

# **CAPITULO LA PRUEBA EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE EL SALVADOR**

\* Este ensayo fue publicado en la obra colectiva “El Nuevo Proceso Civil y Mercantil salvadoreño”, colección jurídica, UTEC, San Salvador, junio 2010. ©

**Rommell I. Sandoval R.\***

En memoria de mi padre, Ismael.

Abreviaturas

Art: Artículo

Cn: Constitución de El Salvador

CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil de España (2000).

PCPCM: Proyecto Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador

REF: Reglas de Evidencia Federal (Estados Unidos).

REPR: Reglas de Evidencia de Puerto Rico

TC: Tribunal Constitucional español.

## **INTRODUCCION**

El Salvador ha tenido durante estos últimos 20 años un proceso de reflexión sobre su sistema judicial y legal. La reforma judicial y legal ha permitido abrir el conocimiento y atisbar otros sistemas procesales diferentes al tradicional sistema jurídico franco-hispano, que ha regulado la legislación procesal civil y penal.

Es así que en el año 2000 la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la asistencia técnica del Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) inició la redacción de las primeras bases para la reforma procesal civil. Luego, en los años siguientes con los Proyectos de Justicia de la Agencia Internacional para el Desarrollo (USAID), los miembros de la comisión redactora del anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil tuvieron la oportunidad de contactar a juristas del ámbito angloamericano y continental (europeo y suramericano) para intercambiar conocimientos y experiencias, y realizar visitas a

---

\* Abogado y Notario salvadoreño, Doctor en Derecho por Universidad Autónoma de Barcelona, Especializado en Justicia Constitucional por Universidad Carlos III de Madrid, Postgrado en Integración Regional por la Universidad “Rafael Landívar” de Guatemala (Unión Europea), Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” de El Salvador. Fue miembro de las comisiones redactoras de los proyectos de Código Procesal Civil y Mercantil y Código Procesal Penal en El Salvador. Ha sido subdirector y consultor de programas de justicia y de desarrollo económico de USAID, BID, WB y otros en El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Costa Rica, República Dominicana, Panamá y Honduras. Actualmente es docente de la cátedra de Litigación Oral y de Derecho Comparado de la Escuela Superior de Economía de Negocios (ESEN), y asesor legal externo de FUSADES. Es subdirector del Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR, que promueve la modernización del proceso laboral para la región. Email: rommellsand@yahoo.com

**Rommell I. Sandoval R. ©**

tribunales y Escuelas de Derecho para conocer el estado de la justicia en dichos lugares.

En este ambiente se comprendió que para poder implantar un sistema de juicio oral con todas sus garantías en materia civil y mercantil (y supletoriamente en las demás ramas del Derecho), como lo exige la Constitución salvadoreña, se debían adoptar algunas reglas probatorias angloamericanas que pudieran ser compatibles con los principios procesales del tradicional sistema franco-hispano imperante en El Salvador.

La gestación del proyecto de Código Procesal Civil y Mercantil fue de casi diez años de trabajo. Algunas reglas del sistema adversarial, inicialmente propuestas en las algunas versiones del proyecto, fueron descartadas durante el proceso de discusión de ley por considerar que no se estaba preparado para asumirlas. En algunas partes del proyecto legislativo se hicieron modificaciones y eliminaciones que alteró la sistemática adversarial en las reglas probatorias proyectadas, al incluir regulaciones inquisitivas de la LEC y del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Pese a este largo y escabroso proceso de reforma, el resultado de la combinación de reglas del sistema continental y del sistema angloamericano han permitido la adopción de normas que regulan la actividad investigativa, las fuentes o elementos de prueba y los medios probatorios, así como el ofrecimiento, admisibilidad, producción y valoración de la prueba. Este fue un ejercicio de derecho comparado que hicieron los salvadoreños no sólo “en las fronteras” de los grandes sistemas jurídicos, como dirían Mirjan DAMASKA o Michele TARUFFO, sino en el interior de las mismas.

Hay un aspecto de la vida cotidiana de los salvadoreños que vale la pena comentar y que puede ilustrar los encuentros o choques de la cultura jurídica entre los salvadoreños. En la actualidad, hay al menos dos millones de salvadoreños o de sus descendientes viviendo en los Estados Unidos de América. Los lazos entre los parientes de los ciudadanos que se han quedado viviendo en El Salvador con los que ha emigrado son muy fuertes y se mantienen en constante comunicación. Con estos lazos se hacen inversiones, se unen en matrimonio y en general efectúan cualquier tipo de negocios jurídicos. Y también se exige la aplicación de la ley y la justicia.

Cuando existen conflictos con la ley procesal civil o comercial en El Salvador (incluso la laboral o la de familia), en el que están involucrados los compatriotas que han emigrado hacia los Estados Unidos o sus familiares, lo que más les extraña a los que viven bajo la ley norteamericana es el alambicado, complicado e inaccesible sistema de justicia nacional. Obviamente, la mayor parte de personas no son expertos en derecho, pero se han acostumbrado a ser protegidos por la ley.

Los compatriotas no entienden el mal funcionamiento de la práctica judicial y forense. No comprenden la limitación que la ley procesal dicta a los jueces al restringir las fuentes y medios de pruebas que coartan el acceso a la protección judicial. Les resulta increíble que los jueces, con mucha dificultad admitan prueba con soportes

electrónicos, audio, fotografía, o videográficos. De igual manera, a nuestros compatriotas les extraña que no se celebren audiencias públicas.

A los conciudadanos les llama la curiosidad la producción probatoria escrita en el tribunal, por medio de un cuestionario tanto para testigos como para las partes (posiciones) ante un colaborador jurídico o empleado del tribunal en materia civil, mercantil, laboral e inquilinato y no ante un juez, como en materia de familia (como en penal y menores). Es decir, les llama la atención a nuestros coterráneos que viven en los Estados Unidos, que el juez nunca esté presente en una sala de audiencias y que los abogados no puedan interrogar testigos de manera oral.

Cuando los abogados les explican que el sistema es diferente, algunos responden que entonces no hay justicia. Les sorprende la lentitud, la falta de transparencia y a veces los problemas de probidad de un sistema escrito. Lo mencionado es una muestra de la realidad: el intercambio cultural y jurídico.

Las reglas del Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, que a continuación se exponen, fueron diseñadas para desarrollar en El Salvador un juicio oral adversativo basado en el art. 11 de la Constitución. Están fundadas en la libertad de identificación y proposición de las fuentes o elementos de prueba por las partes, en un juicio oral y público, y la valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica por el juez. Estos lineamientos deberán irse ajustando, de manera general, para el procedimiento ordinario o común y al abreviado, y con sus propias especificaciones a los procedimientos especiales. No se ha tratado ni de implantar un sistema americano ni europeo, sino de adaptarse a la realidad nacional.

Los principios del Código Procesal Civil y Mercantil<sup>1</sup> aplicados a la resolución de los conflictos judiciales pueden ayudar a satisfacer las interrogantes planteadas anteriormente.

Estos son los principios básicos a los que se hace referencia:

- **Derecho a la protección jurisdiccional**

Art. 1.- Todo sujeto tiene derecho a plantear su pretensión ante los tribunales, oponerse a la ya incoada, ejercer todos los actos procesales que estime convenientes para la defensa de su posición y a que el proceso se tramite y decida conforme a la normativa constitucional y a las disposiciones legales.

- **Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas**

Art. 2.- Los jueces están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que puedan desconocerlas ni desobedecerlas.

Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que adopten en el mismo; y si alguna de ellas contradice la normativa constitucional, la declarará inaplicable en resolución debidamente motivada, en la que se consignent la disposición cuya

---

<sup>1</sup> DL 712 del 18/09/2008. PDO No. 224, T. 381, No. 24 del 27/11/2008. La Asamblea estableció su entrada en vigor el día uno de enero del dos mil diez.

inaplicabilidad se declara, el derecho, principio o valor constitucional que se considera infringido y las específicas razones que fundamentan<sup>2</sup>.

Las pruebas que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, con infracción de derechos o libertades fundamentales, no surtirán efecto.

- **Principio de legalidad**

Art. 3.- Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de este Código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal.

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

- **Principio de defensa y contradicción**

Art. 4.- El sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes.

En todo caso, cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria, y sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes.

- **Principio de igualdad procesal**

Art. 5.- 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.

- **Principio dispositivo**

Art. 6.- 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 intraprocesales 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.

- **Principio de aportación**

Art. 7.- Los hechos en que se fundamente la pretensión y la oposición que se conoce en el proceso sólo podrán ser introducidos al debate por las partes.

La actividad probatoria debe recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tienen la calidad de terceros de conformidad a las disposiciones de este Código, en su caso; en consecuencia, el juez no podrá tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieran sido afirmados o discutidos por las partes o terceros.

La proposición de la prueba corresponde exclusivamente a las partes o terceros; sin embargo, respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes, el juez

---

<sup>2</sup> Esta regla no era necesaria incorporarla al Código Procesal Civil y Mercantil, debido a que la Constitución tiene fuerza normativa por sí misma, basta que el juzgador aplique directamente la norma fundamental para la resolución de antinomias o conflictos normativos o para la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, dado que la tradición jurídica se sigue decantando por la preferencia de la ley por sobre la Constitución fue necesario agregarla. En El Salvador los jueces de cualquier materia y grado son “jueces de la Constitución”, “Guardianes de la Constitución”, arts. 1, 2, 11, 172, 185, 235, 149, 246 y 249 de la Constitución.

podrá ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio<sup>3</sup>, de conformidad a lo dispuesto en este Código.

- **Principio de oralidad**

Art. 8.- 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.

- **Principio de publicidad**

Art. 9.- Las audiencias de todos los procesos previstos en este Código serán públicas, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, disponga lo contrario por razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes.

La restricción de la publicidad de las audiencias deberá acordarse en resolución debidamente motivada, en la que se precisen de manera expresa y clara las razones de dicha restricción, así como la determinación de quienes, además de las partes, sus apoderados o representantes, podrán estar presentes en las mismas.

Las partes, sus apoderados, representantes, los abogados y cualquiera otra persona que alegue algún interés jurídicamente protegido, tendrán acceso al expediente judicial.

- **Principio de inmediación**

Art. 10.- El juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma.

- **Principio de dirección y ordenación del proceso**

Art. 14.- La dirección del proceso está confiada al juez, quien la ejercerá de acuerdo a lo establecido en este Código. En consecuencia, deberá conducir los procesos por la vía procesal ordenada por la ley, no obstante que la parte incurra en error.

Iniciado el proceso, el juez impulsará su tramitación, disponiendo las actuaciones oportunas y adecuadas para evitar su paralización, adelantando su trámite con la mayor celeridad posible; por tanto, será responsable de la ordenación del proceso, así como de cualquier demora ocasionada por su negligencia.”

Las disposiciones citadas permiten ir identificando la tendencia de establecer un modelo procesal que proteja los derechos fundamentales e intereses de los individuos

---

<sup>3</sup> Esta parte del artículo se subraya para llamar la atención que no es una regla adversativa sino inquisitiva no admitida por la Constitución. Aun y cuando la Sala de lo Constitucional manifestó que el legislador (la Asamblea Legislativa) tiene libertad de configuración del proceso y del procedimiento, se le olvidó expresar que la misma Constitución establece los parámetros y contenidos esenciales del juicio oral y público, por lo que no existe tal libertad de configuración. De aceptar la resolución de la Sala de lo Constitucional, el poder legislativo tendría libertad de afectar los derechos y garantías del debido proceso, como lo es al reconocer las facultades de juez inquisidor. Ver Inconstitucionalidad 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en San Salvador, a las quince horas del día dieciocho de diciembre de dos mil nueve.

o supraindividuales por medio de un proceso por audiencias ajustado a la Constitución de la República. Si bien, el modelo redactado en los borradores del anteproyecto se preveía un juicio civil o mercantil adversativo, la ley aprobada le ha reconocido algunos poderes al juez tanto de dirección del proceso como de práctica probatoria. En cuanto a la dirección del proceso, es muy alentador que el juez será el gerente de la actividad jurisdiccional, pero en cuanto a la actividad probatoria, se puede poner en riesgo la garantía de la imparcialidad judicial.

## **1.- CONCEPCIONES SOBRE LA PRUEBA**

En el lenguaje común, el ciudadano entiende que cuando se habla de la “prueba”, se puede considerar que se refiere a una actividad humana necesaria para una persona puede adoptar una determinada decisión. De igual manera un individuo puede utilizar otros sinónimos de prueba para convencerse de la existencia de un fenómeno, como “comprobar”, “examinar” o “verificar”.

Ello significa que esa persona necesita que le “prueben” o que le “demuestren” la existencia de una cosa, un hecho o un fenómeno que ha transformado la realidad (MIRANDA ESTRAMPES). En la Ciencia Jurídica la palabra “prueba” tiene un significado similar o equivalente al del uso común, sin embargo, el parámetro la Ley exige el cumplimiento de requisitos o de un ritual preestablecido para que tenga validez dicha actividad. Normalmente esa prueba debe practicarse en una “audiencia” (art. 11 de la Constitución) ante un juez (principio de inmediación y de juez natural). En efecto, si la controversia no ha podido ser resuelta de manera amigable extraprocesalmente o intraprocesalmente antes de la audiencia de prueba, entonces, la actividad probatoria se convertirá en el centro sobre el que girará la decisión judicial.

En el Estado de Derecho actual no es concebible un proceso judicial sin que la ley exija la aportación a las partes en controversia de su prueba. Las partes introducirán sus elementos o fuentes de prueba a través de medios probatorios establecidos en la ley. Lo que se discute en el Estado de Derecho –siguiendo a DAMASKA Y TARUFFO– es el rol protagónico que deben asumir los sujetos procesales según los “encuentros” de los modelos procesales continental o angloamericano. Es decir en la mayor o menor intervención de los jueces en la etapa de investigación o en el juicio o comprobación de los hechos, como veremos más adelante.

Si bien TARUFFO reniega que se siga llamando al modelo continental como “inquisitivo” por el hecho que los jueces tienen una mayor actividad probatoria. En el modelo escogido por el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño hay un cruce de sistemas que puede llevar a una confusión a la práctica forense. El diseño originalmente concebido, en las primeras versiones del proyecto de CPCM del procedimiento común u ordinario, era el de un modelo oral adversativo; sin embargo, el proyecto presentado a la Asamblea Legislativa con iniciativa de ley y aprobada por ésta terminó adoptando algunas disposiciones inquisitivas. Es decir, los jueces podrán efectuar actos de investigación de elementos de prueba y podrán practicar prueba en el

juicio lo cual, además de la confusión de las funciones de los sujetos procesales, tendrá un efecto negativo en la salvaguarda de la garantía de imparcialidad de los jueces.

Pero volviendo al tema de la conceptualización de la “prueba”. Se puede afirmar que desde un punto de vista subjetivo, la prueba implica el resultado cognoscitivo que el Juez realiza a partir de las aportaciones que las partes realizan (MIRANDA ESTRAMPES). En cambio, la prueba, desde la perspectiva objetiva, puede explicarse como los medios o instrumentos que permiten al órgano jurisdiccional modelar una decisión. Algunos autores realizan una combinación integradora de las acepciones objetivas y subjetivas, por lo que para éstos la prueba implica ofrecer y producir en un proceso jurisdiccional los medios por los cuales el Juez tomará una decisión sobre la base de su convencimiento.

En la valoración de la prueba el Juez o tribunal verifica las afirmaciones hechas por las partes en la audiencia. Esta verificación se confronta entre las afirmaciones y la realidad. Es así que se considera que en la audiencia el Juez compara las afirmaciones preliminares que las partes han forjado en sus escritos iniciales (llámese demanda en materia civil) con las aportaciones instrumentadas a través de los medios de prueba en la audiencia judicial.

En este orden de ideas, son bastante frecuentes los intentos por precisar el concepto de la prueba como una actividad orientada a lograr la convicción o certeza del Juez sobre los asuntos sometidos a su conocimiento. Es decir, los autores intentan definir a la prueba como los actos procesales que procuran convencer al juzgador de la existencia o inexistencia de sus afirmaciones. La prueba procesal se concibe a todo aquel dato o elemento objetivo que coadyuve al descubrimiento de los hechos acaecidos.

De allí que la prueba, es considerada como cualquier dato, objeto o información del cual se deduzca, con un esfuerzo cognoscitivo, los extremos de una afirmación fáctica. Por ello estamos en contra que se faculte al órgano jurisdiccional a realizar investigaciones que le corresponderían a las partes o a practicar prueba sin el impulso de parte. Pues prácticamente le estaríamos pasando toda la carga al juez de no tener dudas para fallar. Esto por una parte afectará la imparcialidad del juez al ampliar su rango de discrecionalidad y por la otra, será una audiencia probatoria interminable porque ningún juez querrá fallar si alberga alguna duda en su conciencia sobre los hechos afirmados (no hace falta seguir la escuela del realismo jurídico de DUNCAN KENNEDY, para entender la realidad forense salvadoreña).

Para MORENO CATENA, el concepto de la prueba puede precisarse por la finalidad que conlleva el lenguaje común. Así se entiende que es una actividad de cotejo entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos, encaminada a convencer una persona, es decir al juez. Entonces, son las partes las que habrá de ir proporcionando a los juzgadores, afirmaciones que intentarán trasladarle la realidad. Realidad que es desconocida por el juez pero que es reconstruida en una audiencia de prueba.

Para EMMANUELLI JIMÉNEZ la prueba (“*proof*”) en el pensamiento jurídico norteamericano tiene un sentido más amplio pues ésta es cualquier hecho o circunstancia factual que oriente la mente del juzgador hacia una decisión, bajo determinadas reglas de admisibilidad<sup>4</sup>.

Para EMMANUELLI JIMENEZ, la prueba en un modelo adversarial, además que debe ser ofrecida por las partes debe haber estado en la “posibilidad” material de haber sido sometida a un examen de credibilidad mediante la confrontación de las partes. Esta confrontación sólo es posible en el juicio oral adversativo si pudo haber estado en disposición de pasar por un examen del contrainterrogatorio, aunque no se hubiera efectuado. Esta es justamente la técnica adoptada por el legislador salvadoreño, en los arts. 367 y 356 CPCM (art. 403 y 406 CPCM).

Cabe decir que en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, el punto de partida para definir la prueba debe ser considerada como una actividad procesal que las partes desarrollan en “audiencia probatoria” ante un juez o tribunal, previamente establecido por lo Ley, para convencerlo sobre la verdad de una afirmación o para fijarla para los efectos del proceso.

### **1.1.-LA PRUEBA COMO ACTIVIDAD PROCESAL**

GIMENO SENDRA define a los actos de prueba como la actividad que realizan los sujetos procesales, normalmente las partes (demandante, demandado y terceros) en un proceso reglado, para la obtención de una decisión del juzgador sobre los hechos acontecidos e introducidos a su conocimiento. La decisión que resulte del juez se basará en el respeto al principio contradictorio, a las garantías procesales tendentes a verificar su espontaneidad y al respeto de los medios lícitos para la introducción de la evidencia.

Si la prueba tiene la función de obtener la certeza del juzgador con respecto a los datos aportados e introducidos en legal forma por las partes en el juicio, la certeza se puede lograr por el convencimiento psicológico del Juez y por las normas legales que fijarán los hechos afirmados.

En este orden de ideas expresa MIRANDA ESTRAMPES que la prueba es un fenómeno de verificación, de comprobación o de comparación, ya que a través de ésta el juez podrá comprobar la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes. Es

---

<sup>4</sup>En el sistema puertorriqueño y norteamericano, las reglas probatorias o evidenciarias son comunes tanto para el proceso penal como para el proceso civil. Por lo tanto, la doctrina que se está citando para materia penal hay que proyectarla a la materia civil. De allí que la única decisión válida y legítima que puede tomar un Juez para solucionar una controversia sólo puede ser a partir de la prueba practicada por las partes en una audiencia judicial, con todas las garantías constitucionales. Si la finalidad de la prueba es convencer al Juez de la existencia veraz de las alegaciones de las partes, entonces la actividad investigadora realizada fuera del procedimiento judicial, no puede ser considerada como prueba.



así que el juez civil salvadoreño, bajo las nuevas reglas del Código Procesal Civil y Mercantil, podrá llegar a reconstruir en su mente, la realidad de los hechos a partir de la identificación de las aseveraciones efectuadas por las partes procesales con las aportaciones probatorias. De allí que la posición que se mantendrá a lo largo de este ensayo es que el juez, bajo el art. 172 Cn, sólo está sometido al Derecho constitucionalmente válido. Las normas procesales que le habilitan a investigar o efectuar actos de prueba deberán ser inaplicados para resguardar la garantía de imparcialidad.

Esta corriente tiene la bondad de permitir delimitar las funciones en el proceso del Juez y de las partes. Las partes aportan las fuentes de prueba, las practican a través de los medios legales establecidos en la audiencia de prueba. El juez únicamente verificará la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes.

En las legislaciones modernas, especialmente inspiradas en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el concepto de prueba viene condicionado a la actividad procesal que los sujetos procesales, fundamentalmente las partes, efectúan en el proceso para que el Juez pueda tomar una decisión sobre la controversia. Es decir, las atribuciones, derechos o cargas de la actuación procesal de los sujetos procesales en un determinado modelo de administración de justicia determinan el concepto de prueba.

El modelo de enjuiciamiento que ha adoptado la Constitución salvadoreña vigente separa las funciones de los sujetos procesales en un proceso civil oral (arts. 11 y 172 Cn). El modelo se basa esencialmente en el principio de aportación de parte de los medios probatorios. La Constitución salvadoreña entiende que al órgano jurisdiccional no le incumbe investigar ni comprobar los hechos sino que son las partes las que introducirán en el proceso las fuentes de prueba con los que comprueban sus alegaciones. La función exclusiva del juez será el juzgamiento de las afirmaciones realizadas a través de los medios probatorios aportados y controvertidos en juicio oral y público (art. 172 Cn), no la de “ordenar diligencias para mejor proveer” (art. 7 CPCM) interminables y que pueden dañar la garantía de imparcialidad judicial, ni la de actuar por iniciativa propia (arts. 7, 321, 390, 394, 369, 419 CPCM).

## **2.- LA FINALIDAD DE LA PRUEBA**

La prueba tiene la finalidad de convencer al Juez sobre la credibilidad de las fuentes de prueba y de los medios de prueba, cuyo peso permite la adjudicación de las afirmaciones de las partes. Son las partes las que, según el art. 7 CPMC, deben efectuar como actividad procesal, un conjunto de operaciones por medio de las cuales intentarán lograr el convencimiento del juez con respecto a los hechos. Es decir, que con la actividad procesal intentada en audiencia por las partes, éstas pretenderán convencer al juzgador que sus afirmaciones coinciden con la realidad. Ello es obvio, el objetivo de una parte no es la de convencer a la otra sino al juez. Con ello se reafirma la importancia de la separación de poderes en el “proceso”. Para DEVIS ECHANDIA la

finalidad de la prueba es el convencimiento del juez en cuanto a la certeza de los hechos afirmados.

GUASP manifiesta que la prueba no trata sobre la averiguación de la verdad, tampoco es una actividad sustancialmente demostrativa ni de fijación formal de los datos puesto que su objetivo, tal y como ya se dijo de DEVIS ECHANDIA, es lograr el convencimiento psicológico del Juez sobre los hechos y su credibilidad. La prueba, por lo tanto, logra su finalidad cuando produce en el ánimo del Juez la certeza de la existencia o inexistencia de los hechos que las partes han afirmado.

La discusión sobre la finalidad de la prueba en el período de preparación del CPCM ha tuvo mucha importancia. Para algunos lineamientos o tendencias, el juez civil debería de averiguar la verdad formal; en cambio, otra tendencia expresaba que el juez de lo civil bajo el CPCM, al igual que el juez de lo penal, debería buscar y hallar la verdad material, no bastándole decidir con las afirmaciones, solicitudes o alegaciones de una de las partes, especialmente la que tiene la carga de la prueba. Al respecto, nos adscribimos a que la misión del Juez no es buscar ni la verdad formal ni la material, sino decidir sobre las afirmaciones fácticas introducidas por las partes y admitidas, bajo el Derecho constitucionalmente válido

MONTERO AROCA, por su lado, rechaza la distinción que se hace del concepto de verdad material de la verdad formal. Es más a dicha distinción la considera “absurda”, ya que en el proceso, independientemente su naturaleza, sea civil o penal, únicamente puede existir una verdad jurídica que no se basa en la lógica sino en la ley y en los hechos probados.

MIRANDA ESTRAMPES, coincide con MONTERO AROCA pues es de la opinión que uno de los errores más grandes que han tenido los procesalistas es con relación a la definición de la finalidad de la prueba procesal, puesto que se ha afirmado que ésta intenta buscar o averiguar la verdad de un hecho. De allí que afirma este autor que la clasificación entre verdad material y verdad formal es un absurdo jurídico y lógico pues si la verdad es la finalidad de la prueba se estaría admitiendo que el Estado y la administración de justicia tiene un fin inalcanzable o irrealizable.

El papel que juegan las normas probatorias en el proceso, vendría a ser la regulación de los mecanismos con los cuales el juzgador fija los hechos, reflexiona MONTERO AROCA. Estas reglas pretenden dar seguridad en la determinación de los hechos por el juez.

Para ESCRIBANO MORA, con esta definición, MONTERO AROCA intenta superar la polémica existente sobre la función de la prueba en el proceso civil –que es igual de aplicable al proceso penal-, pues en realidad, lo que importa en el proceso es si las afirmaciones de hecho de una de las partes han quedado establecidas en el litigio de modo que pueda estimarse su pretensión o su resistencia. Esta consideración es clara, en el sentido que para lograr una certeza judicial, tanto en el proceso civil como en el penal, lo que las partes requieren es convencer al Juez de sus afirmaciones, con

independencia de la verdad. Es así que la certeza se puede lograr por el convencimiento psicológico del Juez o por las normas legales que fijarán los hechos.

### **3.- EL OBJETO DE LA PRUEBA**

El objeto de la prueba lo constituyen las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos en controversia. No son los hechos en sí mismos. MIRANDA ESTRAMPES, opina que mediante la prueba se trata de verificar en la audiencia judicial las afirmaciones formuladas por las partes procesales.

En el mismo sentido está redactado el art. 312 del CPCM pues dice que las “partes tienen derecho de probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este Código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados”.

Según lo transcrito, el objeto de la prueba o *thema probandi* son las afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos controvertidos y, excepcionalmente, sobre normas jurídicas (GIMENO SENDRA). Ello permite sostener en este ensayo que los hechos existen con independencia de su introducción en el proceso (lo que los puristas le llamaría elementos o fuentes de prueba que tiene un carácter metaprocesal) y que concurre una relación entre el objeto de la prueba y las alegaciones procesales, por existir afirmaciones fácticas y jurídicas efectuadas por las partes.

En este orden de ideas, el CPCM expresa en el art. 309 que luego que se delimite la pretensión del demandante y la resistencia por el demandado, el juez o tribunal deberá comprender que los temas de la prueba han quedado fijados y que únicamente sobre ellos deberá efectuarse toda actividad probatoria en la audiencia judicial. Bajo esta premisa los temas de prueba incluyen las que resolverán el fondo del conflicto y aquella que pretenda acreditar, desacreditar o rehabilitar la prueba en el desarrollo de la práctica probatoria. Ciertamente, entonces, la legislación admite que el objeto de la prueba podrán ser las afirmaciones fácticas (la credibilidad del medio de prueba y de la fuente de prueba) y la norma jurídica, especialmente la norma extranjera (art. 313 CPCM). En las siguientes páginas, únicamente examinaremos las afirmaciones fácticas dejando a un lado la explicación de la prueba del derecho.

#### **3.1.- LAS AFIRMACIONES FACTICAS**

El primer elemento que ha de constatar el juez es la existencia de la controversia entre las partes. El tribunal está vinculado a las afirmaciones fácticas en la que las partes muestren su conformidad o en la que no exista controversia, y por lo tanto, exentas de prueba. Cabe distinguir, entonces, entre el objeto y el tema de la prueba. El objeto de la prueba, sería entonces, las “realidades que en general pueden ser probadas”. El tema de la prueba es lo que debe probarse en un caso concreto en un tribunal para que declare la consecuencia jurídica requerida por la parte. En ello se decanta el CPCM

cuando en el ordinal 1º del art. 312 dispone que necesariamente serán objeto de prueba los hechos controvertidos, así como la credibilidad de los medios o fuentes de prueba, arts. 356, 338, 339, 340 y otros CPCM.

Entonces, por medio de la prueba practicada en el juicio (audiencia probatoria según el CPCM, arts. 311, 402 y 403) las partes intentan convencer al juez sobre las afirmaciones realizadas por las partes tanto sobre los hechos en controversia como sobre la impugnación de la credibilidad de los medios probatorios. El hecho existe o no en la realidad con independencia del resultado de la prueba. Es un fenómeno humano extraprocesal. En cambio, las afirmaciones que las partes formalizan, en el marco del proceso, con la verificación o no de los hechos, son susceptibles de ser demostrados, y de allí todo su energía probatoria va orientado a que el juez se convenza de que tales afirmaciones son coincidentes con la realidad, pues de ello dependerá el triunfo o derrota de sus pretensiones.

El Código Procesal Civil y Mercantil debe facilitar la labor de las partes y del juez para fijar de manera ordenada y clara los hechos (o las normas) sujetas a la controversia:

- a) El art. 7 del CPCM expresa que los hechos en que se fundamenta la pretensión y la oposición sólo podrán ser introducidos por las partes, y que la actividad probatoria deberá recaer “exclusivamente” sobre los hechos afirmados por las partes (la impugnación de un medio probatorio es también un hecho afirmado por la parte a través de un conainterrogatorio, arts. 367 y 356 CPCM) o por los que tiene la calidad de terceros;
- b) El art. 276 CPCM dice que todo proceso inicia con una demanda escrita en la que el demandante interpondrá su pretensión haciendo del conocimiento del juzgador los hechos en que funda su petición, numerándolos y narrándolos con claridad y precisión para que el demandado pueda preparar su contestación y defensa;
- c) El demandado, tiene a su vez la carga procesal de contestar la demanda, art. 284 CPCM, en la cual expondrá las excepciones procesales, su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del demandante, sea parcialmente como en su totalidad, asimismo, podrá el demandado negar los hechos o reconvenir al demandante;
- d) El Código estatuye que en la “audiencia preparatoria”, art. 292 y 309 del CPCM se define el contenido de la pretensión y la prueba. En esta audiencia se fijará jurídicamente los alcances de la audiencia probatoria, puesto que se enmarca la aportación probatoria en el juicio y la decisión del juez con conocimiento en materia civil<sup>5</sup>;

---

<sup>5</sup> El efecto más importante de la promoción de la acción consiste en la *vinculación temática del tribunal a la pretensión*. El art. 292 y 309 del CPCM constituye una regla delimitadora respecto al examen judicial y a la resolución: el Juez sólo pueden tener como objeto de sus comprobaciones objetivas y de su valoración judicial, el suceso histórico cuya identidad, con respecto al hecho y con respecto al autor resulta de la fijación de la pretensión efectuada en la audiencia preparatoria. El tema así fijado sólo se puede modificar con mucha cautela y excepcionalmente. Si el examen judicial excede el tema fijado,

e) En la audiencia preparatoria las partes fijan sus afirmaciones, establecen los hechos a ser probados y realizan el ofrecimiento de los medios probatorios a utilizar en la audiencia probatoria (art. 305 y 310 CPCM). Este ofrecimiento debería ser oral, no escrito, para seguir fiel con la filosofía del nuevo sistema;

f) Por medio de la audiencia preparatoria se fijará el auto de apertura de la audiencia probatoria o “juicio plenario civil” (art. 311 CPCM), la fijación del objeto de la prueba en los términos establecidos en el art. 309 CPCM y la admisión de la prueba según lo determina el art. 310 CPCM;

g) Ahora bien, dado el dinamismo de la audiencia probatoria, cuando las partes están efectuando el examen de sus medios probatorios el juez está llevando a cabo un ejercicio de admisión de prueba, especialmente por su pertinencia y utilidad. De hecho, se pueden producir incidentes con respecto a la prueba cuando los procuradores objetan las preguntas o respuestas de la parte contraria. Se espera que el juez pueda decidir si admite o no el reparo o protesta de los procuradores. Es un ejercicio de admisibilidad, arts. 402, 404, 406 y 407 a 410 CPCM;

h) Es importante resaltar que bajo la técnica de contrainterrogatorio en audiencia las partes pueden impugnar la credibilidad del medio probatorio de la parte contraria (normalmente testigos, pero también pueden ser contrainterrogados la parte material, es decir tanto demandante como demandado, y peritos), art. 367 y 356 CPCM. La técnica de contrainterrogatorio dinamizará la adversatividad de la audiencia probatoria, bajo el ejercicio del derecho de defensa. La parte que haya sufrido un contrainterrogatorio por la parte contraria, podrá efectuar un interrogatorio que rehabilite la credibilidad de su medio probatorio (interrogatorio re-directo), art. 367 inciso final. La parte que efectuó el contrainterrogatorio, si lo desea, puede intentar utilizar un recontrainterrogatorio para sostener la falta de credibilidad de la prueba la parte que la ofreció en interrogatorio directo.

#### **4.- LA CARGA DE LA PRUEBA**

Para el Derecho continental la carga de la prueba permite distinguir las funciones de los sujetos procesales en el procedimiento probatorio. Para tratar de explicar estas funciones procesales, se ha desarrollado la teoría subjetiva de la prueba y la teoría objetiva de la prueba.

Bajo la teoría subjetiva o formal de la carga de la prueba le corresponde al actor (*onus probandi incumbit actori*) demostrar jurídicamente el objeto de la pretensión. Es decir la responsabilidad de probar es de las partes y no del juez. Por su lado, bajo la modalidad de la teoría de la carga material u objetiva de la prueba se preocupa por establecer el “qué” debe ser demostrado en la audiencia judicial, por lo tanto la carga no sólo es las

---

violando la regla de limitación, la resolución producida en esa forma no corresponde al asunto y no constituye una sentencia en la causa respectiva, y, de acuerdo a esto, vulnera el principio de congruencia de la sentencia judicial.

partes en el proceso para lograr el convencimiento judicial, sino que se admite alguna intervención del juez, como las denominadas diligencias para mejor proveer. En este último caso, el legislador al diseñar el procedimiento probatorio, tiende a ceder el principio de aportación de parte a favor del principio inquisitivo, en detrimento de la necesaria imparcialidad objetiva y subjetiva del juez.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, es claro al afirmar que en el derecho procesal moderno es necesario asegurar la imparcialidad objetiva del Juez. Un juez que interviene en esta actividad de parte (la búsqueda o práctica oficiosa de la prueba), se verá conminado a establecer sus propias afirmaciones para probarse a sí mismo su existencia. Lo cual dejaría en indefensión a la parte que resultare afectada por la actividad judicial. De allí la oposición que se ha tenido a lo largo de este trabajo a la actividad probatoria del juez en el sistema salvadoreño.

En el proceso civil y mercantil (incluso penal), debería corresponderle la carga de la prueba a la parte que intente probar su pretensión en el juicio. Es así que las reglas de la carga de la prueba tienen una doble dimensión. En una primera dimensión, las reglas afectan a las partes, porque les indican la obligación de probar sus afirmaciones en la audiencia. En la otra dimensión, las reglas son la única salida para el juez cuando tenga duda sobre la certeza de los hechos probados. Tanto si la parte que afirma no ha podido probar, o porque la prueba ha sido insuficiente o se dude de su credibilidad. Así para GIMENO SENDRA, la carga de la prueba se constituye en la columna vertebral del proceso y del modelo probatorio: si la carga es una función exclusiva de las partes entonces el modelo es adversativo, y si el juez tiene una función probatoria oficiosa es inquisitiva. Aunque TARUFFO se manifiesta en contra de esta distinción.

Es así que la carga de la prueba tiene una función subjetiva en el proceso. Bajo la regla de la carga de la prueba, se establece en las reglas procesales que la parte que realiza una afirmación ante el órgano judicial, tiene la responsabilidad de probarla. Es decir, de investigar los hechos, recolectar las fuentes o elementos probatorios y practicar la prueba de acuerdo a los medios establecidos en la ley.

Bajo la doctrina subjetiva de la carga de la prueba, que inicialmente inspiró el proyecto de CPCM, se distinguen las funciones entre partes y juez. De allí que las partes son los sujetos responsables de:

- 1º) La identificación de las fuentes o elementos de prueba durante los actos de investigación o preparación de las pretensiones o defensa;
- 2º) El ofrecimiento y la aportación de los medios probatorios con los que se introducirán en la audiencia de prueba a las fuentes o elementos de prueba (arts. 317 y 321 CPCM); y,
- 3º) La práctica del procedimiento probatorio en la audiencia de prueba (art. 428 CPCM).

Las partes deberán de tener las responsabilidades procesales mencionadas en un sistema de juicio oral adversativo. Ello implica que el sujeto procesal que deberá decidir con imparcialidad la pertinencia, utilidad y licitud de la prueba para su “admisibilidad” (art. 305) o rechazo (art. 320 CPCM) es el juez.

Bajo estas ideas primigenias es concebible un proceso civil - y penal- en el que la responsabilidad de aportar la prueba al proceso sea exclusivamente de la parte que afirma sea en sus escritos o en sus alegaciones en audiencia, art. 7 CPCM. Bajo la hipótesis descrita, el legislador en un modelo procesal adversativo, debe preocuparse en resguardar las garantías del debido proceso especialmente la independencia e imparcialidad judicial no podría admitir la actividad investigativa del juez. Ni siquiera bajo el disfraz de “ordenar diligencias con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio” (arts. 321 y 7 CPCM) pues de hacerlo no existen suficientes parámetros que limiten la discrecionalidad judicial y de nada serviría sostener que “quien afirma en juicio debe probar lo alegado”.

Esta decisión legislativa no deja de entrañar peligros puesto que no existen límites legales para el papel indagador o instructor del juez, lo cual genera un riesgo para que el sistema judicial garantice un juicio imparcial. En este punto hay que recordar que para el constituyente salvadoreño la única función del juez es “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” para preservar su imparcialidad objetiva a la hora de determinar una decisión judicial (art. 172 Cn).

El CPCM dispone la regla de la carga de la prueba en los arts. 6, 7, 317 y 321. En estas normas se expresa que a las partes les corresponda probar en audiencia los hechos que aleguen y que sean presupuestos para la aplicación de la ley. Es decir, que las partes deben probar sus afirmaciones fácticas que resulte determinantes para la decisión judicial de su pretensión, defensa o excepción. Si bien, el legislador en los mencionados artículos expresa que son las partes las que tienen la carga exclusiva de la prueba, deja una reserva al juez para investigar y probar algunos aspectos que considere oscuros y contradictorios. Esta última facultad se convertirá en una amenaza al derecho a un juicio limpio, puesto que un litigante incompetente o negligente podrá verse favorecido por el activismo probatorio del juez.

Las reglas de la carga dinámica de la prueba (onus probandi) deberán permitir una ponderación razonable del juez bajo las siguientes condiciones fácticas:

1º) Que corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos que delimitan o constituyen su pretensión. Y que incumbe al demandado la carga de probar los hechos que impidan, excluyan o hayan extinguido la obligación que se le reclama o la pretensión;

2º) Que cuando se alegue cualquier causa de abuso hacia derechos colectivos o difusos, una vez probada la existencia de indicios de la misma, corresponderá al demandado la carga de probar la ausencia de estas actuaciones antijurídicas en las medidas, decisión o conducta impugnada y de su razonabilidad y proporcionalidad;

3º) Que si el juez considerara dudosos unos hechos relevantes para su decisión, estimará o desestimará la pretensión según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones; y,

4º) Que cuando el demandante o el demandado, en su caso hayan solicitado que la parte contraria exhiba documentos o soportes magnéticos que por su naturaleza obran en su poder, será quien por su posición de dominio o custodia de los mismos, el que tendrá que demostrar que no pueden ser exhibidos debido a que no se encuentran en su poder o a su disposición.

Para la aplicación de las reglas mencionadas, el juez deberá ponderar la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

En este orden de ideas algunas disposiciones propias de los medios probatorios atribuyen a las partes y no al órgano jurisdiccional la carga de aportar la prueba al proceso, así el art. 325, 335, 336, 354, 378, por ejemplo. Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento judicial, el art. 390 y las siguientes de dicha sección atribuye al juez una mayor función y actividad en detrimento de las partes. Además, el legislador permitió la figura inquisitiva del interrogatorio domiciliario, art. 352 CPCM, que admite que el juez realice la práctica de la prueba aún sin presencia obligatoria de las partes para la defensa de sus derechos.

Si bien el inciso segundo del art. 7 CPCM estipula que únicamente las partes podrán introducir al debate los hechos que fundamentan la pretensión y la oposición, en coherencia con los arts. 317 y 316 CPCM, lo que da la impresión que el Código opta por la doctrina subjetiva o formal de la prueba. Dicha impresión, sin embargo, se desvanece en el párrafo final del mismo artículo autoriza al juez a realizar diligencias para mejor proveer con el objeto de esclarecer puntos oscuros.

Esta disposición final del art. 7 es contradictoria con el art. 416 que se refiere a la valoración de la prueba, puesto que se exige al juez atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer un hecho y el modo en qué se produjo. Si el juez tendrá facultades de investigación siempre estará investigando, cuando la lógica judicial indica que cuando un hecho sometido a prueba quede dudoso o incierto para el juez y fuera relevante para la decisión del litigio éste debe decidir respecto de dicho hecho en sentido desfavorable respecto del litigante que tenía que probar. Por lo mencionado, habrá que armonizar correctamente el principio del art. 7 con las reglas probatorias para evitar conflictos de interpretación.

En consonancia con un juicio adversativo, el art. 412 estipula que las partes durante los alegatos finales, expresados en forma oral, deberán ajustar los hechos con base en la prueba practicada. Tanto en la prueba que acredita los hechos como cuando hubo falta o insuficiencia de prueba por la parte contraria o que a su criterio hubiera tenido poco peso persuasivo, insuficiente o que resulten inciertos.



Se destaca, consecuentemente, que el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño adopta en el “principio de aportación” (art. 7), la regla de que la actividad de fijación de los hechos y por lo tanto la actividad probatoria es responsabilidad de las partes. Ello permite garantizar la protección judicial a través de un juez imparcial.

Por lo tanto, es sumamente riesgoso y contraproducente que el legislador haya admitido en el mismo artículo 7 que los jueces podría ordenar diligencias para mejor proveer para el esclarecimiento de puntos oscuros y contradictorios. Ello porque puede afectar la necesaria imparcialidad subjetiva y objetiva que debe guardar el órgano jurisdiccional para resolver una controversia sometida a su conocimiento. Este desafortunado art. 7 guarda relación con otras facultades inquisitivas como la de los arts. 321, 390 inc. 2º, 394, 369 y 419. El juez tendrá que decidir, conforme a los artículos 1 y 2 del CPCM no utilizarlos para resguardar la debida protección judicial.

En el art. 321 del CPCM se encuentra en armonía con el párrafo segundo del art. 322 con respecto a la cadena de custodia de la prueba, cuando dice “la parte que propone la prueba podrá acreditar inicialmente que no ha sufrido modificaciones o alteraciones desde que se encontrare bajo su custodia o poder”. Vale la pena adelantar que el procedimiento de introducción de prueba material del art. 325 y de cadena de custodia del art. 322 deberá efectuarse por medio de interrogatorios sea de testigos, partes o peritos, dependiendo la naturaleza de la fuente o elemento. El procedimiento se verificará en la audiencia probatoria bajo responsabilidad de las partes, no del juez.

## **5.- LA VALORACION DE LA PRUEBA**

La valoración que el juzgador realiza, sobre la prueba practicada en el proceso o sobre la credibilidad de los medios probatorios, es la operación mental con la que se finaliza el procedimiento probatorio antes de emitir la resolución sobre el objeto controvertido. En este razonamiento, el juez decidirá sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones fácticas aportadas por las partes. Esta convicción será plasmada en la sentencia respectiva. GIMENO SENDRA ha expresado, en esta misma línea que la finalidad de la valoración de la prueba consiste en el convencimiento del juzgador sobre la verdad o falsedad de determinadas afirmaciones discutidas en el proceso. De allí que debe recaer en las partes la carga de probar sus afirmaciones y no en el juez.

En igual sentido se manifiesta MONTERO AROCA cuando dice que después de haberse establecido el resultado de cada fuente de prueba, el juez deberá determinar el valor que le adjudicará sobre su credibilidad y certeza. La valoración de la prueba por parte del juez es una actividad en la que la evaluación psicológica de la prueba no ofrece aún exteriorización alguna. Este es el ámbito íntimo de la conciencia del juez y del proceso intelectual previo a la elaboración de la sentencia. La exteriorización de la decisión del juez se producirá con la fundamentación fáctica de la sentencia definitiva.

En la tradición jurídica salvadoreña hasta mediados de los años 90 del siglo pasado, el sistema de evaluación del peso y credibilidad de la prueba se ha distinguido utilizando las reglas de la “tasa legal” o “prueba tasada” para todo el sistema procesal civil

(mercantil, inquilinato, entre otros), mientras el sistema de valoración sana crítica (juez) y el de íntima convicción (jurado) era utilizado en la justicia penal de adultos, desde el Código Procesal Penal de 1973.

Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley Procesal de Familia, de la Ley del Menor Infractor (ahora denominada de Justicia Penal Juvenil) y el Código Procesal Penal de 1996 rige para estas materias la valoración de la prueba a través de la sana crítica.

El Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño ha acogido el sistema de valoración de la prueba a través de la “la sana crítica” (sin perjuicio que la prueba documental no controvertida tenga un valor tasado a priori por su fuente o por las garantías de fe pública) del juez, que ha regido en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

El proyecto de CPCM siempre previó que el juez en el futuro proceso civil y mercantil no se encontrará vinculado a priori por la ley a las declaraciones de testigos, ni a lo declarado por la parte, ni a cualquier otro medio introducido (salvo alguna prueba documental).

En la disposición 416 del proyecto de Código se decía lo siguiente: “el juez o tribunal deberá valorar la prueba conforme al principio de libre valoración, atendiendo siempre las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humano, así como de acuerdo a las normas que rigen el razonamiento lógico. No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado que puedan tener. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba de manera individual, determinando si conduce o no a determinar la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba se haya dirigido a determinar la existencia o modo de un mismo hecho, se deberán poner en común, con especial motivación y razonamiento del resultado final al que se llega”.

El art. 416 del CPCM aprobado por el legislador dice “el juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento”.

El art. 416 contenido en la ley aprobada sigue el mismo objetivo del proyecto. Ello implica que en el futuro procedimiento civil y mercantil, el juez se apoyará en el sistema de sana crítica para evaluar o aquilatar la prueba, pero siempre y cuando los hechos sean lógicos y razonables, por lo que su inobservancia será una violación de la ley que le acarreará responsabilidad penal, civil y profesional (CAPELLETTI).

Lo mencionado está en concordancia con el art. 217 inciso tercero y con el art. 218 CPCM; el primero estipula que el juez deberá motivar la sentencia y deberá relacionar

las pruebas propuestas y practicada, los hechos que se consideran probados y los no probados; el segundo, por su lado, materializa el principio de congruencia, entendida como la correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve.

En esta lógica, el recurso de apelación permite revisar al tribunal de segunda instancia, los hechos probados que se fijan en la decisión así como la valoración de la prueba, arts. 510, 15, 18 y 19 CPCM. El Código requiere que las fuentes de prueba sean obtenidas de manera lícita, art. 316 y art. 2 inciso final.

El sistema de valoración por medio de la sana crítica implica que el juez o tribunal valorará la prueba conforme a su entendimiento lógico, a su experiencia y a la razonabilidad de los sucesos. Se exige, adicionalmente por el régimen jurídico, que el juez o tribunal fundamenten la resolución con los hechos probados y los medios que le llevaron a adoptar dicha decisión, como se ha identificado en las disposiciones precitadas. En el sistema la sana crítica, el juez o el tribunal no están vinculados a determinadas normas probatorias o a un quantum determinado. Así, el tribunal incluso puede fallar con base a prueba indiciaria, es decir, de un hecho probado puede inferir otro. El juez bajo la sana crítica deberá fallar razonada y ponderadamente en el plazo prescrito por la ley según las reglas de la lógica, el sentido común y su propia apreciación y experiencia psicológica de los hechos que las partes han introducido al proceso a través de los medios de prueba.

Bajo el principio de libertad probatoria consagrado en los art. 312 y 330 CPCM, las partes introducirán sus elementos y fuentes de prueba, cualquiera de ellos, por los medios de prueba establecidos en la ley. Así un juez determinará su decisión con base en la credibilidad y peso de convicción de la prueba introducida al proceso y no en su conocimiento privado lo cual es una consecuencia del principio de verdad real y del de inmediación que es su derivación, no debiendo olvidarse que el juez tiene la obligación de establecerla objetiva y substancialmente los hechos probados y sometidos a enjuiciamiento para dar base cierta al objeto del proceso.

Finalmente cabe señalar, que tras una larga lucha de parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que ha estado exigiendo que las decisiones judiciales deben ser motivadas, razonables y congruentes para considerar su legitimidad, se introdujeron dos reglas en el proyecto que exigen la motivación de toda resolución judicial, salvo los decretos.

Estas disposiciones son los arts. 216 y 217 en la que se exige la motivación por medio de razonamientos fácticos y jurídicos que conduzcan a la fijación de los hechos, a la apreciación y valoración de las pruebas y a aplicación e interpretación del Derecho. Se obliga al juez a que la motivación sea completa y exhaustiva ajustándose a las reglas de la lógica y razón. Por su parte, el art. 217 CPCM expresa que los jueces deben ceñirse a lo pedido por las partes, es decir que debe resolver conforme a las pretensiones de las partes, por lo que las sentencias deberán ser claras, precisas y resolver los puntos planteados y debatidos.

Una valoración adicional, es que el legislador obliga a la publicidad de las resoluciones judiciales. La Corte Suprema de Justicia debe garantizar el conocimiento de la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Civil y de los tribunales de segunda instancia, art. 224 CPCM.

## **6.- LOS PRINCIPIOS DE LA PRÁCTICA PROBATORIA**

El art. 11 de la Constitución salvadoreña expresa que para la limitación de un derecho o para su reconocimiento es necesario que el justiciable sea oído y vencido en juicio oral con todas sus garantías. A partir de esta disposición, se considera que nace la obligación del legislador de diseñar y aprobar una normativa procesal que desarrolle el juicio oral. Ahora bien, como el centro del juicio oral es la fase probatoria, cualquier modelo procesal ajustado a la Constitución debe considerar principios fundamentales tales como los principios de inmediación y concentración, contradicción e igualdad, oralidad y publicidad.

A partir del art. 11 de la Constitución, en consonancia con los arts. 7, 309, 310 y 321 del CPCM disponen que los actos de prueba son efectuados por las partes en el *juicio*, es decir en la *audiencia probatoria*, especialmente por la parte que tenga la carga de probar sus afirmaciones o defensa.

La plena efectividad del principio de oralidad implica que las actuaciones probatorias y las comunicaciones que realicen los sujetos procesales durante las audiencias deberán utilizar las técnicas propias de litigación oral adversativa.

Ello implica que, las partes, tienen la carga procesal de realizar una mínima y suficiente actividad probatoria en las audiencias y el juez o tribunal tiene la responsabilidad de exigirla para la adjudicación de la controversia sometida a su conocimiento.

### **a) Los principios de inmediación y concentración**

Para GIMENO SENDRA los principios de inmediación y concentración como integrantes de los principios del procedimiento, se refieren a la relación entre el órgano jurisdiccional y el material fáctico introducido por las partes en el juicio.

Los arts. 10 y 200 del CPCM constituyen una garantía para las partes y para el sistema de justicia civil. Históricamente el juez salvadoreño en las materias civil, mercantil, laboral e inquilinato no está presente durante la práctica de la prueba, debido a que la práctica forense en el sistema en vigencia es “escrito” y “delegado”.

Es decir, los actos de prueba en el proceso civil y laboral vigente se delegan al colaborador jurídico, que ni siquiera es abogado, pero independiente sea o no abogado no está investido de juez. Esta realidad ha deformado históricamente la administración de justicia salvadoreña, primero porque la Constitución garantiza un juicio oral como mecanismo de tutela de las pretensiones de los justiciables y en segundo lugar, porque quien ordena que conozca sobre las pretensiones de las partes, de la práctica

probatoria y que emita la resolución en nombre del Estado (de la República) es el Juez y no el colaborador judicial (arts. 1, 2, 11 y 172 Cn).

De lo mencionado, los redactores del Código han pretendido superar los vicios que arrastra la administración de justicia civil, mercantil y las demás materias en las que supletoriamente se aplique la nueva ley al diseñar un modelo de juicio oral, dispositivo y adversativo. El art. 10 CPCM expresa que el “juez debe presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable”.

Bajo el principio de inmediación, las audiencias se efectuarán bajo la relación particular del juez o del tribunal con la prueba y con las partes; así como con los espectadores de la audiencia. Para identificar al principio de inmediación en un procedimiento, todo el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional deberá desfilarse en la audiencia. En la audiencia es en donde las partes expondrán sus probanzas con la intención de lograr el convencimiento judicial.

En el derecho anglosajón el análisis que hace el juez sobre el lenguaje corporal del testigo que depone en audiencia se denomina “demeanor”. De allí la importancia del principio de inmediación importado por el derecho continental del derecho anglosajón: la posibilidad que el juez esté en contacto directo con la práctica de la prueba.

El *demeanor*, es decir, la capacidad del Juez de evaluar la conducta del testigo, del perito o de la parte mientras declara en audiencia, es un aspecto relevante para que el juzgador pueda darle credibilidad a la práctica de la prueba y al contenido de la información sobre los hechos vertida en la audiencia. De igual manera la audiencia es importante, para que los abogados de las partes puedan impugnar la credibilidad de testigos y peritos mediante el contrainterrogatorio y, en su caso, rehabilitar su credibilidad, mediante interrogatorio redirecto.

Bajo el principio de concentración, los actos procesales se efectuarán con la mayor proximidad temporal entre ellos (art. 11 CPCM). Es decir, es en la audiencia probatoria en donde las partes deberán concentrar la práctica de la prueba.

#### b) Los principios de contradicción e igualdad

Desde la perspectiva de GIMENO SENDRA, el principio de contradicción o confrontación, y el de igualdad integran los principios inherentes a la estructura del proceso. Estos principios determinan y explican un proceso civil con vocación democrática. En otras palabras, los sujetos procesales, especialmente las partes, tienen la posibilidad de ejercer sus oportunidades procesales de manera adversarial en el procedimiento.

El principio de defensa y contradicción se encuentra contenido en el art. 4 del CPCM y en el art. 5 se describe al principio de igualdad procesal. En un proceso adversativo, la

parte que demanda tiene la carga probatoria frente al individuo que tiene calidad de demandado, a quien se le reconocen sus derechos para ejercer su defensa material y técnica para confrontar las pretensiones que obran en su contra. Esta relación tiene que ser equilibrada y en igualdad de condiciones. Por esta razón, los principios inherentes a la estructura del proceso son los de contradicción e igualdad, sin cuya existencia material el derecho a un debido proceso sería una ficción.

Una de las exigencias esenciales para que se verifique el principio de contradicción es el acceso de los sujetos procesales al órgano jurisdiccional para exigir la tutela de sus pretensiones y oposiciones. Junto a esta posibilidad, el órgano jurisdiccional les debe reconocer un estatuto procesal de “partes”, para que éstos hagan valer sus derechos y cumplir con las cargas u obligaciones procesales.

La existencia de los sujetos que confrontan sus pruebas en el proceso civil es esencial para garantizar la lucha entre dos tesis que se contraponen (pretensión y resistencia) y para equilibrar las fuerzas en el proceso bajo las reglas del juego limpio, arts. 11 y 12 Cn, arts. 3 a 13 CPCM.

El principio de confrontación, como derivación del derecho constitucional de defensa, exige que el demandado pueda “carearse” con los testigos de parte contraria, incluso con la parte demandante. Pero el careo implica que el demandado pueda estar presente en la audiencia en donde los testigos de la parte demandante estén deponiendo y pueda confrontarlas, si así lo desea, por medio de un contrainterrogatorio.

El contrainterrogatorio, bajo la técnica de preguntas sugestivas, es la verdadera efectivización del derecho de defensa en una audiencia. Asimismo, le asiste el derecho al demandado de confrontar a sus propios testigos, cuando el testimonio de éstos le resulta adverso en la audiencia. Por otra parte, al demandado le asiste el derecho de solicitar la exclusión o no admisión de prueba de referencia, puesto que su inclusión al proceso no permite un adecuado ejercicio del derecho de confrontación.

El principio de igualdad completa al principio de contradicción en el proceso, ya que tanto la parte demandante como el demandado deben tener las mismas posibilidades de alegar, probar o impugnar. Para que el órgano jurisdiccional pueda decidir sobre los hechos en controversia necesita que las partes del proceso puedan ejercer las mismas facultades y derechos, así lo disponen los arts.5-7 y 13 del CPCM. Las disposiciones citadas afirman que los sujetos que se enfrentan, o partes, tienen las mismas posibilidades de postulación, para lograr la convicción judicial de sus tesis, por los medios probatorios introducidos en el juicio civil o mercantil.

A fin de evitar que la celebración de una audiencia de juicio se convierta en el mero cumplimiento de una formalidad, la ley obliga a que las partes practiquen la prueba ofrecida y no simplemente argumenten sobre los hechos, o en el peor de los casos trasladen los actos de investigación civil sin llevar las fuentes probatorias a la audiencia judicial.

### c) Los principios de oralidad y publicidad

Los principios del procedimiento civil que involucran la forma de la actividad procesal y la comunicación entre los sujetos procesales son denominados principios del procedimiento relativos a la formación de los actos procesales.

En el procedimiento común y en los procedimientos especiales en los que fueran aplicables según los arts. 8 y 9 del CPCM, se encuentran varios mandatos en los que se resaltan que el órgano jurisdiccional debe celebrar las audiencias en forma oral. Es así que el juez deberá fundar su decisión utilizando exclusivamente el material fáctico y probatorio que se introdujo en la audiencia.

Bajo el principio de oralidad, los actos procesales tienen la ventaja de facilitar y hacer que concurren los otros principios, como son la inmediación, la concentración y la publicidad.

La oralidad tiene un rango constitucional (arts. 11 y 12) ya que toda persona tiene derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional, es decir, tiene que la facultad de confrontar la prueba de cargo mediante el contrainterrogatorio o a presentar prueba que le favorezca para defenderse de las pretensiones contrarias efectuadas por el demandante. No se trata del cumplimiento formal de una “comunicación verbal entre las partes”, como expone algún sector de la doctrina procesal del derecho continental, sino de hacer efectiva las garantías procesales y derechos fundamentales, especialmente el de defensa que se desarrolla a través de la confrontación de la prueba contraria ante el órgano jurisdiccional.

Para la implementación óptima de este modelo, es necesario el desarrollo de destrezas y técnicas para aquellos que participan en el proceso civil que sufrirá cambios dramáticos. Estos cambios se impregnarán en el derecho común, por ser un derecho procesal supletorio, incluyendo el laboral, familiar y el administrativo. Para FONTANET en América Latina se están construyendo cambios dramáticos en el proceso, lo que implican el paulatino alejamiento de la figura del juez instructor en el juicio penal o civil en la investigación o en la práctica de pruebas.

Ahora, bien en el modelo adversativo si bien el juez no tiene, por regla general autorización para la práctica de la prueba y aún y cuando excepcionalmente la tiene en algunas regulaciones norteamericanas no hace uso de ello para preservar su imparcialidad. Pero sí tiene potestades de dirección del proceso o su equivalente a “director del proceso” (“case management”). Es decir, el juez tiene facultades para ordenar el cumplimiento de las cargas procesales de las partes en plazos determinados. Incluso, la audiencia preliminar o pretrial le permite al juez planificar las actividades procesales y probatorias de las partes.

En el nuevo CPCM el juez tendrá facultades de dirección y ordenación del proceso para administrar su carga y flujo de trabajo en el tribunal (arts. 14, 194, 204, 406, 402,

450 y 198). Lo cual es una función administrativa sana para la pronta y cumplida justicia distinta a la de inquisidor, como el legislador le ha permitido como las “diligencias para mejor proveer”, entre otras.

Por medio de la práctica de la prueba en el juicio oral, los ciudadanos pueden escuchar la prueba de la parte contraria y puede defenderse apropiadamente; inclusive el sistema oral facilita la resolución de los conflictos por medio de la conciliación u otras salidas alternas que exigen una comunicación directa. La oralidad permite el acceso de las partes y del público para controlar la actividad jurisdiccional facilitando la transparencia de la actividad judicial.

Con respecto al principio de publicidad del procedimiento civil, hay que comenzar diciendo que, de acuerdo a la ley aprobada, es un derecho de los ciudadanos controlar los actos realizados por los funcionarios encargados de administrar justicia. La forma oral de los actos procesales en el juicio (audiencias) facilita el acceso de la ciudadanía a la actividad jurisdiccional y hace posible que se concrete el principio de publicidad.

Es así, que el proceso oral permite la divulgación de los debates en las audiencias al público presente, o a la población a través de los medios de comunicación. El hecho que el Código Procesal Civil y Mercantil haya diseñado el *juicio* basado en los principios de oralidad y publicidad permite que cualquier persona lo presencie y conozca los fundamentos de los fallos que se tomen. Lo anterior, permite afirmar que por regla general el público y los medios de comunicación tendrán libre acceso a las salas de audiencia, debiendo observar las indicaciones que los jueces les establezcan.

Como se ha mencionado, en un sistema de juicio por audiencias, rigen para la práctica de la prueba los principios de inmediación y concentración, contradicción e igualdad, oralidad y publicidad, y para ello la doctrina ha expuesto la necesidad de que las partes en contienda produzcan la prueba ante el Juez con el fin que este tome una determinada decisión judicial.

Debido a la exigencia de la práctica probatoria en audiencia para obtener una convicción judicial, los redactores del Código Procesal Civil y Mercantil han propuesto un procedimiento adversativo para la práctica de la prueba. Las reglas adversativas son más claras en las declaraciones de parte, interrogatorio de testigos y peritos y en la incorporación en audiencia de la prueba material mediante interrogatorio de partes, testigos o peritos.

En el nuevo proceso civil y mercantil la actividad procesal se concentrará en el juicio oral o audiencia probatoria (arts. 200, 312, 321, 402 y 406 CPCM), o sea que el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional concurre en la audiencia mencionada, en donde las partes expondrán sus hipótesis o argumentos a través de una breve relación del caso (aunque no lo diga expresamente el Código por la práctica forense de familia y penal puede ayudar al juez a ubicarse en el asunto en controversia, sus probanzas y alegaciones finales. La concentración en la audiencia de todos los elementos relevantes permite la visión global y unitaria del caso, tanto de la actividad



demandante como defensiva, la introducción de la prueba, los alegatos de las partes, la deliberación, la emisión del veredicto y la sentencia.

## **7.- LAS FUENTES Y LOS MEDIOS DE PRUEBA**

Se ha afirmado que la prueba es la actividad desarrollada en el proceso para alcanzar el convencimiento del juzgador de la veracidad de las afirmaciones controvertidas para resolver las pretensiones o resistencias de las partes. Es así que la doctrina distingue entre elemento, fuente y medio de prueba.

El concepto fuentes de prueba hace alusión a los elementos de prueba identificados en las cosas, documentos, personas, vestigios que en determinadas circunstancias o etapas en un proceso judicial reglado pueden aportar información sobre los hechos acaecidos o en controversia.

Se utiliza la expresión “elementos de prueba” para referirse a una realidad anterior al proceso. Se trata, en efecto, de una realidad extrajurídica sobre los hechos. Es decir, los elementos o fuentes de prueba existen con o sin el proceso judicial. No es necesaria la existencia de un proceso judicial para que puedan identificarse las fuentes o elementos de prueba sobre los hechos.

La incorporación de las fuentes o elementos de prueba a la audiencia probatoria de un proceso judicial se realiza a través de los medios probatorios. Los medios probatorios son los procedimientos de incorporación legal de los elementos o fuentes de prueba a la vida jurídica y judicial. Los medios probatorios tienen un carácter técnico-instrumental pues sirven para que las partes introduzcan las fuentes de prueba con el objeto de convencer al Juez de la existencia o inexistencia del dato objeto de la prueba. Es así, que los medios de prueba son los soportes de la percepción y decisión judicial que puede ser adquirida por el juzgador en la audiencia probatoria a través de declaraciones de personas (partes, testigos y peritos), por documentos o cosas (GIMENO SENDRA).

En igual sentido se manifiesta MONTERO AROCA, ya que para este autor las fuentes de prueba son elementos que existen en la vida real y los medios son las actividades que las partes o los interesados deben realizar para incorporarlas al juicio.

Cada uno de los medios de prueba debe proponerse y practicarse como lo establece la ley y no de otra manera. Si bien, en principio todos los medios de prueba son admisibles en el proceso, no solo es relevante llegar en el proceso a la certeza de los hechos, sino que es necesario el cumplimiento de la norma que regula la actividad de la realización de los medios probatorios.

Consecuentemente, la expresión "medio probatorio" o "medio de prueba" denota el procedimiento o actividad necesaria para el ingreso válido dentro del proceso de los elementos de prueba, siendo éstos precisamente los datos concretos o información objetiva, útiles para demostrar o desvirtuar los hechos alegados en las pretensiones de

las partes. El Código Procesal Civil y Mercantil establece una libertad de fuentes de prueba, siempre que se respete su legal obtención, arts. 3, 312 y 316. Así al existir libertad probatoria en el descubrimiento de los elementos o fuentes de prueba, éstos deberán ser introducidos al conocimiento judicial a través de los medios de prueba establecidos en la ley (arts. 3, 312, 318 y 330 CPCM).

Los medios probatorios reconocidos en el CPCM se encuentran en el capítulo tercero del Título Segundo, Libro Segundo, son los siguientes:

- a) Documentos;
- b) Declaración de parte;
- c) Interrogatorio de Testigos;
- d) Prueba pericial;
- e) Reconocimiento judicial;
- f) Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información.

Ahora bien, la columna vertebral del sistema probatorio del nuevo sistema procesal es la realización de interrogatorio directo y contrainterrogatorio (así como examen redirecto y recontrainterrogatorio). Es decir, bajo la técnica de litigación adversarial es que se llevará a cabo la producción en audiencia pública del medio probatorio de parte, de testigos y peritos, así como la introducción y acreditación en audiencia de la prueba material (documentos, medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información, informes periciales y otros). Los procuradores tienen libertad de ordenar su prueba de acuerdo a sus estrategias en la audiencia probatoria. No hay un orden predeterminado.

Las oportunidades para efectuar la técnica de interrogatorio son las siguientes:

- Interrogatorio directo: Lo hace el procurador que ofreció al medio probatorio. Su finalidad es probar una afirmación fáctica.
- Contrainterrogatorio: Lo hace el procurador de la parte adversa, en el ejercicio del derecho de defensa (confrontación). La principal finalidad es impugnar la credibilidad de la prueba.
- Interrogatorio re-directo: Lo efectúa el procurador que hizo el primer interrogatorio. Tiene finalidad de “rehabilitar” la prueba luego de la confrontación del contrainterrogatorio.
- Re-contrainterrogatorio: La realiza el procurador que practicó el contrainterrogatorio. Su finalidad es continuar impugnando la credibilidad de la prueba de la parte que la ofreció.

Por ello se propone reclasificar, para efectos didácticos a los medios probatorios por la forma de su producción en audiencia de la manera siguiente:

Interrogatorios  
Partes (demandado, demandante y terceros)

Testigos (conocimiento propio y directo y testigos expertos)  
 Peritos (de parte y judiciales)  
 Medio Demostrativo o Material (introducción en audiencia a través de interrogatorios)  
 Documentos (instrumentos públicos o privados)  
 Medios audiovisuales, electrónicos, bases de datos, etc,  
 Otros (dibujos, maquetas)  
 Prueba científica (informes periciales a través del interrogatorio de peritos)

Conocimiento judicial  
 Reconocimiento: personas, objetos o inmuebles (inspección)  
 Hechos notorios o evidentes.

## **8.1.- PRACTICA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS A TRAVÉS DE INTERROGATORIO**

### **8.1.1.- INTERROGATORIO DE PARTE**

#### **1º) Concepto**

La declaración de parte, puede ser definida como la información verbal que emite por medio de un interrogatorio una de las partes materiales en la audiencia con eficacia probatoria. Al introducir en el CPCM el medio probatorio denominado “declaración de parte”, el legislador ha decidido separar otras intervenciones de las partes materiales que no tienen valor probatorio, como las alegaciones o argumentaciones expresadas por escrito o verbalmente en audiencia por los procuradores.

Con las disposiciones del art. 344 se pretendió superar las viejas reglas sobre la confesión o absolución de posiciones que ha sido la costumbre jurídica salvadoreña. Si bien el concepto y el procedimiento por el cual se practicará este medio probatorio es bastante novedoso para el derecho procesal civil salvadoreño, art. 344 y siguientes del CPCM, aún no se logró efectuar el salto de calidad para convertir este medio probatorio en un verdadero interrogatorio adversativo de parte. El modelo seguido se basa en una confusión entre la reglas de la LEC, entre los arts. 301 a 316 y la declaración de parte del modelo adversarial americano.

#### **2º) Sujetos que pueden declarar como parte**

Tanto el demandante como el demandado, a través de sus abogados, pueden requerir al Juez o Tribunal para que se autorice la práctica del interrogatorio de la parte material adversaria (art. 344 CPCM). De igual manera, la parte podrá solicitar que se autorice su propia declaración que será efectuada mediante el interrogatorio de su propio abogado. Luego de efectuada la declaración personal de la propia parte, el abogado de la parte contraria podrá efectuar un contrainterrogatorio (art. 345 CPCM). La práctica del

interrogatorio y la declaración de la parte será oral y se efectuará en la audiencia probatoria (art. 344)

Los sujetos que pueden declarar a título de parte son:

- El demandado y el demandante (arts. 344 y 345 CPCM), así como los terceros;
- Los representantes de los incapaces por los hechos en que hayan intervenido personalmente; y,
- Los apoderados, por los hechos efectuados en nombre de sus mandantes, estando vigente el mandato; y por hechos anteriores cuando estuvieren sus representados fuera del lugar en que se sigue el proceso, siempre que el apoderado tuviese facultades para ello y la parte contraria así lo consienta (art. 346 CPCM).

Algunas de estas declaraciones de parte pueden considerarse como la admisión excepcional de prueba de referencia (art. 347 final). Puesto que en algunos casos no tendrán un conocimiento directo sobre los hechos, sino que únicamente podrán brindar información sobre aseveraciones.

### 3º) Procedimiento para la práctica de la prueba

La primera regla que se establece en el CPCM es que las preguntas se formularán por los abogados a las partes. Entonces, se puede practicar esta prueba bajo dos modalidades:

- Una posibilidad es que la parte sea citada e interrogada por su propio procurador.
- Otra posibilidad es que la parte contraria sea citada e interrogada por el abogado de la contraparte.

Ante cualquiera de esas posibilidades, el Código prevé que los abogados puedan realizar una técnica distinta en el interrogatorio o práctica de la declaración de parte.

Las preguntas deberán hacerse en sentido afirmativo y evitarán contener valoraciones, sugerencias, calificaciones ni ninguna otra clase de indicación o comentario que pueda dirigir la contestación (art. 348 CPCM). Lo cual se aplica si la técnica es un interrogatorio directo.

Según el art. 349 el juez o tribunal será el responsable de admitir o rechazar las preguntas. Las partes pueden objetar la pregunta de la parte contraria u objetar la no admisión de la pregunta que realice. Esto último permitirá resguardar la imparcialidad del juez, ya que el inciso primero del art. 349 da la impresión que el Juez controla el interrogatorio sin que la parte objete o proteste.

El art. 350 complementa el art. 349 el procedimiento del interrogatorio en la audiencia probatoria. El interrogatorio comienza con procurador de la parte que ha propuesto la

prueba. Las respuestas habrán de hacerse directamente por la parte de manera oral (art. 344 inciso final). En esta sección del interrogatorio de parte, hay una insistencia y reiteración en el Código por asegurar que la audiencia sea oral, tanto en la realización de las preguntas como en la formulación de las respuestas. No se admiten cuestionarios.

La técnica que utilizará el abogado de la propia parte cuando la interroga es el examen directo, así que el procurador de la parte contraria puede realizar un contrainterrogatorio. Si el primer litigante desea efectuar otro interrogatorio aclaratorio, deberá examinar a su propio cliente mediante un examen redirecto. Al finalizar esta oportunidad procesal el procurador de la parte contraria que hizo el primer contrainterrogatorio, tendrá la oportunidad, si así lo desea de efectuar un recontrainterrogatorio.

La técnica a utilizar cuando el litigante de la parte contraria (por ejemplo, demandante) cite y desee examinar a la contraparte material (ejemplo, demandado) es un contrainterrogatorio (ver art. 350 final). Es decir está autorizado a efectuar preguntas sugestivas, debido a que normalmente la parte contraria podría ser un medio probatorio hostil. De allí que la ley y el juez autorizan las preguntas sugestivas en el primer examen de la parte contraria.

Ahora bien, cuando le toque el turno al abogado de la propia parte material que acaba de declarar, entonces, tendrá que efectuar un interrogatorio directo para rehabilitarla. Luego, el abogado (de la parte demandante) que hizo el primer interrogatorio (con la técnica sugestiva) a la parte contraria (ejemplo, demandado), podrá efectuar un recontrainterrogatorio. Para finalizar, el propio abogado de la parte material (ejemplo, demandado) que ha sufrido el recontrainterrogatorio, si lo desea, podrá finalizar con un interrogatorio redirecto para rehabilitarla.

Una excepción para la recepción de una declaración de parte en audiencia probatoria, es la que se refiere el art. 352, que formula un procedimiento análogo al anticipo de prueba. La excepción para que se practique el interrogatorio de parte en el domicilio de una de las partes o en el lugar en donde se encuentre.

Esta posibilidad se fundamenta en los casos de enfermedad o por otras circunstancias en la cual la persona que deba responder al interrogatorio no pudiera comparecer en la sede del tribunal. Sin embargo, esta redacción deberá ser declarada inaplicable, debido a los riesgos de vulnerar el derecho de defensa de la parte contraria, así como a su desnaturalización bajo los principios de inmediación, concentración, contradicción e igualdad.

#### 4º) Valoración de la declaración de parte

Hay dos tipos de valoraciones a la declaración de parte que puedan implicar una expresión de conocimientos sobre los hechos en controversia. Una que es a la que se refiere el art. 351 cuando la parte material sometida al interrogatorio se niega a

responder o es evasiva en sus respuestas. Bajo la ley, el juez “podrá” considerar como un reconocimiento de los hechos. Por lo que no es una norma imperativa ni tasada. Se deja a criterio del juez su evaluación. Esta circunstancia se exceptúa si la parte se encuentra amparada por la facultad de guardar un secreto. Las estipulaciones sobre el deber y la facultad de guardar silencio pueden ser retomadas de la legislación procesal penal, además de las preceptuadas en los arts. 370 a 372 y 374 del CPCM.

Ahora bien en cuanto al reconocimiento de hechos en un interrogatorio de parte, como señala el art. 353, se sigue otra regla de valoración. Así dice el art. 353 que se “consideran como ciertos los hechos que una parte haya reconocido en la contestación al interrogatorio si en los hubiera intervenido personalmente, siempre que a ello no se oponga el resultado de las demás pruebas. En lo demás, el resultado de la declaración se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica”.

El art. 353 CPCM (así como su equivalente del 316 LEC) tiene la finalidad de permitir que el Juez fije en la sentencia los hechos declarados, siempre y cuando, la parte material hubiera intervenido personalmente en los hechos, como en un despido de un trabajador, en la firma de un contrato o en una relación de un consumidor con un proveedor. Esta regla no se aplica a la declaración de parte conocida de manera indirecta o de referencia (art. 347 final).

En el primer caso se podría estar ante un medio probatorio similar a la “confesión de parte”, y en el segundo caso supone una declaración que se valora según las reglas de la sana crítica, que puede ser complementaria a los demás medios probatorios. Pero, aún en el primer caso la disposición es siempre orientativa hacia el Juez no es una regla de prueba tasada ni tampoco tiene carácter de ser una regla imperativa, sino más bien dispositiva.

En cuanto a la obligación de comparecencia de las partes materiales debidamente citadas por el Tribunal, el art. 347 establece una regla imperativa que tiene efectos negativos para el que no comparece. Es una norma que intenta coaccionar a las partes materiales a colaborar con el tribunal como fuente y medio probatorio. El resultado es que si la parte que ha sido citada debidamente no comparece a la audiencia probatoria, sin justa causa, se entenderán por aceptados los hechos alegados por la contraparte (art. 347 CPCM). ¿A qué hechos se refiere que serán aceptados si no hay “cuestionario” como en la prueba de “posiciones” del sistema vigente? Se refiere a las afirmaciones fácticas objeto de la prueba ya fijados en la audiencia preparatoria.

### **8.1.2.- INTERROGATORIO DE TESTIGOS**

Se puede conceptualizar al “testigo” como una persona física, ajena al proceso, citada por el órgano judicial (o las partes procesales) con el fin que preste declaración de hechos relevantes para la averiguación y constancia de los hechos contenidos en la pretensión. Para MORENO CATENA el testigo es la fuente de la prueba y el testimonio el medio probatorio. El testigo es un “tercero” en el proceso.

La calidad de testigo se adquiere con el llamamiento judicial, arts. 359, 360 y 362 CPCM, aunque en el sistema propuesto esta calidad puede ser adquirida si existen posibilidades de obtener declaraciones anteriores al inicio del juicio, durante la etapa investigación o preparación del caso.

El testimonio como medio de prueba tiene por objeto demostrar la existencia o inexistencia los hechos alegados por las partes en sus escritos o aquellos otros que puedan tener una relación directa con ellos, así como los que se aporten al proceso como alegaciones complementarias y aclaratorias.

Se trata, en cualquier caso, de hechos pretéritos, o sea, que han ocurrido con anterioridad al acto del juicio o de la vista. Lo que el testigo realmente hace en el juicio es emitir una versión de los hechos conocidos a través de su capacidad de percepción, memoria y expresión narrativa.

Para IMWINKELRIED y CHIESA, en el derecho probatorio moderno se reconoce que todas las personas son aptas para ser testigos. En los ordenamientos adversariales existe una regla general que toda persona es apta para ser testigo, salvo que el tribunal estimara que es incapaz de expresarse en relación al asunto sobre el cual declararía.

No existe, pues, en el sistema adversativo oral norteamericano disposición alguna que establezca, a la usanza del derecho continental, un régimen por el cual “tachar” o limitar la declaración testifical a priori por razones de parcialidad, entendimiento u otro. Sino que estas figuras, se utilizarán por los abogados de las partes en las audiencias para impugnar o evaluar, frente al juez, la credibilidad del testigo. La técnica para esta impugnación o evaluación se estudia más adelante.

Esta es la corriente doctrinaria que el legislador salvadoreño sostiene al establecer en el CPCM que “podrá ser testigo cualquier persona, salvo los que estén permanentemente privados de razón o del sentido a través del cual únicamente se pueda tener conocimiento de un hecho. Los menores de doce años podrán prestar declaración como testigos si poseen el suficientemente discernimiento para conocer y declarar sobre los hechos controvertidos del proceso” (art. 355 CPCM).

En el proceso civil y mercantil aprobado, art. 362, el testigo tiene el deber de comparecer al acto de la audiencia probatoria, asimismo está obligado a decir la verdad, debiendo responder a las preguntas que se le formulen, estando sujeto a las responsabilidades por desobediencia a un mandato judicial. Sin embargo, el Código admite circunstancias por medio de las cuales el testigo tiene exenciones para declarar (arts. 370-372 y 374 CPCM) en razón a su deber de guardar un secreto profesional o confesional, como abogado, médico o facultativo, por su carácter de ministro religioso.

Con la reforma legal propuesta al sistema de justicia civil y mercantil se supera, asimismo, la cultura jurídica continental de la declaración testifical del “relato” de los hechos, sustituyéndola por la técnica adversativa americana del interrogatorio directo y contrainterrogatorio de las partes.

El interrogatorio de testigos en el sistema del CPCM salvadoreño tiene cuatro etapas. Un primer interrogatorio que realiza la parte que ofreció o presentó el medio probatorio. Luego, un primer contrainterrogatorio que efectúa la parte contraria a la que hizo el primer interrogatorio y que tiene el objetivo general de confrontarlo.

Posteriormente de finalizado el contrainterrogatorio, la parte que ofreció el testigo tendrá la facultad de efectuar un segundo interrogatorio con el objetivo de rehabilitar la credibilidad del testigo y del testimonio que fue confrontado en el primer contrainterrogatorio. Finalmente, la parte que contrainterrogó puede efectuar un recontrainterrogatorio, es decir, se confronta nuevamente a la prueba de quien la ha ofrecido.

Establece el art. 364 CPCM antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto el Juez o tribunal les instruirá sobre los artículos pertinentes del Código Penal. Inmediatamente después los testigos prestarán ante el Juez o tribunal y las partes, juramento o promesa, bajo pena de nulidad, excepto los menores de doce años de edad.

La dinámica del examen de testigos estará bajo la moderación del juez, art. 369, pero a petición de parte. Es decir que el juez moderará la actividad de la práctica de interrogatorios siempre y cuando las partes controlen a la parte contraria a través de las “objeciones” fundadas, oportunas y específicas, arts. 407, 408, 409, 410 y 413 CPCM. Todo ello bajo el espíritu de un sistema adversativo. Lo peor que pueda pasar al sistema es un abuso de los poderes de dirección del juez, que incluso asuma la tarea de objetar a las partes sin esperar el impulso procesal, cuando considere que existe un daño.

#### **a) INTERROGATORIO DIRECTO**

Expresa el art. 366 del CPCM lo siguiente: “Art. 366.- Las preguntas se formularán oralmente, con la claridad y precisión debidas, y las hará en primer lugar la parte que propuso la prueba. Los testigos responderán en forma oral, directa, y concreta a las preguntas que se les formulen, y sobre aquello de lo que tenga conocimiento personal. No podrán utilizar borradores ni notas, aunque pueden consultar apuntes o documentos cuando la naturaleza de la pregunta lo exigiera y hubiese autorización del juez. La parte contraria tendrá acceso a dichos apuntes o documentos.

En sus declaraciones los testigos no podrán emitir opiniones ni hacer especulaciones.”

El interrogatorio directo, conforme a la disposición citada, es el primer interrogatorio que la parte efectúa a un testigo. El interrogatorio directo solo puede ser utilizado para los testigos que son llamados o presentados por el abogado de la parte que está en su turno de presentación de prueba. En el interrogatorio directo la parte que presenta al



testigo intenta convencer y persuadir al juzgador de la veracidad de sus alegaciones, es decir que el protagonista es el testigo y no el abogado que presenta el caso.

Para un proceso adversativo, cuya práctica testifical, requiere establecer ante los ojos del juzgador la credibilidad de quien depone en audiencia, es fundamental acreditar la capacidad sensorial del testigo. De allí la necesidad de fundar en el interrogatorio, por la parte que ofrece el medio probatorio testifical, la capacidad sensitiva en la persona del testigo.

No podría ser, en consecuencia, una situación indiferente tanto el sentido por medio del cual el hecho o hechos entraron a integrar el conocimiento del testigo. Asimismo, el Juez deberá valorar el tiempo que ha mediado entre el conocimiento del hecho y la deposición testifical, de allí la importancia que el tribunal de sentencia admita las declaraciones anteriores acaecidas, tanto en la situación de testigo disponible como testigo no disponible, cuando se esté efectuando tanto el interrogatorio como el conainterrogatorio de testigo.

Los hechos a ser introducidos por las partes con su testigo, en el interrogatorio directo deben ser claramente expuestos, demostrando seguridad y confianza en lo que se está deponiendo ante el tribunal.

En la práctica, las preguntas que deben realizar los abogados a sus testigos tienen que ser sencillas, cortas, directas y orientadas a cubrir los hechos que le interesan fijar en la mente del juzgador. Es recomendable utilizar un sistema cronológico de preguntas y que permitan describir los hechos, a los sujetos participantes y la posición del testigo para conocer de primera mano los hechos. Los tipos de preguntas con las que se lleva a cabo el interrogatorio directo se recomienda que normalmente comiencen así: qué, cómo, cuándo, dónde, por qué, explique, cual, describa o similares. Con estas preguntas se le concede libertad al testigo para que sus respuestas fluyan espontánea y sin sugestividad.

Como se trata de testigos que son anunciados como testigos de la parte y presentados por ésta, el abogado no le puede hacer preguntas sugestivas. Esta es una prohibición que se deriva del art. 367 que faculta efectuar en el conainterrogatorio preguntas sugestivas, por lo que a contrario sensu, no se pueden efectuar en el interrogatorio directo.

A manera de excepción los tribunales pueden autorizar a un abogado a hacer preguntas sugestivas en el interrogatorio directo en los casos en que los testigos de la propia parte se comportan de manera hostil, el testigo es de escasa cultura o no puede expresarse adecuadamente.

#### **i) Estrategia de preguntas en el interrogatorio directo**

Este es el orden recomendado para la realización de preguntas en el turno del interrogatorio directo:

- ❖ Preguntas de acreditación
- ❖ Preguntas introductorias
- ❖ Preguntas descriptivas sobre los hechos, circunstancias y el responsable.
- ❖ Presentación de prueba material (ver arts. 366 en relación a arts. 322 y 325 CPCM).
- ❖ Corroboración del responsable.
- ❖ Final probatorio.

## **ii) Lineamientos técnicos para el desarrollo en el interrogatorio directo<sup>6</sup>**

Estos lineamientos técnicos, junto con los fines u objetivos estratégicos del interrogatorio pueden ayudar a perfilar lo que el abogado pretende probar en el tribunal.

- El relato sobre los hechos tiene que ser ordenado (en lo posible de modo cronológico), descriptivo, sencillo e interesante.
- Las preguntas deben ser sencillas y comprensibles. De igual manera las respuestas. Por lo que no debe presumir que el juez entiende lo que está diciendo el testigo.
- ❖ Se recomiendan preguntas abiertas: ¿Qué?, ¿Cómo?, ¿Dónde?, ¿Cuándo?, ¿Por qué?, Explique, Diga, Describa, y similares.
- ❖ Recuerde no hacer preguntas sugestivas.
- El testigo tiene que captar la atención del juzgador.
- ❖ El testigo debe ubicar el lugar y tiempo en donde se encontraba cuando sucedieron los hechos. Se pueden utilizar diagramas, dibujos o presentaciones como parte del interrogatorio, siempre y cuando se dejen sentadas las bases para su acreditación.
- ❖ El testigo es la “estrella” de la audiencia. No el abogado. En el contrainterrogatorio el abogado es la estrella de la audiencia.
- ❖ Las preguntas deben ser cortas, directas y dirigidas a los temas de la teoría del caso que se pretenden establecer.
- El abogado debe moderar el ritmo y velocidad de las preguntas hechas al testigo y de sus respuestas. Las respuestas narrativas en términos generales no ofrecen daños a la parte contraria, pero, en lo posible hay que evitarlas para no caer en la

---

<sup>6</sup> Estos lineamientos son aplicables al redirecto en cuanto a la técnica, pero limitado a rehabilitar al testigo o testimonio en los temas que hubiera sido impugnado por la parte contraria en el contrainterrogatorio.

monotonía y para que el testigo no vierta información adicional o que no se encuentre dentro de los cálculos del abogado.

- El abogado debe escuchar las respuestas del testigo y continuar preguntando sobre dichas respuestas.

### **iii) Otras recomendaciones para el buen desarrollo de un interrogatorio directo**

- El abogado debe preparar las preguntas y respuestas del testigo, tanto para el interrogatorio directo como para el contrainterrogatorio. El abogado debe prever las debilidades del testigo.
- Preparar la apariencia, presencia y estilo del testigo, sin descuidar la del abogado.
- Cuidar los gestos y modulación de la voz del testigo y del abogado.

## **b) EL CONTRAINTERROGATORIO**

De acuerdo al CPCM el procedimiento de contrainterrogatorio de testigos es el siguiente: “Art. 367.- Finalizado el interrogatorio directo, si la parte contraria manifiesta su deseo de contrainterrogar al testigo, el juez o el presidente del tribunal le concederá la palabra al efecto, permitiendo las preguntas sugestivas.

Durante el contrainterrogatorio, la parte que lo haga podrá utilizar, documentos, actas de declaraciones anteriores del testigo o deposiciones que hubiera rendido y que versen sobre los hechos en cuestión, para el efecto de demostrar o desvirtuar contradicciones, o para solicitar las aclaraciones pertinentes.” Acá es, dónde de igual manera se puede incorporar prueba material según el art. 322 y 325 CPCM.

Bajo el art. 367 citado, el contrainterrogatorio o repregunta es una confrontación defensiva o el ejercicio al derecho al “careo” de la parte contraria. El contrainterrogatorio lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria al testigo ofrecido por la parte que realiza el interrogatorio directo. La técnica del contrainterrogatorio es conocida como el *cross examination* o interrogatorio cruzado, porque la parte que no propuso al testigo o perito tiene la posibilidad de contrainterrogarlo con una técnica que adquiere caracteres de verdadero arte (QUIÑONES VARGAS).

Para CHIESA, el derecho a contrainterrogatorio es el núcleo del derecho a defenderse mediante la confrontación de la prueba contraria, así reitera que WIGMORE caracteriza al contrainterrogatorio como la más grande arma jurídica jamás inventada para el descubrimiento de la verdad, tanto para el abogado como por sobre todo para el Juez.

Como se trata de un testigo que es presentado como prueba por una de las partes, el abogado que contrainterroga puede hacer preguntas sugestivas ya que el propósito del contrainterrogatorio es buscar la verdad o impugnar la credibilidad del testigo.

El contrainterrogatorio también puede ser útil para destacar las debilidades o aspectos negativos del caso de la parte contraria y también el mismo puede aportar aspecto positivos del caso que representa el abogado que contra interroga.

QUIÑÓNES VARGAS manifiesta que el propósito principal del contrainterrogatorio es lograr que el testigo de la parte contraria pierda credibilidad frente al tribunal, desacreditando dicho testimonio o a la persona. En la primera situación se confronta la versión de los hechos del testigo sea porque no es creíble, es ilógica, desafía las leyes de la naturaleza, se contradice con una versión anterior que hubiera depuesto o con la de otro testigo. En la segunda estrategia, se intenta arremeter contra la credibilidad del testigo, sea por su falta de criterio, por carecer de agudeza mental para entender los hechos, por su conducta o por la situación o posición que se encontraba cuando sucedieron los hechos.

Por su parte para MURRAY, el interrogatorio cruzado permite a los abogados la oportunidad de obtener y usar información del testigo de la parte contraria, la cual puede ser útil para sus propósitos o para desacreditar a dicho testigo. Es así que los propósitos del contrainterrogatorio son:

- Desacreditar el testimonio de la parte contraria;
- Descubrir inconsistencias de la declaración testifical contraria;
- Atacar la credibilidad del testigo, utilizando técnicas sarcásticas o de incredulidad; y,
- Buscar testimonio que le favorezca.

A diferencia del interrogatorio directo, en el contrainterrogatorio no se hacen preguntas cronológicas, sino específicas y definidas a atacar el testimonio o la credibilidad del testigo. La forma en que se hacen las preguntas es cerrada y sugestiva. Esto es, formuladas como aseveraciones o afirmaciones que el deponente tendrá que responder “sí” o “no”. Es decir, el abogado que contrainterroga debe mantener bajo control las respuestas del testigo para poder identificar contradicciones.

Las funciones defensivas del contrainterrogatorio buscan, entonces, mancillar el testimonio del testigo adverso y/o pretenden atacar la credibilidad del testigo debido a su parcialidad, parentesco o afinidad con alguno de los involucrados en el hecho, interés en el resultado del juicio, la percepción de los hechos o la memoria la decisión del caso en una u otra forma.

Señala CHIESA APONTE que el medio más eficaz para impugnar la credibilidad de un testigo es traer ante la consideración del juez declaraciones anteriores del testigo incompatibles con su testimonio que está efectuando. Las declaraciones pueden estar contenidas en cualquier tipo de soporte. La introducción de prueba para impugnación, no solo deja ante los ojos del juez la credibilidad del testigo en relación a su conocimiento al que se refiere la contradicción, sino también la credibilidad general del testigo.

Entre las manifestaciones realizadas en la audiencia judicial y la anterior debe, entonces, existir una incompatibilidad o diferencias significativas. También procede la impugnación de la veracidad del testigo, cuando éste realiza declaraciones que había omitido anteriormente, entendiendo que esta información es básica para el descubrimiento de la verdad de los hechos controvertidos. De manera similar está redactado el art. 356 en relación al 367 inciso primero del CPCM. En estos casos el procedimiento de incorporación de actas, sentencias o cualquier otra prueba material, es la técnica adversativa del art. 325 CPCM.

Desde un punto de vista constitucional, el conainterrogatorio se basa en el principio de contradicción o confrontación. Bajo este principio procesal se integran el ejercicio de los derechos de defensa e igualdad en el proceso judicial. El principio de contradicción revelan y explican un proceso civil ajustado a la Constitución pues las partes pueden ejercer con las mismas posibilidades sus oportunidades procesales adversativamente.

La existencia del conainterrogatorio que autorice la realización de preguntas sugestivas es esencial para garantizar la lucha jurídica entre las partes, bajo las reglas de un juicio oral con todas las garantías, arts. 11 y 12 Cn, arts. 3 a 13 CPCM. El conainterrogatorio, bajo la técnica de preguntas sugestivas, es la verdadera efectivización del derecho de defensa en una audiencia. Ello a pesar que en el derecho continental europeo y suramericano ha sido convertido -el interrogatorio cruzado con preguntas sugestivas- en un fetiche.

El principio de igualdad completa al principio de contradicción en el proceso, ya que tanto la parte demandante como el demandado deben tener las mismas posibilidades de alegar, probar o impugnar. Para que el órgano jurisdiccional pueda decidir sobre los hechos en controversia necesita que las partes del proceso puedan ejercer las mismas facultades y derechos, así lo disponen los arts.5-7 y 13 del CPCM. Las disposiciones citadas afirman que los sujetos que se enfrentan, o partes, tienen las mismas posibilidades de postulación, para lograr la convicción judicial de sus tesis, por los medios probatorios introducidos en el juicio civil o mercantil.

A fin de evitar que la celebración de una audiencia de juicio se convierta en el mero cumplimiento de una formalidad, la ley obliga a que las partes practiquen la prueba ofrecida y no simplemente argumenten sobre los hechos, o en el peor de los casos trasladen los actos de investigación civil sin llevar las fuentes probatorias a la audiencia judicial.

### **i) Estrategia de preguntas en el contra-interrogatorio**

Este es el orden recomendado para la realización de preguntas en el turno del contra-interrogatorio preguntas sugestivas que:

- ❖ Comprometan al testigo con las respuestas dadas en el interrogatorio directo.
- ❖ Comprometan al testigo con su compromiso con la verdad y con su declaración bajo juramento.
- ❖ Impugnen las habilidades sensoriales del testigo o su interés personal en el resultado del litigio.
- ❖ Pongan en duda la veracidad o el contenido del testimonio.
- ❖ Permitan la presentación de prueba material si es necesario y útil para la impugnación del testigo o testimonio (ver arts. 366 en relación a arts. 322 y 325 CPCM).
- ❖ Se debe dejar que conteste el testigo impugnado y que se comprometa con sus respuestas.

### **ii) Lineamientos técnicos para el desarrollo del contra- interrogatorio**

La impugnación del testimonio practicado en la audiencia, implica que el abogado de la parte contraria pueda desacreditar al testigo sobre su propia declaración demostrando que es mendaz, por la imposibilidad que haya sucedido o porque tiene mala memoria.

En lo que respecta a la impugnación del testigo el abogado debe procurar “tachar” al mismo, intentando mostrar al juez, por medio de preguntas sugestivas, que está declarando con “interés”, es decir parcializado.

Estos son los lineamientos:

- Fundamentos del contrainterrogatorio
- ❖ No efectuar un contrainterrogatorio si no es necesario.
- ❖ Poner atención a las respuestas del testigo en audiencia así como en declaraciones anteriores.
- ❖ Determinar la utilidad del contrainterrogatorio.
- ❖ No repetir el interrogatorio directo. Un contrainterrogatorio jamás debe efectuarse con preguntas abiertas. Las preguntas deben ser sugestivas.
- Desarrollo del contrainterrogatorio

❖ Desarrollar un control sobre el testigo. En el interrogatorio directo la estrella de la audiencia es el testigo. En cambio en el contrainterrogatorio es el abogado de la parte contraria. En el contrainterrogatorio el abogado no puede admitir que el testigo explique las respuestas por esa razón deben ser controladas a través de las preguntas sugestivas. Mientras menos hable el testigo le favorece a la parte que contrainterroga.

❖ Brevedad y organización. El contrainterrogatorio debe ser breve y ajustado a las partes medulares que se quieren impugnar. No se debe hacer un contra-interrogatorio sino se tiene un objetivo definido y una respuesta previsible.

❖ Ritmo y velocidad. Las preguntas deben hacer rápidamente sin que existan lapsos que permitan pensar al testigo. No se puede permitir que reflexione el testigo sobre la respuesta.

❖ No llevar preguntas preparadas, es esencial la buena memoria.

❖ Realizar preguntas cerradas y sugestivas para prever respuestas afirmativas, como por ejemplo:

-“Lo cierto testigo es...”

-“Dígame si es cierto testigo...”

-“Testigo a preguntas del abogado usted afirmo que...¿correcto?”

-“Testigo usted dijo...usted es...”

❖ Saber escuchar al testigo.

❖ Saber cuándo interrumpir o terminar el contra- interrogatorio.

### **c) INTERROGATORIO RE-DIRECTO**

El art. 367 del CPCM en el inciso final dice que: “La parte que sometió al testigo al interrogatorio directo podrá interrogarlo de nuevo. La parte contraria podrá someterlo a otro contrainterrogatorio. En estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas que deriven del interrogatorio anterior”. Bajo la disposición del legislador las partes tienen una nueva oportunidad en el examen de testigos.

El art. 367 citado determina que luego que el abogado de la parte contraria termina el contrainterrogatorio, el abogado que llevó a cabo el examen directo del testigo tiene la opción de hacer el interrogatorio re-directo.

De igual manera que en el caso del contrainterrogatorio, el abogado que hizo el interrogatorio directo tiene discrecionalidad de efectuar un re-directo, tomando como referencia que el contrainterrogatorio le hubiera afectado la credibilidad de su testigo o testimonio. En este interrogatorio re-directo, el abogado no puede hacer preguntas

sugestivas, sino que las preguntas tienen que ser abiertas similares al directo pero para aclarar las respuestas que el testigo brindó a preguntas del abogado de la parte contraria.

Es decir, el abogado debe limitarse a aclarar asuntos y permitirle que su testigo ofrezca las explicaciones que el abogado contrario no permitió cuando lo contrainterrogaba. El llevar a cabo este segundo interrogatorio es opcional, no es obligatoria su realización, por lo que la parte (el litigante) debe evaluar si el contrainterrogatorio le hizo daño a su medio de prueba. Se reitera que el interrogatorio redirecto debe limitarse a preguntar sobre los temas o materias afectadas por el contrainterrogatorio. No para introducir nuevo material probatorio, a menos que el contrainterrogatorio lo hubiese habilitado.

#### **d)RE-CONTRAINTERROGATORIO**

Posteriormente, continúa diciendo el art. 367, que un testigo es sometido al interrogatorio re-directo el abogado de la parte contraria tiene la opción de llevar a cabo el re-contrainterrogatorio. En efecto, el abogado de la parte que efectuó su contrainterrogatorio puede intentar efectuar al testigo una nueva ronda de preguntas con el propósito de intentar desmerecer la credibilidad del testigo frente a los ojos del Juez. En el re-contrainterrogatorio, el abogado puede ser sugestivo, pero sus preguntas se deberán limitar las materias cubiertas en el re-directo. En el examen del re-contrainterrogatorio son admisibles las preguntas sugestivas.

Se reitera, entonces que en esta fase se tiene el propósito de facultar a la parte que no ofreció al testigo para que pueda desvirtuar el intento que hizo la parte que sí ofreció de rehabilitar al testigo en el interrogatorio re-directo. Es decir, pretende ratificar la impugnación realizada a la credibilidad del testigo o testimonio efectuado en el primer contrainterrogatorio. El abogado puede renunciar a esta ronda si considera que no vale la pena, estratégicamente, realizarla.

#### **8.1.3.- INTERROGATORIO DE PERITOS**

##### **1º) Concepto**

El medio probatorio pericial es explicable dada la complejidad de hechos o situaciones en las que se requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, en la que ni las partes ni el Juez o Tribunal tienen conocimiento alguno. En estos casos, el art. 375 CPCM estatuye la facultad de las partes de requerir el examen científico, técnico o artístico de un experto.

El CPCM se decanta en favor del nombramiento de peritos o expertos de parte (arts. 374 y 377 CPCM), y excepcionalmente atribuye al Juez la capacidad de nombrar alguno (arts. 378 y 380). El Código según el art. 383 determina que podrán ser designados peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate. Si el objeto de la pericia no requiera un título oficial, se nombrará el perito entre



personas entendidas en la materia. En el interrogatorio de acreditación todo ello deberá ser recalcado al juez para mostrar la capacidad técnica o científica del perito.

El CPCM, art. 384, señala que no se requiera un número preciso de peritos para darle valor a un examen pericial. La disposición afirma que un solo perito será suficiente para tener por establecidos los hechos controvertidos, salvo que las partes acuerden designar más de uno siempre que estén de acuerdo en la designación de todos los que se hayan de nombrar. Este es el aspecto clave de la credibilidad del perito y de su examen pericial.

Se requiere que el perito emita en su dictamen establezca una explicación científica o técnica sobre un hecho o negocio, o de valoración artística sobre un objeto o negocio en la audiencia probatoria, salvo que las partes hubieran estipulado su admisión al no existir controversia. En el informe pericial, el experto deberá manifestar en su dictamen la promesa o juramento de decir verdad y que ha actuado y actuará con objetividad (arts. 375-376).

## 2º) Oportunidad para la proposición de la prueba judicial

El Código admite la posibilidad que una parte nombre a un perito antes de la interposición de la demanda, durante el proceso (práctica de la audiencia preparatoria). En todo caso, en la presentación de la demanda, durante la audiencia preparatoria e incluso durante el descubrimiento de la prueba, la parte contraria deberá conocer el informe pericial (art. 381 y 387 CPCM).

## 3º) Práctica de la prueba pericial

Según el art. 386 CPCM el perito deberá presentar el dictamen por escrito y remitirlo al juez y a las partes dentro del plazo otorgado que deberá finalizar, cuando menos, diez días antes de la celebración de la audiencia probatoria. Durante la audiencia, las partes podrán interrogar al perito sobre los puntos expuestos en el dictamen, quedando expedido a una y otra, según sea el caso, el derecho a contra - interrogar. Ahora bien, si no existe controversia sobre el dictamen pericial, las partes pueden aprobar su dictamen.

Para el examen pericial, según lo dispone de manera general el art. 387 el perito está sujeto a las preguntas de los abogados de las partes durante la audiencia probatoria, pero, la práctica deberá llevarse a cabo según la técnica de interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos.

## 4º) Valor probatorio de la prueba pericial

El Código renuncia a la valoración tasada del peritaje, admitiéndose que sea valorada por el tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica tomando en consideración la idoneidad del perito, el contenido del dictamen y la declaración vertida en la celebración de la audiencia. De allí la importancia de dominar las técnicas de litigación oral tanto las

que acreditan la capacidad y credibilidad del perito, interrogatorio directo, como aquél que lo impugnará (contrainterrogatorio).

## **8.2.- PRACTICA DE PRUEBA DEMOSTRATIVA O MATERIAL A TRAVES DE INTERROGATORIOS**

El CPCM ha previsto que a través del desarrollo de interrogatorio o contrainterrogatorio se pueda incorporar y acreditar en audiencia probatoria la prueba demostrativa o material (arts. 325 y 322 CPCM). La prueba a que se hace referencia el Código son documentos públicos o privados, planos, soportes audiovisuales, soportes electrónicos o cualquier otro elemento que requiera su introducción a través de este procedimiento en audiencia probatoria.

Los arts. 322 y 325 CPCM establecen el procedimiento de incorporación de prueba material (documentos, fotografías, planos, soportes de almacenamiento de imagen, voz y datos, etc) mediante el interrogatorio de partes, testigos o peritos en la audiencia probatoria (arts. 402) o por medio de contrainterrogatorio, en su caso (así como por interrogatorio re-directo y re-contrainterrogatorio). Por ejemplo por medio de testigos que están declarando en audiencia probatoria, art. 366 ó 367, los abogados pueden acreditar o incorporar dicha prueba material o establecer cadena de custodia. Incluso para impugnar falsedad ideológica o material, sea con testigos (art. 356 CPCM) o peritos, arts. 338, 339, 340 CPCM.

El procedimiento de introducción de la prueba demostrativa o material se podrá efectuar a través del examen (interrogatorio) de partes (art. 350 CPCM), testigos (arts. 366, 367, 356 CPCM) o peritos (art. 387 CPCM). En cada uno de los casos mencionados la ley establece que la parte, testigo o perito podrán consultar soportes materiales, para ello el juez deberá autorizarlo siempre y cuando los procuradores hayan podido fijar las bases necesarias tanto para acreditar la prueba o al medio como para impugnar la credibilidad del medio probatorio o de su declaración (por ejemplo testigo).

El CPCM distingue entre aquel elemento o fuente de prueba material que sea fungible o que no permita conservarse desde el momento del hallazgo durante la etapa investigativa o de recolección evidenciaría hasta su presentación ante el Juez. Es decir, se trata de garantizar la confiabilidad que el elemento o fuente de prueba material no ha sido alterado y que es el mismo con el que se ha relacionado el hecho. De allí que en algunos casos, bastará un procedimiento más sencillo, como es el art. 325 (CPCM) denominado acreditación de prueba material o tangible y el dispuesto para fuentes de prueba que pueden correr el peligro de ser alterados desde el momento de su hallazgo, conservación, experimentación hasta la presentación ante el juez, por lo que el procurador interesado deberá establecer que se ha resguardado debidamente, respetando los eslabones de la cadena de custodia (art. 322 CPCM).

Así debe construirse la dinámica del proceso para respetar los principios de concentración de prueba y de contradicción en un modelo adversativo oral.

El art. 325 ordena que para la acreditación de la prueba material o tangible, la parte interesada muestra al abogado de la parte contraria dicha pieza, en la audiencia probatoria. Este es el proceso del instrumento que desea acreditar. Para ello el abogado hará un interrogatorio para establecer las bases de su admisibilidad. Luego que el juez ordena que se ha marcado procederá el abogado a interrogar sobre el fondo de lo que quiere probar con dicha prueba material. Pero, entonces, dicha prueba quedará en el contrainterrogatorio a disponibilidad de la parte contraria.

### **8.2.1.- MEDIO PROBATORIO INSTRUMENTAL: DOCUMENTOS**

#### **1º) Concepto**

Documento, desde un punto de vista probatorio es la representación escrita del pensamiento en un soporte de papel (CORTES DOMINGUEZ). Esta definición, se encuentra en los arts. 331 y 332 del CPCM que intuyen que tanto los instrumentos públicos y privados deben ser contenidos en documento escrito. Estas reglas de la sección de la prueba instrumental son aplicables para la aportación y utilización de dibujos, fotografías, planos, mapas croquis u otros documentos, como dice el art. 343.

Ahora bien, el progreso tecnológico, los avances de las tecnologías de información en la vida cotidiana y no sólo de los negocios (comercio electrónico) han convertido en obsoleta dicha definición, aún antes que entrara en vigencia el CPCM.

El progreso tecnológico ha creado una serie de instrumentos cuyo soporte no es el papel sino la data electrónica, así existe la firmas electrónica, la “web”, el “chat”, el “blog”, u otras aplicaciones electrónicas que son incluso marcas registradas como “twitter” o “facebook” que dejaron de ser “diarios personales” o de “tribus sociales” y ahora son otro fenómeno comercial. Entonces, bajo las nuevas tecnologías deben incluirse no sólo documentos y mensajes electrónicos, diseños electrónicos, comunicaciones o contratos (públicos o privados) u otro tipo de actos o negocios jurídicos formalizados en soportes electrónicos.

En efecto, la tecnología ha modificado la concepción de los juristas en el sentido que no sólo el tradicional documento escrito en “papel” tiene validez jurídica, sino también los documentos cuyo soporte es una tecnología de la comunicación. Dice GIMENO SENDRA que el desarrollo de la técnica hará desaparecer el papel en el mercado y tráfico jurídico.

En el ámbito latinoamericano, la Ley 19.799 de Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Chile fue emitida para regular la firma digital y los documentos electrónicos debido al creciente desarrollo de negocios por medio de Internet. En este sentido, la tecnología ha permitido que se produzca nuevas formas de hacer negocios y de celebrar contratos. La legislación mencionada les brinda respaldo jurídico al darles validez y eficacia y para permitir que se empleen mecanismos que den seguridad a la integridad del documento suscrito por vía electrónica, que permita la

identificación de quien lo origina y asegurar la no repudiación del documento por parte de su emisor.

La Ley de Simplificación Aduanera, ha sido quizás la normativa salvadoreña más avanzada en lo que respecta a la regulación de la firma, transmisión y documentación electrónica basado en los principios de autenticidad, integridad, no repudiación y autenticidad para darle la misma validez jurídica que un documento emitido o suscrito en soporte de papel, incluyendo documentos públicos. Pero también las nuevas reglas de notificaciones y uso de soportes para la conservación de los actos procesales en audiencia del CPCM reconocen que la tecnología tiene un lugar en la actividad judicial (arts. 703, 178, 206, 8, 205 CPCM).

## 2º) Documentos públicos y privados

El CPCM distingue dentro de los documentos los públicos y privados. Los instrumentos públicos son los emitidos por notario, autoridad o funcionario público, y en general por cualquier persona a la que el Estado le reconozca su capacidad y habilidad como fedatario público (art. 331).

El Código reconoce la autenticidad de los instrumentos públicos mientras no se pruebe su falsedad, art. 334 CPCM y le atribuye el siguiente valor probatorio: “los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten, de la fecha y personas que intervienen en ella, así como del fedatario o funcionario que la expide”, inciso 1º, art. 341. Para que los documentos públicos pierdan su eficacia formal, deben ser impugnados.

Los documentos privados, según estipula el Código, son los atribuidos a los particulares, de igual manera, si el documento público no ha sido emitido u otorgado con las formalidades legales, tendrá el carácter de documento privado. La autenticidad del instrumento privado se corroborará mediante el cotejo de letras efectuada por perito (arts. 332 y 340 CPCM). Los instrumentos cuya autoría se atribuya a particulares harán plena prueba de su contenido y otorgantes si no ha sido impugnada su autenticidad. Si no se demuestra la autenticidad, quedará a criterio del Juez brindarle valor, según las reglas de la sana crítica, art. 341 inciso final CPCM.

En cuanto a los documentos públicos o privados emitidos en el extranjero, si bien, el CPCM no hace mayor mención, se habilita al derecho común especialmente al proveniente de los Convenios Internacionales (art. 2 CPCM) para que establezca y complemente los requisitos de validez<sup>7</sup>. Esta situación vuelve a ser crítica en cuanto al reconocimiento de las comunicaciones electrónicas internacionales. De hecho tanto la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha estado promoviendo un Convenio Internacional que brinde seguridad jurídica a dichos actos o negocios electrónicos. La única exigencia del proyecto de Código es que los

---

<sup>7</sup> Como el “Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de la legalización de los actos públicos extranjeros”, mediante la inserción de la APOSTILLE. Este Convenio se encuentra vigente para El Salvador.

instrumentos públicos o privados que no estén redactados en castellano, se acompañe con una traducción del mismo en el que consten las generales de la persona y en general el contenido del mismo.

### 3º) La carga de la aportación de los documentos

El CPCM, art. 335, expresa que los instrumentos públicos o privados se presentarán con la demanda o con la contestación de la misma, pero el mismo Código habilita la posibilidad de presentarlos en otro momento procesal, como la audiencia probatoria, según lo dice el art. 311.

El art. 335 guarda relación con el art. 276 que obliga al demandante a presentar junto con la demanda los documentos acreditativos del cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamentan la pretensión y los informes periciales. Por su parte el art. 288 reitera que junto con la demanda, la contestación a la misma, la reconvenición y la contestación a la misma deberán aportar documentos sobre los presupuestos procesales y los documentos probatorios sobre los que las partes fundan su derecho, así como informes periciales.

En cuanto a la regulación sobre los medios probatorios en el derecho español, vale la pena citar a GIMENO SENDRA quien dice que no existe una unidad doctrinal sobre los motivos por el cual el legislador español exige la presentación documental junto con la demanda. Dicha regla es muy común en las regulaciones Latinoamericanas inspiradas en la ley procesal española. GIMENO SENDRA expresa que el ordenamiento civil le otorga un valor probatorio privilegiado a los documentos, y que es conveniente descubrir a las partes en una etapa preprocesal similar al pretrial o discovery en el derecho angloamericano, o al Vorverfahren en el proceso civil alemán.

Esta circunstancia que menciona el autor citado, se intentó resolver por los redactores del Proyecto CPCM introduciendo el procedimiento del descubrimiento de la prueba. Dicho procedimiento no fue aprobado por el legislador, pero quedaron otras oportunidades como las expuestas en los arts. 275 y 288 CPCM. Sin perjuicio de las diligencias preliminares en la etapa de investigación del caso que permite la exhibición de documentos con auxilio judicial (arts. 255, 256, 257, 258, 336 y 337).

El art. 288 CPCM expresa que cuando no se aporten los documentos inicialmente, o se informe sobre el lugar en donde se encuentre precluirá dicha oportunidad, excepto que la ley autorice otro momento para su aportación. La misma disposición faculta la posibilidad de presentar documentos por el demandante en la audiencia preparatoria, art. 307 CPCM<sup>8</sup>.

### 4º) La exhibición de documentos, la cadena de custodia y el descubrimiento de prueba

---

<sup>8</sup> El art. 317 CPCM dice que la prueba deberá ser propuesta en la demanda o contestación. Las partes podrán proponerla en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado.

Los redactores del CPCM se empeñaron en promover un proceso civil y mercantil en el cual las partes actúen con lealtad con respecto al Juez y la parte contraria. Asimismo se ha pretendido garantizar un juicio en igualdad de armas para la adecuada defensa tanto de las pretensiones como de las resistencias de las partes.

El principio de veracidad, lealtad y probidad procesal contenido en el art. 13 y el de igualdad procesal, art. 5, ha sido desarrollado no solo en las audiencias orales como tal, sino en procedimientos que pueden permitir el conocimiento de la existencia de la prueba instrumental y de su contenido, así como garantizar su integridad.

El art. 336 CPCM establece el deber de exhibición de los instrumentos públicos o privados por las partes que las tengan en su poder. Esta posibilidad la puede exigir la parte interesada sea en los actos previos al proceso, denominado como diligencias preliminares en la que se pide al Juez su auxilio para la obtención de los instrumentos (arts. 254 y 255 CPCM) o para asegurar prueba (arts. 323 y 324 CPCM). El procedimiento de aseguramiento de la integridad de la prueba está vinculado a las reglas sobre la cadena de custodia de la prueba, art. 322.

#### 5º) Incorporación de prueba material en audiencia

Ahora bien, los arts. 322 y 325 CPCM establecen un procedimiento de incorporación de prueba material (documentos, fotografías, planos, soportes de almacenamiento de imagen, voz y datos, etc) mediante el interrogatorio de partes, testigos o peritos en la audiencia probatoria (arts. 402). Por ejemplo por medio de testigos que están declarando en audiencia probatoria, art. 366 ó 367, los abogados pueden acreditar o incorporar dicha prueba material o establecer cadena de custodia. Incluso para impugnar falsedad ideológica o material, sea con testigos (art. 356 CPCM) o peritos, arts. 338, 339, 340 CPCM.

Así debe construirse la dinámica del proceso para respetar los principios de concentración de prueba y de contradicción en un modelo adversativo oral.

El art. 325 ordena que para la acreditación de la prueba material o tangible, la parte interesada muestra al abogado de la parte contraria dicha pieza, en la audiencia probatoria. Este es el proceso del instrumento que desea acreditar. Para ello el abogado hará un interrogatorio para establecer las bases de su admisibilidad. Luego que el juez ordena que se ha marcado procederá el abogado a interrogar sobre el fondo de lo que quiere probar con dicha prueba material. Pero, entonces, dicha prueba quedará en el contrainterrogatorio a disponibilidad de la parte contraria.

A continuación un ejemplo de litigación para la acreditación de prueba material o tangible:

- Abogado: Testigo, usted tiene conocimiento del por qué se le ha citado a este tribunal este día.
- Testigo: Sí. Se me ha citado para declarar sobre el procedimiento de redacción de un pliego de licitación.

- Abogado: Por favor explique qué es un pliego de licitación.
- Testigo: Un pliego de licitación es el grupo de documentos que utiliza la unidad de adquisiciones del Ministerio para llamar a proveedores a ofrecer bienes en los procesos de compras públicas.
- Abogado: Por favor, testigo, cómo es el procedimiento de elaboración de dicho pliego
- Testigo: Con gusto. El pliego es redactado a partir de las especificaciones técnicas de un funcionario que trabaja en cada una de las unidades administrativas del Ministerio.
- Abogado: ¿Puede describir la forma del pliego?
- Testigo: Sí abogado, son hojas con el logo del Ministerio en papel bond blanco. En las orillas de las hojas está unas marcas de agua. Cada hoja tiene un número correlativo y el sello de la unidad de adquisiciones.
- Abogado: ¿Ha visto o conoce usted el pliego de la licitación Número 523-2010 de la carretera al Río Sapo?
- Testigo: Sí licenciado la conozco.
- Abogado: ¿Por qué dice que conoce dicho documento?
- Testigo: Porque participé en la redacción del pliego y soy el responsable de numerar dicho documento.
- Abogado: (Le muestra al testigo el documento que se desea acreditar al tribunal)
- Testigo: ¿puede usted decirme que le he entregado en estos momentos?
- Testigo: Sí licenciado es el pliego de la licitación Número 523-2010 de la carretera al Río Sapo.
- Abogado al tribunal: Juez solicitamos que se marque como identificada la pieza X.
- Juez: que se marque como identificada.

Luego el abogado continuará preguntando sobre los aspectos sustanciales que desea probar con el documento y el testigo.

A continuación un ejemplo de litigación para la acreditación de prueba material o tangible por medio de interrogatorio directo:

- Abogado: Testigo, usted tiene conocimiento del por qué se le ha citado a este tribunal este día.
- Testigo: Sí. Se me ha citado para declarar sobre un contrato suscrito en un correo electrónico.
- Abogado: Por favor explique a qué se refiere con un “contrato suscrito en un correo electrónico”.
- Testigo: Me refiero a una relación de suministro de productos de construcción que acordamos entre la empresa X y mi empresa, por un monto de US\$Y para ser entregado el día Z.
- Abogado: Por favor, testigo, explique ¿cómo conoce el contenido de ese contrato electrónico?
- Testigo: Lo conozco porque yo lo redacté y firmé
- Abogado: Testigo por favor amplíe por qué lo conoce.

- Testigo: Con gusto, yo escribí y firmé el correo electrónico dirigido al señor Don Juan Pérez, bajo mi dirección electrónica [jpmorga@hotmail.com](mailto:jpmorga@hotmail.com) y se lo mandé la dirección [juanperez@compañiaconstructora.net](mailto:juanperez@compañiaconstructora.net)
- Abogado: (Le muestra al testigo el documento que se desea acreditar al tribunal)  
Testigo ¿puede usted decirme que le he entregado en estos momentos?
- Testigo: Sí licenciado es la impresión de mi correo electrónico que contiene el contrato electrónico de suministro.
- Abogado: ¿Cómo sabe que es su correo?
- Testigo: Es mi dirección electrónica y la del receptor. Además, recuerdo el título y contenido del mensaje.
- Abogado al tribunal: Juez solicitamos que se marque como identificada la pieza X.
- Juez: que se marque como identificada.

Luego el abogado continuará preguntando sobre los aspectos sustanciales que desea probar con el documento y el testigo.

En el caso que un litigante deseara introducir prueba demostrativa a través de un contrainterrogatorio para intentar impugnar su credibilidad o la del testimonio, debe seguir las mismas reglas y estrategias explicadas anteriormente, asegurando que la parte, el testigo o el perito se comprometan con lo mencionado en declaraciones anteriores -no solo en el interrogatorio directo, sino en cualquier tipo de soporte-.

Ejemplo de introducción de prueba material en un contrainterrogatorio:

- Abogado 2: Testigo le haré unas preguntas y por favor contésteme si o no o en forma afirmativa o negativa, según le vaya preguntando. ¿Me comprendió?
- Testigo: Sí abogado.
- Abogado 2: Testigo, lo cierto es que usted a preguntas del colega expresó que sabía por qué se encontraba este día ante este tribunal ¿cierto?
- Testigo: Cierto.
- Abogado 2: Testigo lo cierto es que usted dijo que había escrito y dirigido un correo electrónico al señor Juan Pérez, ¿cierto?
- Testigo: Cierto.
- Abogado 2: Lo cierto es que usted nunca recibió una respuesta de aceptación de la oferta que usted hizo en ese correo electrónico, ¿cierto?
- Testigo: No es cierto.
- Abogado 2: Testigo usted dijo, en el interrogatorio del colega, que podía reconocer su correo electrónico por su firma, ¿sí o no?
- Testigo: Sí.
- Abogado 2: Le voy a mostrar la impresión del correo electrónico que usted dijo que reconoció. Por favor puede leer la última línea.
- Testigo: “Señor Juan Pablo Morgan: no acepto su oferta de negocios. Atentamente Juan Pérez”
- Abogado 2: Lo cierto, entonces, es que el señor Morgan le rechazó en ese correo el negocio ofrecido, ¿cierto?



- Testigo: Cierto.
- Abogado 2: Muchas gracias testigo. No más preguntas juez.

## **8.2.2.- MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE LA INFORMACIÓN**

### **1º) Procedencia**

En los arts. 396 y 397 CPCM se dedica a reconocer otros medios novedosos de prueba, especialmente porque son por una parte un “soporte” que documenta sonido, voz, datos, imagen, información electrónica o de otra tecnología. Ello se debe a los cambios tecnológicos del mundo. Así el art. 396 admite la posibilidad de proponer como medios de prueba los medios de reproducción del sonido, voz, datos o de la imagen se podrán proponer como medios de prueba.

Por otra parte, el art. 397 dice que se podrá proponer prueba mediante medios de almacenamiento de datos o de información. Ahora bien, las partes son las responsables de aportar cintas, diskettes u otros medios en los que conste. Si bien es una lista cuyas tecnologías ya a esta fecha ya fueron superadas, por lo que el legislador debería considerar modificarla para ampliarla a una terminología más genérica como “soportes electrónicos y cualquier otra que la tecnología produzca”.

### **2º) Proposición y práctica de la prueba**

El art. 398 del CPCM expresa que la proposición como prueba de los medios de reproducción del sonido o de la imagen, así como aquellos soportes magnéticos o informáticos en donde se almacena información, deberá hacerse conforme a lo ordenado en el art. 316, en la que se manifiesta que debe ser propuesta en la demanda o en la contestación, así como en la audiencia preliminar.

El art. 399 reglamenta un procedimiento riguroso, además de reforzar la exigencia de un descubrimiento e intercambio del medio probatorio, conforme al art. 317, la práctica de la prueba deberá efectuarse en audiencia siguiendo el procedimiento de acreditación de prueba material (art. 325 CPCM), sin perjuicio que se exija el establecimiento por la parte interesada de la cadena de custodia de la misma (art. 322) para demostrar que no ha sido alterada en el ínterin del ofrecimiento con la producción en audiencia.

Asimismo, a estos medios novedosos de prueba les son aplicables las reglas generales de aseguramiento de la prueba contenida en los arts. 323 y 324 del Código. Si la grabación o duplicación que se lleva a cabo, así como la información almacenada requiriese además de un conocimiento especializado, las partes deberán nombrar un perito para que permita asegurar al Juez su integridad y seguridad. Sin perjuicio de lo solicitado por las partes, el juez podrá designar un perito para ese único efecto, (art. 400 CPCM). En estos casos los abogados podrán efectuar, de igual manera, sus

destrezas de interrogatorio y contrainterrogatorio cuando el Juez lo disponga en la audiencia probatoria.

### **8.3.- PRUEBA CIENTIFICA**

A veces dada la complejidad del litigio se hace necesario efectuar pruebas técnico-científicas a las fuentes de prueba para poder identificar su naturaleza o los efectos o transformaciones sufridas. Asimismo, en algunas ocasiones la intervención de técnicos o profesionales expertos en determinada ciencia, arte o técnica es relevante para conocer y explicar fenómenos ocasionados por el hombre que tienen consecuencias jurídicas.

En los casos mencionados, el Código permite el nombramiento de los expertos para que puedan realizar los experimentos necesarios para explicar lo sucedido. Estos expertos se denominan peritos.

En algunas ocasiones los peritos tendrán que explicar en la audiencia, para efectos de credibilidad, su experiencia académica y laboral, los procesos empleados para recoger la fuente o muestra de la prueba, los procedimientos técnicos o científicos con los que trataron al elemento, así como sus conclusiones.

El medio probatorio pericial es explicable dada la complejidad de hechos o situaciones en las que se requiere conocimientos científicos, artísticos o de alguna técnica especializada, en la que ni las partes ni el Juez o Tribunal tienen conocimiento alguno. En estos casos, el art. 375 CPCM estatuye la facultad de las partes de requerir el examen científico, técnico o artístico de un experto.

En algunas situaciones, los procuradores intentaran mostrar la credibilidad de los resultados de las pericias sentando en la audiencia a los peritos para que expliquen el procedimiento de recolección de la evidencia, su embalaje, resguardo, custodia, prueba de laboratorio y resultado al tribunal para asegurar la confianza.

### **8.4.- CONOCIMIENTO JUDICIAL**

El conocimiento judicial se identifica con las facultades del juez de conocer por sus propias facultades sensoriales los hechos que las partes le exponen. El conocimiento judicial puede ser adquirido a través de los hechos notorios (que no se mencionarán en este ensayo), la inspección judicial y el reconocimiento de objetos, instrumentos o personas. Incluso en audiencia. Bastará exponer brevemente al reconocimiento judicial

#### **8.4.1.- EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL**

1º) Concepto y procedencia

El reconocimiento judicial procederá cuando sea necesario por la naturaleza de los hechos controvertidos que el Juez reconozca por sí a una persona, un objeto o un lugar

(art. 390 CPCM). Este medio probatorio podrá ser propuesto por la parte o el juez de oficio podrá ordenar el reconocimiento judicial cuando lo considere necesario para dictar sentencia.

## 2º) Práctica del reconocimiento judicial

Según el art. 392 CPCM, cuando se pretendiere el reconocimiento de una persona o de un objeto, este acto deberá llevarse a cabo en la audiencia y proceder describiendo el estado en que se encuentre de modo ordenado e inteligible. Las partes podrán objetar en todo momento la descripción referida. Si el reconocimiento fuera de algún inmueble, se señalará el día y la hora para su práctica, antes de la audiencia probatoria, previa cita de partes.

El art. 394 CPCM admite la posibilidad que el juez estime la conveniencia de efectuar junto con el reconocimiento judicial la práctica pericial o la declaración de testigos. Esta decisión puede ser objetable por las partes que consideren que no es conveniente a sus intereses.

## 9.- EL PROCEDIMIENTO DE LA PRÁCTICA PROBATORIA

Como se ha mencionado, en un sistema de juicio por audiencias, rigen para la práctica de la prueba los principios de inmediación judicial, la concentración de pruebas (evitando el ritualismo y el formalismo de la práctica de prueba en episódica del sistema escrito), la contradicción e igualdad de las partes, la oralidad mediante los interrogatorios directo y contrainterrogatorio.

Según el CPCM, el procedimiento probatorio tiene cuatro momentos diferenciados:

- a) Las actuaciones propias de la investigación del caso, preparación, identificación y recolección de fuentes de prueba.
- b) El ofrecimiento de prueba al tribunal.
- c) La admisibilidad, rechazo o exclusión de la prueba.
- d) El descubrimiento de las pruebas.
- e) La práctica de la prueba
- f) La valoración y fijación de la prueba en la decisión judicial, y la fundamentación de ésta en la sentencia.

a) Las actuaciones propias de la investigación del caso, preparación, identificación y recolección de fuentes de prueba.

En cuanto a las actuaciones de investigación y preparación del caso, éstas pueden ser efectuadas por el profesional del derecho sin auxilio judicial o con auxilio judicial. Si se requiere auxilio judicial, entonces, durante las diligencias preliminares se podrá exigir la exhibición de documentos, cosas, títulos, situaciones, reconocimiento de documentos, se podrán girar órdenes de exhibición de cualquier evidencia material (arts, 255, 256,

261, 257, 258, 336 y 337). Amén del inicio de investigaciones científicas a través de peritos.

b)El ofrecimiento de prueba al tribunal.

Un segundo momento en el procedimiento probatorio del CPCM es la fase de *ofrecimiento o proposición* de la prueba. Este acto procesal es realizado por las partes, en la demanda o en la contestación de la misma, según expresan los arts. 276, 288 y 289 CPCM. Pero además, las partes podrán proponer pruebas a más tardar en la práctica de la audiencia probatoria, art. 316 CPCM. De hecho, por la misma dinámica del proceso adversarial en la práctica probatoria, el Juez de manera constante estará tomando decisiones sobre la admisibilidad de las preguntas efectuadas por los abogados mediante la resolución a las objeciones que se llegaren a efectuar.

Bajo el esquema planteado, de conformidad a la dinámica del proceso se comprenderá que hay tres grandes posibilidades de ofrecimiento de prueba (fuera de los documentos presentados con la demanda o contrademanda) y son:

1º) Durante la audiencia preparatoria, arts. 306, 309 y 310 CPCM.

2º) Durante la producción de los medios de prueba en la audiencia probatoria que fueron admitidos en la audiencia preparatoria, arts. 402, 406 y 407 CPCM, puesto que el Juez estará determinando la admisibilidad de las preguntas durante los interrogatorios.

3º) Cuando aparezcan hechos nuevos o de nuevo conocimiento en el desarrollo de la audiencia probatoria, art.307, debiendo el Juez, respetando el principio de concentración de la actividad probatoria autorizar su producción en la sesión siguiente a la finalización de todos los medios probatorios que fueron admitidos durante la audiencia preparatoria.

De acuerdo al CPCM la proposición de pruebas es un acto exclusivamente de parte y se halla sujeta al cumplimiento de determinados requisitos de carácter legal. El incumplimiento de los requisitos o del plazo procesal puede dar como resultado la inadmisión de las pruebas propuestas (art. 316 inc 2º CPCM). En puridad, bajo el esquema propuesto, las partes deben ofrecer los medios de prueba que, desean que ser admitidos, para poder probar las hipótesis. En el derecho probatorio norteamericano se regula de manera tajante la responsabilidad de las partes para probar un hecho: el peso de la prueba recae sobre la parte que resultaría vencida de no presentarse evidencia por ninguna de las partes. O bajo el sabio aforismo, “quien afirma debe probar”.

c)La admisibilidad, rechazo o exclusión de la prueba.

Un tercer momento en el procedimiento probatorio del Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño es la *admisión*, exclusión o *rechazo* de la prueba por el Juez. El Juez

debe decidir, durante la celebración de la audiencia preparatoria, la *admisión* o *rechazo* de la prueba ofrecida por las partes (art. 292 y 320 CPCM), conforme a las reglas de *pertinencia* (art. 318), utilidad, art. 319 y licitud (art. 316). Asimismo, se exige que las fuentes de prueba se obtengan de forma lícita, de lo contrario las partes pueden denunciar que ha sido obtenida de manera contraria a la Ley. Ninguna fuente de prueba, dicen los arts. 316 CPCM, que hubiera violado la Constitución no podrá ser apreciada por el Juez.

Según LÓPEZ JIMÉNEZ para que las pruebas en un proceso judicial puedan ser admitidas por el Juez deben reunir tres requisitos esenciales. Uno, que hubieren sido propuestas conforme a las normas procesales; dos, que sean pertinentes; y, tres, que se hubieran obtenido sin vulnerar derechos fundamentales.

La ley prohíbe, en términos generales, el aprovechamiento de los resultados probatorios obtenidos con violación a las reglamentaciones procesales establecidas. Las normas de derecho probatorio, que establece el CPCM regulan los mecanismos de presentación, rechazo, admisión, evaluación y suficiencia de la evidencia que las partes ofrecen en un proceso judicial. Estas normas de derecho probatorio tiene el objetivo de garantizar la confiabilidad de la prueba, excluir la prueba que carece de valor probatorio o que puede vulnerar el principio de legalidad. Pero además, permite este régimen jurídico que las partes puedan controlar las decisiones de los jueces. Determinan, consecuentemente y de manera anticipada “la prueba que debe llegar al Juez”.

En el modelo de juicio oral adversativo las regulaciones probatorias establecen que toda prueba, sin diferenciar quien la presente será admisible si su propósito es lograr que un hecho en controversia sea más o menos probable. Es decir, es el legislador el que le implanta al Juez y a las partes un sistema preliminar de evaluación de la admisibilidad de la prueba. Lo importante en el concepto de pertinencia del modelo adversativo, propuesto en el CPCM, es que la prueba ofrecida por las partes esté relacionada con los hechos en controversia o la credibilidad de un testigo u otro medio de prueba. De allí que las disposiciones de admisibilidad de la prueba dependen de su pertinencia con los hechos en controversia o con la credibilidad del medio probatorio (parte, testigo, perito, prueba material, etc), art. 318 y 319.

El principio de legalidad exige que toda la actividad realizada por los sujetos procesales deba ser desarrollada conforme a la ley. Así se tiene que la obtención y práctica de la prueba y sus resultados están reglamentados, ya que el esclarecimiento del hecho en la audiencia judicial debe estar sujeto a ciertos límites legales con el fin de no afectar los principios, valores, derechos y garantías de los individuos, según el proceso civil informado por la Constitución. No es baladí, por lo tanto, que el CPCM regule la “cadena de custodia” (art. 322) y la “acreditación de prueba material o tangible”.

Se entiende por prueba pertinente aquella que guarda relación con el objeto del proceso. Es decir, que la pertinencia es la relación o conexión existente entre la prueba recolectada y el hecho, pero no se agota en este aspecto. Esta condición de hallarse relacionada con el proceso no implica necesariamente que se admita toda evidencia.

De hecho, el órgano jurisdiccional puede rechazar medios de prueba pertinente si entiende que son superfluos, redundantes o desproporcionados en relación al objeto del enjuiciamiento.

La doctrina y jurisprudencia española también han separado los conceptos de pertinencia y necesidad de las pruebas. El primero se refiere al momento de admitir la prueba y el segundo a la fase en que se práctica la prueba, es decir, propiamente en el juicio oral. La pertinencia normalmente se refiere al hecho y al medio de prueba. Para la regulación norteamericana toda evidencia pertinente es admisible; por lo que evidencia no pertinente es inadmisibile. La regla 18 A de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico dice sencillamente la “evidencia no pertinente es inadmisibile”, de manera idéntica establece la Regla de Evidencia Federal de EUA número 402 “Evidence which is not relevant is not admisible”

En el sistema probatorio adversativo americano, se considera pertinente no solo la evidencia relacionada con los hechos en controversia sino que también es admisible la evidencia que se refiera a la credibilidad de los testigos. Esto último no necesariamente es admitido por la doctrina española, pero si es admitida por el CPCM salvadoreño en el art. 318 y 356.

Es oportuno remitirse a la doctrina norteamericana en este punto puesto que las partes, según la ley aprobada, podrán presentar u ofrecer prueba que pueda referirse a los hechos del caso, y cuando se refute o impugne la credibilidad de un testigo o perito durante la práctica de contrainterrogatorio, la prueba que rehabilite dicha credibilidad es admisible por ser pertinente.

Es así que uno de los mecanismos más efectivos para impugnar la credibilidad de los testigos, se da cuando en distintas ocasiones, en la audiencia probatoria o fuera de ésta, el declarante ha hecho declaraciones inconsistentes sobre aspectos importantes del caso. Además, de la posibilidad de impugnar a un testigo por sus declaraciones anteriores, se puede atacar las omisiones que hubiera hecho en su testimonio. Lo cual le da base al juez para dudar de lo que está declarando en audiencia.

d)El descubrimiento de las pruebas.

El art. 317 del proyecto de CPCM salvadoreño regulaba una etapa del procedimiento civil denominado como “descubrimiento de prueba”, que pretendía efectuar un procedimiento similar al “discovery” del procedimiento judicial norteamericano. De acuerdo al procedimiento propuesto en el proyecto, el intercambio de las pruebas entre las partes debía ser efectuada hasta 3 días antes de la celebración de la audiencia probatoria ante un notario, cualquiera fuera su naturaleza, antes de la audiencia probatoria, so pena que el Juez declare improponibles los medios probatorios o nulos si hubiesen sido admitidos, como una sanción procesal.

La revelación de la prueba de cargo del demandante al demandado y viceversa, según decía el art. 317 del proyecto, era un reconocimiento del principio de igualdad y lealtad

procesal, además, de la eficacia de la garantía del juicio justo en materia civil o mercantil. Esta regla no fue aprobada por la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, aunque no se aprobó una regla específica, se podría considerar que las etapas de las diligencias preliminares, la misma presentación de la demanda, la fijación de fuentes y medios durante la audiencia preparatoria son un mecanismo de descubrimiento de prueba.

En opinión de CHIESA cualquier sistema racional de procedimiento judicial debería favorecer el descubrimiento de prueba en ambas direcciones. Esto es, incluyendo la obligación de los demandados de descubrir cierta información al demandante.

#### e) La práctica de la prueba

La práctica probatoria en la audiencia de prueba es la fase culminante del proceso, con la cual está vinculada la decisión judicial y obviamente la legalidad de las actuaciones del Juez. Ello en el entendido que el procedimiento es la formalidad de la actividad jurisdiccional o el conjunto de normas reguladoras del proceso, es decir, la vía por la que recorre la pretensión y su resistencia para obtener una decisión jurisdiccional.

Es así que el Código Procesal Civil y Mercantil ha puesto especial énfasis en asegurar que la prueba se introducirá “oralmente” por medio de interrogatorios de los procuradores con el fin de garantizar la inmediación del Juez y las partes al material probatorio, así como un juicio “público” con todas las garantías para las partes. La práctica de la prueba en el juicio está vinculada a los principios relativos a la formación material de los actos procesales, a la comunicación de los sujetos procesales entre sí, a los tipos de relación del órgano jurisdiccional con el material fáctico y a la temporalidad de los actos procesales, como se ha dicho.

En el proceso civil la actividad procesal se concentrará en el juicio oral o audiencia probatoria (arts. 402, 403 y 406 CPCM), o sea que el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional concurre en la audiencia mencionada, en donde las partes expondrán sus hipótesis, argumentos, sus probanzas y la discuten ante el público y el Juez. La concentración en la audiencia de todos los elementos relevantes permite la visión global y unitaria del caso, tanto de la actividad acusatoria y defensiva, la introducción de la prueba, los alegatos de las partes, la deliberación, la emisión del veredicto y la sentencia.

En efecto, el cuarto momento del procedimiento probatorio es el *recibimiento o práctica* de la prueba en la audiencia probatoria presidida por un Juez o Tribunal, regido bajo los principios de oralidad e inmediación, arts. 405 y 406 CPCM.

En la audiencia probatoria (juicio o vista pública), la prueba se practicará de acuerdo a las estrategias que cada parte hubiere dispuesto. Es decir no existe un orden previamente establecido por la ley (art. 406 CPCM), por lo que el Juez accederá a la

ordenación de los medios probatorios que los intereses y estrategias de los procuradores así lo determinen.

Si en la audiencia probatoria, arts. 311 y 428, surgen nuevos hechos desconocidos por los litigantes (art. 307 CPCM), el juez deberá permitir la finalización de la ronda de medios probatorios que inicialmente se ofrecieron y admitieron en la audiencia preparatoria, arts. 306, 308, 309 y 310 CPCM. Al finalizar la ronda de los medios probatorios, el juez podrá determinar la admisibilidad, pertinencia y utilidad de los hechos nuevos o de nuevo conocimiento para autorizar su práctica en una segunda ronda. En ningún momento se deberá entender que se ha vulnerado el principio de concentración de la prueba y su realización en la audiencia de prueba, arts. 4,5,7,10 y 11 inciso final CPCM.

El CPCM establece que por regla general la prueba deberá ser practicada en la audiencia probatoria, art. 402. Sin embargo, el legislador comprende que en determinadas circunstancias y bajo ciertas garantías, se pueden practicar los medios o elementos prueba antes de la celebración de la audiencia probatoria. La técnica que el proyecto legislativo ha adoptado es la del sistema procesal mixto de derecho continental y no la del sistema adversativo. En el sistema mixto la manera con la cual se preservan las pruebas obtenidas antes de su práctica en el plenario son los supuestos de la prueba anticipada y de la prueba irreproducible.

En cambio, si el legislador se hubiera decantado en su totalidad por un régimen procesal de tipo adversarial, entonces, se aplicarían las normas de la prueba de referencia y no sólo las técnicas de impugnación o rehabilitación del testimonio basado en la prueba de referencia, como estipula el art. 367 CPCM.

El CPCM en el art. 326 establece que el procedimiento de prueba anticipada la realiza el Juez a requerimiento de parte. Las actuaciones probatorias anticipadas se incorporarán a la audiencia probatoria mediante el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, según el art. 329 CPCM previendo la urgencia, perentoriedad o posible destrucción o desaparición de elementos probatorios. Estos hallazgos de elementos de prueba se pueden fijar mediante fotografías, experticias técnicas, protocolos de actuación, pruebas de verificación en el campo o procedimientos científicos especializados.

De igual manera se admite la prueba anticipada, art. 329 CPCM, ante situaciones en las cuales se está celebrando la audiencia probatoria y no era posible prever que no se contaría con la presencia del medio probatorio. En estas son situaciones en las que es imposible reproducir la prueba en la audiencia respectiva: cuando no se puede localizar al declarante o perito, porque ha desaparecido, ha muerto, padece una enfermedad grave; asimismo, cuando exista impedimento de la presencia del testigo o perito en la audiencia o si éstos reside en ese momento en el extranjero.

Al final del art. 329 se encuentran las reglas de los casos de admisión excepcional de la prueba de referencia. Fue una mala técnica legislativa, mejor se hubiera establecido



una serie de reglas de admisión excepcional, en el entendido que por regla general se prohíbe la prueba de referencia como dice el art. 357 CPCM.

En cuanto a la valoración y fijación de la prueba en la decisión judicial, el juez será responsable de su fundamentación. El CPCM reconoce la preparación académica de un juez al otorgar su capacidad de decisión basado en la sana crítica (art. 416 CPCM).

## **10.- LAS OBJECIONES**

La objeción, reparo o protesta puede definirse como un verdadero recurso procesal que tienen los procuradores en una audiencia judicial ante el mismo juez que la preside para intentar que evalúe su decisión sobre un determinado aspecto.

Es, entonces, una oportunidad procesal y facultad por el cual los procuradores intentan defenderse en la audiencia, esencialmente del intento de la contraparte de introducir prueba que sea impertinente, inútil o ilegal, entre otras razones justificables. Incluso las partes pueden defenderse de la conducta del procurador contrario o del juez.

El procurador que efectúa una objeción pretende llamar la atención del juez ante la falibilidad humana. Es decir, pretende advertir al Juez que se debe evitar incurrir en errores, especialmente de permitir la producción de prueba impertinente. Además, la objeción puede justificarse, en sentido amplio, como la expresión de una insatisfacción de una de las partes ante la conducta del medio probatorio, del procurador de la parte contraria o del mismo juzgador en la audiencia probatoria, como las dilaciones indebidas, la mala fe o deslealtad procesal del litigante.

Las objeciones aparecieron en el lenguaje forense salvadoreño con la reforma procesal penal pero nunca se desarrolló legislativamente. El CPCM, como derecho común y supletorio, ha tratado de ir definiendo y enumerando las objeciones entre los arts. 407 a 410 y 413 CPCM.

Bajo los arts. 407 a 410 CPCM, las partes podrán objetar el intento del litigante de la parte contraria de introducir prueba que es contraria a las disposiciones del Código. Como requisito de admisibilidad de una objeción se requiera que sea oportuna, fundada y específica. La objeción únicamente la puede efectuar el litigante no el juez. Es decir requiere impulso de parte. Pero la parte que no objeta oportunamente se entenderá que ha renunciado a su derecho.

Las objeciones tienen una finalidad estratégica, por lo que su uso dependerá de la misma preparación técnica del abogado. Si la actividad de la contraparte no le ha causado daño, el procurador deberá valorar si vale la pena objetar. Obviamente, que si considera que le hace daño deberá objetar, especialmente si la pregunta o respuesta es impertinente o si es sugestiva (cuando es prohibida en el interrogatorio directo como el re-directo).

El juez tendrá la libertad de decidir la admisión o rechazo de la objeción, fundando su decisión de manera verbal. La parte que no esté de acuerdo podrá pedir que se revoque verbalmente la decisión del juez, arts. 407, 503 y 507 CPCM. La objeción realizada de manera oportuna ante una prueba no admitida puede fortalecer la decisión del tribunal superior que revise una sentencia de primera instancia, art. 510 número 4 CPCM.

El Código establece que pueden ser objetables durante las audiencias:

- a) Las preguntas formuladas por los procuradores durante los interrogatorios. Es decir, las preguntas efectuadas por los litigantes pueden ser objetables si son impertinentes, sugestivas, repetitivas, capciosas, compuestas, especulativas, ambiguas o cuando se asumen hechos no establecidos;
- b) Las respuestas de los peritos, testigos y partes si las respuestas son prueba de referencia, o si el testigo emite opinión o si contesta más allá de lo preguntado; y,
- c) La conducta de los procuradores, por ejemplo si durante el interrogatorio cita de manera incorrecta lo expresado por un testigo; si tiene una conducta irrespetuosa hacia el testigo, parte o perito; o si obstaculiza las respuestas del testigo o lo intimida.

El que un litigante mencione una prueba en las alegaciones finales sin haberla practicado es objetable por la parte contraria. Ello es así, porque el juez deberá juzgar sobre la prueba que ha desfilado en la audiencia y no sobre supuestos o meras alegaciones. Ni por las afirmaciones de los procuradores.

El sistema de objeciones seguido por el CPCM, no es una enumeración exegética, sino que más bien tiene un papel ilustrativo, tanto para el proceso civil y mercantil como para el derecho común, incluso para el procesal penal, familia o laboral como norma supletoria.

## **11.- LA IMPLEMENTACION DE LA REFORMA**

En las páginas anteriores se han explicado los alcances de la regulación del nuevo derecho probatorio civil y mercantil, pero que por ser derecho común cambiará la práctica del Derecho en el país.

Por ejemplo, la técnica de interrogatorio adversativo modificará la tradición de la práctica de la prueba de parte, testigo y perito. Se considera que las técnicas de litigación adversativa pueden permitir a las partes mostrar al juez la credibilidad de su medio probatorio y de su fuente probatoria, lo que la técnica de relato o el cuestionario no ha permitido hacerlo.

El legislador adoptó, si bien, algunas disposiciones que contravienen la técnica adversativa en la práctica de la prueba<sup>9</sup>, por regla general el Código mantiene al juez como árbitro imparcial de las actuaciones de los sujetos procesales. Será el juez con su experiencia y madurez profesional quien deberá interpretar el Derecho conforme a la Constitución para mantener su integridad profesional.

Las técnicas adversariales de la prueba no son desconocidas en El Salvador. Estas fueron implementadas a partir de la incorporación de las normas de interrogatorio, contrainterrogatorio, interrogatorio redirecto y recontrainterrogatorio del art. 348 del Código Procesal Penal<sup>10</sup>. Pero dicha normativa ha mantenido disposiciones inquisitivas que han afectado la administración de justicia por la confusión de roles entre algunas de las partes (la Fiscalía General de la República y el Juez de instrucción o la prueba para mejor proveer).

El art. 348 del Código Procesal Penal vigente adoptó el procedimiento probatorio de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico. La práctica forense se ha adaptado muy bien al modelo adversativo, producto del intercambio jurídico entre Puerto Rico y El Salvador. Por lo que no se observan problemas para su aplicación en la materia civil y mercantil. Así como para la aplicación supletoria en las materias de familia, laboral y otras.

Los arts. 10 y 200 del CPCM se han adaptado bajo la norma constitucional del art. 11 que ordena al legislador a organizar un juicio oral con todas sus garantías para las materias civil y mercantil y subsidiariamente para la materia laboral e incluso de orden administrativo. Por lo que la práctica vigente del juicio escrito o de “apertura a pruebas” que ha dependido de la relación entre el colaborador jurídico y el material probatorio es inconstitucional. Para el constituyente sólo es jurídicamente válido un juicio en el que exista una relación entre el juez, el material probatorio y las partes. Estos son los principios de inmediación y oralidad<sup>11</sup>.

En el juicio oral el juez tiene la posibilidad de evaluar la credibilidad de la conducta de un medio probatorio mediante el lenguaje corporal del testigo que depone en audiencia. Esta evaluación visual e intelectual del juez sobre la conducta y el del medio

---

<sup>9</sup>Estas normas inquisitivas, seguramente, se inspiraron en las legislaciones procesales continentales, especialmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y del Código Procesal Tipo para Iberoamérica. Estas normas probatorias permiten al juez realizar preguntas a los testigos en la audiencia o acudir al domicilio del testigo que se encuentre imposibilitado de llegar. El problema en este último caso es que no se requiere de la presencia de las partes para que puedan controlar la actividad de producción de prueba.

<sup>10</sup> En el art. 348 del Código Procesal Penal vigente en El Salvador se incorporó un sistema adversativo para el interrogatorio de testigos y peritos. Esta fue la primera regla adversativa que se introdujo en América Latina en un Código inspirado en el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica. Años después lo hizo el Código Procesal Penal de Colombia. En la práctica forense el art. 348 mencionado ha admitido demasiada intervención judicial en detrimento de las partes. Ello ha significado una distorsión del proceso adversativo.

<sup>11</sup> Bajo el principio de inmediación y oralidad, las audiencias civiles, mercantiles, laborales y cualquier otra deberán efectuarse bajo la relación particular del Juez, del tribunal o del jurado con la prueba y con las partes; así como con los espectadores de la audiencia..

probatorio se denomina “demeanor”. Por eso se resalta la importancia del principio inmediación.

El procedimiento adversativo en la nueva legislación ofrece mejores oportunidades de una justicia transparente y de un acceso a la protección jurisdiccional de todas las pretensiones. Especialmente por la libertad de las fuentes de prueba y de los novedosos medios probatorios. Así se podrán ver más demandas por daños, pretensiones para la protección del medio ambiente, medidas cautelares en materia laboral, pretensiones para la defensa de los consumidores o para la defensa de los derechos fundamentales. El sistema, permitirá un mejor sostenimiento de las afirmaciones fácticas de las partes en la práctica del testimonio en audiencia. Permitirá un mejor ejercicio del derecho de confrontación, especialmente a través del conainterrogatorio.

El principio de confrontación, como derivación del derecho constitucional de defensa, exige que el demandado pueda “carearse” con los testigos de parte contraria en audiencia pública en la que esté intermediando el juez. El careo implica que la parte contraria a la que ha presentado el testigo, pueda estar presente en la audiencia en donde los testigos de la parte que los ofreció estén deponiendo y pueda confrontarlas, si así lo desea, por medio de un conainterrogatorio. Es decir, que la persona (sea demandante o demandado) pueda escuchar (en juicio público) la prueba testimonial y goce y ejerza el derecho a repreguntar sobre la razón de conocimiento y del contenido del mismo.

Un aspecto que debe ser tomado en cuenta en los procesos de formación es la capacitación de jueces y litigantes en el tema de las objeciones (reparos o protesta) en la audiencia. La objeción es un verdadero mecanismo de impugnación de las actuaciones de los sujetos procesales, especialmente las aportaciones probatorias de la parte contraria. En un sistema adversativo y dispositivo la parte contraria es la que debe objetar a la otra, no el juez. En el actual sistema de justicia penal vigente los jueces, en los Tribunales de Sentencia, los que se han arrogado el derecho de “objetar” a las partes poniendo en peligro su rol imparcial.

El CPCM ofrece una regularización amplia sobre el régimen de las objeciones, en algunos aspectos, sin ser taxativa, ofrece una lista de opciones que obviamente deben ser fundadas y comprendidas por quién las alega. No es un simple ejercicio del azar. Esta regulación se debe a que el proceso civil es por una parte “derecho común”, y porque estas reglas tienen una finalidad “pedagógica” para los sujetos procesales en el nuevo sistema a ser implementado.

El papel de los jueces, en la práctica probatoria, del nuevo CPCM debería de ser pasiva, esperando mayor proactividad procesal de las partes en las audiencias a través del adecuado uso de las técnicas de litigación oral. El Código exige que el juez sea el director del proceso por audiencias, es decir el que sustancia y controle la carga del tribunal. Esta visión se aparta de la tradición contenida en el Código Procesal Civil Tipo para Iberoamérica, en la LEC y en otras legislaciones procesales de Suramérica.

Obviamente, el juez deberá actuar como director del cumplimiento de las etapas procesales y de la moderación de los interrogatorios.

Ahora bien, la implementación de la oralidad en el sistema de justicia civil y mercantil no debe significar la verbalización de los actos procesales de los sujetos en el juicio, implica el aprendizaje de verdaderas técnicas de litigación. El CPCM ofrece una serie de herramientas o medios probatorios que únicamente se utilizan en el país en el sistema de justicia penal, por lo que será necesario no sólo la capacitación de los sujetos procesales sino un cambio de mentalidad en cuanto a la implementación.

Hay que comprender que los sistemas de juicio oral serán un reto para la gestión de tribunales civiles y mercantiles. No se puede pensar que con la actual organización de los tribunales será posible implementar la reforma procesal civil y mercantil. Será necesario remodelar la gestión administrativa judicial. Habrá que implementar sistemas integrados de gestión, notificaciones y citaciones, construir o ampliar salones de audiencia con sistemas de grabación de audio o de audio y video. La grabación de los actos procesales le dará vigor a la reforma.

Es decir, hay que crear las condiciones para que los jueces celebren las audiencias fuera de su despacho y se trasladen a salones específicos con todas las facilidades tecnológicas. Los retos para la Corte Suprema de Justicia son grandes tanto en recursos materiales como humanos porque además de adecuar las instalaciones de los tribunales hay que incorporar más jueces.

Una de las recomendaciones recogidas en Uruguay y en Puerto Rico es que los sistemas judiciales deben reforzar su plantilla de jueces. En los sistemas de juicio oral adversativo las facilidades materiales integradas de los tribunales favorecen la celebración de una buena cantidad de asuntos. Es relevante que las unidades de evaluación y control de la actividad judicial pueda establecer un indicador a ser perseguido por el nuevo sistema civil y mercantil en El Salvador, pero hay que dotarle al juez de todas las facilidades materiales para ello.

## **Bibliografía**

BATISTA, Elpidio; *El Abogado Defensor Puertorriqueño. Litigación: Vivencias, casos y comentarios*, 2 volúmenes, 2 Edición revisada, Ediciones Situm, San Juan, 2002.

CAPELLETTI, Mauro; *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.

CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1 y 2*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998.

CHIESA APONTE, Ernesto L; *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. I y III, 1ª. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; *Derecho Procesal Civil. Parte General*, con AAVV, 3ª Edición, Editorial COLEX, 2000

DAMASKA, Mirjan, *The faces of Justice and State Authority*, Yale University, 1986, USA.

DAMASKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University, 1997, USA.

DEVIS ECHANDIA, Hernando; *Teoría General de la Prueba Judicial T.1*, 1ª edición colombiana, Biblioteca Jurídica DIKE, s.f

DÍAZ DÍAZ, Rafael; *Evidencia Criminal*, 1ª. Edición, First Book Publishing of P.R., Puerto Rico, 2002.

DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio; *Las Técnicas del Interrogatorio en el Juicio Oral*, en AAVV, Revista Justicia de Paz No. 9, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2001

EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando; *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño* Reimpreso en Reprográfica, San Juan Puerto Rico, febrero 1999.

ESCRIBANO MORA, Fernando, *La Prueba en el proceso civil*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2001.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.

FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002.

GIANNELLI, Paul C; *Understanding Evidence*, 2a Edition, LexisNexis, USA, 2006

GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981.

GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, con AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Editorial COLEX, Madrid, 2004.

GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho Procesal Civil, T.1*, 1ª. Edición, Editorial COLEX, 2004.

GOLDBERG, Steven H; *Mi primer Juicio Oral*, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

GUASP, Jaime; *Derecho Procesal Civil, T. 1*, 3ª Edición corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

IMWINKELRIED, Edward J.; *Evidentiary Foundations*, 5<sup>th</sup> Edition, LexisNexis, USA, 2002

LANDONI SOSA, Ángel; *Código General del Proceso, comentado, anotado, con jurisprudencia*, V. II-A, 1ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2003.

LOPEZ JIMÉNEZ, Raquel; *La Prueba en el juicio por Jurados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARABOTTO LUGARO, Jorge en AAVV *Curso sobre el Código General del Proceso*, T.1, Fundación de Cultura Universitaria, 1991

MAUET, Thomas A; *Trial Techniques*, 6a Edición, ASPEN LAW & BUSINESS, New York, 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MONTERO AROCA, Juan; *Derecho Jurisdiccional I y II*, con AAVV, 12a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MONTERO AROCA, Juan; *El Nuevo Proceso Civil*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, Juan; *La prueba en el proceso civil*, Editorial Civitas S.A., España, 2002.

MORENO CATENA, Víctor, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso Penal*, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, 1980.

MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995.

NEVARES MUÑIZ, Dora; *Sumario de Derecho Procesal Penal Puertorriqueño*, 6ª Edición revisada, Instituto para el Desarrollo del Derecho Inc. San Juan Puerto Rico, 2001.

PICÓ I JUNOY, Joan, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, 1ª. Edición, Bosch Editor S.A., Barcelona, 1996.

QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003.

RAMOS GONZÁLEZ, Carlos y VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique; *Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico*, Michie Butterworth, Puerto Rico, 1996.

STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5<sup>th</sup> Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999.

TARUFFO, Michele, *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XV, diciembre 2003, p. 205-213, versión On-line ISSN 0718-0950.

TARUFFO, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, Revista Ius et Praxis, 12 (2): 95 - 122, 2006

TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

VELAYOS MARTINEZ, María Isabel; *El Testigo de Referencia en el Proceso Penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VÉLEZ, Enrique; *Derecho de la Prueba, reválida*, 1<sup>a</sup>. Edición, Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan, 2000.

VERGER GRAU, Joan; *Las pruebas ante el tribunal del jurado*, con AAVV en El Tribunal del Jurado, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Octubre 1995.