

LA PRUEBA EN GENERAL

Dr. Sergio Artavia B.

Co-redactor del nuevo Código Procesal Civil. Profesor de Derecho Procesal Civil UCR. Presidente del Instituto Costarricense de Derecho Procesal. Abogado litigante. Escritor.

Dr. Carlos Picado V.

Profesor de Estrategia Procesal y Técnica Probatoria. Juez del Tribunal Agrario de Apelaciones. Presidente Instituto Panamericano de Derecho Procesal, capítulo Costa Rica.

1.- ELEMENTOS BÁSICOS DE TEORÍA DE LA PRUEBA

Etimológicamente, el vocablo prueba -al igual que *probo* deriva de la voz latina *probus*, que significa bueno, honrado; así pues, lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico. Podemos concluir en este punto que la concepción de prueba radica en una actividad procesal especial, cuyo producto de dicha actividad es, producir el conjunto de motivos o razones, que, de los medios aportados por las partes, se deducen y que le suministra al juez el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso.

Si bien esto es objeto de la teoría general del proceso, conviene repasar brevemente algunos elementos básicos de la prueba, como todo lo relativo a:

- a) Qué puede ser probado -objeto de la prueba-,
- b) De dónde debe extraerse la prueba -fuente de prueba-,
- c) Quién debe confirmar -carga de la prueba-,
- d) Cómo ha de hacerse la prueba -medios de prueba-,
- e) Cuándo y dónde ha de hacerse la actividad probatoria -procedimiento de la confirmación-,
- f)Cuál es el producto final del procedimiento -elemento de prueba-

a.- Objeto de prueba. ¿Qué puede ser probado?

Si afirmamos que el fin de la actividad probatoria es el esclarecimiento de los hechos y actos jurídicos debatidos, podemos tener a éstos como el objeto de la prueba precisamente. Se les identifica normalmente con los términos *thema decidendum* o más concretamente, *thema probandum*, que comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tomar en cuenta a quién corresponde suministrarla, y segundo,

porque se refiere a ciertos y determinados hechos -los que en cada proceso debe probarse-. El 41.3 NCPC nos dice cuáles hechos son y cuáles no son objeto de prueba.

De esta conceptualización de objeto de prueba surge, como se desarrollará más adelante, una limitación en la actividad probatoria, concretamente, en el ofrecimiento y admisión de los medios probatorios, particularmente sobre los hechos y actos jurídicos que son objeto de ser probados.

No son todos los hechos relatados en el cuadro fáctico expuesto los que deben ser probados, sino, únicamente los que son controvertidos entre las partes. Esta limitación abarca, a su vez, los poderes-deberes del Juez en cuanto a su iniciativa probatoria. Por ello, se debe tener como objeto de la prueba a los *hechos*. La acepción de hechos, como objeto de la actividad probatoria en una investigación judicial o de un litigio, es de cosas que suceden, como son de alguna importancia en la discusión o el litigio.

No son objeto de prueba los hechos no controvertidos, admitidos en forma tácita o expresa por las partes al trabarse la litis, excepto, cuando esos hechos se traten sobre derechos indisponibles para las partes. Tampoco son susceptibles de prueba los hechos notorios o públicos, que son del dominio del saber público -*vox pópuli*- que, por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social, son conocidos y tenidos en cuenta como ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media.

Tampoco es susceptible de prueba el derecho invocado, ya que se rige por el principio *iurit novit curia*: la norma jurídica aplicable no es lo demostrable, eso es trabajo del Juez, lo que debe demostrarse son los hechos y actos que se fundamenta la aplicación de las normas de fondo a nuestro favor, bajo los aforismos romanos clásicos de *ius ex facto oritur*, sea, “el derecho nace de los hechos” y la máxima *da mihi facti, ego tibi ius*, que significa “dame los hechos, que yo te daré el derecho”. Tampoco lo son aquellos hechos protegidos por una presunción -salvo que se niegue ese hecho- y los evidentes.

b.- Fuente de prueba. ¿De dónde se extrae la prueba?

Entendemos como fuente de prueba todo aquel elemento de la vida social que la ley reconoce como idóneo para producir prueba sobre un hecho relevante para un proceso judicial, como es el conocimiento de ese hecho de parte de una persona que no es sujeto procesal -testigo-; el conocimiento técnico de una persona cuya formación técnica o científica acerca de un hecho de esa misma naturaleza -perito-; el bien mueble o inmueble cuyo estado o condición se discute y el juez deba reconocerlo; el documento de un acto o contrato que se invoque en juicio, o el conocimiento de una parte que sea llamado por su contraparte a declarar sobre determinado hecho controvertido.

c.- Carga de la prueba. ¿Quién debe probar?

Este tema será profundizado más adelante. No obstante, podemos decir que el término *carga* tiene un significado propio en el lenguaje jurídico y proviene de la voz latina *onus*. En algunas traducciones de libros italianos leemos *peso de la prueba*, esto por cuanto antes de que la expresión *carga* fuera adoptada y aceptada por todos los juristas, el *onus* latino o el *onere* italiano eran traducidos como *peso*.

Este concepto de carga de la prueba es quizás el menos comprendido de los elementos de la teoría general de la prueba, puesto que se ha interpretado como una serie de reglas en el ofrecimiento de la prueba y no en la etapa de apreciación de las mismas, es decir, se “juega” con este concepto a la hora de aportación y admisión de las pruebas, cuando realmente su utilización es una etapa posterior: la de apreciación por parte del Juez, y en forma residual, sea que en ausencia de prueba se utilizan las reglas que conforman el *onus probandi*.

¿En qué radican las reglas de la carga de la prueba? Se encuentran reguladas en el 41.1 NCPC. Si partimos de la premisa de que lo alegado debe ser probado, las partes litigantes son las protagonistas de las pruebas; porque son lo que fundamenta sus alegaciones, debemos tener, necesariamente, realmente claro, a cuál de las partes le corresponde la carga de probar o lo llamado *onus probandi*; es decir, cuál de las partes tendrá un resultado desfavorable para su pretensión por haber omitido la prueba de una alegación -negligencia probatoria-. Por ello, dicha consecuencia deberá afrontarlo el litigante al cual, en caso contrario, si hubiese sido diligente, lo hubiese favorecido el convencimiento del Juzgador si llegara a probarse el dato cuestionado de forma satisfactoria. En definitiva, cada litigante soporta la carga de la prueba de los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que son favorables a las alegaciones formuladas por dicho litigante.

d.- Medio de prueba. ¿Cómo se prueba?

El sentido de medio de prueba radica en que el *thema probandum* no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios o instrumentos y procedimientos que las normas procesales prescriben, permiten o prohíben, constituyendo, por un lado, los caminos o medios para que las partes prueben los hechos en que fundamentan sus alegaciones, y, por otro lado, imponen límites a la actividad probatoria, específicamente, en el ofrecimiento y admisión de las pruebas. Se encuentran regulados en el NCPC 41.2 y cada medio se desarrolla por separado del 42 al 49.

e.- Procedimiento de prueba. ¿Cuándo y dónde se hace la prueba?

A modo introductorio, el procedimiento probatorio incluye cuatro fases esenciales a saber:

- a) El ofrecimiento de la prueba -35.1.6, 35.2, 37.1, 38.1, 102.3.3-
- b) Admisión o rechazo de la prueba, -41.3-
- c) Práctica de la prueba -41.4- y
- d) El derecho a que se valore la prueba -41.5-.

Es lo que denominamos el ciclo de vida de las pruebas:

Ciclo de Vida de las Pruebas



Abierto el término de prueba, propuesto el medio de prueba, surge el derecho de la parte a que sea admitido, siempre que la proposición haya sido hecha válidamente, esto es, que no haya incurrido en determinadas prohibiciones, que dicen relación con los denominados límites a los medios de prueba. Admitida la prueba, surge el derecho de la parte a que la prueba sea practicada, pues, caso contrario, nos hallaremos ante una denegación tácita de la facultad de probar y, consecuentemente, ante una situación de indefensión. Es necesario que las partes se involucren dentro de la práctica de la prueba, esto quiere decir que tengan intervención, pues así controlan también la práctica de la prueba de la parte contraria y ejercen vigilancia en que el juzgador efectivamente la está evacuando debidamente.

Esto es lógico, si tenemos en cuenta que la actividad probatoria, es actividad procesal, es desarrollo de una parte esencial del mismo proceso y, por ende, en ella debe observarse la garantía esencial de intervención de las partes que es la defensa. Respetada esta garantía simultáneamente para los dos litigantes, es que se habla de la vigencia del principio del contradictorio. Asimismo, debe acotarse que es una facultad del juez solicitar prueba de oficio, con ciertos límites, en la cual también puede haber intervención de las partes a la hora de su práctica.

La garantía constitucional de la defensa conlleva el derecho a que la prueba propuesta, admitida y rendida, sea valorada por el tribunal. Se trata de una exigencia implícita al desarrollo de toda actividad defensiva ya no solo probatoria. Por supuesto, que si la prueba no es valorada no tendría ningún sentido el proceso en sí y tampoco el derecho a probar, pues quedaría al arbitrio del juzgador la decisión, tornándose este en arbitraria y parcial, ocasionando con ello una total violación al derecho de la defensa.

El resultado probatorio en que desemboca la valoración con relación al íntegro objeto procesal establece la base fáctica del pronunciamiento jurisdiccional definitivo. Ese

resultado debe reflejar el estado subjetivo del juzgador en cuanto al grado de convencimiento obtenido con respecto a la verdad del acontecimiento sometido a su decisión: duda, probabilidad -o improbabilidad- y certeza, tanto en sentido afirmativo como negativo.

En síntesis, el procedimiento probatorio implica, necesariamente, y en este orden, que toda prueba sea ofrecida exclusivamente por las partes, legalmente admitida, eficazmente practicada en audiencia y valorada en sentencia.

f.- Elemento de prueba

Como resultado de esta actividad probatoria, se generan para el juez elementos de prueba o convicción sobre los cuales debe establecer cuáles hechos fueron demostrados y cuáles no. Así el medio probatorio denominado “prueba testimonial” genera como elemento un *testimonio*; la prueba pericial un *peritaje*, etc.

La relación de todos estos elementos de la teoría general de la prueba la esquematizamos en el siguiente cuadro:

OBJETO <i>¿qué se prueba? 41.3</i>	MEDIO <i>¿cómo se prueba? 41.2</i>	FUENTE <i>¿de dónde surge?</i>	ELEMENTO (producto final)	CARGA <i>¿quién debe probar? 41.1.</i>
Estado o condición de lugar o persona	Reconocimiento Judicial 46	Bien o persona a reconocer 46.1	Acta o Audiovisual 46.2.4 y 50.5	REGLA: Actor hechos constitutivos pretensión Demandado: hechos extintivos
Hecho controvertido puro y simple de conocimiento de tercero o parte en determinado lugar, momento y modo	Reconstrucción de hechos 47 (remite al RJ 46)	Lugar, testigo y/o parte	Acta o Audiovisual	EXCEPCION ¿cargas dinámicas?

2.- EL SISTEMA “ORAL” DE PROCEDIMIENTO PROBATORIO

En recientes reformas el legislador no se preocupó por desarrollar un tema tan delicado como es la forma oral en los interrogatorios y el cambio de paradigmas que ello significa respecto de un sistema escrito. Así por ejp. el CPCA solo contiene una norma sobre la forma de interrogatorio –art. 107 CPCA-; la Ley de Cobro derogada, que introduce la oralidad en los procesos de esa materia, si bien se refiere a la oralidad en los art. 4.4. – dirección de la audiencia-, 4.5.2 –grabación-, y art. 13, “Las audiencias deberán ajustarse al principio de oralidad. La expresión oral será el medio fundamental de comunicación...En caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el tribunal escogerá siempre la oralidad”, tampoco desarrolló este importante instituto. Igual sucedió con la LMAD, que no contiene reglas de evacuación oral de la prueba, con lo cual, en los tres sistemas se omitió un aspecto tan fundamental para el proceso. En estos sistemas, al igual que sucedió en el arbitraje, en la práctica, debieron seguir aplicando supletoriamente las normas sobre prueba del Código Procesal Civil, al que remitían supletoriamente todas esas normativas.

3.- REGLAS FUNDAMENTALES SOBRE LA PRUEBA EN UN SISTEMA ORAL

a.- Interrogatorios orales y directos

a) El primer principio o regla que debe seguirse, en la evacuación de la prueba, en un sistema por audiencia, es que esta debe hacerse de manera oral. La forma oral significa, como se verá, que los testigos declaran a viva a voz, sin transcripción de su declaración, sino simplemente el tribunal oye y graba tal declaración. El sistema oral significa la inexistencia de secretarios o de jueces que transcriban. No se interpone el papel entre la declaración y el diálogo de los declarantes, partes y el tribunal. Si es un sistema oral, igual debe ser las declaraciones, no transcritas. Al ser oral los interrogatorios, no se permite leer las declaraciones, menos incorporar declaraciones escritas tipo *affideveit* americanos que se han ido introduciendo al arbitraje.

b) La segunda regla a seguir, en la evacuación de la prueba es la de la “inmediación”. Supone un contacto de las partes con el material probatorio, en todo sentido un nuevo paradigma en la forma de cómo se evacúa, como se pregunta, como se opondrá y cuáles son las funciones y potestades del tribunal. El sistema oral de las pruebas, el verdadero examen probatorio en la audiencia oral elimina el interrogatorio indirecto, de preguntas escritas, de intermediación del tribunal, de transcripción exacta del acta o la declaración. Tampoco el sistema oral permite que el abogado lea las preguntas al declarante, ni que se presenten interrogatorios por escrito, salvo la declaración de parte en caso de ausencia. Nada obsta para que el abogado lleve una guía –conocida como línea de interrogatorio- para llevar una línea de preguntas, pero no para leer, pues en la oralidad las preguntas son orales.

c) Otra regla en un sistema de interrogatorios en un proceso por audiencias, es quién tiene la iniciativa de interrogatorio. En el sistema oral de pruebas, son las partes las que

interrogan directamente de manera oral, luego lo hace el tribunal si tiene alguna duda. De manera que, en este tránsito de la escritura a la oralidad en las pruebas, se pasa de un sistema de “repreguntas” –porque en el sistema escrito el tribunal era el que preguntaba y las partes solo “repreguntaban” de lo que habían contestado los declarantes al tribunal- a un sistema de preguntas directas, orales, naturales del proponente, esto es por los abogados. Se pasa de una iniciativa de diálogo controlada por el tribunal, a un diálogo directo entre abogado y declarante, donde el abogado no depende de lo que ya el tribunal haya o no preguntado, pues ahora el tribunal pregunta al final. Los declarantes son abordados primeros por el abogado que los ofreció. Luego por la contraria -*cross examination* inglés-, finalmente por el tribunal.

d) Como cuarto principio: En el sistema oral de pruebas, el tribunal no admite o califica previamente las preguntas, solo puede rechazar las impertinentes o abusivas. Tal técnica de interrogatorio directo se aplica a la prueba de testigos, interrogatorio de parte y pericial. En efecto, todas las pruebas de declaración –interrogatorio de parte, testimonial, de expertos, peritos y consultores técnicos- se evacúa de manera oral, sin interrogatorio previo o formal, sin transcripciones porque se graban y lo que es mejor, el interrogatorio lo realizan directamente las partes, llevando los abogados la estrategia y el rol del interrogatorio, por supuesto que el tribunal puede controlar las preguntas impertinentes e inadmisibles. El tribunal al finalizar el interrogatorio por las partes, solo hasta ese momento podrá hacer preguntas, no antes, menos estar interrumpiendo o sustituir el orden o el rol que el NCPC ha concedido a los actores –no al director- del debate.

e) Quinta regla: En este sistema oral de evacuación de las pruebas, el tribunal ya no aprueba las preguntas, ni califica el interrogatorio, ni homologa preguntas, no podrá exigir interrogatorio escrito, previo, ni examinar las preguntas que se formularán, ni interrumpir la deposición del declarante, simplemente escucha el interrogatorio que hace el abogado directo al declarante, las admite de manera presunta o silenciosa, sin interrupción y solo en el caso de que la pregunta sea impertinente, sugestiva o capciosa la rechazará; o bien, cuando la parte contraria se oponga, examinará la procedencia o no de la pregunta. Como es debido, ahora sí, en ambos sistemas –oral y escrito-, el tribunal moderará el interrogatorio, y por ello evitará y rechazará preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.

f) Sexta regla: En un sistema oral de interrogatorios, primero preguntará la parte que la propuso, luego la contraria, y, finalmente, el tribunal. Esto viene justificado por la preparación que ha debido realizar el abogado del interrogatorio y la línea de ese interrogatorio, por temas y declarantes, pero especialmente por su teoría del caso que ha formulado y preparado. Por eso, en sistemas orales, es inaceptable que primero pregunte el tribunal, menos que el declarante –testigo o perito por ejp- declaren inicialmente sin la iniciativa del interrogatorio de la parte que los ofreció. Esto puede agotar o “quemar” el

impacto que se pretende con tal o cual prueba, lo que solo sabe el abogado proponente y no el declarante, que muchas veces no es experto en el tema.

El punto también tiene que ver con todo un tema teórico profundo, como es lo referente a las técnicas de interrogatorio en la oralidad, que se supone el abogado conoce, ha estudiado y se ha preparado. Quitarle al abogado la iniciativa de preguntar de primero, para encomendarle al tribunal hacerlo o al declarante que lo haga libremente y sin interrogatorio, es quitarle la inspiración y preparación que trae el litigante y con el que quiere cautivar al tribunal y alguna que otra vez a su cliente, quien podrá constatar la preparación y profesionalismo del abogado y la dedicación que ha puesto en la preparación de la audiencia.

b.- Principio de inmediación probatoria

La inmediación, como principio general del proceso –art. 2.7 NCPC- y ahora como principio en las pruebas de un proceso por audiencias orales –arts. 41.4.6; 50.3, 60.3-, implica un contacto directo y personal con los elementos probatorios, pero además directo y recíproco de los sujetos entre sí y frente al Tribunal y contacto con los hechos y todo el material del proceso.

El principio de inmediación en general y en las pruebas en particular, exige el contacto directo y personal del tribunal con las partes y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial –escritos, informes de terceros, etc.-.

Con base en estos caracteres de la inmediación en el elemento probatorio, un sistema por audiencias implica:

- a) La presencia de los sujetos procesales, cara a cara, ante el tribunal que juzga,
- b) La falta de un intermediario entre las cosas y personas del proceso y el tribunal,
- c) Solo el tribunal que dictará la sentencia puede evacuar la prueba –arts. 2.7, 9.2, 29.4, 41.4.6 y en especial arts. 59 y 60.1 NCPC-.

d) La identidad física entre el tribunal que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia. Este punto es fundamental para evitar que el tribunal que dicte sentencia lo haga en base a una versión mediata de la realidad que le proporcione otro tribunal

e) En caso de imposibilidad absoluta de que la prueba se evacúe delante del tribunal que sentenciará, la posibilidad de realizar la prueba por medio de sistema de videoconferencia o similar –arts. 41.4.5 y 41.4.7 garantizando siempre la inmediación, dice la norma-.

Por eso es por lo que el art. 69.2.2 NCPC sanciona con nulidad, en casación, por “vulneración del principio de inmediación por ausencia de jueces en la audiencia de

prueba, conclusiones o deliberación”. Regla que también es aplicable cuando el recurso admisible contra la sentencia sea el de apelación.

c.- Principio de concentración de la prueba

Ya nos referimos a este principio en el Capítulo II. No obstante, el principio de concentración de las pruebas lo regula el art. 41.4.3 NCPC “La prueba se practicará en una sola audiencia. Cuando ello no fuera posible en un solo día, se prorrogará la audiencia en días inmediatos y consecutivos. Se procurará recibir la mayor cantidad de prueba por día, estableciendo cuál habrá de practicarse en cada señalamiento. Las partes podrán disponer el orden de la declaración de sus testigos. Las audiencias podrán verificarse en una o varias sesiones separadas por recesos e incluso continuarse el día siguiente como una misma unidad procesal”.

El modelo de proceso por audiencia oral, del NCPC, a diferencia de aquel vetusto derogado del CPC, sí consagra efectivamente el principio de concentración de las audiencias. El NCPC exalta el principio de concentración en las audiencias de pruebas, al consagrar la nulidad y la repetición de las audiencias de pruebas y en general de la audiencia que se hubiese suspendido en el tiempo –por cualquier causa-, por más de cinco días, esto implica también que además de la exigencia del 41.4.3 entre audiencia y audiencia, entre prueba y prueba, no puede haber un lapsus temporal de más de 5 días, bajo pena de nulidad y tener que volver a señalar para dicha audiencia –art. 50.3 y el propio 41.4.3 NCPC-.

4.- OTROS PRINCIPIOS SOBRE LA PRUEBA

a.- Principio de contradicción de la prueba

Nadie puede ser condenado -aun en el ámbito civil-, si previamente no se le ha dado el derecho de ofrecer, examinar, atacar la prueba y su contraprueba, es el denominado principio de contradicción de la prueba –art. 41.3 in fine NCPC- o derecho a la prueba.

b.- Principio de igualdad

Este principio está vinculado con el de contradicción. El principio de igualdad significa que, a ambas partes se les den las mismas armas y escudos en la prueba, para atacar y defenderse, y que dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas persigan o no, contradecir las aducidas por la parte contraria -art. 2.1 y 5.1 NCPC-.

La igualdad que se exige a través de todo el proceso, se manifiesta en la balanza y equilibrio en la admisión de prueba: para afirmar un hecho debe darse la misma oportunidad para contradecirlo, al admitirse una prueba, debe guardarse el equilibrio y

admitirse la de la parte contraria para contradecir aquella, la forma, la técnica de los interrogatorios y la posibilidad de combatir con contraprueba, debe darse en un plano lineal, como dos edificios de la misma altura, sin más y sin menos, el nivel de uno, es el parámetro del otro.

c.- Principio de libertad y el derecho a la prueba

Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias o sean claramente impertinentes o inidóneas.

El derecho a la prueba implica, el derecho a que se admita toda aquella prueba legal –aun cuando no esté en el elenco de medios de prueba- que propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición.

Para que la evidencia cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, es forzoso otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes. La ley no debe limitar los medios admisibles, cuantitativa o cualitativamente, sino dejar al juez la calificación de si los aducidos o solicitados tienen relevancia probatoria para el caso concreto, a fin de que la averiguación de la verdad se desarrolle sin obstáculos preestablecidos y artificiales.

En segundo lugar, este principio supone que el medio probatorio admitido sea practicado pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita, del mencionado derecho. Ciertamente no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido -S. Const. N° 440 de 1998-.

d.- Principio de legitimidad, legalidad o licitud

El numeral 41.3 NCPC manda a rechazar la prueba que sea “ilegal” y el 69.2.5 permite la anulación de una sentencia en casación, por “haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos ilegalmente al proceso”. Esta norma tiene su sustento en el principio de licitud de la prueba, según el cual para que la prueba sea admisible y valorada debe ser lícita, lo que rechaza la prueba ilícita o contaminada, obtenida de manera fraudulenta, en consecuencia, la prohibición de incorporar prueba que no se haya logrado por medios ilegales, indebidos o de manera subrepticia y espuria.

La prueba ilícita o prohibida se ha definido como aquellas que se ha obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales y legales, e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso; o bien, cuando el modo de adquisición, su ofrecimiento o su producción y efectos en la sentencia traspasa el límite que el ordenamiento jurídico o el conocimiento científico han fijado, posición que sostiene también nuestra jurisprudencia constitucional.

e.- Prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez

Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si este tiene facultades de incorporarlas de oficio, pero siempre incorporándolas visiblemente al proceso para su examen para las partes, no guardándola en la bolsa de su camisa, para sacarla de manera sorpresiva. Desde que el artículo 41.3 NCPC exige pronunciamiento expreso sobre las pruebas que el juez admite y rechaza, luego la exigencia también de indicar en las sentencias los elementos de prueba que los demuestren –los hechos-, se ha proscrito la prueba fantasma o virtual, que solo aparece en el pensamiento del juzgador.

f.- La dirección de la prueba la ejerce el juez

El juez es quién dirige la prueba. El juez es el verdadero director del debate, no puede ser un simple espectador, pero tampoco es su actor principal, ni el público. Es como el director de la obra en el teatro, quién dirige, guía y controla. Esto ha llevado a la Sala Constitucional a afirmar “la dirección del juez en la producción de la prueba determina que, para la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad y la igualdad en el debate y su contradicción efectiva, resulta crucial que el juez sea quien la dirija de manera inmediata, resolviendo primero acerca de su admisibilidad e interviniendo luego en su recepción. Es decir, el juez no debe permanecer pasivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes y para ordenar oficiosamente otras” - S. Const. N° 1018-1997-.

Con mayor razón en el nuevo sistema oral por audiencias, es deber del juez dirigir y participar en la prueba, solo los jueces que participaron en la audiencia de pruebas son los que pueden dictar sentencia –arts. 59 y 60.1-, constituyendo ahora entonces, un derecho de la parte.

g.- Principio de adquisición o de comunidad

El principio dispositivo y la posibilidad de renuncia de ciertos actos de parte que rige en el proceso civil no significa que la parte proponente de una prueba goce de una total disponibilidad sobre ella, tanto en su práctica, como en su disposición y efectos. El principio de adquisición o de comunidad de la prueba, se erige como defensa de que los elementos probatorios, una vez introducidos al proceso son comunes a todos los sujetos procesales y no del sujeto que lo aportó –documental- u ofreció –declaración-. Las pruebas dejan de ser de las partes y pasan a ser del proceso.

Para efectos de la valoración de la prueba, una vez introducida por cualquiera de los sujetos, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que beneficie a cualquiera de las partes, el que la trajo al proceso o la parte contraria que puede hacer uso de ella.

h.- Principio de preclusión de la prueba

Si el proceso es un “iter”, un camino que recorrer hacia un final, en principio seguro, la ley establece la forma, el orden y el momento en que se van practicando esos actos. No evacuada la prueba en la fecha o audiencia señalada se declara inevaluable –art. 41.4.10 NCPC “la prueba no practicada por culpa de la parte proponente se tendrá por inevaluable, sin necesidad de resolución expresa”-.

No ofrecida la prueba en la etapa u oportunidad señalada –demanda o contestación- también precluye. La ley establece el momento para ofrecer y evacuar la prueba, por lo que este principio se relaciona con la eventualidad, la oportunidad y el tiempo de la prueba, como sub principios de la lealtad, el orden en el proceso y el de contradicción.

Se habla de preclusión generalmente en relación con las partes, es decir, la pérdida de oportunidad para ejecutar un acto en su interés. Principios que persiguen impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre la cuales no pueda ejercitar su defensa, ni contraprueba.

i.- Principio de apreciación conjunta –unidad- de la prueba

El art. 41.5 NCPC ordena “las pruebas se apreciarán en su totalidad...”, es decir en conjunto o unidad de la prueba. La valoración no puede ser aislada, como un submundo aparte, con átomos descompuestos o minúsculas partículas de la materia. Por el contrario, la prueba es un todo, en su identificación con la masa y los organismos, no debe ser examinada partiendo de las minucias, sino amalgamada, compactada, unida de manera coherente, lógica y con sentido, como una caja fuerte, solo la exactitud de la combinación permite abrir la llave de una adecuada valoración.

En la apreciación conjunta o por unidad, surge un criterio de orden y coherencia por encima de los sistemas aislados de apreciación. El sistema probatorio es una unidad, como una unidad es el proceso, una serie concatenada con un iter lógico. La prueba debe ser considerada como una unidad, una esencia unida, como tal debe ser examinada y apreciada por el juez para confrontar las diversas pruebas, puntualizar, su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellos globalmente se forme.

j.- Principio de publicidad vs. privacidad

La publicidad del proceso explica cómo se evacua la prueba y el juicio frente al pueblo, y, en segundo lugar, como se resguarda y acceden las partes a las pruebas y al expediente. El principio de publicidad de la prueba que aquí interesa, para efectos probatorios, significa que debe permitirse a las partes conocerla, objetarla, discutirla y analizarla abiertamente, sin restricciones, para patentizar ante el juez el valor que tiene. No es permitida la prueba oculta, el no acceso de las partes a los documentos o a las audiencias donde se evacúan las propias y las de la contraria.

Las partes tienen un absoluto acceso a las pruebas, a sus fuentes, a conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas, discutirlos, extraer sin limitaciones sus conclusiones y críticas, para las alegaciones y conclusiones oportunas. También significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidos por las partes y estar al libre alcance y acceso de las partes.

k.- Principio de la lealtad o veracidad de la prueba

El principio ha pasado a ser norma de conducta procesal de amplia regulación en su contenido y las sanciones que obligan a las partes a su leal acatamiento, al deber de cooperación y de buena fe en las pruebas –art. 41.4.1 NCPC. Consiste en el deber de ser veraces, de proceder con buena fe, de todos cuantos intervienen en el proceso -jueces, partes, peritos, testigos, etc.-, a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad.

Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaños, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de actividad inquisitiva del juez.

l.- Principio de la pertinencia, idoneidad y utilidad

Cuando examinemos el objeto de la prueba, y los hechos que requieren o no prueba, se estudiará que la pertinencia consiste en la relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, que un medio de prueba tenga vinculación con el objeto, hecho o pretensión que se reclama.

m.- Principio de estrategia probatoria de la parte

Un tema reciente está vinculado con el derecho de la parte en la estrategia de las pruebas, también relacionado con la teoría del caso civil. Se señala que la parte tiene el derecho a trazar un estrategia, leal y cierta del caso, de la prueba y su manejo y que las normas y los juzgadores no deben incurrir en conductas que cercenen o limiten tal derecho de la defensa. Este principio tiene importancia práctica en la aplicación de los límites indebidos en la admisión de la prueba, las limitaciones odiosas en las preguntas de los testigos y declarantes y el ataque de normas que limiten de manera indebida el derecho a la prueba y a la estrategia de la defensa.

5.- MEDIOS DE PRUEBAS. ENUMERACIÓN

El artículo 41.2 NCPC señala “son admisibles como medios de prueba los siguientes: Declaración de parte; declaración de testigos; dictamen de peritos; documentos e informes; reconocimiento judicial; medios científicos y tecnológicos y cualquier otro no prohibido”.

Como es debido se eliminaron, respecto del art. 318 CPCD “las presunciones e indicios”, como dijimos en diversas oportunidades, conforme a la doctrina procesal contemporánea, no son medios de prueba. La mayor parte de la doctrina rechaza por el contrario el carácter de medio de prueba a las presunciones. Esta última es la posición más aceptada y que ha llevado a excluir a las presunciones, de los códigos procesales modernos, como medios de prueba. La presunción es la consecuencia de una operación intelectual del juez, no son medio de prueba, sino formas de razonamiento o prueba en sí misma considerada, son conclusiones a las que llega el juez, para elaborar la sentencia, de allí que resultaba desacertada la regulación en el derogado CPC, como medio de prueba -artículos 414 y en la lista del Art. 318.7 CPCD-, pues como señala el Prof. Antillón no son medios de prueba sino prueba a secas, pues consisten en juicio que, por mandato legal o por inducción lógica o experiencia mundana, permiten al juez corroborar juicios de hecho, principales o secundarios, y ello queda demostrado si observamos que las presunciones y los indicios, como pruebas que son, se construyen usando –verdaderos- medios de prueba, como el documento o el testimonio.

También al excluirse los indicios como medios de prueba en el 41.2 NCPC, al igual que lo han hecho otros ordenamientos con el español, surge la duda si es el indicio un medio de prueba. Como hemos indicado, para un sector minoritario de la doctrina, los indicios no son medio de prueba, sino un objeto o argumento de prueba. Para la mayoría, con Carnelutti a la cabeza, lo consideran como un medio probatorio. Y es que esta aseveración es incuestionable, no tanto por el respaldo legal que tiene, sino por la propia condición del indicio, pues si bien parte de unos hechos, demostrados por otros medios probatorios, sea

testimonio, confesión, documentos, reconocimiento judicial, etc., estos son la fuente de la cual obtiene el juzgador el conocimiento para llegar a establecer el hecho indicado. “El error de la tendencia minoritaria en considerar el hecho en sí mismo, aislado de la inferencia que de él obtiene el juzgador y que constituye su fuerza probatoria”. La Sala Primera, ha tomado posición de la tesis que niega el carácter de medio de prueba.

La segunda gran novedad de la norma es la consagración de un *numerus apertus* y no un *numerus clausus*, como el que contenía el 317 CPCD. En efecto, la fórmula amplia de medio de prueba sumado a la frase 41.2.7 “Cualquier otro no prohibido”.

Habitualmente, en los códigos y leyes procesales, como en el NCPC 41.2, se menciona como medios de prueba a los conocidos desde antiguo como: documentos -o prueba documental-, declaración de parte, testimonio -o prueba testimonial-, pericia -*rectius est*: peritaje o prueba pericial-, informes -o prueba informativa- y reconocimiento -o prueba de inspección-.

6.- MOMENTOS PARA OFRECER PRUEBA

Con el nuevo sistema procesal, los momentos para ofrecer, aportar y ampliar prueba serían:

- a) Antes de la contestación de la demanda –art. 35.6 NCPC-,
- b) Con la demanda o reconvención –arts. 35.6 y 38.1 NCPC-,
- c) Con las contestaciones de demanda o reconvención –arts. 37 y 38.2-,
- d) En las audiencias para combatir las excepciones –previas o de fondo- que no hubiesen sido ofrecida antes –arts. 37.3 in fine-,
- e) En los incidentes que se formulen oralmente –art. 114.1-,
- f) De oficio en primera instancia que proponga el tribunal en audiencia –art. 41.3-;
- g) En la audiencia de prueba, excepcionalmente, si fuera indispensable y dando razones fundadas se podrán ordenar otras pruebas para comprobar o aclarar hechos relevantes, respetando los principios de contradicción y de concentración,
- h) Las que autoricen la sustitución de testigos –art. 43.3-;
- i) En audiencia preliminar para la contestación por el actor o el reconvencor de las excepciones opuestas, el ofrecimiento y la presentación de contraprueba –art. 102.3.4-,
- j) Para alegación de actividad procesal defectuosa no resueltas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones procesales, a resolver en audiencia preliminar –art. 102.3.5.-,
- k) La parte en segunda instancia con “carácter restrictivo y excepcional” –art. 67.2 NCPC-, estrictamente necesaria para resolver los puntos objeto de alzada, “cuando no se

haya podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte. El tribunal solo ordenará prueba de oficio, cuando sea indispensable”,

l) De oficio en segunda instancia para “cuando sea indispensable” –art. 67.2 NCPC-

,

m) En el recurso de casación la parte puede ofrecer, con “carácter restrictivo y excepcional...estrictamente necesaria para resolver los puntos objeto de impugnación, cuando no se haya podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte,

n) De oficio en casación, cuando sea indispensable.

o) Con la demanda de revisión -art. 72.5-.

7.- CARGA DE LA PRUEBA

a.- Concepto

Carga, en su acepción corriente, es asumir la imposición de un peso. Se denomina carga procesal por ser una imposición legal que recae sobre las partes. Por esto, se afirma que la carga es un imperativo. Puede concebirse como aquellos actos que las partes están en libertad de realizar, pero que, si omiten, le traen consecuencias jurídicas adversas. Como una variante o modalidad de la carga procesal, está la carga de la prueba, que Devis define así “noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al tribunal cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte.”.

Para Jairo Parra es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que, además le indica al tribunal cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”, Falcón lo define como “el peso que tienen las partes de activar las fuentes de prueba para demostrar los hechos que fueran afirmados, de manera convincente en el proceso, en virtud de los medios probatorios, y sirve al tribunal en los procesos dispositivos como elemento que sustituye su convicción ante prueba insuficiente, incierta o faltante”.

Solo se corre con la carga de probar, aquellos hechos controvertidos, excluyéndose de esa imposición, como se vio, a hechos admitidos expresamente, a hechos amparados a una presunción, a hechos evidentes y a hechos notorios –Art. 41.1. NCPC -.

b.- Sistemas sobre la carga de la prueba

Se han formulado diversas teorías y con ello desarrollado diversos sistemas de cómo

debe entenderse la carga de la prueba.

c.- Teoría de la naturaleza constitutiva o modificativa del hecho

La primera teoría es denominada de la naturaleza constitutiva, extintiva o modificativa de los hechos. Este sistema no hace la diferencia entre las dos partes, para imponer al actor la carga sobre existencia y en el demandado la extinción, sino que consagra una regla general, lo cual implica que una u otra puedan ser invocadas por cualquiera de las partes y, por ende, sobre quien la propone recae la carga de la prueba para demostrarlo. En su estructura semántica según el 41.1. NCPC –que reproduce el 317 CPCD- y los grados de convicción a los que quiere llegar al tribunal, es normal que quien pretende la declaración o existencia del derecho cargue con la prueba y por eso sea el demandante que invoque la existencia de la obligación, a quién se le impone la carga. También es factible que alegue la extinción, como sucede cuando se impugna el estado civil o pago, caso en el cual le corresponde establecer los supuestos de ésta.

En su concepción clásica, por estar ubicada y referida únicamente la existencia y extinción de las obligaciones, esta teoría se critica porque no pudo abarcar otros derechos que no fueran los obligacionales, ni a los hechos modificativos. Sin embargo, con las enseñanzas de Chiovenda, se logró que el concepto comprendiera, no solo las constitutivas de obligaciones, sino las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho y los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor, según la definición que da el art. 41.1 NCPC “hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor”.

Para la aplicación de lo dispuesto en el art. 41 “quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho” –art. 41.1 NCPC-, o bien “se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor” -41.1.2 NCPC-.

d.- La teoría de la redistribución de la carga de la prueba

En el párrafo 2º de la norma se introduce una novedad, en tanto entiende, que para ambos supuestos “se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido”. Es decir, sin alterar las reglas de la carga de la prueba, si se logra demostrar que una de las partes tiene más facilidad de aportar y demostrar tal o cual hecho, por el principio de cooperación y disponibilidad, será esa parte a quien se cargue con probar tal aspecto. Se trata de una regla de redistribución de la carga de la prueba, más que de la aplicación de la teoría de la carga dinámica, con esto cambiamos la posición anterior.

La segunda teoría impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita. Esta concepción conjuga la posición de las partes frente

a la situación debatida o controvertida en el proceso. Considera que toda norma o precepto positivo tiene dos aspectos: uno de hecho, que constituye la premisa, otro consecuencial, de derecho, que se desprende o fundamenta en aquel. Se toma, entonces, la actitud de la parte frente al derecho que reclama, para cuya procedencia le interesa demostrar los supuestos que lo fundan. Tal criterio, sin embargo, no puede tomarse en una forma absoluta, frente a determinadas situaciones, en las cuales, aun cuando la carga de la prueba gravita sobre una de las partes, esta no se encuentra en condiciones de suministrarla por la dificultad que le presenta.

Para esta posición, señala Rosenberg “la tarea del tribunal, en cada proceso, consiste en la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, se descarta la posibilidad de que el tribunal llegue a un *non liquen* con respecto a la cuestión de derecho, a causa de lo dudoso de la cuestión de hecho. Las reglas de la carga de la prueba dan la contestación a esas preguntas. Ayudan al tribunal a formar un juicio afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no obstante, la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al tribunal acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en un caso en que no puede comprobarse la verdad de un hecho importante”. Goldschmidt dice que “el tribunal no necesita discernir la cuestión acerca de la parte a la cual incumbe la carga de la prueba, hasta el momento de pronunciar la sentencia.” En tanto, Rosenberg concluye que cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos -aun los negativos- de las normas, sin cuya aplicación no puede tener éxito la pretensión procesal.

Las reglas de la carga de la prueba solo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al juzgador cuál debe ser el contenido de la sentencia, cuando ocurre aquella circunstancia y previniendo; por otro lado, a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga”. La carga de la prueba adquiere su mayor relieve en el momento en que el tribunal debe juzgar.

La tercera teoría, introduce el criterio de la redistribución de la carga de la prueba, según la cual el tribunal valorará las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quién se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quién tenía la carga de probar no produjo la prueba. Señala el art. 41.1 NCPC “Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido”.

Por su “movilidad” para adaptarse a casos particulares, a fin de oponerla a una idea estática igual para todos los supuestos, sin atender a las circunstancias especiales es que a esta teoría se le denomina DE redistribución de la prueba, no teoría de la carga dinámica como antes habíamos dicho, pues esta última teoría ha sido duramente criticada y al final tiene más detractores que defensores.

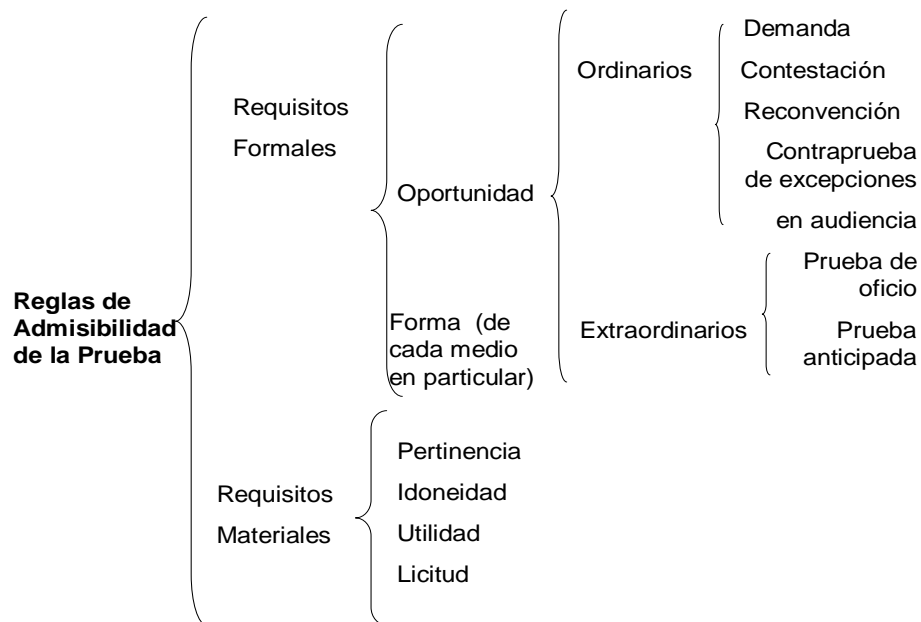
Para Montero Aroca hay que acudir a la facilidad de prueba por una de las partes y, especialmente, a la proximidad de las partes, a las fuentes de prueba, se trata de repartir esta carga de manera que estimule la actividad probatoria de aquella parte a quien las circunstancias del caso, resulte más fácil.

8.- ADMISIBILIDAD Y RECHAZO DE PRUEBA

El examen de admisión o rechazo de prueba la realiza el juez, de acuerdo con los requisitos y reglas que establece el NCPC 41.3. Estos requisitos son formales atendiendo la oportunidad o momento procesal en el cual las partes deben ofrecer la prueba y la forma en que debe ser ofrecido cada medio. Los requisitos materiales o intrínsecos regulan la pertinencia, idoneidad, utilidad e ilicitud de los medios de prueba ofrecidos.

En cuanto a la oportunidad para ofrecerlos, tenemos dos tipos: la prueba ordinaria, que es aquella que se ofrece en los momentos normales que establece el procedimiento -en la demanda, contestación, reconvencción o en la audiencia preliminar o única por el actor para atacar las excepciones del demandado-. De no cumplir este requisito se dice la prueba es extemporánea. La prueba extraordinaria es aquella que se ofrece en momentos de excepción, como lo es la prueba anticipada, la que propone el juez, la que ordena el juez de oficio o la complementaria.

Los sintetizamos así:



Veamos ahora esta admisión conforme a los requisitos materiales.

a.- Prueba admisible

La prueba admisible se refiere a la prueba, que legalmente sea permitida, esto es que no esté prohibida o excluida por determinada condición. La prueba admisible, se refiere al resultado de un juicio hecho por el tribunal, sobre la idoneidad –entendida como aptitud, adecuación, capacidad o convicción- de determinadas pruebas o condiciones, que ha de reunir el medio o la actividad probatoria que se propone, para que pueda penetrar o practicarse y en su caso que lleve a algo y sea idónea para ser considerada demostrativa del hecho que se pretende comprobar, al momento de valorarse.

En este sentido entendemos por admisión el acto procesal por el cual el tribunal accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso. Sin este acto, la prueba presentada o practicada carece de valor legal, y no puede ser tenida en cuenta para la decisión de la causa a que se refiera; de lo contrario, se violarían los principios de lealtad, la contradicción, la publicidad y la formalidad de las pruebas.

El concepto de “admisibilidad” también tiene relación con los criterios de que guarde “relación directa con los hechos” y “conducente” a que se refiere el artículo 41.3 NCPC; esto es, que el tribunal rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una

presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal.

i.- Prueba conducente o útil

Tampoco es admisible la prueba inconducente o inútil, que se entiende aquella prueba que, según las reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Lo de útil tiene que ver con que la prueba sea conducente, provechosa, fructuosa, adecuada, buena, eficaz, apta. Pertinencia y utilidad se suelen confundir. “La pertinencia se refiere principalmente al hecho que se pretende probar con un medio concreto de prueba, la utilidad atiende fundamentalmente al medio en sí mismo considerado, aunque no pueda faltar en ocasiones referencia a la relación entre medio y hecho”.

La prueba no útil –inconducente, inadecuada, no apta- tiene un alcance cualitativo y cuantitativo: **a)** Resulta inconducente aquella prueba por medio de la cual aparece como imposible o irrazonable probar lo que se intenta, **b)** El alcance cuantitativo de la conduencia tiene como base referencial lo que se conoce como “dosis de prueba”, que es la cantidad de prueba suficiente para alcanzar la evidencia o llegar a su punto de saturación.

ii.- Prueba pertinente

El concepto de “impertinencia” del 41.3 NCPC, está relacionado con la aptitud del medio para convencer acerca del contenido de la fuente de prueba, aunque también está ligada a la consideración previa del legislador respecto de la prueba superabundante –excesiva dice hoy la norma- que dicho medio pueda informar al ocasionar un retraso innecesario al proceso. Es aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de debate, acuñada en sentido positivo por el legislador en la frase que “tengan relación directa con los hechos y la pretensión”. Es decir, prueba que no tiene ninguna vinculación con los hechos u objeto de debate concreto, con una relación de medio a fin con el objetivo que se persigue en el proceso concreto.

La impertinencia de la prueba tiene un alcance mayor a aquella prueba que no guarda relación con lo que sea objeto del proceso. En efecto, se le vincula al hecho de que, si con un medio de prueba se pretende demostrar algo que no es relevante, que no ha sido alegado, afirmado, ni introducido en el debate en la fase de alegaciones o que es inconducente con lo debatido, debe ser rechazada por impertinente, lo que es lo mismo decir, irrelevante o incontrovertido; o bien, porque no van a tener ninguna influencia en la decisión -hechos irrelevantes-.

b.- Prueba inadmisibile e innecesaria

i.- Hechos admitidos expresamente

Cuando un hecho, en la fase de alegaciones –demanda, contestación, reconvención o réplica- es admitido expresamente por la contraria, se le releva de prueba e indefectiblemente el tribunal deberá considerarlo como cierto, por ello pierde relevancia una acreditación posterior –art. 41.3 NCPC-.

Cuando se contestan los hechos, como vimos, la parte puede aceptar uno o más hechos, tal “allanamiento” de ese hecho, la ley lo ampara con plena certeza y se pierde todo interés de su acreditamiento posterior. El problema que se plantea es si la parte que admitió ese hecho luego revierte la conclusión, con elementos probatorios contradictorios con tal presunción de certeza. En mi criterio, el hecho debe tenerse como cierto, por así haberlo admitido expresamente la parte a quién perjudica. No trata de una confrontación entre verdad real y formal, sino del resguardo del principio de lealtad procesal y la sanción procesal, expresamente contemplada, que la parte es gravada sin que pueda cambiar ese gravamen.

La presunción de verdad de ese hecho admitido y el relevo de prueba que acuerda la norma al hecho aceptado, opera en beneficio de la parte contraria, quien confiada en su aceptación y la presunción legal abandona, autorizada por ley, la carga de probar lo admitido, por lo que tal hecho debe indefectiblemente tenerse como cierto, por así haberlo confesado el sujeto pasivo que lo admitió.

ii.- Hechos amparados en una presunción

También el numeral 41.3 NCPC releva de prueba a los hechos “amparados a una presunción absoluta”, si ello sucede estará relevado de prueba y sería impertinente su admisión. Toda presunción legal absoluta –no así la relativa- exime a la parte que la alegue, de la obligación de probar el hecho cierto en virtud de tal presunción absoluta. Las presunciones absolutas relevadas de prueba son pues las absolutas o legales, ya que las relativas y las humanas, como se introducen a un análisis más riguroso, la relevación de prueba no es absoluta.

La presunción absoluta que se releva de prueba es aquella que, partiendo de una máxima experiencia integrada en su propia cultura proporciona al tribunal tanto el hecho-base o indicio como la conclusión fáctica. Parece más acertada la afirmación de que las presunciones *iuris et de iure* –absolutas- no admiten prueba en contrario, mientras que las *iuris tantum* invierten la carga de la prueba y autorizan que se pruebe en contra, de allí que se afirme que las primeras son absolutas y las segundas relativas, en tanto son un estado temporal que puede ser revertido.

El fundamento para excluir de prueba y que la ley los ampare con una presunción de certeza a estos hechos, viene justificado por razones que atañen a las dificultades probatorias y el interés público de certeza en mantener la verdad formal y uniformidad de ciertos hechos.

iii.- Hechos evidentes

Conforme al artículo 41.3 CPC, están exentos de prueba los hechos evidentes. Lo evidente es la percepción absoluta clara y manifiesta de una idea o de una cosa, de la que nadie puede dudar racionalmente, lo claro, lo patente, que no ofrece ninguna duda, los que surgen de la mera percepción sensorial. Un hecho es evidente, cuando es clara y lógicamente palpable y concluyente de una verdad generalmente aceptada. Son aquellos que surgen de los principios de la experiencia y de la lógica, no requiriéndose prueba alguna para su comprobación. La actividad intelectual del tribunal suple la posible actividad probatoria de las partes. Nacen de la experiencia misma del tribunal. Que la luz llega antes a nuestros sentidos que el sonido; que se ve mejor de día que de noche; que el automóvil que va a más de 100 km por hora no puede ser detenido en 5 metros, constituyen hechos evidentes exentos de prueba.

Esta prueba es la que los italianos e ingleses denominan prueba *prima facie*, considerando como tal, a aquella que permite extraer la prueba de los principios prácticos de la vida, de lo que generalmente ocurre en el natural desarrollo de las cosas. Dice Couture “suplen la falta de prueba directa de las partes a través del conocimiento personal del tribunal de las cosas y su experiencia de la vida”.

Los hechos tenidos por evidentes caen ante nuevos hechos o nuevas experiencias que los desmienten o contradicen, a través del progreso científico y técnico. Lo que hasta ayer parecía imposible, v.gr., que el hombre viaje a más de veinte mil kilómetros por hora, hoy es una realidad. Que el hombre llegue a Marte; algún día será.

Al igual que los notorios, los hechos evidentes están exentos de prueba, pero se diferencian de los primeros, en que no necesitan ser alegados o afirmados por las partes para ser tenidos en cuenta por el tribunal en su sentencia. Al ser evidente, a los ojos de todos, incluyendo el tribunal, rayaría en lo absurdo y la ilógica, el exigir su demostración, en estos casos la mentalidad del tribunal suple la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de la experiencia misma del tribunal.

iv.- Hechos notorios

El artículo 41.3 también exime y releva de prueba, de manera absoluta al hecho notorio, siguiendo así la doctrina procesal mayoritaria y el derecho comparado. El mejor

concepto de hecho notorio lo dio Calamandrei cuando afirmó que son aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciarse la resolución, o bien aquellos preconstituidos formalmente como verdad y por ello indiscutibles por una colectividad o al menos susceptibles de deparar un cierto grado de certeza, en un tiempo y lugar determinado, fuera del proceso o el conocimiento privado del tribunal. Sin embargo, estos hechos deben ser alegados por la parte que pretende favorecerse y luego la ley los amparó en el grado de certeza, la exención autorizada por ley de prueba no significa que se le exima de alegación.

El concepto de notoriedad es relativo, no pueden darse al respecto reglas precisas, porque tanto puede referirse a un acontecimiento histórico, político o de la naturaleza, pero su característica es el dominio público, es decir, que nadie lo pone en duda, de tal manera que la convicción que de ella surge es tan firme como la que emana de una prueba directa; y por ello, puede el tribunal tenerlo por cierto en el fallo, cuando la parte lo ha invocado como fundamento de su pretensión o defensa. Por ejemplo, es notorio un estado de guerra, el huracán o terremoto que devastó una ciudad, una inundación, una revolución, una huelga, la muerte de una figura pública.

Se han señalado algunos caracteres, del hecho notorio:

a) Necesidad de alegación: los hechos notorios se hallan exentos de prueba, pero no de invocación;

b) Está limitado en el tiempo y en el espacio: lo que hoy es notorio puede dejar de serlo mañana y lo que es notorio en un lugar puede no serlo en otro. Lo notorio no es sinónimo de generalidad. Un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos, o porque algunos simplemente no lo conocen;

c) Lo notorio no es sinónimo de conocimiento absoluto, sino relativo, no deja de serlo porque algunos no recuerden en memoria;

d) Lo notorio no es sinónimo de conocimiento efectivo o real, es decir notoriedad no es tampoco efectivo conocimiento, sino pacífica certidumbre;

e) Tampoco lo notorio puede interpretarse en un sentido tendiente a abarcar el conocimiento por todos los hombres de un mismo país o de un mismo lugar.

El hecho notorio no está exento de prueba por la existencia de esa cualidad, sino porque tal cualidad hace presumir al tribunal *-presunción hominis-* que el hecho existe realmente: que no puede ignorarse lo que todos conocen, de ahí que se exima de prueba.

v.- Pruebas ilegales

Vimos que uno de los pilares en los que se erige el sistema probatorio es el de prueba lícita o pura. No se puede incorporar, entonces, prueba, sobre hechos ilegales o prueba ilícita –art. 41.3 NCPC, 40 CPo-.

La prueba ilícita es la que se obtiene violando normas o reglas esenciales de adquisición de una prueba o violando derechos fundamentales consagrados en la Constitución o instrumentos internacionales. La violación puede ser para lograr la fuente de prueba o el medio probatorio. Pellegrini, dice “por prueba ilícita en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad”.

La prohibición de admitir pruebas ilícitas o ilegales se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad, se puede afirmar que el sistema de libertad probatoria y su libre apreciación opera y debe operar, sobre pruebas obtenidas y aportadas en forma regular y sin violación de los derechos constitucionales, ello explica que el artículo 40 constitucional proscriba “toda declaración obtenida por medio de la violencia será nula” que aplicada al ámbito civil implica el rechazo, desconocimiento, prohibición de admisión y no valoración de cualquier prueba, que aunque prevista como medio, se haya obtenido de manera ilícita, con fuerza física o moral, tortura o agresión, obtención ilícita de documentos sin seguir los cauces legales, sustracción de documentos e información indebida, grabaciones ilegales o no autorizadas.

Por regla general la prueba ilícita no es admitida y si se incorpora al proceso, no puede ser valorada, ni siquiera incorporada como medio de prueba, excepto para criticarlo y excluirlo, se aplica, como se dijo la teoría del árbol enfermo o regla de la exclusión.

El proceso no puede construirse sobre la base de ilícitos, de modo que los medios prohibidos o prueba obtenida ilícitamente nunca pueden ser considerados para la demostración o condena en un laudo.

La prueba ilícita no puede ser aprovechada en el proceso civil, lo que reafirma nuestro estado de derecho y la diferencia con un estado totalitario o anárquico. Aquí están en juego el principio de defensa, lealtad, moralidad del proceso y el sistema de los derechos humanos. La regla de la exclusión de la prueba ilícita erradica del proceso los medios probatorios logrados mediante la inobservancia de las garantías individuales. Consecuencia de ello es que el tribunal, en resguardo del debido proceso y las demás garantías individuales que se vulneren y no podrá basar su fallo en prueba viciada, espuria, debiendo prescindir de ella, en el resto de las pruebas remanentes que no fueren fruto de la ilegitimidad originaria o sean efecto de contaminación por aquella.

Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad, la violación de esos derechos o de la ley y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido. Si el Estado asume estos criterios, el proceso tendría mácula y

autorizaría el “juego sucio” dentro de él, desvirtuando entonces su finalidad, de ser un mecanismo ideado por el hombre para administrar justicia en forma inmaculada. Valorar y apreciar la prueba ilícita en el proceso, es estimular y autorizar su consecución; por el contrario, restarle todo valor es desestimularla. Si el Estado usufructúa para sancionar, una prueba ilícita o para resolver un proceso; por ejemplo, civil, laboral, etc., en nada se diferenciaría de una banda de delincuentes o de quienes usufructúan los productos hurtados, ha dicho el maestro Jairo Parra. El Estado no puede utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden estatal.

La posición anterior, enfocada hacia la criminalidad y seguramente para el proceso penal, es en su totalidad, aplicable, por ejemplo, al proceso civil, cada vez que el Estado a través del órgano judicial inmacula una prueba ilícita o ilegal, así sea en el proceso civil, se deslegitima, pierde credibilidad y cada día le costará más trabajo hacer que se cumplan sus decisiones, porque la ilegitimidad trae desobediencia “justificada”.

En todo proceso judicial debe buscar la verdad, -art. 5.6 NCPC- pero esa búsqueda no es a costa de cualquier cosa y mucho menos cuando interviene el órgano judicial. Los frutos de la violación de los derechos fundamentales o de un delito, no los puede utilizar el Estado, mucho menos los particulares, porque el primero por lo menos podía tener una excusa -que no es válida-, que lo hace para que los delitos no queden impunes, en cambio los segundos -un proceso civil por ejemplo-, son movidos por intereses egoístas y por sobre todo rompiendo el equilibrio que debe reinar en el proceso, premiando ese manejo ilegal, estimando a favor del violador los frutos del delito.

9.- PRÁCTICA DE LA PRUEBA

La práctica de la prueba se regirá por las siguientes disposiciones:

a. Deber de cooperación

De acuerdo con el art. 41.4.1 “es responsabilidad exclusiva de la parte proponente citar y presentar sus fuentes probatorias. Podrá solicitar la cooperación de los tribunales para obtener órdenes, citar testigos y peritos u ordenar su comparecencia por cualquier medio disponible. Las partes y los testigos tienen el deber legal de declarar. Esta obligación se extiende a los funcionarios públicos respecto de los informes y las certificaciones. Los tribunales requerirán su asistencia a las audiencias por cualquier medio, incluso con el auxilio de la Fuerza Pública, si fuera necesario”.

El deber de cooperación, en materia probatoria, entre otros, resurge bajo el prisma de un proceso asimétrico e isonómico. La cooperación parte de la idea que el Estado tiene deber primordial de propiciar condiciones para la organización de una sociedad libre, justa

y solidaria, dado que se encuentra fundado en la dignidad de la persona humana. El egoísmo procesal, propio de una cultura enraizada en el liberalismo jurídico, se transforma así en un deber de cooperación entre las partes, en materia probatoria, permitiendo que una conducta u omisión de la contraria, impida la aspiración de la búsqueda de la verdad y una solución lo más objetiva posible del conflicto.

b.- Deber de veracidad y juramento

El numeral 41.4.2 señala “Toda declaración e informe pericial o de oficina pública deberá expresar la verdad sobre los hechos. En las declaraciones de partes, testigos o peritos se recibirá el juramento por Dios o lo más sagrado de sus creencias, con las advertencias legales de la trascendencia de infringir el deber de veracidad u omitir elementos esenciales. El juramento no será exigido a los menores de doce años”.

No basta con que el testigo, parte o perito comparezcan, pues puede negarse a contestar o contestar con evasivas, ocultando la verdad. Es necesario: **a)** comparecer directamente al Despacho, salvo autorización de que lo haga en otro lugar, **b)** deben prestar juramento previo –deber de decir verdad-, **c)** deben someterse a cualquier otra formalidad prevista en la ley para su interrogatorio, **d)** deben de decir verdad, lo que se consiente con la fórmula del juramento. El deber del testigo, declarante o perito no es solo declarar, sino el declarar la verdad, específicamente la verdad objetiva, tal y como la percibió, específicamente lo que el consideren que es la verdad, pues la exigencia legal apunta no a la verdad ontológicamente considerada sino a la sinceridad del testimonio; **e)** deber de responder al interrogatorio, sin evasivas y en forma clara, precisa y contestar la pregunta que se le formule, **f)** en el caso de testigos y peritos deber de comunicarle al juez todo lo que sabe sobre los hechos objeto del interrogatorio, sin omitir aspectos esenciales de tales hechos y que sean indispensables para determinarlos o para aclarar y precisar el relato –dar razón de su dicho-, tal obligación no es exigible cuando el testigo declara acerca de hechos que ha realizado o en los cuales ha intervenido, pues en tales casos la fuente de conocimiento surge de sus propias respuestas.

c.- Concentración de la prueba

Ya hemos analizado el principio de concentración de la prueba. Según este principio “la prueba se practicará en una sola audiencia. Cuando ello no fuera posible en un solo día, se prorrogará la audiencia en días inmediatos y consecutivos. Se procurará recibir la mayor cantidad de prueba por día, estableciendo cuál habrá de practicarse en cada señalamiento. Las partes podrán disponer el orden de la declaración de sus testigos” –arts. 41.4.3 y 50.1

NCPC-. La violación al principio de concentración de las audiencias puede originar un recurso de casación por forma y nulidad en apelación.

d.- Orden en la práctica de las pruebas

El CPCD no contenía ninguna regla sobre el orden de evacuación de las pruebas. Hoy la norma señala “las pruebas se practicarán respetando el siguiente orden: reconocimiento judicial, declaración de partes, declaración de peritos e interrogatorio de testigos. A solicitud de las partes o de oficio, por causa justificada, se podrá alterar el orden indicado” –art. 41.4.4 NCPC-. No queda ya a discreción del juez, lo que antes provocaba que indebidamente se señalara primero confesional –hoy declaración de parte-, alterando incluso el orden lógico de admisión de un hecho. El juez en ese supuesto debe dar justificaciones para alterar el orden.

Es conveniente que si hay declaración de parte se evacúe de primero, por varias razones: **a)** para tratar de ver si hay conciliación entre las partes, **b)** para que la declaración de parte sea espontánea y no la rinda después de que haya oído la declaración de todos los testigos y haya descubierto el interrogatorio y la estrategia de la parte contraria, con lo cual su declaración sería preconstruida por el abogado, **c)** porque la declaración de un hecho o su admisión convierte al hecho en incontrovertido o admitido, lo que se releva de prueba posterior. Si hay testigos de ambas partes, no resuelve el Código cuales se evacúan de primero. Lo conveniente es que empiece con los del actor quien es quien primero pretendió, primero con el reconocimiento, luego con el interrogatorio al demandado, luego el del actor, examen pericial oral, finalmente los testigos del actor y luego los del demandado. Si son muchos testigos puede alternarse, empezando siempre con los del actor.

Hay que recordar que conforme al numeral 41.4.3 “se procurará recibir la mayor cantidad de prueba por día, estableciendo cuál habrá de practicarse en cada señalamiento. Las partes podrán disponer el orden de la declaración de sus testigos. En cuanto a la prueba pericial hay una excepción y es que el informe escrito debe estar presentado con al menos 5 días de antelación al de audiencia de pruebas. Por eso es conveniente, como se está haciendo en materia contenciosa, nombrar el perito antes de la audiencia del juicio oral y esperar rinda su informa para señalar fecha para dicha audiencia.

e.- Práctica de prueba en el lugar de los hechos

Consecuente con el principio de inmediación –arts. 2.7; 9.2; 41.4.6; 59 y 60-, el art. 41.4.6 establece “la prueba se practicará en el lugar de los hechos, sin sujeción a las limitaciones de competencia territorial, cuando sea necesario para la vigencia del principio de inmediación, según la naturaleza de lo debatido y cuando el tribunal lo estime conveniente”. Si se trasgrede esta regla la prueba será nula y con ello se vulneraría el principio de inmediación y de identidad física del juzgador.

f.- Declaración domiciliaria

Dice el 41.4.7 que “cuando por enfermedad o por otras circunstancias especialmente justificadas quien deba declarar no pueda comparecer a la sede del tribunal, a solicitud de parte se podrá disponer que preste declaración en su domicilio o en el lugar en que se encuentre. Al efecto, podrá utilizarse el sistema de videoconferencia”.

Se trata de supuestos muy específicos, de “enfermedad” o por “circunstancias justificadas”. Enfermedad debemos entender aquella que realmente postre en cama al declarante y que le impida salir, movilizarse o por estar hospitalizado. Por justificadas debemos entender aquellas razonadas y demostradas que evidencien fuera de toda duda aquella imposibilidad de asistir, esto porque rompe el principio de inmediación y concentración.

La siguiente frase, que fue agregada por la Comisión de Jueces, “Si, atendidas las circunstancias, el tribunal considera prudente no permitir a las partes y a sus abogados que concurren a la declaración domiciliaria, se pondrán a conocimiento de las partes las respuestas obtenidas, para que soliciten las aclaraciones o adiciones que estimen necesarias”, me parece inconstitucional, así como ha quedado redactada. Salvo que se trate de un caso de protección de pudor o que la enfermedad impida a la persona contacto con otras personas, no se puede sacrificar el derecho a prueba, de interrogar y contrainterrogar –es el *cross examination* o *re-examination* inglés-, bajo la circunstancia de que una persona por enfermedad o por otras circunstancias no puede acudir al tribunal.

No habría inconveniente para aplicar esta regla, en los supuestos de detención carcelaria del declarante o bien que a ese sujeto se le reciba declaración mediante videoconferencia.

g.- Nombramiento de intérpretes y traductores

Cuando medien limitaciones físicas o idiomáticas, la parte oferente deberá solicitar el nombramiento de intérpretes o traductores al momento de ofrecer la prueba. Salvo disposición en contrario, el proponente deberá cubrir los honorarios.

h.- Inevacuabilidad

Ya analizamos el momento para ofrecer prueba y la consecuencia de que si no se practica por culpa de la parte proponente se tendrá por inevacuable, sin necesidad de resolución expresa.

10.- FORMA DEL INTERROGATORIO EN UN SISTEMA POR AUDIENCIAS

Ya hemos explicado el cambio del sistema en oral y la forma de hacer el interrogatorio en un proceso regido por audiencias orales. Por ahora mencionamos algunas reglas específicas que varían sobre la forma de interrogatorio, respecto del Código derogado.

a.- El interrogatorio será oral

Ya hemos explicado como son los interrogatorios en un sistema oral. La primera regla que debe seguirse, en la evacuación de la prueba es que ésta debe hacerse de manera oral. La forma oral significa, como se verá, que los testigos declaran a viva a voz, sin transcripción de su declaración, sino simplemente los jueces oyendo y grabando tal declaración. Ya no se transcriben en actas, se guardan en sistemas de grabación de audio y video. No es necesario el interrogatorio escrito.

b- El interrogatorio será directo

La parte formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal. De manera que el tribunal ya no “autoriza” las preguntas, ni deben ser aprobadas previamente. Se forma una especie de diálogo entre el interrogador y el declarante –sea testigo, parte o perito-. El juez conserva la facultad de controlar el interrogatorio, para el rechazo de preguntas inadmisibles, según se verá.

El arte de interrogar es esencia, el alma, el espíritu y la substancia del abogado litigante, sea en arbitraje, civil, contencioso, penal u otras ramas. El abogado litigante que no sabe interrogar es como el cirujano que no tiene buena mano para operar.

c.- Las preguntas deberán ser serán claras y precisas

Esto es, para el interrogado deben ser comprensibles, entendibles y determinarse en forma exacta y concisa. Sucede también cuando el abogado utiliza un lenguaje especial o confunde al testigo, perito o declarante con interrogantes mal planteadas o va generando conclusiones que lo desorientan, cuando lo que corresponde es que introduzca primero la información clara y detallada en el juicio.

d.- No puede ser preguntas complejas o con más de un hecho

Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho -41.4.5 NCPC-, las preguntas que contengan varios hechos deberán ser divididas por la parte o el tribunal. En su acepción semántica la palabra “puro” puede significar “no mezclado con otra cosa, no viciado, transparente, diáfano, solo, no acompañado de otra cosa” y la palabra “simple” significa “sin composición, sin mezcla”.

e.- No permite preguntas de valoración, salvo para expertos

El testigo ni el declarante son peritos y por eso no puede formularse, ni le está permitido declarar sobre apreciaciones personales del hecho que declara, esto es, se prohíbe al testigo o declarante, dar conclusiones, valoraciones sobre la calificación de la naturaleza, contenido o resultado del hecho que declara. Valorar, calificar u opinar es dar el parecer, la conclusión, dar razones o conjeturar sobre el hecho o su resultado. Nuevamente: el testigo debe limitarse a narrar o describir el hecho puro y simple, no a conjeturar ni a dar su propia opinión sobre lo sucedido.

El testigo o declarante debe limitarse a narrar el hecho tal y como lo percibió o se enteró, sin poder agregar adjetivos o complementos circunstanciales subjetivos. La norma establece esta prohibición de que el testigo común deba contestar preguntas de apreciación –de cualquier tipo, incluyendo técnicas- con lo cual tiende a que se desnaturalice el carácter de la prueba testimonial, convirtiéndosela, eventualmente, en una prueba pericial.

El testigo común, no obstante, puede definir erróneamente el hecho que quiere representar, en cuyo caso el tribunal debe separarlo del juicio jurídico emitido por aquél y rectificar su definición. En numerosas ocasiones los testigos hacen referencia a la celebración de un contrato, y que este se trató de un arrendamiento, una opción de venta o una compraventa, o a que una persona es dueña o poseedora de una cosa, en cuyo caso están definiendo los hechos observados o conocidos por ellos. A un testigo y un perito especializado en alguna materia, llamado como tal a declarar, sí se le pueda formular preguntas de índole técnica sobre hechos controvertidos y pertinentes en los que haya participado o tenido conocimiento. Sobre el tema volveremos a analizar al estudiar ambos medios de prueba.

f.- Las que no guarden relación con los hechos o la pretensión

Son las impertinentes, ya analizamos su improcedencia al estudiar este concepto.

g.- La que se refiere a hechos evidentes y notorios

Es el mismo concepto de hecho evidente y notorio que recién analizamos.

h.- La de hechos admitidos

Al ser admitido un hecho, deja de ser controvertido y es por eso por lo que el 41.3 manda a rechazar prueba y ahora interrogatorios “que se refiera a hechos admitidos expresamente”

i.- Los que la pregunta sea sugestiva o insinuada

Esta regla está contenida en el 41.4 NCPC, que prohíbe a la parte o su defensor “insinuar la respuesta al testigo”. Sugestivo proviene del latín “*suggestus*”, acción de

sugerir, que significa hacer entrar en el ánimo de alguno, una idea o especie, insinuándole, inspirándole o haciéndole caer en ella. En otras palabras, la pregunta sugestiva es lo contrario de la pregunta neutral que permite cualquier respuesta, por cuanto aquella conduce al deponente a dar una respuesta que es buscada por quien interroga o pregunta.

Una de las formas de insinuar la respuesta es mediante preguntas sugestivas “diga que es cierto que usted vio el accidente”, en vez de “que vio usted el día tal”. No está entonces, permitido insinuar o guiar la respuesta del testigo con una pregunta sugestiva. Ese es el principio general, pero pronto se advierte que es difícil precisar en abstracto el grado de sugestión de un interrogatorio, es necesario vincularlo a cada caso concreto, a fin de determinar si el testigo ha contestado libremente o ha sido influenciado por las preguntas que se le formularon, así, por ejemplo, no serán sugestivas las preguntas que solo describen el hecho a que ha de referirse la contestación, sin sugerir la respuesta.

j.- Preguntas ofensivas, vejatorias o capciosas

El testigo no es un enemigo, es un colaborador del tribunal, por eso no está declarando para ofenderlo. Estas se refieren a preguntas que afectan el decoro, la dignidad del interrogado o su honra. Esta prohibición se justifica en virtud del mínimo respeto que se merece quien es citado a declarar y por el respeto y buena fe con que deben conducirse las partes en el proceso –arts. 2.3 y 4.2 que ordena “las partes y los intervinientes deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la lealtad, a la probidad, al uso racional del sistema procesal, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento”.

Las preguntas no pueden ir dirigidas al impresionar o presionar al testigo u ofenderlo, no se trata de un ataque personal o tratar de desacreditar con ofensas personales al testigo.

k.- Las de interrogatorio previo y escrito

No se permite el interrogatorio previo o escrito al testigo o declarantes, si así se presenta o formula, deberá rechazarse y será absolutamente nula porque esa técnica preparará y aleccionará al testigo, es una prueba espuria. Uno de los pecados capitales del proceso oral es exigir y permitir que los interrogatorios se lleven de manera escrita, es más que el abogado lleve y formule las preguntas haciendo uso de un interrogatorio escrito. Diferente es que lleve una guía, la que podrá consultar, para llevar una línea de interrogatorio.

El interrogatorio y la declaración son orales, sin predeterminación de contenido o sin guiar al testigo mediante un interrogatorio escrito del que conoce las preguntas y se alecciona las respuestas. Se exceptúa de esta regla el caso de la declaración de parte, que

cuando no comparece se puede presentar el interrogatorio escrito, según se verá.

l.- Preguntas asertivas para testigos

Fórmula antigua utilizada para la confesión de parte “diga que es cierto”. La pregunta contiene la respuesta o al menos guía al testigo con descripción amplia, completa y circunstanciada del hecho que se intenta probar. El testigo debe declarar sobre hechos puros y simples, su declaración es original, propia, espontánea, no por interlocutor –su abogado que quiere en la pregunta “montarle” la respuesta. Por eso, la pregunta al testigo debe formularse en forma interrogativa o indagatoria de forma tal que de su contenido no pueda inferirse la contestación. Aquella es una forma indirecta de insinuar al testigo la respuesta que queremos y por eso está prohibida.

La pregunta asertiva o “sugestiva” carece de toda validez, ya que, en este tipo de preguntas, el testigo se limita a contestar “es cierto” a lo que se le pregunta, sin que su respuesta tenga la descripción clara, completa y circunstanciada del hecho que se pretende acreditar, es decir esta prohibición se justifica en el hecho de que tales preguntas no dejan al testigo otra posibilidad que la de contestar “es cierto” o “no es cierto”. En virtud de esta prohibición, el ordenamiento procesal no permite las preguntas concebidas en términos afirmativos, asertivos o que sugieran la respuesta. Al no permitirse la pregunta asertiva o sugestiva al testigo, las preguntas entonces deberán formularse de manera interrogativa, neutral o indagativa, es decir, de modo que su contenido no sugiera la respuesta.

Se exige que el testigo relate un hecho que ha observado por sí mismo, o del cual tenga conocimiento por referencias. Por eso su declaración es espontánea de los hechos puros y simples por los que fue ofrecido.

En estos casos, no hay, en sentido estricto, una declaración, sino un monólogo donde las preguntas se convierten falazmente en las respuestas, sugieren la respuesta, o monta la tarima de la verdad del preguntante y por ello se pierde toda originalidad y espontaneidad de la prueba, lo que desvirtúa la originalidad y finalidad del medio probatorio. Están prohibidas en el testimonio, porque guían la respuesta.

La declaración del testigo es espontánea, no es mecánica o ayudada por la voz “divina” del abogado que lo interroga, eso es aleccionar al testigo y preparar el interrogatorio, perdiendo espontaneidad y originalidad. El testigo no es la voz de quién interroga, ni un títere del abogado. De su voz solo puede dimanar la declaración espontánea de su saber de los hechos y no puede constituirse en la extensión sonora de quién le pregunta, pues de lo contrario su declaración se convertiría en una farsa de testimonio, que se reduciría a transmitir y contestar lo que su parte o su abogado le pregunte.

m.- Preguntas sobre las cuales no fue ofrecido

El art. 35.1.6 NCPC señala “Si se propusiera prueba testimonial, se deberá indicar, sin interrogatorio formal, los hechos sobre los cuales declarará el testigo”. Como la parte que ofreció al testigo preparó su estrategia y contraprueba, a esos aspectos, que la parte limitó al ofrecer el testigo, es que deberá formularse el interrogatorio y ceñirse la declaración del testigo. No es permitido salirse del camino trazado en la ley y el ofrecimiento, con perjuicio al derecho de defensa de la contraparte. Es por esa razón que el numeral 41.3 NCPC señala que las preguntas serán admisibles siempre “que tengan relación directa con los hechos” y precisamente no es objeto de prueba, los aspectos sobre los cuales no fue ofrecido el testigo o perito.

n.- Preguntas a menores de edad, cuando no se vean afectados

Se podrá autorizar el interrogatorio directo de personas menores de edad, cuando el tribunal estime que por su grado de madurez no se verán afectadas. En caso contrario, corresponde al tribunal hacer el interrogatorio.

A diferencia de otros ordenamientos, el CPCD no consagraba ninguna prohibición, para que los menores de edad, incluso los niños, puedan declarar como testigo. La doctrina sí señala que los menores e incapaces, a quienes no se les puede hacer imputación penal de su declaración –por eso se denomina entrevista- y por ello no tienen consecuencias penales por el testimonio que rindan, no deben ser juramentados, aunque si advertidos del deber general de decir verdad en su declaración. Por otra parte, la omisión por error, del juramento no invalida la prueba, se trata de una nulidad relativa que se subsana por la falta de protesta y no ataca la declaración en sí.

11.- OPOSICIÓN A LAS PREGUNTAS EN LOS INTERROGATORIOS

a.- Técnica y procedimiento de oposición en la oralidad

Dice la norma “Cuando surja controversia sobre la forma y el contenido de alguna pregunta, en el mismo acto se discutirá el asunto sucintamente, sin sugerir o insinuar respuestas, sin necesidad de suspender el acto o retirar al declarante de la sala, salvo en casos muy calificados”.

En sistemas orales de interrogatorios, en caso de oposición o cuestionamiento del declarante, ya no es necesario sacar al declarante –testigo, interrogado o perito- de la audiencia. Esa figura, es un resabio del proceso de la edad media que desconfiaba primero de los abogados y con esta técnica se pretendía que los abogados no insinuaran indirectamente lo que querían lograr del declarante, con tal o cual oposición.

La parte o mejor el abogado podrá oponerse a las preguntas formuladas por la parte contraria. La oposición será de forma concreta indicando la razón de la oposición. El

abogado, en este sistema, debe estar concentrado en la audiencia, pues al ser el interrogatorio directo, la oposición es instantánea, a la velocidad del pensamiento, pues el silencio de uno o dos segundos, significa “no me opongo” e invita al declarante a contestar la pregunta formulada.

En cuanto a la técnica de oposición, también cambia, pues la oposición debe ser concreta, razonada, dando razones jurídicas, sin entrar al fondo, del porqué la pregunta es improcedente –por impertinente, ilegal, inadmisibile, no guarda relación con el objeto del proceso, etc.-. El tribunal o presidente decidirán en el acto, sin necesidad de retirar al testigo, perito o declarante. Contra lo resuelto, el perjudicado podrá interponer recurso de revocatoria. El tribunal oyendo a la parte contraria decidirá de inmediato.

Uno de los principales derechos profesionales del abogado es participar en la audiencia de la prueba testimonial, pericial oral y declaración de partes, es la posibilidad de oponerse a las preguntas y repreguntas formuladas, en los casos de impertinencia o desvío del interrogatorio al testigo o perito. Los casos de oposición pueden estar referidos, entre otros: **a)** que la pregunta es capciosa, **b)** ser asertiva, **c)** cuando guíe e insinúe la respuesta, **d)** la pregunta no es clara, **e)** la pregunta comprende varios hechos –no es concisa-, **f)** la pregunta es internamente contradictoria, **g)** la pregunta no es precisa, **h)** la pregunta no es comprensible o entendible, **i)** la pregunta exige un juicio de valor o de apreciación, **j)** la pregunta se refiere o induce a la respuesta de opinión –y no se trata de peritos o testigos expertos-, **k)** la pregunta sea vejatoria u ofensiva, **l)** la pregunta es impertinente, porque no guarda relación con el objeto del debate, **m)** la pregunta es inútil e inconducente, pues no afecta el resultado del proceso **n)** la pregunta compromete penalmente al testigo o sus parientes, **o)** la pregunta se refiere a un hecho o tema para el que no fue ofrecido el testigo o no es objeto de pericia.

b.- La no interrupción del declarante

Una importante regla de este nuevo sistema oral de las pruebas es que las partes no podrán interrumpir la declaración del deponente. Al que interrumpiere de manera injustificada, insinuare respuestas con palabras o gestos; y en general, será amonestado verbalmente y si insistiere será expulsado de la audiencia. Parte de esta regla, al no sacar al declarante de la sala, la oposición debe hacerse “sin sugerir o insinuar respuestas, sin necesidad de suspender el acto o retirar al declarante de la sala”, dice la norma.

c.- Las declaraciones ya no son de espalda

Otro paradigma que cae en el sistema de interrogatorios orales, en un proceso por audiencias, es el mito de que las declarantes deben dar la espalda a los abogados, forma de declarar que aun contienen nuestros sistemas procesales, a excepción del penal y contencioso. Esta forma de declarar, de espaldas a las partes y los abogados es una vieja influencia de la iglesia, en la edad media, pues de no hacerlo así se corría el peligro de contaminar al testigo o declarante, manteniendo esa tradición el CPCD y las normativas que se suplen de él, por ello el testigo o confesante, declaraban de frente al tribunal, sin ver a las partes o sus abogados. En cambio, en el sistema oral, o el testigo o declarante debe declarar de frente o al lado de las partes y sus abogados.

En el sistema anglosajón y como vemos en las películas, las declarantes son situados al lado del tribunal, pero de frente a las partes y sus abogados, es decir le dan la cara a las partes y sus abogados. Eso se justifica, pues al haberse desarrollado toda una ciencia del comportamiento de los sujetos declarantes, apoyados por la psicología y las conductas de comportamiento, parece obvio que esa labor de examinar esas conductas, se le encargue al abogado que en su turno está interrogando.

Nuestros países y sistemas, han optado por un sistema intermedio: no de espalda o al costado del juez como en norteamericana o los sistemas de common law, ni de espaldas a las partes, como los procesos de influencia española, ahora los declarantes se sientan frente al juez y las partes a ambos lados del declarantes, un especie de "E", esto permite al tribunal controlar al declarante, ver sus gestos, oír mejor sus respuesta, y a las partes, les permite un mejor contacto para lograr el interrogatorio directo que señala la norma.

12.- EL EXAMEN DE NOTAS Y APUNTES DEL DECLARANTE. EXCEPCIONES

El declarante no podrá leer notas ni apuntes, excepto que se autorice cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas, datos de difícil precisión o en los demás casos que se consideren justificados. El principio es que no se permitirá al declarante –testigo, perito o de parte- valerse de ningún borrador de respuestas. Ello excluye la posibilidad de que la declaración se rinda con base en un borrador pre-elaborado o que el declarante se valga de un texto, pues el declarante debe declarar "por sí mismo y de palabra". Cuando, a criterio del juez, sea necesario para auxiliar la memoria, le permitirá que en el acto consulte simples notas o apuntes.

Si hecha al declarante una pregunta, expusiere que para contestar necesita examinar libros, documentos o papeles, si fuera previsible su consulta en la audiencia, deberá llevarlos el día de su declaración y solo en casos excepcionales esta se suspenderá, si no los tiene consigo. Queda al arbitrio del juez la decisión y por supuesto de la parte que formula la pregunta, pues si la reformula o retira la pregunta o exhibición ya no será necesaria. En

este evento la declaración continúa sobre el resto de las preguntas y queda pendiente tanto la suspendida como las que dependan de ella.

Esta regla tampoco no se aplica cuando se trata de examen del perito o informes de instituciones, que para la audiencia debieron rendir su informe escrito, que puede ser mostrado y aclarado por él, pues para eso se hizo escrito o incluso para aclarar o ampliar en audiencia algún dato específico de su informe escrito.

13.- PRINCIPIO DE INCOMUNICABILIDAD DE DECLARANTES

a.- El principio general para cualquier declarante

Si deben declarar dos o más personas sobre los mismos hechos, se tomarán las medidas necesarias para evitar la comunicación entre ellas, durante el transcurso de la audiencia. Con este principio lo que se resguarda es la espontaneidad y la pureza de la declaración –sea testimonial, declaración de parte o pericial-, evitando su contaminación a través de la comunicación de los declarantes y que tiende a evitar que entre ellos se pongan de acuerdo para contestar de tal o cual forma y así evitar contradicciones u ocultar la verdad.

Como no se sabe cuál es el contenido del interrogatorio, porque generalmente es verbal, en todo caso que dos o más declarantes estén en una misma posición –actores o demandados- se debe dar aplicación a la norma.

b.- El supuesto en la declaración de parte

En virtud de esta norma y principio es deber del juzgador, en estos casos, hacer el señalamiento para absolver la declaración de parte en una sola audiencia y no diferirlo para dos audiencias o días distintos, pues sería una forma fácil de burlar la prohibición y tornar letra muerta el fin que persigue la norma.

En el caso de la declaración de parte, la norma se aplica cuando sean dos declarantes de parte que declararán “sobre los mismos hechos” o bien cuando se trate de co-litigantes que defienden una misma postura, no se aplica entonces a quienes estén en diversa posición procesal –actor vs. demandado-.

14.- PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL EXTRANJERO

La práctica de prueba en el extranjero o en lugares distantes de la sede del tribunal se podrá hacer por medios tecnológicos que garanticen la inmediación. Solo en casos excepcionales, atendiendo a la importancia de la prueba y a la dificultad de practicarla directamente o por medios tecnológicos, se podrán remitir exhortos para la práctica de prueba en el extranjero. Cuando por medios electrónicos o de nuevas tecnologías se

recibiera declaración de parte, testimonial o pericial, en que la fuente de prueba se encontrara en el extranjero, se aplicarán las formalidades establecidas en este Código y la prueba se tendrá como recibida en el territorio nacional para todos sus efectos.

Ya hemos señalado, que conforme a los arts. 2.7 y 24.4 que se trata de una modalidad de intermediación, pues si bien todas las audiencias serán realizadas por el tribunal que conoce del proceso, la utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso no implica ruptura del principio de intermediación –art. 2.7 NCPC-, ya que los tribunales, las partes y demás intervinientes en el proceso podrán utilizar los medios tecnológicos autorizados para la realización de cualquier acto procesal, aun para la recepción de prueba –art. 24.4 NCPC-, se trata de lo que hemos llamado la moderna intermediación tecnológica.

15.- EL USO DE TECNOLOGÍA EN LAS AUDIENCIAS DE PRUEBA

El que sea “directa” y con “intermediación”, no obsta para que también se haga mediante videoconferencia o cualquier otro sistema telemático. Las tecnologías de transmisión de datos permiten la aplicación de este servicio al proceso, tanto para la fase de intervención de las partes a través de sus alegaciones, práctica de determinados medios de prueba, como la testifical, pericial e incluso el reconocimiento judicial. Por lo que a los principios de contradicción, oralidad e intermediación se refiere, en nada quedan contradichos.

No se trata simplemente de grabar las pruebas o audiencias, se trata, además, de que el tribunal dirija la evacuación de forma oral, que elimine fases o actas escritas que obstaculicen su contacto con las partes y el material probatorio o que impidan su concentración en las declaraciones.

El CPCD tenía un sistema de verbalizado, pues pese a que la prueba confesional y testimonial se practicaran oralmente, su documentación siempre era por escrito. Daba prioridad a lo que se consignaba en un acta lacónica, por lo que estaba más cerca de un sistema escrito puro que a uno oral. El NCPC 41 rompe con esta camisa de fuerza e implementa con medios tecnológicos la verdadera oralidad, con intermediación garantizada en todas las instancias. Veamos:

SISTEMAS DE AUDIENCIA DE PRUEBA

SISTEMA	Producción de la Prueba	Documentación
Escrito	Por escrito	En acta precisa
Verbal	De viva voz y escrito	En acta lacónica
Oral	De viva voz	Filmación acto

La Oralidad en el NCPC pondera el ACTO
La Escritura y la Verbalidad ponderan el ACTA
El CPCD, apenas, tendía a la VERBALIDAD

16.- TRASLADO E INCORPORACIÓN DE PRUEBAS

a.- Concepto y ámbito de aplicación

Regulado por primera vez de manera expresa, aunque admitido desde hace mucho por la jurisprudencia de casación, la norma permite la prueba trasladada “practicadas válidamente en otro o en el mismo proceso y en procedimientos administrativos, conservando su naturaleza, cuando no sea posible o se considere innecesario repetir las, siempre que se haya garantizado o garantice la participación a las partes...” -art. 41.4.9 NCPC-.

La figura de la prueba trasladada es entendida como aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada con copia auténtica o mediante el desglose del original si la ley lo permite o mediante incorporación por simple lectura. Devis la admite cuando se trata de procesos: **a)** entre las mismas partes o entre partes total o parcialmente distintas, **b)** anulados, **c)** acumulados, **d)** de otra jurisdicción, **e)** caduco -caducidad de la instancia-, **g)** terminado por desistimiento, transacción o arbitraje, **h)** en el extranjero.

b.- ¿Ruptura del principio de inmediación?

La prueba trasladada no se rompe con el principio de la inmediación y de la naturaleza procesal de la prueba, por cuanto ésta se evacuó por otro o el mismo juez, dentro de un proceso jurisdiccional, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de participar en aquella primera prueba. Razones de celeridad, repetición innecesaria, peligro de contradicción entre declaraciones, informes o peritajes, aconsejan su admisión, en esas condiciones. Es por esa razón que la norma señala “En la audiencia se dejará constancia de la incorporación y es potestativa su lectura o reproducción”.

La prueba trasladada debe además ser evacuada respetando las reglas procesales del proceso en que se pretende reconocer, es decir, con todas las formalidades y que además se cumplan las exigencias mínimas de legalidad en su evacuación, por esa razón no se ha reconocido como prueba testimonial, la declaración rendida por un imputado en un proceso penal que luego es demandado en sede civil, ni la declaración rendida como actor civil y ofendido en el proceso penal.

Otras precisiones de la norma:

a) La norma ha ampliado su ámbito de aplicación cuando la prueba se evacúo en un procedimiento administrativo;

b) La norma dice que esa prueba se admitirá “conservando su naturaleza”, quiere decir que la prueba trasladada conserva la naturaleza de la prueba originaria -testimonial o interrogatorio- no se convierte en documental, por estar resguardada o impresa en un medio de reproducción,

c) Dice la norma “cuando no sea posible o se considere innecesario repetirlas”, eso sería decisión del que la ofrece trasladar, de manera que si él o la contraria consideran necesario ampliar o no se muestran satisfechos con su contenido o pretenden extender el interrogatorio, podrá permitirse se vuelva a evacuar,

d) Finalmente, dice la norma “siempre que se haya garantizado o garantice la participación a las partes...”, se refiere a la evacuación inicial de la prueba a trasladar, no obstante el que debió participar es el sujeto contra el que se pretende el traslado de una prueba, no el que se pretende beneficiar, pues puede que quien ofrece trasladar la prueba no haya sido parte en el primer proceso, pero si la contraparte, pero que sí le sea útil esa prueba evacuada en otro proceso, póngase a pensar una prueba pericial que determinó el origen del accidente -aéreo o terrestre- y que un sucesivo demandante, que no fue parte en el primer proceso, se quiera aprovechar de ese informe, lo cual sería válido aunque este nuevo demandante no haya sido parte en el primer proceso.

17.- APRECIACIÓN O VALORACIÓN DE LA PRUEBA

a.- Los sistemas históricos de valoración probatoria

Históricamente y aun en la actualidad, se ha reconocido varios sistemas de valoración de la prueba, por parte del juez.

i.- El sistema de la prueba tasada

Este sistema, denominado indistintamente como legal o tasado, consiste en una valoración previa fijada, como una balanza, por el legislador, que impone un criterio matemático a cada prueba. El juez se convierte en un autómatas del peso de cada prueba y del valor que le atribuye la ley, una suma de elementos, según el valor que el legislador le

ordene. Aquí, por orden de fuerza y peso, el juez debía considerar probado o no un hecho, con cierta escala o valor previo asignado. Este sistema proviene de la influencia del proceso germánico, de donde pasó al proceso común, su concepción era básicamente mítica, mágica y luego se concibió en su aspecto religioso. Este régimen de prueba tasada, de valor superior de algunos medios de prueba, resabio del sistema escrito y la prueba fijada, tal es el caso del valor de plena prueba que se puede atribuir a la declaración de parte y a los documentos públicos.

ii.- El sistema de la íntima convicción

Denominada indistintamente como no tasada, prueba libre, libertad de apreciación, apreciación arbitraria, apreciación en conciencia, íntima convicción o libre convicción. Su aplicación se identifica con los tribunales de jurado, de conciencia o de equidad, de allí su eliminación y su inconstitucionalidad declarada en el país, para los procesos agrarios –Art. 54 LJA- y laboral –Art. 493 CTr, antes de su reforma-.

Es sus inicios fue una reacción a la prueba objetiva, de plena certeza, para darle mayor libertad a los jurados que, siendo legos, se les dificultaba la aplicación “matemática” de la prueba. Este sistema seguía un razonamiento sin ataduras, con plena libertad del juez, sin considerar ni explicar científicamente como había arribado a tal o cual conclusión el juzgador en el examen de la prueba y el presupuesto fáctico de la norma. Como señala Couture el juez adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. Este sistema, terminó por imponerse en todos los ámbitos –no solo de los jurados para el que fue concebido inicialmente- y llevó a la discrecionalidad, arbitrariedad, irresponsabilidad y la falta de motivación de los fallos, por lo que rápidamente fue superado.

iii.- El sistema de la apreciación razonada

Ninguno de los sistemas extremos era posible que subsistieran, por eso luego derivó en un sistema de apreciación razonada o apreciación racional, donde ya la prueba no tenía un valor superior ni el juez era un tirano en el manejo de la prueba. Una derivación del anterior originó un sistema impuro donde el juez no tenía plena libertad, sino que su libertad estaba condicionada a una explicación racional del fundamento de sus pruebas.

En los sistemas orales y si se quiere superar el dogma del sistema escrito y el valor superior de ciertas pruebas, es el mejor sistema de valoración, donde ninguna prueba tiene pleno valor ni el juez, bajo pretexto de su poder, puede libremente y sin barreras valorar

las pruebas, debe acudir a reglas de la ciencia, la lógica, el sentido común y la sicología. Es el sistema seguido en materia agraria y laboral, luego de interpretación y declaración de inconstitucionalidad a las frases “valoración en conciencia” que establecían los –Art. 54 LJA y Art. 493 CTr.

La respetada doctrina mayoritaria que sostiene la preeminencia de este sistema, crítica el de la sana crítica y apoyan la distinción en dos únicos sistemas: la prueba tasada y la libre convicción.

Así, aunque el legislador no impone el resultado de la apreciación, sí le impone el camino, el medio concreto, el método de valoración y este no es otro que el de la razón y la lógica, como elementos de todo juicio. Son, por lo tanto, criterios lógicos los que sirven al juez para emitir juicios de valor en torno a la prueba, pero también, referidos a reglas de la experiencia común o de una rama especializada del conocimiento -como pueden ser la psicología, la lógica o la física- que aplican el órgano jurisdiccional, incluso sin darse cuenta y aunque hagan referencia a una materia que él no conozca específicamente.

Se considera que el principio de libre apreciación integra una estructura procesal fundamentada en la oralidad y en la inmediación. Siendo la inmediación la íntima vinculación personal del Juzgador y las partes con los elementos probatorios, para que dicho Juzgador pueda conocer directamente el material del proceso se configura como un supuesto necesario, pero no suficiente para llegar a una apreciación racional de la prueba. La presencia del Juez en el acto de la práctica de las pruebas es indispensable para garantizar el acierto en la formación del juicio de hecho de la sentencia.

La valoración de la prueba se hace conforme a reglas lógicas, y en cuanto tales correspondientes al ámbito del pensamiento lógico, antes que al de las prescripciones legales; lo cual, obviamente, nada tiene que ver con el elemento de racionalidad que el fenómeno jurídico comporta, tanto desde la perspectiva de la elaboración de las leyes como en el plano de su aplicación, en el que la lógica interpretativa está presente en un sentido amplio que se contrapone a la interpretación estrictamente gramatical, y la complementa e incluso corrige cuando ésta resulta insuficiente, criterio seguido por la jurisprudencia.

Sobre el particular, el legislador costarricense adoptó por un sistema de la libre valoración racional de la prueba. Al respecto el artículo 41.5 NCPC establece que “Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa”, prescindiendo de cualquier referencia al término “sana crítica”.

El análisis con arreglo a la lógica, experiencia y ciencia no es más que una forma de valoración por la que el juez recurre a las máximas de su propia experiencia, la psicología y la lógica, en las que sustenta el fallo. No obstante, si el legislador definió a priori una

determinada forma de valoración, asumiendo en forma expresa una máxima de la experiencia, el juzgador tendrá que aplicarla necesariamente.

La valoración de la prueba bajo las reglas de “criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano” significa que el juez tiene libertad de valorar y apreciar la prueba, tomando conciencia de los objetos que se dan en la realidad, ya sean objetos de tipos reales, materiales o físicos de acuerdo con los mecanismos psíquicos de la percepción, reconstrucción, experimentación, que lo llevan a tener certeza de los hechos que acontecieron históricamente por los presentes.

La tarea de evaluación de la prueba brinda una base operativa adecuada. El juez se vale de las pruebas insertándolas en el cuadro más amplio de las circunstancias del caso. Les infunde sentido, las “amalgama” entre sí conjugando la ciencia, la técnica, el sentido común y el conocimiento humano. Todos estos factores juegan en bloque –en conjunto- y no de manera individual –o aisladamente-, brindando -bajo el alero de la sana crítica- una labor de sumatoria y no de exclusión de prueba o en solitario; en conjunto, valiéndose de lo relevante, lo que pesa para conformar convicción y poder decidir, a los que el juez les reconoce adecuada fuerza de convicción, incluso recurriendo a las reglas del razonamiento humano.

iv.- ¿Se mantiene la valoración bajo la sana crítica en el NCPC?

Introducidas por primera vez en la legislación española de 1849, luego fue desarrollada por Couture quién la definió como las reglas de entendimiento humano, la lógica, las reglas de la experiencia, sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas, luego agrega es “unión lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ninguna ley, simplemente la ley señala como se valora la prueba. Si las reglas de la sana crítica aparecieran enumeradas en un texto normativa, estaríamos ante una prueba legal, pero esas reglas de ninguna manera pueden venir formuladas normativamente, puesto que las reglas de la lógica corresponden al pensamiento humano, antes que, a un texto legal, eso no significa que lo racional y lógico no puede ser controlado. La sana crítica es, básicamente, la aplicación de los principios del correcto entendimiento humano con especial fundamento en la lógica jurídica, en la equidad y en la justicia, y en los principios científicos del Derecho.

El acudir a las reglas de la sana crítica en materia civil, significaba respetar el valor superior que la ley procesal acuerda a ciertas pruebas como la declaración de parte - expresa- y los documentos públicos y, en cuanto a las demás pruebas, significa la potestad de ser valorada en su conjunto, atribuyendo o negando valor a una u otras según las

circunstancias, las otras pruebas, o según las reglas del conocimiento humano, la ciencia, la psicología y el sentido común.

A diferencia del legislador español del 2000, que ha consagrado expresamente las reglas de la sana crítica, el nuestro ha omitido del todo la referencia a tales reglas, lo que nos lleva a concluir, y con ello cambiamos la tesis de la primera edición de esta obra, que el legislado ha optado por el sistema de libre valoración. No solo por la omisión deliberada, sino porque, en la forma que se ha entendido en nuestro subcontinente las reglas de la sana crítica, manteniendo un valor superior a ciertas pruebas, se ha eliminado de nuestro Código del 2015. Véase que incluso se ha eliminado el recurso de casación basado en el motivo del error de derecho, optando el redactor y el legislador, por el sistema de la libre valoración, según quedó explicado.

18.- LA PRUEBA DE OFICIO

a.- Concepto y fundamento

La prueba de oficio es aquella ordenada por el juez de oficio, enteramente nuevas – “no ofrecidas” dice art. 41 NCPC -, de cualquier medio de prueba, y cuando el proceso esté en fase de evacuación de pruebas o para resolver el fondo de un recurso de apelación o casación.

La facultad concedida al juez no se limita a la prueba ofrecida por las partes, por lo que este puede ordenar prueba de oficio, por propia iniciativa, en los casos en que considere que sea necesaria para la averiguación de la verdad.

La prueba de oficio no excluye ningún medio de prueba en la facultad concedida al juez, a excepción de la declaración de parte; y, por otro lado, esta facultad es importante porque se evacúa en el momento en que el juicio está en fase de pruebas; es decir, no hace falta esperar que esté agotada esa fase o que esté agotado el litigio para ordenarla, por lo que el juez toma su iniciativa de la misma manera que las partes, llevando ellos la dirección de una de las operaciones más delicadas del procedimiento.

Frente a la exigencia formal de la preclusión, se yergue el valor justicia, y como señalara Calamandrei, también aquí se encuentran en juego dos exigencias opuestas: de una parte, está el interés de alcanzar la verdad, que aconseja dejar hasta el momento de la decisión definitiva la puerta abierta a todas las deducciones aún tardías, porque éstas pueden aportar al juez nuevos elementos de convicción, que favorezcan los fines de la justicia.

b.- Límites

La prueba de oficio posee un carácter complementario, tendiente a disipar el estado dubitativo del juez cuando la prueba producida por las partes no es suficientemente clara. Uno de los límites insoslayables de esta prueba de oficio, lo constituye la prohibición que tiene el juez de suplir o subsanar, por su medio, la omisión, la inactividad o negligencia cometida por una de las partes en la producción de la prueba ofrecida, pues se lesionaría seriamente el principio de lealtad procesal, igualdad de los litigantes, y se comprometería la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Tampoco debe remediarse a través de este instituto procesal las deficiencias técnicas de la defensa.

El proceso civil conforme a los principios generales del Derecho procesal es eminentemente dispositivo. En algunos aspectos este principio se ha atenuado, sobre todo cuando en las jurisdicciones especializadas derivadas del civil es necesario apreciar con un sentido de mayor realidad los aspectos económicos o sociales en juego. Pero ello no debe ocurrir en materia civil patrimonial, por ser absolutamente disponible. De aquí, entonces, en materia civil rige en la forma más absoluta la máxima *judex secundum allegata et probata partium decidere debet*.

En el proceso civil solo puede discutirse materia patrimonial eminentemente dispositiva, y son las partes quienes incluso definen el proceso a seguir. Si bien, en este tipo procesal se ha previsto el uso de la prueba de oficio, es de suyo que a ella los tribunales deben acudir solo en casos excepcionales, cuando de lo discutido por las partes y la prueba ofrecida es necesario clarificar algún aspecto, pero jamás sobre temas fuera del debate o sobre prueba impertinente o no ofrecida porque entonces se estarían socavando los principios del proceso civil.

La doctrina científica procesal estima que debe admitirse en el proceso civil la iniciativa probatoria del juez, permitiéndole de oficio la apertura del periodo de prueba, porque naturalmente ésta va destinada al juez, quien frecuentemente será el más interesado en que las partes le prueben sus afirmaciones, conforme a las cuales deberá pronunciar su resolución. Por lo demás, la recepción de la causa a prueba no lleva consigo que el juez deba proceder él mismo a la búsqueda de los medios de prueba, sino que deberán seguir siendo las partes quienes habrán de proponerlos.

El Juez no puede subsanar la negligencia probatoria de las partes con la prueba de oficio, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia costarricense. La teoría de la negligencia probatoria se ha desarrollado en los últimos años en Argentina, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Uno de sus mayores logros ha sido el distinguir la iniciativa probatoria del juez con respecto a la mala praxis probatoria de una de las partes. Negligencia es una palabra valorativa. Implica una descalificación, más aún: una descalificación específica referida a la conducta de alguien. En su uso técnico, señala que la actividad del litigante ha sido defectuosa por extemporánea, es el incumplimiento de la carga procesal de pedir y

practicar la medida dentro del plazo. La negligencia probatoria es un elemento parte del proceso, es una limitación al poder-deber de administración de la prueba del Juzgador. El no aceptar como prueba de oficio aquel material probatorio no evacuado por la negligencia de una parte no perjudica de ningún modo al principio de verdad real, ya que cada quien debe hacerse responsable de su forma de litigar.

El principio de verdad real o material no puede ser desvirtuado ni degenerado en pos de remediar la mala praxis de las partes en cuanto a su deber de probar. En simples palabras, el Juez no debe hacerle la prueba a aquella parte que ha sido negligente con su deber o *carga* de probar sus alegatos fácticos o *su verdad* -*iudex secundum allegata et probata partium decidere debet*-. Esto por cuanto la contraparte ha basado su estrategia en las deficiencias del otro, y si el Juez las suple, lo deja en indefensión. Sería una parte litigando contra el juez y su contraparte.

Si el Juez va a pedir una prueba, debe ser solo “de otras no ofrecidas” y por otra parte ser tan relevante como para ser capaz dicho medio de sacarlo de una verdadera situación de *non liquet* –no está claro-. No cabe sobre hechos superfluos. La prueba de oficio es excepcionalísima, que sin ella no podría de ningún modo resolver y donde haya peligro de que un real y verdadero interés y la adecuada solución del caso esté evidentemente amenazado, de no admitirse.