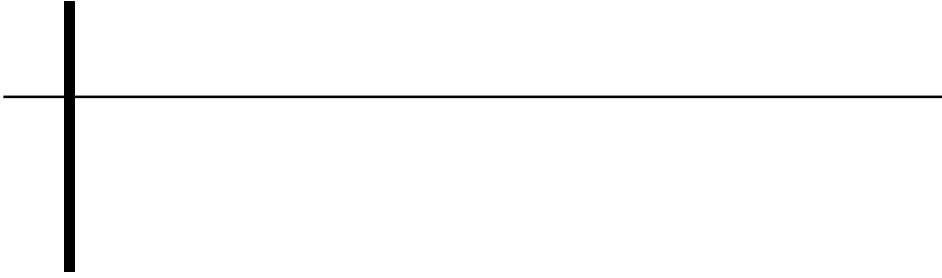
te de que el juez pueda utilizar lo aprehendido en la prueba, sino de que las partes puedan realizar sus alegaciones finales y, sobre todo, de que el órgano superior, en el recurso de apelación pueda controlar la adquisición probatoria realizada por el juez.

Y en este punto, es preciso partir de algunas cuestiones que, no por obvias, no dejan de causar problemas concretos. La primera observación se refiere a que es el secretario judicial el único que tiene la fe pública, por lo que deberá ser él quien confeccione el acta, no obstante lo cual la práctica nos enseña que es el juez quien va redactando el acta haciendo constar lo que percibe por cualquiera de los sentidos, lo que no deja de plantear la cuestión, irrelevante en la práctica, de qué ocurriría si el secretario judicial considera que la apreciación de juez es inexacta.

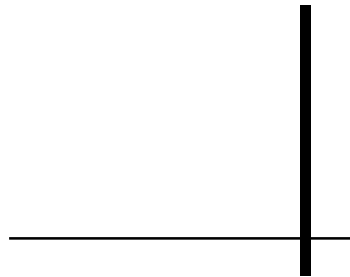
Como mantiene MONTERO, hay que distinguir entre los datos puramente objetivos y los datos subjetivos. Respecto de los primeros reiteramos que en la práctica no suelen producir problemas, en la medida en que son datos de simple contraste (una medida, una situación geográfica, la orientación, el peso, el color y un largo etcétera, se comprueban sin más), mientras que sí podrían producirlos las apreciaciones subjetivas. En este punto sostiene MONTERO que hay que estar a las observaciones de juez⁹³, criterio que hay que compartir pues se trata de la inspección personal del juez, y no de la apreciación de datos que el secretario considere relevantes. Esta conclusión puede obtenerse sin demasiado esfuerzo de la propia naturaleza y función de la prueba de inspección personal, que perdería si se convirtiera en un debate entre el titular de la fe pública y quien debe apreciar por los sentidos las cuestiones de relevancia para la prueba. Otra cosa es que las conclusiones que el juez obtenga sean incompatibles con los datos objetivos que se hayan hecho constar. Pero esta cuestión pertenece al ámbito de la valoración de la prueba, y de su control por los tribunales superiores, y no a la documentación de la prueba de inspección, que, como dijimos, perdería todo su sentido si en ella no hiciera el juez las apreciaciones sobre lo que la Ley le ordena inspeccionar a él y no al secretario.

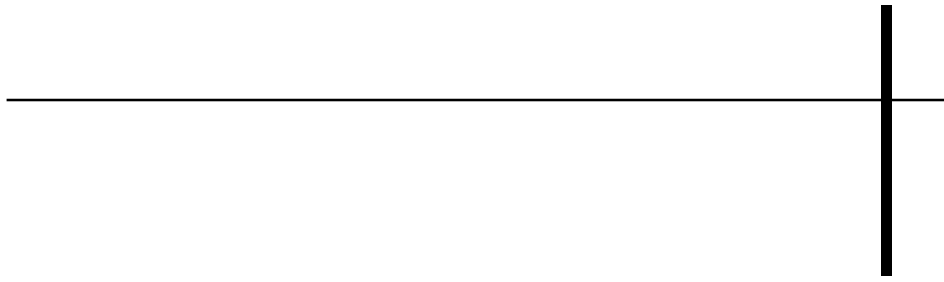
⁹³ Op. cit. Página 268. "Las manifestaciones que importan en el proceso son las del juez, no las del secretario, que no es el autor del acto, sino el documentador, y la fe pública del secretario comprende que se corresponde con la realidad que el juez manifestó lo que dijo, pero no comprende que lo que dijo el juez sea verdad".

Una forma de documentar la prueba de inspección personal, no prevista por motivos obvios, pero si admisible con el CPPr es la plasmación de los datos de hecho posibles a través de la filmación o de la fotografía. La experiencia muestra que si una imagen vale más que mil palabras, y que el secretario judicial puede advenir el contenido de lo filmado o fotografiado porque es el titular de la fe pública judicial, es de gran ayuda, sobre todo a efectos de control ulterior, que lo percibido por el sentido de la vista quede unido al acta mediante una impresión fotográfica o una grabación. Los problemas, planteados durante las discusiones con los asistentes a los cursos, de autenticidad, o son inexistentes en la práctica, por ejemplo utilizando sistemas como el de obtención inmediata de la impresión fotográfica que es firmada por todos los asistentes y unida al acta, o son jurídicamente imposibles, en la medida en que el secretario judicial puede hacerse cargo del rollo de película o de la cinta de video. Obviamente los medios al servicio de la Administración de Justicia pueden plantear problemas de relevado o de visión de la película, pero no son obstáculos que no puedan removerse ni, sobre todo, impiden la admisibilidad de esta forma de documentación.



CAPITULO XII
LA PRUEBA DE OFICIO





Sumario: 1. Prueba de Oficio del Juez.

INTRODUCCIÓN

Según las opciones que permita el ordenamiento jurídico, hay que analizar las actividades oficiosas del juez para la práctica de medios probatorios.

No es muy difícil aproximarnos a las dificultades que enfrenta el juez en su actividad oficiosa cuando ha de hacerlos desde la materia civil, especialmente porque en dicho campo las actuaciones de oficio de parte del juez son más restringidas, aunque habrá de decirse que no están completamente excluidas.

Por ahora es necesario hacer recuentos explícitos de las posibilidades oficiosas del juez.

1. LA PRUEBA DE OFICIO DEL JUEZ

Hemos de volver, al concluir este trabajo, a una de nuestras primeras afirmaciones sobre la recta comprensión del principio de aportación de parte. Al igual que afirmamos en su momento que nada impedía al juez recibir de oficio el pleito a prueba, una vez constatada la controversia entre las partes, hemos de mantener ahora que el principio de aportación de parte no impide que el juez, una vez constatada la controversia y siempre y cuando no introduzca hechos en el proceso no alegados por las partes, pueda acordar de oficio la práctica de determinados medios de prueba, aunque esto tiene que ver con la opción que mantenga el ordenamiento jurídico correspondiente.

No obstante, es obligado constatar que asistimos, progresivamente, a constatar que asistimos, progresivamente, a una opción reductora

del papel del juez en el proceso civil en este aspecto y que, en consecuencia, la mayor parte de los ordenamientos tienden a restringir esta facultad del juez, aunque aumenten sus poderes de dirección en el proceso⁹⁴.

Naturalmente, como también analizamos en su momento, esta regla no se cumple en aquellos procesos en los que se ventilan derechos no dispositivos y, por ello, la Ley Procesal de Familia en su artículo 55 permite que el juez acuerde la práctica de prueba de oficio. En la base de esta decisión legislativa está la naturaleza de los derechos que subyacen en este tipo de procesos. Sin embargo, la regla general en los procesos en los que se ventilan derechos de los que las partes pueden disponer es precisamente la contraria: las pruebas han de ser propuestas por las partes y sólo en ocasiones especiales, o en pruebas determinadas, puede la actividad del juez suplir la de las partes. En el fondo de la decisión de permitir más o menos o prohibir la prueba de oficio se encuentra, como destaca MARTÍN OSTOS⁹⁵ la concepción ideológica a que obedezca la concepción social y política de una comunidad. Y si, continúa el procesalista, contraponemos los principios dispositivo y de aportación, con los principios inquisitivo y de investigación de oficio, y tenemos en cuenta que la verdad en el proceso civil es solamente la que delimitan las partes en sus alegaciones, a ella y sólo a ella tendrá que atenerse la prueba, la opción del ordenamiento tiene que ver con la posición que se mantenga sobre el papel del juez y de las partes en el proceso. La prueba de oficio, conocida en nuestro ordenamiento como “diligencias para mejor proveer”, término procedente de nuestro derecho histórico que pasó a la Ley de 1855 y, después, a la vigente, ha sido concebida con cierto recelo en las sucesivas modificaciones de la LEC. De todos modos, el sistema tradicional, mantuvo siempre que una serie de pruebas, de entre las que se excluyó la testifical, podían ser practicadas por el juez, para mejor proveer una vez el pleito se encontrara visto para sentencia, de modo que se suspendía esta fase para

94 La nueva LEC española ha restringido, de hecho, la posibilidad de prueba de oficio por parte del juez, al exigir, por un lado, que se realice a petición de las partes y, por otro, que cuando el juez considere que le es necesario un determinado medio de prueba, lo sugiera a las partes, pero si estas no la consideran oportuna no puede practicarla.

95 Martín Ostos, José de los Santos. La prueba de oficio en el proceso civil. En AAVV, “La prueba en el proceso civil”. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ Madrid 1993, páginas 9 a 37.

reabrir, de modo limitado, el período probatorio, a fin de practicar la prueba. En la reforma de 1984 se añadió la necesidad de cumplir el término probatorio, para tratar de atajar una práctica que había llevado al empleo a veces espurio de esta facultad del juez, para retrasar el plazo de dictar sentencia.

No obstante dichas patologías, la prueba de oficio, a mi juicio, sigue siendo una necesidad constatada empíricamente, sobre todo si se conviene en que en muchas ocasiones el término probatorio no es suficiente para la práctica de las pruebas, con lo que cualquier decisión que se adopte, desde el punto de vista legislativo, debe contemplar esta necesidad, salvo que se permita la incorporación de la prueba en cualquier momento o se flexibilice el término probatorio para permitir la inclusión de la prueba, so pena de aumentar el número de pruebas en segunda instancia de modo desmesurado. Todo ello sin perjuicio de que numerosas ocasiones la práctica demuestra que determinadas aclaraciones a testigos y peritos, incluso al confesante, o a incorporación de determinados documentos, es fundamental para poder resolver el conflicto que se ventila ante los tribunales, sin necesidad de cargar las tintas demasiado en la actividad o inactividad de las partes, como ha resaltado el Tribunal Supremo español cuando ha reconvenido a los órganos judiciales inferiores que no utilizaran este mecanismo para incorporar pruebas no practicadas en el término probatorio por causas ajenas a las partes. En algunas ocasiones se ha argumentado que, en realidad, la facultad de realizar prueba de oficio provoca un resultado de desigualdad en las partes, argumento al que salió al paso el Tribunal Constitucional (ATC 446/1987).

De hecho, históricamente, no hay que desdeñar que la procedencia de estas diligencias tuvo siempre su base en la declarada intención de que sirvieran para resolver con mayor acierto una contienda. No existe en el ordenamiento procesal salvadoreño ningún precepto que explícitamente regule la posibilidad del juez de reabrir el período probatorio limitadamente para practicar alguna prueba relacionada con los hechos alegados por las partes como en la LEC española⁹⁶, lo

⁹⁶ El artículo 340 de la, ya por poco tiempo, vigente LEC establece que "Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los jueces acordar para mejor proveer: 1º) traer a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; 2º) Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados; 3º)

que no quiere decir que el juez no pueda de oficio practicar pruebas, o que las pruebas no practicadas sin responsabilidad de las partes en la primera instancia, no puedan ser recibidas en la segunda, como ya expusimos, en el procedimiento ordinario, ya que en los de familia esta facultad está expresamente permitida al juez incluso manteniendo la denominación tradicional de “mejor proveer”.

Por un lado, el artículo 1238 del C.Pr.C. establece que el juez, teniendo en cuenta la gravedad de las circunstancias, puede dar mandamientos de oficio. Por otro, en la regulación concreta de cada medio de prueba, establece las posibilidades del juez para practicar de oficio o silencio la cuestión, ante lo cual es preciso tratar de indagar en qué supuestos parece admisible, expresa o tácitamente, la prueba de oficio y en cuáles, ni siquiera tácitamente, puede extenderse esta posibilidad. En la prueba testimonial, antes de la sentencia, está absolutamente permitido que el juez, de oficio, haga las preguntas que estime convenientes para mejor ilustrarse, lo que, a nuestro juicio, implica no solamente la posibilidad de realizar aclaraciones en el propio acto de la deposición del testigo, sino la de llamarle nuevamente para que realice las aclaraciones que estime convenientes el juez sobre los hechos alegados por las partes.

Lo mismo puede decirse de la prueba pericial que, incluso, se trata con una mucha mayor amplitud en la facultad de oficio del juez. En efecto, puede éste tanto nombrar de oficio a los peritos en los casos y condiciones previstos por el C.Pr.C. (art. 347), como nombrar con carácter general perito para el supuesto de no aceptación del nombrado (art. 357), como acordar la prueba pericial de oficio, en cualquier estado de la causa, con el fin de tratar de esclarecer la verdad, ante lo cual cabe preguntarse, a qué concepto de verdad se refiere el C.Pr.C. si la verdad material o la verdad que surge de lo alegado por las partes. Sin entrar en la cuestión tan disputada de la verdad mate-

practicar cualquier reconocimiento o avalúo, o que se amplíen los que ya se hubiese hecho; 4º) Examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito, siempre que su nombre constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes; 5º) Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito⁷. Por su parte, la nueva LEC, en su artículo 435, eliminando la denominación histórica, alude a las ahora llamadas diligencias finales, restringiendo la facultad del juez que sólo a instancia de parte las podrá acordar y, además, con la limitación de que no se practicarán las que pudieron ser propuestas por las partes y, por lo tanto, quedarán reducidas a las que no pudieron practicarse en período probatorio por causas ajenas a las partes, o por existir un obstáculo que ahora es removible, o las que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia.

rial y la verdad procesal, seguimos inclinándonos por la opción que vincula al juez con los hechos alegados por las partes, para cumplir el principio de aportación de parte.

También es concluyente el C.Pr.C. respecto de la prueba de inspección personal que el artículo 368 permite realizar en cualquier estado de la causa y sin necesidad de petición alguna de las partes, siempre que contribuya a hacerse una idea perfecta del asunto o instruirse completamente de él, aunque debemos insistir en que la práctica de la prueba ha de ceñirse a los hechos que las partes han alegado.

Respecto de la prueba de confesión judicial, la única previsión expresa es la que se refiere a la prueba por juramento, en la que se admite (art. 392. 2ª), como parece obvio, que el juez exija de oficio a la parte la estimación del valor, pero nada menciona el ordenamiento sobre la posibilidad de que el juez acuerde él mismo la prueba de confesión, ya que se limita el artículo 388 a permitir que el juez, de oficio, haga las preguntas que estime convenientes, lo que debe llevarnos a la conclusión de que, si las partes no la solicitan, al juez le está vedado practicar de oficio la prueba. Finalmente, por lo que se refiere a la prueba documental, el CPr. admite que el juez confronte los documentos públicos (art. 256) o pida nuevas versiones de los documentos extranjeros (art. 261), pero no permite al juez, cuando tenga conocimiento de la existencia de un documento que afecta a los hechos alegados por las partes, pedir de oficio este documento.

Síntesis

En materia civil el Juez puede limitadamente diligenciar algunas actividades oficiosamente, especialmente las referidas al campo probatorio, éstas diligencias son conocidas en el ordenamiento jurídico como diligencias para mejor proveer. Cuando se ventilan derechos que las partes pueden disponer ocasionalmente el juez puede eventualmente suplir la actividad de las partes. En el proceso civil la verdad se delimita por la partes, de ahí las restricciones que se imponen al juez para suplir las acciones de las partes. Según el tipo de prueba; sea testimonial el juez puede hacer nuevas preguntas o mandarle a llamar nuevamente para realizar aclaraciones. Puede en el campo pericial acordar la práctica oficiosamente, incluso nombrarlos de

acuerdo a las condiciones procesales. La inspección personal la puede efectuar en cualquier estado de la causa. En la confesión al juez se le impide practicar autónomamente la prueba, a menos que medie petición de las partes. El prueba documental hay que estar a las diferentes circunstancias que señala el procedimiento civil, según confrontación, nuevas versiones o petición documental que afecta a las partes.