

DERECHO PROBATORIO

SUMARIO:

2.1. Exordio.- 2.2. El Derecho de Aportar Pruebas Permitidas Por la Ley.- 2.3. La Carga de la Prueba.- 2.3.1. Desarrollo Histórico de la Carga de la Prueba.- 2.3.2. Concepto de Carga de la Prueba.- 2.4. Objeto y Tema de la Prueba en el Derecho Mercantil.- 2.4.1 Tema de la Prueba.- 2.5 Fin de la Prueba en el Derecho Mercantil.- 2.6 Excepción de Prueba.- 2.6.1 Hechos Admitidos.- 2.6.2 Hechos Notorios y Evidentes.- 2.7 Principios de la Prueba.- 2.7.1 Principio de Aportación.- 2.7.1.1 Prueba de Oficio y Diligencias para mejor Proveer.- 2.7.2 Principio de Publicidad.- 2.7.3 Prohibición de Aplicación de Conocimientos Privados del Juez.- 2.7.4 Principio de Necesidad.- 2.7.5 Principio de Legalidad.- 2.7.6 Principio de Unidad.- 2.7.7 Principio de Comunidad.- 2.7.8 Principio la Inmediación de la Prueba.- 2.7.9 Principio de Concentración.- 2.7.10 Principio de Contradicción.- 2.7.11 Principio de Igualdad.- 2.7.12 Principio de Preclusión.- 2.7.13 Principio de Oralidad.- 2.7.14 Principio de Disposición.- 2.8 Garantía del Debido Proceso en el Derecho Mercantil.- 2.9 Procedimiento Probatorio.- 2.9.1 Proposición.- 2.9.1.1 Momento Procesal Oportuno.- 2.9.1.2 Ofrecimiento Anticipado de Prueba.- 2.9.1.3 Forma General para Proponer la Prueba.- 2.9.2 Admisión.- 2.9.3 Practica.-

2.1. EXORDIO.

Es importante considerar en todo proceso la existencia de una etapa trascendental o medular que nos permita determinar la excelente aplicación del componente normativo que fija las sanciones jurídicas o la solución a casos concretos correspondientes para cada infracción legal, y no es más que la Prueba esa parte substancial de que se habla, puesto que es en ella donde descansa la evidencia certera de los hechos que vinculan a una o varias personas y que sirven de bastión para la providencia judicial, salvaguardando así, los intereses de la sociedad, en la búsqueda de la Justicia sin sobrepasar los límites de la ley para las partes.

La institución jurídica de la prueba, deviene desde antiguas civilizaciones donde la prueba estaba vinculada a la filosofía (Grecia), pues se basaba en “la teoría de los signos” lo que hoy conocemos como “*indicios*” – señales, huellas, etc. – además de los testigos y documentos. Pero es en la época romana donde se destacó ya el empleo de las pruebas como verdadera argumentación lógica, y se le dio gran importancia al juramento; y luego con los germanos se modificó el sentido de la prueba dándole más matices formalistas y ritualistas – por medio de los llamados “juicios de Dios”– y así posteriormente la prueba y los medios probatorios fueron adaptándose a diversas realidades sin resistirse a la evolución que en cada una las etapas ha ido afrontando la sociedad, como quedó plasmado en líneas anteriores.

La prueba, siendo el pilar fundamentador de los argumentos de las partes, cuyos motivos son de ofrecer certeza y convicción al Juez; es abundantemente estudiada por la doctrina, de ahí que nos limitaremos a retomar algunas concepciones de prueba, tales como:

a) Concepto general.

Florián expone: “Prueba es todo medio que produce un conocimiento cierto o probable a cerca de cualquier cosa”, **Romagnosi**: “es el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento cierto”.

b) Concepto Jurídico-Doctrinario.

Para asimilar una concepción jurídica de prueba se han recurrido a varias de sus acepciones como: acción y efecto, razón, indicio, ensayo, etc. Conceptos que son

retomados por los autores, así tenemos: Carrara: “Se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros, la verdad en los hechos. Aquella nace cuando uno cree que conoce éstos; más por la falibilidad humana puede haber certeza donde no hay verdad y viceversa”.

Jeremías Bentham: *“Prueba es un hecho supuesto verdadero que se considera como que debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia de otro”.* Para **Francisco Carnelutti:** *“Probar es una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio”.*

Cuando se adhiere prueba al proceso, se pretende en un primer estadio garantizar la vivencia de que un hecho ocurrió de tal o cual forma, pero para lograr el cometido se debe hacer por un conducto lícito que sea capaz de conectar efectivamente los hechos al juzgador, por ende se precisa de la intervención de los medios de prueba, que no son más que métodos y procedimientos de averiguación para llegar al objeto de prueba, de tal forma que nos atrevemos a ejemplificar que el documento es el medio y el contenido el objeto de prueba en sí. Por citar un modelo.

Sin embargo, cuando hablamos de valoración de la prueba, a nuestro criterio se ingresa a otro nivel de consideración de la prueba; ya no se retoma tanto énfasis en determinar qué prueba será incorporada y cual no, sino más bien se interesa por analizar y brindar la estimación a la prueba que ya se introdujo en el proceso y sobre la cual se fundamentara la convicción del Juez para dictar un fallo absolutorio o condenatorio. (*Prueba como resultado*). En este capítulo se mencionará lo básico en cuanto a conceptualizar y a definiciones legales y doctrinarias de prueba, debido a que en adelante se referirá el presente, a tópicos como el objeto de la prueba en el derecho mercantil, la finalidad de la prueba en el derecho mercantil, garantía del debido proceso en el derecho mercantil entre otros con los cuales se pretende establecer de manera clara lo referente al derecho probatorio pero en un sentido más acabado y moderno, con las ideas previas se pasan a desarrollar los elementos mencionados.

2.2. EL DERECHO DE APORTAR PRUEBAS PERMITIDAS POR LA LEY.

El proceso mercantil evidencia ser especial, presentando características propias, como lo son la calidad de las partes que intervienen en el mismo, el fundamento de las pretensiones; sin embargo esto no quiere decir que deje de sujetarse a ciertas reglas de carácter general, que sirven de directriz para toda clase de procesos, una de estas es la contradicción, que se manifiesta dentro del mismo por la oportunidad procesal que la ley concede a cada una de las partes de probar sus alegaciones.

Todo sistema probatorio se rige por un régimen de desarrollo de la prueba, este sistema consta de las siguientes partes, se inicia con la proposición de la misma, seguido de un juicio legal de pertinencia o impertinencia que permite según su resultado la admisión o no de lo propuesto, si la prueba es admitida se procede a su producción, este régimen finaliza con una valoración subjetiva del juzgador que le sirve para fundamentar su decisión final.

De acuerdo con lo anterior para que sea posible el desarrollo de este régimen debe primero de existir un acto dispositivo de las partes, el medio por el cual los elementos probatorios nacen dentro del proceso, la forma por la cual se introduce al ámbito judicial aquello que sirve de fundamento para las afirmaciones hechas por cada una de las partes, nos referimos a la proposición; que no es, sino el resultado del derecho concedido por la Constitución para que se puedan incorporar las pruebas en el proceso.

Sin embargo este derecho no resulta ser ilimitado según se tendrá la oportunidad de estudiar en los párrafos siguientes, es así que el artículo 11 de la Constitución, que plantea el Debido Proceso Legal, se extiende a garantizar el derecho de defensa, que otorga a las partes procesales no solo la posibilidad de activar, a través del ejercicio de una acción, el órgano jurisdiccional; sino también les confiere la oportunidad de ofrecer al juzgador, todos los elementos que crean pertinentes e idóneos para crear en el mismo la certeza necesaria para resolver el conflicto que se ha planteado a su conocimiento.

En el capítulo que antecede se estudio brevemente el sistema probatorio adoptado por la normativa salvadoreña en materia mercantil, en donde se manifestó que se adoptaba en este tipo de procesos el sistema tasado, debido a que la ley señalaba de una forma restringida los medios de prueba utilizables y el valor de cada

uno de ellos. Este régimen tenía como principal desventaja el hecho de impedir la incorporación de otros medios diferentes a los contenidos en la ley. Con el ahora vigente C. Pr. C. y M., esta desventaja desaparece pues el artículo 330 permite incorporar al proceso medios probatorios no regulados.

Antes de la entrada en vigencia del C. Pr. C. y M., esta materia la regulaban conjuntamente el Código de Procedimientos Civiles y la Ley de Procedimientos Mercantiles, donde la adopción del sistema tasado generaba en la práctica inconvenientes al litigante al ofrecer sus elementos de prueba; así el litigante que ofrecía como prueba testimonial a personas que presentaban una de las incapacidades del artículo 294 C. Pr. C., no podía impugnar una resolución de inadmisibilidad de la prueba ofrecida; ahora con el C. Pr. C. y M., el litigante puede perfectamente ofrecer como testigo a cualquier persona excepto aquellos privados permanentemente de la razón, y será la contraparte la encargada de desacreditar la credibilidad de este.

En conclusión, el derecho que asiste a las partes de incorporar pruebas al proceso puede ser vulnerado con mayor facilidad en los sistemas tasados, en el caso que se denegara la admisión de prueba, o se faltara a su producción dentro del juicio, o no se valorara, si aquella fue propuesta en tiempo y forma; sobre todo si estos son pertinentes y además influyentes para la decisión del juicio.

El artículo 211 de la Constitución garantiza el Derecho de Defensa, dotando a las personas de la oportunidad de utilizar los medios convenientes para probar sus afirmaciones; pero no regula lo que respecta al procedimiento probatorio, esto lo hace la ley secundaria; pues de nada valdría el reconocimiento de atractivos Derechos sustanciales si no existe un procedimiento que garantice su concreta observancia.

En el caso de El Salvador son diversas las leyes encargadas de esta regulación, en el área del Derecho Laboral este procedimiento lo regula el Código de Trabajo, en materia penal lo hace el Código Procesal Penal, en lo que corresponde al Derecho Mercantil esta regulación la contiene el Código Procesal Civil y Mercantil.

En el C. Pr. C. y M., se encuentra el capítulo tercero denominado Actividad Probatoria ubicado dentro del Título segundo del Libro segundo, dentro del cual el legislador ha pretendido reunir todas las reglas referidas al procedimiento probatorio, lo

cual resulta de gran dificultad teniendo en cuenta que muchas de estas reglas derivan de principios generales del Derecho, este capítulo inicia con el artículo 312 que se refiere al derecho que tienen las partes de probar sus alegaciones.

Según la doctrina y así lo recopila el artículo comentado, las partes procesales deben disponer de iguales oportunidades, de las mismas armas al momento de hacer uso de los medios probatorios; así el artículo 312 C. Pr. C. y M., se refiere a que las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, es importante la trascendencia que tiene este artículo pues según su contenido las partes gozaran de las mismas prerrogativas al momento de utilizar la prueba que mejor crea conveniente, tanto el demandante como el demandado podrán utilizar los mismos medios probatorios.

Dentro de la redacción de este Artículo también encontramos el principio de Legalidad al que se hizo referencia en párrafos anteriores, y que se resume en la afirmación que las partes pueden hacer uso de todos los medios que la ley les franquea para probar sus pretensiones; sin embargo el mismo artículo prevé la posibilidad de hacer uso de otros medios probatorios según fueren las necesidades que tengan las partes de utilizar otras formas no comprendidas en el catálogo comprendido en el Código que puedan proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos.

En el caso de este código el derecho a aportar pruebas permitidas por la ley no se reduce solo a la posibilidad de utilizar los enunciados por el mismo, sino se amplía a aquellos elementos que no siendo medios probatorios regulados por la ley si son permitidos, así lo establece el artículo 330, siempre y cuando proporcionen datos fehacientes sobre la existencia de un hecho y este sea relevante para el objeto del litigio, a esta limitante se le adhieren las contenidas en el mismo artículo 330, es decir siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros.

Según lo expuesto, las partes tienen la posibilidad de utilizar para su beneficio todos aquellos medios que la ley ha establecido para que puedan probarse los hechos en que se fundamenta una acción o petición, nos referimos a los medios probatorios contenidos en el C. Pr. C. y M. sean estos: documentos, declaración de parte, prueba testimonial, prueba pericial, reconocimiento judicial, medios tecnológicos, al respecto la Sala de lo Constitucional ha dicho que impedirle a las partes decidir sobre la utilización

de los medios de prueba que la ley permite obstaculiza los Derechos de Defensa y Audiencia.

Si este derecho se sujeta al principio de Legalidad, excluiría cualquier otra forma que de certeza de un hecho, si no se encuentra plasmada en la ley; sin embargo el C. Pr. C. y M. permite que el litigante que en un momento tiene la necesidad de hacer uso de otro medio diferente a los establecidos en la ley, perfectamente pueda hacerlo, sin que pueda negársele por el juzgador su utilización.

2.3. LA CARGA DE LA PRUEBA.

Según se ha expuesto el Derecho a aportar pruebas se trata de un acto dispositivo que pertenece a ambas partes, demandante y demandado; sin embargo, la aportación de pruebas resulta ser, dependiendo de los intereses de cada una de las partes, un acto necesario.

Por esta razón es menester el estudio del tema referido a la carga de la prueba, determinando su desarrollo histórico, el concepto de la misma, su incidencia dentro del proceso y a quien se le atribuye, teniendo en cuenta las excepciones que pueden presentarse en cuanto a su ejercicio.

2.3.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

En el antiguo Derecho Germánico, no es claro el régimen adoptado en cuanto a la obligación de probar, pues la diversidad de opiniones generan dudas, algunos autores sostienen que a ninguna de las partes se le asignaba especialmente la obligación de probar, pues se consideraba que estando ambas partes en igualdad de condiciones, el vencedor sería el que mejor prueba podía ofrecer.

Otros autores manifiestan que la obligación de probar incumbía al actor si fundaba su pretensión en un hecho propio y al demandado en un caso inverso. En una tercera corriente se ubican los que sostenían que era el juez quien designaba a quien le correspondía la obligación de probar; a pesar de estas contrariedades la mayoría de actores convergen en afirmar que en el Derecho germánico el deber de la prueba correspondía no al actor sino al demandado.

Esta teoría encuentra aplicación no solo en el tiempo bárbaro, sino que se extiende hasta el siglo XIII en Italia; contrario a estas reglas se encuentra el precepto que surgió en la Roma Clásica, para el derecho romano clásico, la obligación de probar se le asignaba al que afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho en el cual fundaba la propia acción o la propia excepción; esta regla fue adoptada por el C. Pr. C., que establecía en el Art. 237 que la obligación de producir pruebas corresponde al actor o al reo cuando opusiere alguna excepción, mientras que el Art. 238 liberaba de esta obligación al que negaba la existencia de un hecho, siempre que su obligación no contuviera una afirmación.

Las teorías mencionadas generaron en los tratadistas del Derecho divergencias, mientras que autores como Bentham afirmaba que era el juez quien determinaba a quien iba a corresponder la obligación de probar, otros como Pescatore le refutaban.

Bentham observa que, en un sistema franco y simple, la obligación de la prueba debe ser impuesta a aquella parte que pueda satisfacerla con menores inconvenientes, con menor pérdida de tiempo o con menor incomodidad.

Para determinar cuál de las partes cumplía con los requisitos anteriores Bentham afirma que poco ayuda el conocimiento técnico y que es el juez ante la primera comparecencia de las partes quien logra establecer tal situación.

En respuesta a la teoría de **Bentham** y en contradicción a la misma, **Pescatore** sostiene que sustentado en la Seguridad Jurídica es la ley que debe establecer a quien corresponde la obligación de probar. Soporta su teoría en la idea que siendo la Ley la que preestablece a quien incumbe la obligación de la prueba se separa de *la discrecionalidad del juzgador* y por tanto de una probable arbitrariedad, lo que brinda a las partes certeza pues la obligación que recae sobre una de las partes y la excusa de la que goza la otra son por tanto jurídicamente ciertas.

Pescatore, en una magistral refutación sostiene que *“si la ley hubiese confiado al juez preferir, según la cualidad de las personas, a las declaraciones de una parte las declaraciones de la otra, sería ofendida la justicia y la igualdad civil. Si se concediese en hipótesis al poder judicial la facultad de apreciar a su arbitrio en cuanto la mayor fe que pueden merecer los dichos del actor o del demandado por el solo hecho de que*

plazca a un ciudadano llamar a otro a juicio, dependería en este sistema de la voluntad, del arbitrio, del capricho de cualquier individuo crear a otro un peligro, sometiéndole a la más penosa, a la más arbitraria entre todas las discusiones. Los más probos podrían igualmente sucumbir y perder con la fortuna el honor, porque el vicio suele obtener en el ciego mundo mayor consideración que la virtud; la libertad civil estaría al arbitrio ilimitado del juez llamado a estimar, sin ningún recto criterio, el respectivo mérito personal de los litigantes, y la seguridad personal de cada uno estaría a cada instante a merced de los audaces y de los malvados”.

Del análisis de las teorías anteriores se concluye que el más apropiado es el sustentado en el principio **“onus probando ei incumbit qui dicit”**, que se traduce como, la carga de la prueba incumbe a quien afirma, teoría que se dijo fue adoptada por el C. Pr. C.

A pesar de compartir la anterior afirmación se cree conveniente, hacer algunas reflexiones sobre el principio *“onus probando ei incumbit qui dicit”*, el cual deberá interpretarse en los términos siguientes: Aquel que invoca un derecho en juicio deberá presentar la prueba que lo acredite; aunque en las relaciones fácticas invocadas se presente una negativa.

Para la Sala de lo Civil esta teoría ha sido superada, por la *“Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas”*, según la cual, la proposición de las pruebas está a cargo de quien tenga las mejores posibilidades para producirla, siendo aplicables las reglas del *“onus probando ei incumbit qui dicit”* solamente cuando los presupuestos facticos de una de las partes son desconocidas por su contraria, argumentos que a la luz del desarrollo de la Ciencia del Derecho resultan validos.

Lo anterior debe considerarse subsidiario de las reglas del *“onus probando ei incumbit qui dicit”*, pues difícilmente el que plantea una pretensión ante el Órgano Judicial no ha tomado antes las medidas posibles para acreditar sus planteamientos facticos; además resulta difícil que una de las partes proponga una prueba para acreditar el Derecho de la otra, en donde manifiesta que la Carga de la Prueba recae justamente sobre quien manifiesta ser titular del Derecho.

El que afirma un hecho debe de presentar prueba respecto de aquellos elementos esenciales para la existencia del derecho que somete a la protección judicial; y como resultado de la anterior interpretación, se concluye que la persona contra quien se plantea una pretensión deberá acreditar aquellas condiciones accidentales que determinan una suspensión, inexistencia o extinción del derecho en cuestión.

Es conveniente en este momento, plantear un caso que permita el entendimiento de esta regla: en el juicio ejecutivo, el demandante deberá acompañar la demanda con el documento fundamento de la pretensión, que en este caso constituiría el elemento probatorio de las afirmaciones incorporadas en la demanda; mientras que corresponde al demandado presentar en su oposición, si la hubiere, la prueba conveniente que determine ya la solución o pago efectivo, ya la prescripción o caducidad del derecho.

Si bien en el C. Pr. C. y M. no encontramos un artículo que por su literalidad haga referencia a esta teoría, como si lo hacia el C. Pr. C., la lectura reflexiva de los artículos que se refieren a la prueba, permite afirmar que al igual que su predecesor, este código adopta la misma teoría, se mencionan a continuación los artículos que conducen a esta conclusión: Art. 276 numeral 7° que se refiere a los requisitos de la demanda, en el cual se exige al demandante acompañar la demanda con los documentos que fundamenten la pretensión, lo cual claramente se refiere a los medios documentales probatorios que sean pertinentes; Arts. 284 de la contestación de la demanda en donde se dispone que el demandado al igual que el demandante deberá incorporar en su primera intervención los documentos probatorios en los que fundamente sus excepciones; 288 Inc. segundo que se refiere al momento oportuno de aportar los documentos probatorios; 313 que manifiesta en el numeral 1° que uno de los objetos de la prueba serán las afirmaciones expresadas por las partes; y 459 y 465 del juicio ejecutivo que se refieren a la acreditación del derecho incorporado en el título ejecutivo y a los medios probatorios que acrediten la oposición.

2.3.2. CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA.

Los diversos autores se refieren indistintamente a los términos carga de la prueba, obligación de la prueba e incluso deber de la prueba sin tener en cuenta que se trata de conceptos, teniendo presentes estas ideas, en los siguientes párrafos se va a establecer un concepto adecuado de lo que es la carga de la prueba.

El proceso Mercantil se sujeta a las mismas reglas que el proceso civil, por tanto se afirma que este responde a la intervención de las partes y al ejercicio de los actos dispositivo que dependen de estas, en este sentido no cabe la posibilidad de hablar de un proceso civil o mercantil si no existe la interposición de una demanda, o si una vez interpuesta pero con informalidades no podrá continuar el proceso, si el demandante no subsana la informalidad, de igual forma no puede hablarse de valoración de la prueba si no existió aportación de esta en el proceso.

Según la idea anterior, si la parte interesada no inició la actividad jurisdiccional, no impulso el procedimiento, no apporto pruebas; sufrirá perjuicio en su propio interés como consecuencia de restricciones impuestas por su misma actividad o inactividad.

Manteniendo esta línea algunos autores conciben la carga de la prueba como un derecho o un deber procesal, los primeros en tanto ven en la prueba una facultad que puede concretarse o no; y los segundos en tanto ven en la prueba un deber impuesto por la ley o el juez y cuyo cumplimiento resulta ser imperativo.

Es cierto que en ocasiones la prueba puede tornarse una facultad, como la de contestar o no la demanda, proponer o no prueba; en otras ocasiones adopta la imperatividad de un deber, tal es el caso del artículo 336 C. Pr. C. y M. que se refiere a la obligación de exhibir documentos, por lo que se afirma que ambas concepciones de carga de la prueba resultan ser erróneas.

Tampoco puede definirse la carga de la prueba como una obligación procesal, ya que estas son imperativos de conducta impuestos en el interés de un tercero, cuyo cumplimiento podrá ser exigido por este tal es el caso contenido en el artículo 262 C. Pr. C. y M.

Es necesario entonces concretizar que debe entenderse por carga de la prueba, para esto se tendrán presentes las ideas de Micheli, para quien la carga se establece cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero el sujeto será libre de realizar la conducta en la forma que crea conveniente.

La carga de la prueba es una aplicación específica del principio general de la carga procesal, según la cual un sujeto procesal es requerido por la ley para que facultativamente incorpore al proceso los medios probatorios que fundamentan su pretensión y cuya omisión conlleva un agravio para el propio sujeto.

2.4. OBJETO Y TEMA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO MERCANTIL.

Tal como sucede con el objeto de las obligaciones que responde a la pregunta **¿Qué se debe?**, aquí el enunciado también es la respuesta a una interrogante de doble formulación: **¿qué puedo probar y qué debe probarse en un proceso determinado?** Desde el primer punto de vista, objeto en su acepción genérica, se entiende lo que se puede probar en general; los hechos susceptibles de ser demostrados independientemente de las particularidades de cada proceso o también *“todo aquello que es posible de comprobación ante el Órgano del Estado, para los fines del proceso en general”*.

Desde un segundo punto de vista objeto en su acepción procesal específica o tema probandum, se alude a una categoría de realidades más restringidas que en el anterior; *“Las que son susceptibles de ser probadas en un proceso concreto”*; esto es, los hechos sobre los cuales se circunscribe el litigio o la cuestión voluntaria planteada. Responde así esta noción de tema o necesidad a la pregunta hecha inicialmente, puesto que en cada proceso deben acreditarse ciertos hechos que al coincidir con la hipótesis contemplada en la norma imponen la aplicación de ésta por el juez; o, en otras palabras, todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas que no está exento de prueba por la ley.

Expuesto el tema en la forma descrita se entiende no solo la estructura misma de la sentencia, sino también la íntima relación que existe entre ésta y el objeto de la prueba, ya que la decisión definitiva, que es el resultado de una operación lógico-compleja, consiste en comprobar en qué medida el respectivo hecho planteado en la litis corresponde a la hipótesis configurada en la ley aplicable.

En otras palabras, después de referirse en párrafos previos a que es prueba, corresponde contestar puntualmente a la interrogante ¿Qué es lo que se debe probar? Hay que determinar el destino que al que debe orientarse dicha prueba.

En la anterior legislación los artículos 514 y 521 C. Pr. C., se refiere a los juicios de mero derecho y de hecho, distinguiéndose ambos que los segundos dan lugar a prueba y las primeras no. Al respecto dice **Hugo Alsina** que el objeto de la prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende.

Lo anterior permite establecer primero un principio sobre el objeto de la prueba en el sentido que el derecho no es objeto de prueba, solo lo es el hecho o el conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

En cuanto al derecho hay dos principios generales, el primero, que dice que el derecho no se prueba y el segundo que consagra la presunción del conocimiento del derecho, trayendo como consecuencia la obligatoriedad de la aplicación de la norma jurídica, en otras palabras nadie puede alegar ignorancia de la ley. Toda regla general tiene sus excepciones, siendo una de ellas la que encontramos en el código de comercio, en aquellos casos en los que la costumbre es fuente de derecho, donde si la costumbre es constitutiva de derecho, al ser discutida, tendría que ser objeto de prueba. También encontramos otra excepción en relación al derecho extranjero, ya que al ser controvertido y ante la poca accesibilidad que puede tener el Juez, se concluye que la ley extranjera puede ser objeto de prueba, tal como lo señala el Art. 239 C. Pr. C. al decir: “El que apoye su derecho en leyes extranjeras, debe comprobar su existencia en forma auténtica.”

Se ha establecido como regla general que el derecho no se prueba, que solo los hechos son objeto de prueba, principio al que se refiere el Art. 241 C. Pr. C.

2.4.1 TEMA DE LA PRUEBA.

Conviene definir lo que se entiende por hecho: “*consiste en todo acontecimiento capaz de producir la adquisición, modificación, transformación o extinción de los derechos u obligaciones*”. Partiendo de dicha definición se clasifican los hechos en constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.

Los hechos pueden provenir del hombre, de la naturaleza y aún ser creados por abstracción, como la muerte por presunción de fallecimiento.

Según las ideas anteriores, el objeto de la prueba son los hechos que pueden ser probados, referidos estos hechos como aquellas realidades abstractas, que en determinado momento pueden ser demostradas por los medios idóneos; el hablar de tema de la prueba reduce drásticamente el rango de los hechos que pueden probarse, nos referimos en este apartado a hechos concretos, alegados por cada una de las partes en un proceso.

Para **Escribano Mora**, *“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 refiriéndolos 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”*.

No obstante decir que los hechos son objeto de prueba, esta regla tiene sus excepciones; por ejemplo, el Juez al dictar sentencia debe fundarla en los hechos controvertidos y probados; de ahí que los hechos no impugnados no requieren procedimiento probatorio. También, el Art. 230 C. Pr. C., señalaba otra excepción ya que dice: “Si el reo en su contestación confiesa clara y positivamente la demanda, se terminará por ella la causa principal, sin necesidad de otra prueba ni tramite.”; o sea, los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y de la prueba, en aplicación al principio de economía procesal; es a estas excepciones a las que se orienta el estudio del siguiente tema.

2.5 FIN DE LA PRUEBA EN EL DERECHO MERCANTIL.

El desarrollo de la actividad probatoria no cumple solo actividades procesales sino además funciones extraprocesales relacionadas con la seguridad de las situaciones jurídicas, la mayor comercialidad de los derechos enajenables y la prevención de los litigios, y aparte de ellos busca desempeñar esenciales cometidos dentro del proceso, entre los cuales se destaca primordialmente el que toca su fin.

La problemática del fin de la prueba, dados los sujetos del proceso, puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que la aporta o del juez que la califica o aprecia. Por el primer aspecto, se afirma que las partes buscan convencer al juez de una realidad fáctica para así lograr de éste el reconocimiento del derecho pretendido. Es decir, que buscan vencer a su opositora en la lucha judicial. Por el otro lado, se sostiene que las pruebas le sirven al juez para obtener certeza que sobre la existencia de los hechos planteados precisa para decidir; o, en otros términos según **EHCHANDIA**, que *“mediante ellas trata de convencerse de una realidad procesal o de una verdad para hacer la declaración correspondiente”*.

El primer enfoque carece de interés en esta oportunidad, ya que él se reduce a contemplar fines personales que pueden ser torcidos o desvirtuados por las partes en su propio provecho, y no representa el fin que le corresponde por si misma a la prueba, según su naturaleza y función procesales.

En lo que dice relación al segundo aspecto, la doctrina se encuentra orientada hacia diferentes direcciones, las cuales pueden reducirse fundamentalmente a dos:

- a. El fin de la prueba es la verdad.
- b. El fin de la prueba es el convencimiento del juez o su certeza sobre la existencia de los hechos que interesan en el proceso.

2.6 EXCEPCION DE PRUEBA.

Es conocida la expresión *“toda regla general tiene una excepción”*, proverbio al que no se escapa el presente tema de estudio; es así, que según se detallo en los

párrafos anteriores, los hechos y circunstancias que fundamentan una afirmación deben ser probados, aquí la regla general, sin embargo existen ciertas circunstancias especiales que ya sea por su celebridad o por prohibición, no deben incluirse como objetos a demostrar dentro del proceso.

Se procede en los siguientes párrafos a estudiar aquellos hechos que no obstante forman parte dentro del proceso, quedan excluidos de la regla general de la carga de la prueba, el presente tema representa uno de los pilares fundamentales de la teoría de la prueba en sentido general; por lo que el Derecho Mercantil no es ajeno a su estudio por las razones que en su oportunidad se incorporaran al texto del presente trabajo.

Para **Fernando Escribano Mora** al tratar este tema lo separa en dos tipos de hechos, los primeros, aquellos que han sido afirmados por ambas partes y los segundos, aquellos que habiendo sido afirmado por una de las partes es reconocido por la otra; sin embargo el estudio llevado a cabo permite determinar otra clase de hechos y de elementos que se encuentran fuera de los límites del objeto de la prueba, estos son aquellos hechos que en el desarrollo de las relaciones humanas se presentan de forma evidente e irrefutable, es decir lo que los autores denominan hechos notorios; asimismo se encuentra en los diferentes libros de Derecho Procesal que son exentos de prueba, las presunciones legales y la ley misma.

A continuación se detallan cada uno de los hechos y elementos excluidos del objeto probatorio, a través de un estudio que permita conocerlos e identificarlos.

2.6.1 HECHOS ADMITIDOS.

No se va a llevar a cabo un análisis de las denominaciones con que se les pueda advertir en los diferentes libros, pues no es el objetivo del presente estudio, únicamente se hará la diferencia que por su amplitud implica con la denominación, *hechos no controvertidos*, que en un sentido estricto se refiere a aquellos hechos que no forman parte del litigio, o que habiendo sido introducidos al mismo por una de las partes, no han sido refutadas por la otra.

Es diferente el utilizar el término hechos admitidos, que contempla la idea de una afirmación bilateral (de ambas partes), que por lo tal resulta innecesario aportar prueba

que verifique la existencia del hecho, idea que comparte la Sala de los Civil al excluir esta clase de hechos del objeto de la prueba.

Se trata de la una manifestación del principio de economía procesal que rige el proceso mercantil, el aportar pruebas sobre un hecho que ya fue afirmado por las dos partes resulta innecesario y desgastante, por lo tanto el juzgador mercantil no podrá admitir aquella prueba ofrecida que recaiga sobre estos hechos admitidos, pues según el artículo 319 C. Pr. C. y M., no serán admisibles aquellas pruebas que resulten superfluas para comprobar los hechos controvertidos.

Es así que el hecho que es admitido, queda excluido del tema de la prueba; sin embargo según manifiesta **Devis Echandía**, se trata en este caso de la producción de un medio de prueba anticipado como resultaría ser la confesión; en el caso del proceso mercantil salvadoreño, el medio probatorio de la confesión ha desaparecido con la vigencia del C. Pr. C. y M., por lo tanto no puede hablarse de un medio de prueba propiamente dicho.

Existe un problema pues el C. Pr. C. y M., no es claro al momento de determinar que hechos se van a tener como admitidos, ni desde que instante procesal quedaran excluidos del tema de la prueba; al no existir en el texto de este código la confesión como medio de prueba es difícil determinar la forma de llevar a cabo la admisión de los hechos.

Para que un hecho pueda tenerse como admitido, es necesario que concurren las siguientes situaciones: primero, que un hecho sea afirmado por una de las partes, lo cual se realiza normalmente en la presentación de la demanda y la reconvención; y segundo, que exista un pronunciamiento en sentido afirmativo por la parte contraria, lo que se debe suceder al momento de contestar la demanda o la reconvención de esta.

Estos hechos quedaran excluidos de prueba a partir de la celebración de la audiencia preparatoria; pues es aquí en donde se determina el tema de la prueba, es la oportunidad que tienen las partes de fijar con claridad su pretensiones y ofrecer la prueba pertinente, pero también es la oportunidad para delimitar los hechos a probar.

2.6.2 HECHOS NOTORIOS Y EVIDENTES.

Los hechos notorios no requieren ser probados, así lo establece la doctrina y la legislación, si atendemos al concepto común de hecho notorio, resulta fácil y evidente excluir esta clase de hechos del tema de la prueba; sin embargo, como se observará en los párrafos siguientes, esta afirmación resulta no ser tan sencilla como a primera vista parece.

La primera de las consideraciones que deben tenerse en cuenta es que, si tal es la afirmación, los hechos notorios no requieren ser probados, eso no quiere decir que no deben ser alegados por la parte interesada, la carga de afirmar los hechos base de las pretensiones es (al hablar sobre la carga de la prueba), una necesidad propia de quien debe alegarla pues su omisión puede generar una resolución contraria a sus intereses.

El juez hace de su conocimiento los hechos sobre los que debe fallar solo mediante el acto dispositivo de las partes ya sea la demanda, la contestación de la demanda o la reconvencción, y no puede como ya se estudio, aplicar sus conocimientos privados para suplir las omisiones de hecho de las partes.

Como parte del principio de contradicción del proceso mercantil, el hecho notorio debe ser alegado, no solo para el conocimiento del juez; sino para que la parte contraria, lo discuta o si sostiene que a pesar de ser un hecho notorio es éste equivocado.

La segunda de las consideraciones y la que en la práctica presenta mayor grado de complejidad, es determinar cuando un hecho resulta ser notorio, para lo que la doctrina ha proveído de algunas definiciones de lo que debe de entenderse como hecho notorio.

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

De la idea anterior se concibe que sean cuatro los elementos que debe reunir un hecho para ser considerado como notorio:

Primero: ser conocido por una colectividad;

Segundo: que el conocimiento del hecho sea posible a través de medios que se encuentren al alcance de la generalidad;

Tercero: que el conocimiento del hecho sea posible fuera del proceso;

Cuarto: que exista una certeza generalizada de su existencia.

Teniendo en cuenta estos elementos es posible establecer una aproximación conceptual del hecho notorio, el cual se define como un acto, una acción, un suceso o un acontecimiento cuya concurrencia es del conocimiento de la generalidad, no necesariamente de la universalidad, sin ser necesario para hacerlo propio, más que la posibilidad de acceder a los medios comunes de la comunicación.

El Art. 314 del C. Pr. C. y M., es el que determina las excepciones de la prueba y en su texto efectivamente encontramos los hechos notorios; pero además se establecen como exentos de prueba los hechos evidentes, lo cual genera la necesidad de distinguir unos de los otros.

La doctrina proporciona diversas definiciones de hecho notorio, sin que esto facilite la posibilidad de distinguirlo con el hecho evidente, y con la intención de esclarecer de forma puntual dicha confusión, no se va a llevar a cabo un estudio comparativo entre ambas figuras, simplemente nos limitaremos a expresar la diferencia concreta que existe entre ellas; pues según palabras de Calamandrei citadas por Arazi esta discusión acaso puede interesar a un lingüista.

El conocimiento sobre un hecho notorio se obtiene, según se menciona, mediante la interacción de las personas con los medios comunicativos más elementales, como la prensa, la televisión, la práctica social, entre algunos hechos considerados notorios de relevancia para el derecho mercantil se mencionan: la situación de liquidez por la que atraviesan en determinado momento las instituciones financiera y la revalorización de los créditos; el conocimiento de un hecho evidente se obtiene mediante los sentidos humanos, es decir se percibe por medio de el olfato, el tacto, la vista, el gusto; así pueden mencionarse como ejemplos de hechos notorios:

que la luz del día favorece la visión de las cosas, que un helado de crema se derrite si se expone al calor.

2.6.3 PRESUNCIONES LEGALES.

Las presunciones legales a diferencia de los hechos notorios y los afirmados por ambas partes, se encuentran prescritos por la ley y no se sujetan a la voluntad de las partes en cuanto a comprobar su existencia, por tratarse de la consecuencia o efecto que la misma ley ha establecido como resultado de la ejecución de una acción u omisión.

Según lo anterior, la presunción lejos de ser un hecho acreditable por las partes, es la consecuencia según lo expresa **ARAZI** de una “deducción lógica” realizada por el legislador, quien teniendo como punto de partida un hecho conocido concluye en la existencia de un hecho desconocido, en que debe tenerse como acreditado dentro del proceso judicial.

De acuerdo con las ideas anteriores, ha de entenderse por una presunción legal la deducción lógica hecha por el legislador teniendo por cierto un hecho a partir de la existencia de otro, según puede observarse en este caso la presunción nace del creador de la ley; sin embargo existe ocasiones en las que la presunción nace del juez, tratándose de las presunciones judiciales, en este caso se trata más de la deducción resultante de la valoración de las pruebas lo que habilita a las partes a probar lo contrario o en el caso a la interposición de los recursos pertinentes.

Estas Presunciones Legales doctrinariamente se clasifican en dos grupos, las denominadas Presunciones “*uris et de iure*” o de Derecho, y las Presunciones “*iure tantum*” o de hecho. Las Presunciones “*uris et de iure*” no admiten prueba en contrario; es decir no es posible refutarlas haciendo uso de medios probatorios como ejemplo de este tipo de presunciones se encuentra lo establecido por el Código Civil en el Art. 74 que se refiere a la presunción de la concepción, la cual se colige de la fecha de nacimiento.

Mientras que las Presunciones “*iure tantum*” generan la inversión de la carga de la prueba y permiten que la parte que se ve afectada pueda utilizar los medios probatorios que crea conveniente para probar lo contrario, esto es así porque las

Presunciones no son medios probatorios en sí de acuerdo con lo manifestado por la Sala de lo Civil, lo que permite a las partes rebatirlas, un ejemplo de este tipo de presunción es el Art. 79 del Código Civil, el que se refiere a la presunción de muerte de las personas.

De tal manera se concluye que las presunciones legales se excluyen de prueba siempre que se trate de Presunciones *“iuris et de iure”* o de Derecho; mientras que tratándose de Presunciones *“iure tantum”* o de hecho, pueden ser rebatidas haciendo uso de los medios probatorios pertinentes.

2.7 PRINCIPIOS DE LA PRUEBA.

Se entiende por principios procesales, *“aquellas reglas mínimas a las que debe sujetarse un proceso judicial para ser debido proceso”*. Estas reglas mínimas aseguran el derecho de defensa de las partes.

Por su parte el procesalista español **Vicente Gimeno Sendra**, sostiene que los principios del procedimiento rigen la forma de la actuación procesal, determinan la índole de relación entre las partes y el órgano jurisdiccional, aquellos entre sí, y todos los sujetos procesales con la sociedad e informan la sucesión temporal de los actos procesales, entre ellos los relativos a la forma de los actos procesales.

Los principios del proceso mercantil, deben ser analizados, más que desde una simple perspectiva que informan a una legislación secundaria; debido a que dichos principios deben ser expuestos e incorporados a la misma, bajo la premisa de la normativa constitucional.

Lo anterior, significa que los principios procesales se desprenden de los derechos fundamentales, como garantías mínimas de carácter procesal que pueden ser exigidas por los habitantes de la república, y deben ser respetadas y cumplidas por la autoridad jurisdiccional. Por ello se afirma que los principios inspiradores del proceso civil han de deducirse y apreciarse hoy en día desde la óptica de la regulación constitucional.

A continuación se desarrollan brevemente algunos comentarios referidos a los principios que incorpora el C. Pr. C. y M., realizando un breve esbozo sobre lo que la antigua legislación contenía respecto de estos mismos (de los que incorporaba porque es sabido que algunos son nuevos), algunos de estos por ser innovadores, conllevan un progreso en la función Judicial y en la aplicación de las normas que la contemporánea Legislación establece, es de capital importancia referirnos a ellos, debido a lo cual se procede a explicarlos.

2.7.1 PRINCIPIO DE APORTACION.

El artículo 7 del C. Pr. C. y M., incorpora este principio en virtud del cual la actividad probatoria debe recaer sobre los hechos afirmados por las partes, es decir aquellos hechos que son controvertidos. Asimismo éste artículo dispone que la prueba debe ser aportada exclusivamente por las partes o terceros, excluyendo de esta posibilidad al juez.

Se concluye que el principio en cuestión tiene una doble visión: la primera referida a la pertinencia de la prueba, ya que según este principio la prueba deberá recaer únicamente sobre los hechos controvertidos teniendo como impertinente y por lo tanto excluida de la valoración del juez, aquella prueba que no verse sobre los hechos controvertidos.

La segunda relacionada con la carga de la prueba, que ya se estudio en capítulos anteriores, en virtud de la cual la prueba para que sea válida debe de ser aportada únicamente por las partes o los terceros, excluyendo de esta manera la prueba practicada por el juez de forma oficiosa; aunque según se verá esta verdad no es absoluta.

2.7.1.1 PRUEBA DE OFICIO Y DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER.

Debe entenderse que los obligados a aportar las pruebas que respalden sus afirmaciones en el proceso mercantil son las partes, según se ha estudiado en el sub capítulo anterior, siendo así que el juez no puede ordenar la práctica de una prueba distinta a las propuestas por cada una de ellas (Art. 321 C. Pr. C. y M).

En el proceso mercantil están prohibidas las pruebas de oficio; es decir aquellas que son ordenadas por el juzgador, propias de los sistemas inquisitivos, sin embargo de

aquella prueba que ya fue incorporada al proceso con las formalidades legales, el juez puede ordenar que se practiquen diligencias que le permitan aclarar algún punto oscuro sobre la prueba practicada. Por ejemplo cuando un de las partes ha propuesto como prueba un libro en el que constan los registros contables de una sociedad, el juez puede solicitar la comparecencia de una persona idónea, que lo instruya sobre las cantidades reflejadas en el libro; o si se presentare un dictamen pericial, como sucede en los juicios de seguros, si para el juez dentro el dictamen o parte de él no fuere claro, puede solicitar la comparecencia de un perito, esto dentro del término probatorio.

En tal sentido no hay que confundir ambos términos la prueba oficiosa y las diligencia para mejor proveer, en la primera el juez es quien por iniciativa propia procede a la práctica de la prueba el mejor ejemplo es el proceso laboral (Art. 398 Código de trabajo); mientras que en el segundo de los casos el juez únicamente puede hacer uso de la prueba propuesta para aclarar conceptos oscuros que le faciliten la labor de emitir el fallo; tal es el caso de los artículos 347 y 369 ambos del C. Pr. C. y M.

Con excepción del reconocimiento judicial que en esencia no resulta ser más que el examen de elementos que por su relación con el objeto del proceso son imprescindibles para dictar sentencia, el juez mercantil no puede ordenar otro tipo de prueba oficiosa.

2.7.2 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

Este principio tiene íntima relación con el de inmediación, ya que parte de la idea que las partes deben conocer, intervenir en la práctica de los diferentes medios probatorios, pudiendo objetarla, respetando los términos que la ley establece.

La publicidad es la esencia del sistema Democrático de gobierno, y además constituye según **Eduardo Couture**, el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre los jueces y litigantes. Este principio se origina en el precepto constitucional contenido en el Art. 18, que en lo pertinente indica que *“Toda persona tiene derecho a que se le haga saber lo resuelto”*.

También, de acuerdo al principio de publicidad, el examen y las conclusiones del Juez sobre las pruebas en el obsoleto C. Pr. C, debían ser conocidas por las partes, relacionándose con el principio que exige la intervención de las sentencias. En el mismo

término se pronunciaban, los artículos 427 Ord. 3º y 428 C. Pr. C. al decir: *“En la redacción de las sentencias definitivas de primera o única instancia se observarán las reglas siguientes: en las consideraciones estimará el valor de las pruebas, fijando los principios en que descanse para admitir o desechar aquellos cuya calificación deja la ley a su juicio...”* *“Las sentencias definitivas de los tribunales superiores... relacionan brevemente y a fondo las pruebas presentadas y convincentes en la instancia”*.

Actualmente Previsto en el Art. 9 del C. Pr. C. y M., este principio surgió en contraposición al Principio de Escrituralidad en tanto la Publicidad da seguridad frente a la Administración de Justicia del Tribunal para evitar algún tipo de manipulación, además de que sirve como Publicidad ante la comunidad. Dicho principio tiene dos versiones: **Interna y Externa**.

Los actos procesales deben ser notificados a las partes sin que puedan existir inconvenientes, para que se manifieste la publicidad interna y se le haga saber lo resuelto al interesado.

Atendiendo a la **Publicidad Interna** las partes que intervienen en el proceso, deben ser informados de todos los actos procesales que realicen entre ellos, es decir, que si la parte demandante presenta la contestación de la demanda, las autoridades judiciales deben notificar a la parte actora sobre dicho acto, de no hacerlo se incurre en la violación del Principio de Oralidad, mediante el mismo Principio de Publicidad, en resumen exige la necesidad de la existencia de vías de notificación y comunicación de los actos procesales y fijación de los sujetos que sean receptores de la notificación y comunicación.

Desde el punto de vista **Externo**: la publicidad exige que cualquier persona pueda presenciar las vistas o actuaciones verbales efectuadas por los Juzgados y Tribunales. Sobre este aspecto, la Constitución de El Salvador alude a la publicidad Externa, al "Juicio Público", en el artículo 12, al referirse a los juicios penales, debiendo de entenderse que no existe ningún elemento impeditivo para entender dicho principio constitucional al proceso mercantil.

Este principio está en íntima relación con el de oralidad y más que a las partes, se refiere al resto de la comunidad social interesada en conocer el funcionamiento de la

justicia. La Publicidad es la esencia del sistema democrático de gobierno y además constituye según Couture *“el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre los jueces y litigantes”*.

El proceso mercantil se encuentra dirigido por intereses, de las partes en su mayoría y de terceros en otras ocasiones, quienes buscan satisfacerlos a través de obtener una sentencia estimatoria o desestimatoria según el caso; para lo cual necesitan hacer uso de los medios que la ley les otorga.

En ese sentido los sujetos procesales afirman hechos y presentan pruebas que los respaldan, en contraposición a estos, hay un sujeto que niega esos hechos y refuta la prueba presentada para lo cual necesita conocerla, poder analizarla, participar en su producción lo que es posible con este principio.

Pero la publicidad de la prueba no se limita en poner a disposición del demandante y del demandado los elementos probatorios, trasciende a la esfera de los terceros que sin participar en el proceso sean afectados por la sentencia, quienes en ese momento adquieren el carácter de partes según el Art. 58 C. Pr. C. y M.

Es decir que la publicidad de la prueba implica que las conclusiones del juez deben ser conocidas por las partes y estar a la disposición de cualquier interesado, así se encuentra en el Art. 224 C. Pr. C. y M; manifestándose de esta manera la doble finalidad del principio.

En atención a lo expresado en los párrafos anteriores se puede afirmar que el principio de publicidad de la prueba consiste en poner a disposición de las partes y de quien pueda tener interés en ellas, las pruebas aportadas al proceso y las valoraciones hechas por el juez consignadas en la sentencia.

2.7.3 PROHIBICION DE APLICACIÓN DE CONOCIMIENTOS PRIVADOS DEL JUEZ.

La mayoría de autores que tratan este tema lo hacen como parte del principio de necesidad de la prueba, según el cual los hechos controvertidos en el proceso necesariamente deben de ser demostrados mediante prueba incorporada al proceso

por las partes; pues esta afirmación se complementa con la premisa de prohibir al juez aplicar conocimientos privados en el litigio.

Este principio tiene su origen en la frase *“el juez puede suplir las omisiones de derecho mas no las de hecho”*, que abarca más que las alegaciones fácticas de las partes, extendiéndose al ámbito procedimental lo que quiere decir que si las partes no incorporaron la prueba pertinente para acreditar un hecho, el juez no podrá tenerlo por acreditado aunque él conozca su veracidad, si ese conocimiento fue adquirido fuera del proceso, al respecto la Sala de lo Civil ha establecido que el Juez no puede tener por probados hechos que no han sido establecidos por las partes en el proceso.

Si se trata de un hecho notorio el juez si puede tenerlo como acreditado pero no porque el juez lo conozca privadamente; sino porque pertenece al conocimiento público y según se menciono anteriormente es la misma ley la que excluye de prueba estos hechos teniéndolos por ciertos.

Debe concluirse en virtud de este principio que la prueba resulta ser necesaria para acreditarle al juez la concurrencia de un evento aunque este evento sea del conocimiento previo del mismo. La importancia de este principio radica en la motivación de la sentencia en donde se debe razonar sobre los hechos que fueron probados y los que lo fueron haciendo una clara relación entre las pretensiones y la prueba aportada por las partes.

2.7.4 PRINCIPIO DE NECESIDAD.

El proceso mercantil no se inicia si no es a partir de la presentación de una demanda, que contiene una o varias pretensiones; estas pretensiones para que puedan gozar de la protección jurisdiccional deben de tener un fundamento legal, sin el cual la demanda seria improponible (277 C. Pr. C. y M); pero además del fundamento legal, la pretensión debe de tener un fundamento material, factico, de hecho o cualquier otra denominación que pueda dársele, que se manifiesta en las alegaciones de las partes.

Estos hechos que sirven de fundamento para las pretensiones, según se ha repetido, deben de ser acreditados ante la figura del juez, para lo cual las partes han de hacer uso de aquellas herramientas jurídicas que les permitan este cometido; en este

contexto se utiliza el término necesidad como aquello de lo cual no puede prescindirse, a lo cual no puede faltarse.

Pero **¿Por qué razón no puede prescindirse de la prueba?**, la respuesta resulta de la redacción del inciso cuarto del artículo 217 del Código Procesal Civil y Mercantil referido a la motivación de la sentencia, relacionado con la prohibición del juez de aplicar conocimientos privados.

En atención a las ideas anteriores se afirma que la prueba es necesaria para la demostración de los hechos en el proceso, ya que el juez tiene prohibido aplicar su conocimiento privativo para fundamentar su fallo, su decisión debe basarse únicamente en las pruebas que fueron legalmente incorporadas en el proceso.

En ese sentido la Sala de lo Civil en repetidas ocasiones ha considerado que no es posible atribuir error de los tribunales Ad-quem al momento de valorar la prueba el hecho de no tener por acreditados los argumentos facticos en que las partes fundamentan sus pretensiones, cuando la prueba aportada es insuficiente.

2.7.5 PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Etimológicamente: *“Prueba es procedente del latín, en el que PROBATIO, PROBATIONIS, así como el verbo correspondiente, PROBO, PROBAS, PROBARE vienen de PROBUS, que quiere decir bueno, correcto, recto, honrado; o sea, lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico; probar significa verificar o demostrar autenticidad”.*

En el proceso intelectual de la prueba, no puede faltar la idea de que se necesita obtener la verdad dentro del proceso, y para ello es necesario cumplir con todos los requisitos de fondo y de forma que la ley prescribe a continuación se detalla uno de los principios más necesarios en esta actividad.

El Art. 3 del C. Pr. C. y M., menciona que *“Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de este código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal.*

Las formalidades previstas son imperativas. Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida.”

Consiste el principio de legalidad en que todo proceso deberá tramitarse ante juez competente o juez natural y la prohibición hacia las partes de disponer las normas procesales del Código.

El principio de legalidad o imperio de la ley es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de los hombres (ej. el Estado sometido a la constitución). Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

El principio de legalidad: es la regla de oro del Derecho Público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

En íntima conexión con este principio la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo.

Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja doctrina liberal de la separación de poderes.

El principio de legalidad implica, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas, los reglamentos.

2.7.6 PRINCIPIO DE UNIDAD.

Se trata de un principio de suma importancia en cuanto al resultado de la Valoración que el Juez hace los medios de prueba que le han sido presentados, así lo considera la Sala de lo Civil.

2.7.6.1 CONCEPTO.

El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. Mediante dicha declaración viene a restablecer la norma fundamental el principio de la “*Unidad Jurisdiccional*”, al cual se opone la creación de las Jurisdicciones especiales, característica esencial de las sociedades estamentales o corporativas, que sustentaban el Antiguo Régimen y el anterior Estado Autocrático.

Una Jurisdicción está informada por el susodicho principio de unidad cuando la potestad jurisdiccional es encomendada exclusivamente a los Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial, estándoles expresamente vedado cualesquiera otros órdenes de funcionarios el ejercicio de aquella potestad.

La Instauración de tales órdenes de funcionarios con funciones juzgadoras conformaría un supuesto de Jurisdicción Especial. Las jurisdicciones especiales se caracterizan y diferencian de los tribunales ordinarios por la concurrencia en ellas de dos notas esenciales: desde un punto de vista formal no se rigen por las disposiciones de la Ley Orgánica Judicial, ni forman parte del Poder Judicial, y sobre todo, desde el material, *carecen de independencia* frente a los demás poderes del Estado y, de modo especial, frente al Ejecutivo, es decir, aun cuando en una jurisdicción especial concurra la nota objetiva de la Jurisdicción, es decir, la “cosa juzgada”, le viene a faltar la subjetiva “*la independencia y sumisión a la Ley*”. Por tal razón (porque el tercero que ha de dirimir el conflicto, carece de independencia), las actuaciones que ante ellas transcurren no pueden merecer la denominación de proceso, sino la de un mero procedimiento, expresión formal de una solución autocompositiva, se trata de un principio de suma importancia en cuanto al resultado de la Valoración que el Juez hace los medios de prueba que le han sido presentados, así lo considera la Sala de lo Civil.

2.7.6.2 EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE UNIDAD.

Es el mismo que el de la propia legitimación del oficio judicial: “La independencia y la sumisión a la Ley” de los Juzgadores y Tribunales. En la medida en que los Jueces y Magistrados, integrantes del Órgano Judicial, son los únicos Funcionarios Independientes, y sometidos a la Ley y al Derecho, tan sólo a ellos la sociedad les otorga la potestad jurisdiccional, excluyéndose, de este modo, la posibilidad de que el Órgano Ejecutivo pueda conferir a otros funcionarios el ejercicio de funciones juzgadoras con fuerza de cosa juzgada, pues de nada serviría la proclamación de la sumisión del Estado al imperio del Derecho y la exigencia democrática de que las Leyes promulgadas por el Parlamento hayan de ser imparcialmente aplicadas a los casos concretos, si aquella potestad pudiera ser sustraída del Poder Judicial y encomendada a los funcionarios mas sumisos al Órgano Ejecutivo.

De lo dicho se desprende que el principio de “unidad jurisdiccional” es, en general, consustancial a todo sistema democrático y que, por el contrario, su principio antitético, el de “*dispersión jurisdiccional*” o de proliferación de las “*jurisdicciones especiales*” constituye, como se ha dicho, una característica de los Estados autocráticos. Sin embargo tal principio es inherente a todo Estado de Derecho solo en la medida en que, como se ha reiterado, los Jueces y Magistrados son los únicos titulares de la potestad jurisdiccional “*Independientes, responsables y sometidos al imperio de la Ley*”.

Ahora bien, si la independencia judicial es potenciada en un sistema democrático determinado a través de la instauración del sistema de *autogobierno*, el principio de “*Unidad Jurisdiccional*” pasa a convertirse, con carácter absoluto, en consustancial de dicho sistema, ya que la instauración de otros Tribunales, no encuadrables en el Órgano Judicial, produciría también la exclusión de aquél régimen de gobierno y la coexistencia de Tribunales absolutamente independientes con otros dependientes funcionalmente al menos, del Órgano Ejecutivo.

2.7.7 PRINCIPIO DE COMUNIDAD.

Una vez propuesta la prueba pasa a ser parte del proceso⁸⁷, dejan en este caso de poseerse derechos de propiedad sobre la prueba y los elementos probatorios sirven para determinar la existencia de los hechos a que se refieren, no importando si resulta un beneficio para quien los propuso o para la contraria.

Existen entonces dos aspectos, el primero el que se refiere a la propiedad material de los elementos probatorios, de la cual se pierden los derechos una vez incorporados al proceso (Según la Honorable Sala de lo Civil la prueba deja de ser propiedad de las partes para incorporarse al proceso); y el segundo el que se refiere al resultado que produzca la práctica de la prueba, del que no puede pretenderse una valoración parcial a favor de quien la propuso.

La importancia que resulta para el proceso mercantil de este principio es la imposibilidad que se dispone a las partes de desistir de la prueba practicada.

2.7.8 PRINCIPIO LA INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA.

Se trata de un principio rector del proceso en general pero cuya importancia se manifiesta en la etapa probatoria de este, y tiene su fundamento en la idea de conferir la dirección del debate a un tercero ajeno al pleito, según se expone a continuación.

Por medio de este principio se procura que el Juez o tribunal tenga una permanente e íntima vinculación con los sujetos, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias.

Se orienta a una cercana comunicación: entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar; y los medios de prueba que se incorporen al proceso. De ahí que la inmediación pueda ser **subjetiva, objetiva y de actividad**. Significa que el juez debe encontrarse en un estado de inmediación o relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo las que se encuentran bajo su inmediata acción, como inspección ocular.

Este principio tiene mejor aplicación en los procesos verbales, porque el Juez interviene directamente en las audiencias de prueba, en cambio en los procesos escritos se autorizaba su aplicación en el sentido que las distintas disposiciones legales regulaban a quien corresponde la carga de la prueba, momento de aportación y valoración, pero en ningún momento se legislaba en cuanto a la participación del Juez al momento de recibirse, a la relación directa que debe tener con los diferentes medios probatorios, para que pueda juzgar con certeza jurídica; solamente existía el Art. 242 C. Pr. C. que mencionaba que *“las pruebas se producirán ante el Juez de la causa”*.

Dentro del proceso existe un director, un sujeto encargado de encausar las actuaciones de las partes, evitando actos innecesarios, improcedentes procurando dar cumplimiento a los principios generales del proceso, como el de concentración y economía procesal, en las legislaciones de cada país esta dirección comprende distintas potestades y obligaciones, pero siempre han de recaer sobre un sujeto común denominado juez según lo manifiesta **Montero Aroca**.

Es en este marco que se desarrolla el principio de inmediación de la prueba, debiendo ser el juez quien convalide el procedimiento probatorio desde su admisión hasta su valoración; ya que según el espíritu de este principio la prueba es eficaz únicamente cuando ha sido el director del proceso quien ha participado en cada uno de los momentos probatorios, nos referimos a la admisión, producción y valoración.

Es la participación del juez como director del desarrollo de la prueba lo que impide que el proceso se constituya en un debate sin reglas y con la única intervención de sujetos en el ámbito privado.

El juez tiene una participación activa en el procedimiento probatorio, lo que le permite en el momento indicado tener una visión clara de las afirmaciones que fueron probadas y de las que no lo fueron y de esta manera valorar las pruebas no de forma aislada sino como la unidad que son.

En efecto la participación activa del juez le permite permanecer en relación directa con las partes procesales, con la prueba y más importante aun con el objeto del proceso, lo que le permite una apreciación general del proceso para un mejor proveer.

El principio adquiere relevancia en el proceso mercantil con la vigencia de la oralidad incorporada en el C. Pr. C. y M., en donde el juez interviene directamente en la audiencia probatoria según lo refiere el Art. 10 de ese código, en el mismo se señala que, el juez deberá presidir la celebración de audiencias, así como la práctica de los medios probatorios, protegiéndose a tal grado la inmediatez que en caso de delegación, es motivo de nulidad insubsanable.

Para la Sala de lo Civil el proceso de intermediación compone un elemento fundamental dentro del Proceso por lo que la actividad probatoria debe llevarse a cabo ante el Juez competente.

Esta regulación es necesaria y la inclusión del precepto es correcta, debido a que el juzgador mercantil, en todo caso debe estar inmerso en el juzgamiento, y esta mediatez jamás se logrará mediante la delegación de actuaciones propias del juez hacia otro empleado, lo que no es aceptable, bajo ninguna razón.

La única excepción a esta regla, se da *“cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma”* es lo que regula el Art. 10 C. Pr. C. y M.; y ese mismo artículo nos remite al Art. 140 y 141 del mismo cuerpo normativo, en el primero se regula lo referente al momento en que se deba practicar la diligencia probatoria fuera de la sede del Tribunal, pero dentro de la Jurisdicción del Juez, como señala el mismo enunciado, puede hacerse tal encargo siempre y cuando sea *“a fin de presenciar por sí la práctica de pruebas o la realización de un acto procesal”*.

El Art. 141 C. Pr. C. y M., nos relata lo relativo a las tan necesarias Comisiones Procesales, cuando estas deban de realizarse fuera de la circunscripción territorial al que extiende su competencia el Tribunal, éste puede solicitar la cooperación y auxilio de otro Tribunal.

Si dicha cooperación se requiriese, la solicitud de cooperación y auxilio se efectuará directamente, mediante oficio, sin órgano intermediario. Aún es más específica esta disposición debido a que aclara que el acto procesal puede encomendarse, si el mismo no causare riesgo a los fines del proceso, a la parte interesada para que ejecute dicho acto procesal, esta disposición definitivamente es novedosa y representa un verdadero logro, aunque como bien dispone el artículo, puede representar un verdadero atentado al proceso mismo.

El Art. 213 del C. Pr. C. y M., establece terminantemente la necesidad y la exigencia de presencia judicial en las declaraciones, actos de prueba, y comparecencias y vistas que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una

resolución, resolución que deberá ser dictada por el mismo juez o Magistrado que presenció las declaraciones o actos de prueba correspondiente, sancionándose la infracción de este deber con nulidad del acto judicial. Si no dicta la resolución el Juez o Magistrado que presenció la Práctica de Prueba o la Audiencia, se deberá repetir la Audiencia.

2.7.9 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN.

Se trata de otro principio de carácter general para el proceso que manifiesta su importancia en el régimen probatorio; en el sentido general se trata de acumular la mayor cantidad de actos procesales en una sola actuación. Aunque el C. Pr. C. y M., lo enuncia en el Art. 11 debe aclararse que no se trata de un principio novedoso por tanto no es necesariamente un beneficio de la oralidad, aun cuando se la vincule a la celeridad del proceso.

En el actual proceso, tanto civil como mercantil, cuando en éstos se procedía fundamentalmente con el sistema escrito, la aplicación del principio se presentaba principalmente en reunir toda la prueba en una misma etapa del proceso, esencialmente en la primera instancia; por ejemplo el Art. 242 C.Pr.C. prescribía que *“Las pruebas deben producirse en el término probatorio...”* o el Art. 1019 C. Pr. C.

Este principio significa que el Juez debe conocer el mayor número de hechos que se relacionan entre sí, en una sola audiencia, con lo que se procura una visión más completa de la litis. El Juez debe concentrar toda la actividad en un espacio de tiempo lo más pronto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso lo que la definición establece se contrapone al principio de eventualidad.

Esta es la cualidad opuesta a la dispersión de los actos procesales, está inspirada por la necesidad de que la actividad judicial y la de las partes no se distraigan con posible y perjudicial repercusión en la decisión de fondo para la que se ha requerido la actividad judicial.

El Art. 11 del C. Pr. C. y M., determina que *“los actos procesales se realizarán con la mayor proximidad temporal entre ellos, debiendo el juez, concentrar en una misma sesión todos los actos que sea posible realizar, asimismo, procurará decidir en*

una misma resolución todos los puntos pendientes...” la primera parte de esta disposición jurídica nos demuestra que es indispensable que se dicte en una sola resolución todos los actos que se hayan realizado, es menester aclarar que dicha normativa surge con el deseo de agilizar la toma de decisiones y la resolución total de los casos sometidos al conocimiento de determinada autoridad judicial, como es lógico la capacidad judicial se pone a prueba, dado que sujeta al juez a verificar la realización de las diligencias probatorias o de sustanciación del proceso con la mayor prontitud posible.

Se trata de otro principio de carácter general para el proceso que manifiesta su importancia en el régimen probatorio; en el sentido general se trata de acumular la mayor cantidad de actos procesales en una sola actuación. Aunque el C. Pr. C. y M., lo enuncia en el Art. 11 debe aclararse que no se trata de un principio novedoso por tanto no es necesariamente un beneficio de la oralidad, aun cuando se la vincule a la celeridad del proceso.

El principio de concentración de la prueba se refiere a reunir la mayor cantidad de actividad probatoria en el menor número de actuaciones procesales posibles, con el sistema probatorio anterior la actividad probatoria en el proceso mercantil se desarrollaba en periodos de tiempo que generalmente eran de ocho días, con la vigencia del C. Pr. C. y M., el desarrollo de la actividad probatoria se verifica en actos bien definidos la audiencia preparatoria para la proposición y la audiencia probatoria para su producción.

En efecto el C. Pr. C. y M., presenta la novedad de reunir la producción de la prueba en una sola audiencia, lo que le permite al juez de lo mercantil apreciar de mejor manera la prueba admitida, por lo que no es recomendable la práctica por partes ya que significaría peligro para la averiguación de la verdad.

Dentro de un Proceso en cuya valoración de la Prueba se rige por las reglas de la Sana Critica, resulta de un valor inapreciable la concentración de la actividad probatoria, pues según se menciona de ahí resulta una mejor apreciación de la Prueba lo que permite al juez llegar a la verdad real lo más cerca posible como lo es en materia Penal y hoy en el Proceso Mercantil.

2.7.10 PRINCIPIO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN.

Derivado de la garantía constitucional del Debido Proceso, este principio alcanza diversos ámbitos, entre ellos el derecho probatorio, en virtud del cual toda persona tiene derecho a conocer la prueba aportada por la parte que intenta una acción o excepción en su contra, para poder debatirla.

El C. Pr. C. y M., lo regula de forma general en el Artículo 4, relacionándolo de forma acertada con el derecho de defensa, ya que ambos la contradicción y la defensa son complementarios, según se tendrá la posibilidad de estudiar, y así lo ha considerado la Sala de lo Constitucional.

Es así, que debe entenderse que la contradicción se amplía además al ámbito de la bilateralidad de audiencia, en tanto que las partes tienen la posibilidad de participar en la producción de la prueba, así como de aportar sus alegatos contradiciendo los resultados de esta.

En virtud de este principio, el juez se encuentra vinculado a dar audiencia a ambas partes antes de decidir sobre cualquier aspecto que pueda generar perjuicio a alguna de ellas, derivado de la propuesta de un medio probatorio.

El motivo de esto es que en el ejercicio de la función jurisdiccional las decisiones no pueden tomarse atendiendo únicamente a aquello que una de las partes a logrado probar, sin oír la posición de contraria.

Según lo expresado, se identifican las características del principio de Contradicción, las que se expresan a continuación:

a. *La adquisición de Status de Parte.*

Una vez presente las partes dentro del proceso, por Principio de Contradicción se les confieren el Status Procesal de Partes para que con arreglo a su legitimación pueda hacer valer con eficacia sus respectivas pretensiones y defensas.

b. *El Derecho de la última Palabra.*

Esta característica se evidencia más en el Proceso Penal con la principal manifestación del Principio de Defensa de que nadie puede ser condenado sin ser

previamente oído y vencido en juicio. Pero el demandado o acusado también puede perfectamente hacer uso de su Derecho al Silencio.

2.7.11 PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL.

Art. 5 C. Pr. C. y M., *“Las partes dispondrán de los mismos derechos, obligaciones, cargas y posibilidades procesales durante el desarrollo del proceso. Las limitaciones a la igualdad que disponga este Código no deben aplicarse de modo tal que generen una pérdida irreparable del derecho a la protección jurisdiccional.”*

Reconoce el anterior Artículo, la igualdad entre las partes intervinientes en el ejercicio de sus derechos, cumplir sus obligaciones y respetar sus cargas procesales este precepto es una traslación del Art.3 de la Constitución, que establece la igualdad de las personas ante la ley en general.

Según este principio las partes procesales deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus cargos y pruebas de descargo así como los derechos dirigidos a demostrarlos.

Existe tal igualdad cuando el demandante formula en la demanda su pretensión y luego el demandado se pronuncia frente a ella, así como sucede en el término probatorio en el cual se practican las pruebas solicitadas en la demanda y contestación.

Este principio que está estrechamente relacionado al de contradicción, significa que debe haber igualdad de armas para ambas partes en un proceso, además del trato igual que debe recibir de parte del funcionario judicial, como bien a determinado la jurisprudencia constitucional que igualdad significa tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, lo que justifica que el legislador pueda crear un trato diferenciado para personas diferentes, por ejemplo algunos beneficios de personas de la tercera edad, menores de edad, discapacitados, etc.

El Principio de Igualdad no significa que en el proceso haya de existir una identidad absoluta entre las facultades de las partes, como por ejemplo en los procesos en rebeldía o con allanamiento del demandado, donde la voluntad del demandado puede aparecer propuesta.

Además se entiende que se violenta el Principio de Igualdad cuando hay circunstancias preexistentes determinantes de una igualdad real y el legislador decide un trato diferenciado. Cosa diferente pasa cuando existen circunstancias que determinan la existencia de una desigualdad real y el legislador decide un trato igualitario con lo que se comete "*conducta arbitraria*".

2.7.12 PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN.

La certeza de las situaciones jurídicas solamente es posible a través del respeto al principio de legalidad; es decir guardar obediencia a las formas que la ley ha establecido para llevar a cabo actuaciones jurídicas, administrativas ejecutivas y judiciales.

La actividad probatoria regida por la ley, está sujeta a formas entre las que se encuentran los plazos, periodos de tiempo establecidos la mayoría de veces por la ley para la realización de determinados actos.

Deben hacerse las anteriores consideraciones pues el principio en cuestión obedece al cumplimiento de estos periodos, procurando orden en el proceso mercantil, por tanto seguridad para las partes que en el intervienen evitando que puedan surgir eventualidades.

La principal finalidad de este principio consiste en proteger la buena fe procesal, evitando sorpresas para las partes con la incorporación de pruebas fuera del plazo convenido de las cuales no se pueda ejercer la defensa debida.

2.7.13 PRINCIPIO DE ORALIDAD.

En primer lugar, debe aclararse que cuando hablamos de oralidad, lo hacemos para usar un término que es de común conocimiento y aceptación, aunque sabemos de antemano que prácticamente no hay régimen alguno de derecho positivo exclusivamente oral, si no que la mayoría son mixtos. Los procesos que hoy se consideran como orales, tienen, en general, una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces, inclusive la sentencia dictada al final de la misma) y luego los recursos de apelación o casación, también escritos. Son, por lo tanto, mixtos. Más correctamente deberíamos llamarlos *proceso por audiencia*, ya que en esta es donde se realiza la parte sustancial del juicio.

Como se ha visto en el Proceso Penal, hay también una fase de preparación: la instrucción del sumario, que es predominantemente escrita, y luego la audiencia inicial, y así sucesivamente se intercalan los actos hasta culminar con la Audiencia de Vista Pública y posteriormente la Sentencia escrita.

En definitiva, la oralidad tal como la entendemos actualmente, no implica desaprovechar un medio de comunicación tan preciso y depurado como la escritura, lo que se rechaza es el proceso escrito y secreto, sin intermediación y concentración (que tanto abonan al debate oral).

Art. 8 C. Pr. C. y M. *“En los procesos civiles y mercantiles las actuaciones se realizarán de forma predominantemente oral, sin perjuicio de la documentación, de los actos procesales que deban hacerse constar por escrito y de las aportaciones documentales que en este código se establecen.”*

Considera que cualquier actuación judicial debe realizarse en forma oral, es decir mediante las audiencias, durante el proceso, sin perjuicio a que las mismas deban documentarse como prueba de su ejecución respetando los derechos de las partes en cada intervención.

La Oralidad ofrece ventajas, facilita los Principios de Investigación, Inmediación, Concentración y Publicidad; además de ofrecer una gran ayuda al Tribunal en la búsqueda de la verdad material, así como dice la frase "El papel engaña sin ruborizarse, mientras el entendimiento oral del Juez y las partes ayuda a descubrir el asunto de hecho, además de las preguntas In Continenti que de forma directa y espontáneamente practican los sujetos procesales".

Este es uno de los principios fundamentales para la construcción de un sistema adversativo, el cual, hace posible la vigencia efectiva de principios como: contradicción, intermediación, defensa, y otros esenciales para la tutela efectiva de los derechos.

Entre los beneficios que aporta el principio de oralidad encontramos:

1. La directa asunción del juez o tribunal de las aportaciones probatorias, con la intervención directa de las partes;

2. Se elimina la dispersión de los actos procesales y, se verifica, por el contrario, una concentración de los mismos en la audiencia, que evita ciertos actos procesales como continuas notificaciones a las partes;

3. La eficaz publicidad de la actuación judicial, puesto que las audiencias son abiertas al público, salvo ciertas excepciones; y

4. La corrupción en caso de haberla, queda reducida a su mínima expresión, puesto que la concentración de los actos procesales y el inmediato pronunciamiento del fallo, imposibilitarían efectivizarla.

Art. 8 C. Pr. C. y M., para las partes, el sistema oral brinda la oportunidad de ser oídas por quien va a resolver. El beneficio de la oralidad no es solo para mejor resolver el magistrado, sino que importa la oportunidad de derecho de que el justiciable sea escuchado por este. El art. 8-1 de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída...por un juez o tribunal competente”, comprendiéndose en esta parte los casos civiles. En el mismo sentido, la *Carta De Derechos De Las Personas Ante La Justicia En El Ámbito Judicial Iberoamericano*, dispone que las audiencias “se celebrarán siempre con presencia de Juez o Tribunal de acuerdo con lo previsto en las leyes”.

Con base a este principio se puede decir, que se está dando cumplimiento a la Contradicción, que es la base de un juicio adversativo, donde ambas partes se alternan y buscan persuadir al juzgador, para que falle a su beneficio, lógicamente no se deja a un lado la escrituralidad, pero algunas de las fases del proceso Civil y evidentemente el Mercantil se renuevan, lo que conlleva a un modelo de justicia avanzado, en el que la defensa de las pretensiones es de manera verbal.

Sin embargo no hay que desatender, el hecho que en los Procesos Mercantiles la mayor parte de la actividad probatoria consta en documentos, lo que dificulta que este principio se verifique cabalmente en todos los Procesos Mercantiles; aunque esto no quiere decir que de esta forma se vulneren otros Principios o Derechos.

2.7.14 PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN.

Art. 6 C. Pr. C y M. “La iniciación de todo proceso civil o mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso; y dicho titular conservará siempre la disponibilidad de la pretensión.

Las partes podrán efectuar los actos de disposición intra procesales que estimen convenientes, terminar el proceso unilateralmente o por acuerdo entre las mismas y recurrir de las resoluciones que les sean gravosas, de conformidad a lo dispuesto en este Código.”

Esta disposición hace referencia a un principio que no constituye como tal una novedad en nuestra legislación sin embargo el alcance y el contenido del mismo no son claros tanto en materia de legislación vigente como por la aplicación en los tribunales.

Cada principio conlleva principalmente la posibilidad de iniciar el proceso, dado que al ser las partes las titulares de los derechos e intereses discutidos en este, es a ellas y no al juez a las que les corresponde el inicio del mismo. En pocas palabras, el principio dispositivo excluye la posibilidad de que los tribunales inicien de oficio un proceso en el que los derechos e intereses discutidos son patrimonio exclusivo de las partes. Los jueces no proceden de oficio debiendo entender que no hay juez sin actor.

Este principio permite que las partes contendientes tengan pleno control no sobre su derecho sustantivo, también sobre los derechos procesales que de él se derivan en el juicio. Este Principio solo existe en Materia Civil, en Materia Penal existe uno similar, el *Principio Acusatorio*. Está referido a las facultades de las partes, a su pretensión y a su derecho subjetivo material, así dentro de sus características tenemos: El Poder de Dispositivo sobre su Pretensión; bajo la cual dispone del Proceso sea con Allanamiento, Desistimiento, Deserción, Caducidad o a través de la Cosa Juzgada, procediendo así la Terminación de Forma Anormal. Vinculación **del Tribunal por la Pretensión de las Partes**: Según el Principio de *Ne Eat Iudex Ultra Petita Partium* el Juez no puede en la sentencia otorgar más de lo solicitado por el actor, más de lo resistido por el demandado, más de lo pedido por ambas o en un recurso la *Reformatio In Peius*.

Para la Sala de lo Civil, el Principio dispositivo implica que la posible inactividad en el Proceso es responsabilidad directa de las partes, cuando esta escape a las

facultades que la ley le ha conferido al Juez, lo que se refleja justamente en la Actividad Probatoria.

2.8 GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO MERCANTIL.

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y *autorictas* no excedan límites tolerables, el procesalismo pone la valía del Principio de *Razonabilidad*, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad de obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Éstas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de “*debido proceso formal*” (o como algunos le llaman procesal). Mientras que la otra faceta del “*proceso debido*” que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades; en sus comienzos, el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), el derecho a ser oído, así como las garantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su parcialidad, entre otras, eran vistas como partes del “*debido proceso sustancial*”, actualmente pareciera mejor incluirlos dentro del “*derecho a la jurisdicción*”, por el cual la garantía se amplía al trascenderla del reducto procesal.

2.9 PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

Este tema que posee relevancia para el estudio que se realiza, permitirá descubrir los inicios del proceso probatorio, desarrollado como segunda etapa del proceso judicial, de esta manera se demuestra en qué forma se lleva a cabo la Actividad Probatoria, abordando cada una de las etapas que en este procedimiento se ejecutan.

2.9.1 PROPOSICIÓN.

La Proposición de la Prueba, llevada a cabo como el momento procesal oportuno para entregar las herramientas jurídicas y materiales de las cuales pueden disponer las partes para *Convencer* al Juez o Magistrados sobre quién de ellos tiene una *Pretensión Legítima*. Con dicha proposición se buscará introducir posteriormente, los Medios Probatorios que las partes consideren indispensables para la justificación del proceso.

2.9.1.1 MOMENTO PROCESAL OPORTUNO.

Lo común en los ordenamientos procesales es que la proposición de la prueba se realice dentro de un término legal llamado apertura a prueba, que inicia con el auto de apertura a pruebas dictado por el juez; procedente únicamente en los juicios de conocimiento en los que existan hechos controvertidos.

La importancia del auto de apertura a pruebas es únicamente la de delimitar el inicio del plazo para proponer la prueba; pues es a partir de entonces que empieza a correr dicho término, y fijar la fecha final para poder proponer la prueba; ya que la prueba propuesta posterior a dicha fecha será inadmisibles por extemporánea o no tendrá valor probatorio para el juzgador.

Ese era el caso de la legislación procesal anterior, la prueba debía ofrecerse dentro del término legal contado a partir del día siguiente a la notificación del auto de apertura a pruebas; con la nueva legislación la prueba debe ofrecerse en la audiencia preparatoria, Art. 317 C. Pr. C. y M.

2.9.1.2 OFRECIMIENTO ANTICIPADO DE PRUEBA.

Es preciso aclarar que el ofrecimiento de la prueba si bien es un derecho de las partes dentro del proceso, debe de sujetarse a ciertas reglas, la primera de ellas es sin duda el momento oportuno para su proposición, el C. Pr. C. y M., comprende diferentes momentos procesales en los que puede aportarse la prueba, uno de ellos es el momento de presentar la demanda y la contestación de ésta; es la regla general para la aportación de prueba documental.

Pero al momento de presentar su demanda el comerciante perfectamente pueden ofrecer toda la prueba que crea pertinente, sea esta testimonial, pericial o

cualquier otro medio; igual posibilidad tienen el demandado quien puede en su contestación ofrecer toda la prueba pertinente.

Esta actitud no representa causal de inadmisibilidad y por el contrario, su admisión beneficia la celeridad del proceso, si ambos demandante y demandado ofrecen todas sus pruebas anticipadamente la audiencia preparatoria serviría únicamente para intentar la conciliación y determinar el objeto del debate.

No deberá confundirse los términos de ofrecimiento anticipado de la prueba con el de anticipo de prueba, ya que se trata de conceptos distintos; el primero se refiere a su proposición mientras que el segundo se refiere a su producción.

2.9.1.3 FORMA GENERAL PARA PROPONER LA PRUEBA.

En este punto se debe hacer una reflexión, cada uno de los medios probatorios tiene su forma específica de ofrecimiento; es decir el momento procesal en el que debe de ofrecerse, la forma en la que debe plantearse; por lo que este apartado se limita al estudio de las generalidades de la forma de ofrecer las pruebas, por cuanto al hablar de cada medio se abordará el tema de su proposición.

Otra regla que deben las partes cumplir al presentar las pruebas en que fundan su pretensión es la forma, en este caso la regla es general para todos los medios de prueba, según palabras de **Luis Dorantes Tamayo** *“las pruebas se ofrecen en forma precisa, relacionándolas con cada uno de los hechos en los que las partes basan sus pretensiones. Hay que recordar que algunos de los hechos de la demanda ya han sido probados por el actor con los documentos válidos y auténticos que acompañó a su demanda. Para probar todos y cada uno de estos hechos se acostumbra ofrecer como pruebas la confesión de la contraparte y las presunciones legales y humanas que se deduzcan de las actuaciones del proceso. El demandado que opone defensas, por lo regular hace lo mismo para probar los hechos en que basa éstas”*.

Al estudiar en párrafos anteriores el objeto de la prueba, se determino cuales son los hechos que las partes deben acreditar; para cada uno de esos hechos las partes tienen la carga procesal de proponer la prueba pertinente, al hacerlo debe de relacionar claramente el medio probatorio con el hecho a acreditar, Art 310 C. Pr. C. y M.

Además de estos dos requisitos de tiempo y forma la el ofrecimiento de la prueba también está sujeta reglas generales como el modo (oral o escrita) o el idioma; requisitos que son objeto de estudio de la teoría general del proceso por tanto quedan excluidas del presente trabajo.

2.9.2 ADMISIÓN.

El termino admisión puede verse desde una doble perspectiva, en sentido general se entiende como la recepción de los elementos probatorios que las partes presentan a la sede del tribunal; mientras que en sentido estricto, que es el que nos interesa, admisión es el resultado positivo de la apreciación que el juez hace respecto de la pertinencia, la utilidad y legalidad de la prueba ofertada.

El juez según el resultado del juicio de admisibilidad de la prueba deberá resolver qué pruebas admite y cuáles rechaza; deberá admitir las que reúnan los siguientes *requisitos*, y rechazar las que no los reúnan:

- a. Que hayan sido ofrecidas dentro del plazo legal establecido para su ofrecimiento;
- b. Que la prueba ofrecida no *vaya contra* el derecho o la moral, es decir, que viole un precepto jurídico o alguna regla ética;
- c. Que la prueba ofrecida tenga como *objeto* hechos controvertidos, posibles o verosímiles;
- d. Que cumpla con los demás requisitos legales en caso de procesos especiales.

Si el juez rechaza la prueba ofrecida, la ley le impone la obligación de motivar su decisión, es decir fundamentar la resolución con los motivos que tuvo para rechazar dicha prueba.

El juez fundamentara su rechazo de la prueba, en el resultado de la apreciación de la admisibilidad, en la cual estima el momento en el que la prueba fue propuesta por las partes, la relación que estas guarden con los hechos controvertidos (Art. 318 C. Pr. C. y M.), y la utilidad que estas puedan ofrecer para el proceso (Art. 319 C. Pr. C. y M.).

2.9.3 PRÁCTICA.

La práctica o producción de la prueba se refiere a la realización de los actos procesales pertinentes, que permitan la comunicación subjetiva del juez con cada elemento probatorio, mediante la interacción de los sentidos, que le permitan conocerlo, analizarlo y entenderlo.

Según el principio de inmediación el juez debe de participar activamente en la producción de la prueba, no solo como un requisito de validez de la misma; sino para poder apreciar cada elemento probatorio y fundamentar la sentencia en razonamientos certeros por haber estado en contacto directo con la prueba.

La forma en que la prueba es producida en el proceso mercantil, depende del medio probatorio ofrecido, por lo cual su estudio se realizara al tratar cada uno de ellos.