

MEDIOS PROBATORIOS

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.

DECLARACIÓN DE PARTE

1.- EL PASO DE LA “CONFESIÓN” AL DE DECLARACIÓN DE PARTE

El término “confesión de parte” ha sido superado en la doctrina y las legislaciones modernas, por el de “interrogatorio o declaración de parte”, lo mismo ha hecho el NCPC en su art. 42.2, desde la versión original del Proyecto. El término “interrogatorio de partes” alude al medio de prueba, a través del cual accede al proceso la declaración de conocimiento de las partes; a diferencia de la expresión “confesión en juicio”, tributaria del origen y concepción histórica del instituto, en el que confluye el juramento religioso: “confesar los pecados al sacerdote”.

2.- CONCEPTO DE DECLARACIÓN DE PARTE

Es la declaración rendida por una parte en el proceso o anticipadamente, ante un juez, a solicitud de la parte contraria, sobre hechos personales, ajenos –de su mandante- o que el representante “cuando se trate de hechos realizados en su función, o que el declarante tuvo conocimiento y le constan, sobre hechos favorables a la parte adversaria”.

Quien declara debe ser parte en el proceso o su representante facultado, para que pueda decirse que hay interrogatorio de parte. La condición de parte se determina en el proceso mismo, de manera que, si no se es parte en un proceso o dejó de serlo, no puede ser llamado a interrogatorio de parte.

3.- REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA DECLARACIÓN DE PARTE

Para que el interrogatorio de parte sea válido y permita “presumirlos como ciertos

y constituye prueba contra la parte declarante” –art. 42.2 NCPC-, “salvo que se trate de derechos indisponibles”, se requiere:

a) Debe provenir de quien es parte en sentido procesal o puede llegar a tener esa condición en un proceso. La declaración puede provenir de quien es parte, cualquiera que sea la condición que adopte

b) No puede ser de oficio. No hay norma que establezca la posibilidad de que el juez puede ordenar de oficio el interrogatorio de parte. El carácter de imparcialidad y ajenidad que caracteriza la posición del juez serían un freno válido a esa facultad. En efecto, como el interrogatorio de parte prueba contra quién la hace y su función es servir a los intereses favorables al adversario, no puede ser ordenada de oficio, solo a solicitud de la “parte” contraria –y el juez no es parte contraria, es un tercero imparcial-.

c) Debe tener significación jurídica. Quiere decir que mediante ella se ejerzan ciertos actos de los cuales se desprendan consecuencias jurídicas.

d) Que recaiga sobre hechos pasados. El 42.1 NCPC señala que el interrogatorio de parte debe versar sobre “hechos propios o ajenos”. Aunque el interrogatorio de parte consiste en el reconocimiento de una determinada relación jurídica, son los hechos pasados los que configuran el objeto sobre los cuales ella recae. El interrogatorio de parte, en este caso, es abreviado de los hechos que se suponen implícitos en la denominación jurídica empleada por el declarante.

d) Personal. La regla general es que el interrogatorio de parte debe provenir del directo afectado con ella o su representante –arts. 42.1 NCPC y 1289 CCi-.

e) Puede recaer también sobre hechos que tuvo conocimiento, “ajenos” y “cuando se trate de hechos realizados en su función” –como representante-. No ofrece dificultad alguna el primer supuesto, pues el 42.1 se refiere a “hechos propios”, pueden ser “hechos” realizados u omitidos. El segundo ofrece más discusión, pues no se trata de un hecho personal pero la ley sí le atribuye la consecuencia inmediata y directa a la persona a nombre de quién se hace el interrogatorio de parte –42.1 NCPC y 1289 CCi-. En este caso el interrogatorio de parte realmente recae sobre el conocimiento y no la producción personal del hecho relevante. Se trata de introducir a través del interrogatorio –para que tenga mayor valor- la declaración de hechos no personales. Los hechos personales, a que se refiere el art. 42.1 NCPC debe entenderlos como aquellos hechos no solo producidos o provocados por el declarante, sino los que él tuvo conocimiento directo o indirecto, de oídas, por la vista o del que fue comunicado, siempre que sea a él o a su mandante a quien deben reputarse las consecuencias perjudiciales de tal hecho.

f) Que los hechos sean favorables a la contraparte o adversos al declarante. Es el

denominado principio "*contra se pronuntiatio*", de allí la exigencia que el hecho declarado sea adverso al declarante y favorable a la contraria, lo que se traduce en un principio: quien declara en su favor no cambia nada –otro principio: el de prohibición de autoproducción de prueba, no puede la parte auto crear o inventar su propia prueba, se exceptúa el peritaje privado que si participa de algunos rasgos de este principio-.

g) Que sea expresa o tácita. Significa que el interrogatorio de parte no puede deducirse mediante el análisis de la forma como se produce, o mediante comportamientos, indicios o inferirla de otros medios probatorios, sino que debe aparecer en forma expresa, indubitable, a través de la documentación contenida en la declaración –oral o escrita-, la norma señala "la admisión de hechos propios, de forma expresa o tácita"

h) Consciente. Parte de la doctrina exigía, como condición de validez del interrogatorio de parte, que existiera "*animus confitendi*". En nuestro país no se necesita "*animus confitendi*", pues para que haya interrogatorio de parte se requiere únicamente la voluntad propia de todo acto jurídico y la evacuación formal de la prueba, y para su eficacia basta con que haya voluntad consciente de declarar un hecho, aunque quien declara desconozca los efectos que esa declaración tiene en el proceso, basta solo que sea contrario a los intereses del declarante.

i) Libre. El interrogatorio de parte, cualquiera que sea la forma como se produzca, esto es, espontánea o provocada, no solo requiere que la persona se encuentre en estado de absoluta conciencia, sino que esté libre de cualquier presión, sea física, moral, afectiva, etc. Se afecta la libertad cuando el interrogatorio se obtiene bajo amenazas o por error, en cuyo caso es revocable. El general, los actos que afecten la libertad de conciencia y la espontaneidad de la voluntad –vicios del consentimiento- son sancionados con nulidad, el interrogatorio de parte no es la excepción.

j) Que no esté desvirtuada. El interrogatorio de parte puede cumplir con la totalidad de los requisitos, incluidos los de eficacia, pero perder el valor de pruebas superior, porque existe otra prueba esencial que la desvirtúa, sucede en varios supuestos:

i) La primera: salvo que se trate de derechos indisponibles, que el declarante no tenga facultades para declarar en representación. En cuanto a la indisponibilidad, se refiere a que no exista prohibición para que la parte pueda disponer del derecho por acto de voluntad. No hay disponibilidad, cuando la parte tiene limitación de orden cualitativa, cuantitativa o prohibición legal de hacerlo –curadores-, tutor, albacea, o cuando existe prohibición legal, como acontece con "los hechos relativos a derechos indisponibles" o con el estado civil de las personas y la filiación o cuando al apoderado, por los límites cuantitativos de su mandato no puede declarar en perjuicio de su representado.

ii) También está el supuesto de la representación conjunta, en tal caso la declaración

deben rendirla unidos ambos representantes pero separados –incomunicabilidad- y uno solo de los apoderados no puede comprometer al representado, si hay contradicción entre ellos, puede optarse por el careo o el juez valorará en la parte que le perjudique al mandante, como una fusión procesal.

iii) Que no se contradiga con las demás pruebas. Este supuesto es cuando el declarante logra desvirtuar o desacreditar con otras pruebas lo pretendido demostrar plenamente con el interrogatorio de parte que rindió. Si bien no es posible la revocación del interrogatorio de parte- el propio artículo 42.2 prevé la posibilidad de dejarla sin efecto en los casos de pruebas que la contradigan.

4.- ¿CUÁNDO QUIEN PREGUNTA DECLARA?

No regulado expresamente –como si lo hacía el 341 CPCD-. Hoy deriva de las frases “El mismo efecto tendrán las afirmaciones espontáneas realizadas en el proceso” del art. 42.2, que permite presumir como ciertos y constituir prueba contra el declarante- y deriva parcialmente del art. 41.5 in fine “la conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas”.

Es manifestación del principio de adquisición procesal y se traduce en la consecuencia de que lo preguntado se afirma y por ello es susceptible de tener eficacia probatoria contra el preguntante, aún en el supuesto, como se dijo, de que el declarante lo niegue. En estos casos es necesario que la pregunta aparezca clara y expresa afirmación o negación del hecho por el preguntante, pero no cuando este se limita a exigir al absolvente que responda si es o no cierto el hecho preguntado. La formulación de preguntas aceptando lo que se pregunta, implica certeza y aceptación de su contenida para el preguntante.

5.- LA INDIVISIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE PARTE

Tampoco quedó en el NCPC la previsión del 340 CPCD que establecía la indivisibilidad de la declaración de partes. Este es el denominado principio “*confessio iudicialis dividi non debet*”. La parte que pretenda aprovecharse del interrogatorio de la contraria debe aceptar la declaración en su conjunto, como una unidad, tanto en lo que le favorece como en lo que le perjudica o no le favorece.

Cuando un declarante es llamado a declarar, puede simple y llanamente aceptar como cierta una pregunta –declaración simple-, puede sin embargo introducir un elemento adicional que la convierte en compleja. En efecto, debido a que además de contestar la pregunta por sí, el declarante puede hacer adiciones y aclaraciones de su pregunta, o un conjunto de oraciones complejas, surge la duda sobre el valor de esa declaración en su integridad. A tal complemento, notas distintivas, supresión de verdad a una parte de lo preguntado o reducción de sus dimensiones objetivas, origina que el interrogatorio de parte

deba tomarse como un todo, no de manera aislada o fraccionada.

La parte que ofreció el interrogatorio de la contraria debe aceptar la declaración como un todo, sufre las consecuencias si la declaración se le revierte. La indivisibilidad significa que el juez, al momento de analizar y valorar el interrogatorio de parte, no puede segmentar, desarticular o fraccionar las respuestas dadas en el interrogatorio, y tomar como válidas fracciones de las respuestas, prescindiendo de otra o su complemento si ésta tiene especial vinculación con aquella, como una relación de sujeto y verbo. El interrogatorio de parte es indivisible siempre que la agregación sea una simple modalidad del hecho, o se trata de otro hecho posterior, pero originado en aquél, o que sea consecuencia o constituya el modo natural para la extinción del efecto jurídico del primero, como sucede precisamente con el pago, e igualmente, cuando hay unidad jurídica entre los varios hechos, tesis seguida por nuestra Corte de Casación.

La indivisibilidad solo es procedente de manera pura en el interrogatorio de parte simple. En el interrogatorio de parte compleja o compuesta, si es posible la división en algunos supuestos.

La doctrina reconoce varias excepciones, a la regla de indivisibilidad que permiten el fraccionamiento de una respuesta. Así por ejp: **a)** cuando se refiere a hechos diferentes, **b)** cuando una parte de lo declarado expresamente está acreditada por otros medios probatorios, **c)** cuando en algún extremo de lo declarado sea contrario a su naturaleza, y, **d)** cuando algún extremo sea contrario a las leyes.

Si el complemento guarda conexión o relación, con la idea principal, conexión íntima, inmediata, unidad jurídica y lógica jurídica, no es posible la división. Pero si no guarda esa relación, sí es posible la separación y en tal caso pesa sobre el declarante la carga de probar los hechos añadidos al principal o que impliquen un hecho modificativo, extintivo o impeditivo del principal ya declarado –principio de la carga de la prueba.

6.- LA IRREVOCABILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE PARTE

El interrogatorio de parte formalmente rendido, en virtud del principio de adquisición queda amparado a la santidad de la verdad y la pureza de su contenido -verdad formal o judicial-. Hay un principio histórico según el cual, rendido el interrogatorio de parte, no puede revocarse -o mejor impugnarse o retractarse-, pretendiendo así dejarlo sin efecto por el propio declarante. El principio, si bien no recogido expresamente –como si lo hacía el art. 339 CPCD- se fundamenta en el principio de adquisición y la espontaneidad de la declaración. Lo contrario, le sería muy fácil al declarante negar luego, con la complicidad de su abogado y con la ausencia del juez, cambiar lo que ya declaró.

La doctrina acepta que vicios de la voluntad, de los actos jurídicos en general, como el error, el dolo o la violencia –arts. 1008, 627 y 835 CCI-, pueden servir de base para la retractación o revocación del interrogatorio de parte. Rendida su declaración el litigante puede asumir tres conductas de estrategia en la defensa:

a) Concluir que el interrogatorio de parte no le beneficia o le resulta perjudicial, pero es cierto con lo declarado,

b) Ver que existe un error de hecho o de contenido en su declaración, o,

c) El interrogatorio de parte se tuvo por rendido en rebeldía.

En el primer supuesto no puede hacer nada y lo declarado, perjudicial o no, cierto o no –salvo que lo desvirtúe con otras pruebas- se tiene indefectiblemente como verdad. En el segundo y tercer supuesto –error de hecho e interrogatorio de parte presunta o ficta- admite prueba en contrario, es el caso de excepción, conocido por la doctrina como principio de información del interrogatorio de parte o de retractación y que permite modificar o revocar el interrogatorio de parte cuando haya habido error de derecho, pues es un principio que el interrogatorio de parte debe realizarse voluntaria y libremente, sin que el consentimiento esté viciado por error, dolo o violencia.

7.- LA DECLARACIÓN TÁCITA O FICTA

a.- Concepto

El art. 42.2 señala “si la parte no compareciera, sin justa causa, no llegara a la hora señalada, rehusara declarar, respondiera de forma evasiva o no llevara consigo documentos de apoyo, cuando fueran necesarios, se producirán los efectos de la admisión tácita del interrogatorio, ya sea de hechos propios o ajenos”, es el denominado interrogatorio tácito o presunto. Es la que se atribuye a la parte que formalmente citada no comparece y por rebeldía se le tiene por “interrogado” o que compareciendo o se niega a responder o lo hace con evasivas a las preguntas formuladas, a fin de evitar las consecuencias de una pregunta que le es perjudicial. La incomparecencia a la audiencia comprende tanto abstenerse de concurrir al despacho del funcionario, como no contestar si concurre a la audiencia que se señaló o hacerlo con evasivas evitando dar respuesta a la(s) pregunta(s) formulada(s).

b.- Requisitos

Para que el interrogatorio tácito se produzca, es necesaria la concurrencia de diversos requisitos:

a) Se trate de interrogatorio de parte provocado a instancia de parte, pues precisamente son las preguntas formuladas favorables al adversario.

b) La pregunta puede o no ser asertiva.

c) La pregunta implique interrogatorio de parte, esto es, contrario a los intereses del declarante y favorables al adversario.

d) La pregunta sea admisible. Es posible que la pregunta reúna los anteriores requisitos, pero sí no es admisible o pertinente, no se le tendrá como cierta.

e) El interrogatorio conste por escrito, cuando se trate de ausencia al llamado. Además de ser escrito, el interrogatorio debe ser debidamente firmado o autenticado por la parte, aun cuando conste en sobre cerrado. Con los sistemas de grabación, puede ser sustituido por el dictado oral de las preguntas, para su registro en el sistema de grabación, aunque este tiene el riesgo de que pueda ser oído por el abogado o la contraparte posteriormente.

f) Advertencia de negativa a contestar y de inasistencia. En la resolución que cite para interrogatorio de parte, el juez deberá advertir las consecuencias de su negativa y si a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, no comparece, solo cuando se ha cumplido con esta exigencia, se puede producir el interrogatorio tácito útil.

c.- Respuestas evasivas y negativas a contestar

Si el interrogatorio de parte ficta se refiere a la reticencia o negativa a responder la pregunta o hacerlo con evasivas –dos supuestos diversos-, en el mismo acto se debe hacer prevención por el juez, sobre las consecuencias de esa conducta o actitud, de lo cual deberá dejarse constancia en el acta.

d.- Las afirmaciones espontáneas contenidas en escritos

El mismo efecto de interrogatorio tácito, tendrán las afirmaciones espontáneas realizadas en el proceso –art. 42.2 y 41.5 NCPC-, como hemos examinado.

e.- La declaración tácita admite prueba en contrario

Como vimos, el declarante en rebeldía pueda incorporar y aducir prueba en contra de aquella presunción y así desvirtuar esa “verdad formal” con una más real, apegada a la verdad de otras pruebas.

f.- Preguntas impertinentes y su rechazo –remisión-

Hemos analizado, los supuestos de preguntas impertinentes, que ahora se aplican a la declaración de parte.

8.- OPOSICIÓN A PREGUNTAS EN LA DECLARACIÓN DE PARTE

Los casos de oposición que puede formular el abogado del declarante puedan estar referidos, entre otros:

- a) La pregunta es capciosa –sin ser asertiva-,
- b) La pregunta no se refiere a un hecho personal o ajeno de su representante,
- c) La pregunta no es clara,
- d) La pregunta comprende varios hechos –no es concisa-,
- e) La pregunta es internamente contradictoria,
- f) La pregunta no es precisa,
- g) La pregunta no es comprensible o entendible,
- h) La pregunta se refiere a una apreciación personal y no un hecho personal,
- i) La pregunta está referida a una valoración u opinión jurídica, salvo que pueda extraerse los presupuestos fácticos de la figura. En vez de preguntar: ¿Nos podría decir la condición jurídica por la que posee en el inmueble?, se le podría preguntar ¿Por qué razón o causa está usted ocupando el inmueble?
- j) La pregunta es impertinente para el objeto de controversia o el tema en discusión,
- k) La pregunta fue contestada
- l) La pregunta se refiere a un hecho admitido.

9.- VALOR DE LA PRUEBA DE DECLARACIÓN DE PARTE

El NCPC, a diferencia del derogado, no contempla el valor de plena prueba a la “confesión” –hoy declaración de parte- expresa.

Hoy el art. 42.2 NCPC señala “la admisión de hechos propios, de forma expresa o tácita, permite presumirlos como ciertos y constituye prueba contra la parte declarante, salvo que se trate de derechos indisponibles, que el declarante no tenga facultades para confesar (sic.) en representación o se contradiga con las demás pruebas”.

Con base en este giro copernicano, histórico del valor de la “confesión”, hoy no como plena prueba, hay que decir, por un lado, que la parte no debe conformarse, para estar tranquilo que un hecho se tenga por admitido parcialmente con la declaración de parte, menos si esta declaración es tácita, pues puede correr el riesgo de que el juez no lo tenga por probado con certeza, máxime si entra en contradicción con otras pruebas o no es clara la deposición del declarante.

PRUEBA TESTIMONIAL

1.- CONCEPTO, CARACTERES Y LÍMITES DE LA TESTIMONIAL

El testimonio es un acto procesal mediante el cual una persona física, ajena al proceso –no parte- declara ante un juez, lo que sabe de ciertos hechos. El maestro Jairo Parra lo define como un medio de prueba, que consiste en el relato de un tercero al juez sobre el conocimiento que tenga de hechos generales. Para Lino Palacio son las “declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de su percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre éstos.

2.- CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

a.- No es necesario que haya percibido el hecho

En el concepto y validez del testigo no se exige que el haya percibido directamente los hechos que debe narrar o que el testigo sea extraño a los hechos sobre los cuales declare, por eso la norma solo exige “que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos”.

Desde que la ley solo exige indicar los hechos a que se referirá, no está exigiendo una calificación especial de su conocimiento. La norma habla que “tenga conocimiento sobre los hechos”, se refiere a percepción, cognición directa e indirecta. Para que exista testimonio no es necesario que el testigo conozca directamente los hechos sobre los cuales declara y mucho menos que los haya percibido, sino que narre lo que de ellos sepa, o manifieste su absoluta ignorancia sobre los mismos En el último supuesto existe testimonio, no obstante que carecerá de valor probatorio para ese juicio. Si manifiesta tener conocimiento de tales hechos, pero por narraciones de otras personas o por simples suposiciones, el valor que como prueba pueda tener su declaración será muy relativo en el primer caso -testimonio de oídas- y nulo en el segundo -testimonio hipotético-; pero en ambos será testimonio.

La doctrina admite entonces, los testigos directos, circunstanciales, indirectos, de oídas, de grado sucesivo, de referencia –denominado de segundo grado-, de hechos extraños al testigo o realizados personalmente por el testigo, que haya participado en ellos o de la fama. En principio no se acepta el testigo del rumor, por la falta de veracidad o prueba creíble.

b.- Acto posterior al hecho

Obviamente, el testimonio es un acto posterior a la ocurrencia del hecho que se reconstruye o reproduce. El hecho puede subsistir o pertenecer, en virtud de su transitoriedad, al pasado. Es decir, el hecho representado tiene existencia antes del acto del testimonio, pero no es indispensable que acontezca antes del proceso, pues puede ocurrir después de promovido éste. El testimonio es, pues, un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo, lo que no impide que a veces ese hecho pueda tener subsistencia en el momento de la declaración e inclusive con

posterioridad a ésta.

c.- Es prueba indirecta e histórica

Reviste este carácter en cuanto no se identifica con el hecho por probar, que es su objeto, de modo que el juez llega al conocimiento de este en forma mediata, por el testimonio del cual lo induce, y no en forma directa o inmediata por su propia percepción: el juez percibe solamente el testimonio -primera acepción del concepto de prueba directa o indirecta-. Es prueba histórica porque con ella se reconstruyen o reproducen hechos pasados o aún subsistentes, pero cuya existencia tuvo comienzo antes de producirse el testimonio, como ya lo explicamos, y representa una experiencia del sujeto que declara.

d.- Debe tratarse de personas físicas

La prueba testimonial es una fuente de prueba personal, en su sentido más estricto por cuanto aquello de lo que los testigos van a declarar es lo percibido por sus sentidos, así deriva de la norma “podrá ser testigo cualquier persona física”. La doctrina es coincidente que solo pueden ser testigos las personas físicas. La razón, en nuestro ordenamiento, se justifica, además, al exigir el juramento previo, las generales de ley y calidades de la persona al ofrecerse la prueba y ordenarse su evacuación. Por otra parte, sujetos de delitos solo pueden serlo las personas físicas, no las jurídicas, es un principio elemental de derecho penal. Adicionalmente, es testigo quién percibió los hechos o tuvo conocimiento y las personas jurídicas no tienen esa capacidad natural. Lo que sí podrían hacer las personas jurídicas es rendir informes o declaración de parte por medio de sus apoderados, lo cual harían a través de sus representantes.

Ahora bien, si una persona jurídica estuvo involucrada en una relación obligacional, que da origen a la causa de la demanda, las personas físicas que representan a aquéllas o que participaron en el desarrollo de la relación –como profesionales, por ejp-, sí pueden ser ofrecidos como testigos en lo personal.

e.- Debe rendirse ante un Juez

Al definir el testimonio decíamos que es la declaración que se rinde ante un juez, hay que agregar, como consecuencia de un proceso, previo ofrecimiento y admisión expresa mediante resolución. De esos cuatro requisitos inferimos la necesidad de que la prueba testimonial goce de publicidad, interna –que no sea oculta y sin audiencia a las partes- y externa –que participen todos los interesados- que se conozca oportunamente, que no se realice de forma subrepticia y que, por tanto, ofrezca garantía de probidad, veracidad y de contradicción en el proceso. Por ello no son válidas las declaraciones testimoniales extrajudiciales, o las rendidas fuera de un proceso judicial, o las del sujeto que comparece

sin haber sido ofrecido como testigo o de quién declara sin admisión previa mediante resolución notificada previamente a las partes.

Se exceptúa de esta regla, que debe rendirse ante un juez, como consecuencia de un proceso jurisdiccional, las testimoniales rendidas en un procedimiento administrativo, que el art. 41.4.9 NCPC autoriza a trasladar, cuando se cumplen con los presupuestos legales.

3.- MODALIDAD DE TESTIGOS

El art. 42.1 NCPC enumera algunas modalidades de testigos.

a.- Mayor hábil

Los mayores de edad hábiles, al ser sujetos de derecho, indiscutiblemente pueden ser testigos. En el NCPC tampoco se reprodujo la tacha de testigos, contenido en el CPC de 1937 y los que le precedieron.

b.- Testigo experto

La norma introduce, en materia civil, el testigo experto, al señalar “si el testigo tuviera conocimientos científicos, técnicos, profesionales, artísticos o prácticos se admitirán las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a su respuesta”. Existen ciertas figuras que, por su cercanía con el peritaje, suelen confundirse en la práctica, no obstante su naturaleza, objeto y fines, son totalmente diversos. Una cosa es el testigo-perito o perito de parte, el testigo experto y otra el consultor técnico de parte.

Puede ocurrir, que los aspectos técnicos o científicos hayan sido observados y examinados por expertos, pre y post-facto, y que por ello se consideren capacitados para emitir juicios técnicos para la descripción e identificación del hecho percibido por ellos. Tales personas podrán ser ofrecidas como testigos expertos o testigos-peritos, no como peritos. Esos testimonios técnicos son conducentes, inclusive, para determinar la causa o los efectos del hecho, si aquélla o éstos fueron observados por los declarantes, pero no puede servir como prueba pericial porque se ha perdido la originalidad y espontaneidad sucesiva de la prueba. Además, cuando no existan esos testigos técnicos o cuando éstos no percibieron las causas y los efectos del hecho, que deben probarse, sino que para conocerlos se debe recurrir a deducciones de carácter técnico o científico, se presenta la necesidad de recurrir al auxilio de los peritos si el juez no está capacitado para efectuarlas.

Expresado de otra forma, el testigo experto, relata lo que observó *–pre o post facto–*, merced a sus conocimientos técnicos, dándole las calificaciones técnicas o científicas pertinentes, pero no puede emitir dictámenes sobre las causas y efectos de lo que observó,

ni sobre avalúos, fundado en deducciones técnicas, porque entonces penetra en el campo exclusivo de los peritos.

Como se ve este testigo tuvo conocimiento de los hechos que, por su preparación profesional o científica, los examinó o tuvo conocimiento inmediato al hecho y estuvo de tal manera vinculado con el acaecimiento del hecho, que su testigo es valioso por esa participación, pero además porque narrará y explicará profesionalmente lo que tuvo conocimiento o el resultado que apreció. No significa que la figura del testigo experto se preste para la “preparación” o amalgamar un sujeto, que sin haber sido testigo o haber tenido conocimiento de los hechos, y mucho tiempo después entra en contacto con los aspectos fácticos y se pretenda simplemente que se le “prepare” o “aleccione” como testigo, para defender una tesis, que por otro medio probatorio no se puede probar. Esto es una burla de prueba, pues se tratará generalmente de un testigo parcializado. En estos casos un testigo parcializado es un testigo cuyo testimonio se inclina hacia un lado y en contra del otro. Un contrainterrogatorio puede demostrar que el testimonio parcializado es una poderosa herramienta ya que esta mancha enteramente el testimonio de ese sujeto. El ejemplo de parcialización más común es el “experto” o “testigo aleccionado” que típicamente testifica exclusivamente o predominantemente a favor de una de las partes.

Cosa diferente es el consultor de parte y el perito de parte. No son testigos simples, ni testigo experto, sino que su naturaleza, función y rol en el proceso, es otra, según veremos al examinar la prueba pericial.

c.- Inhábil

No hay una norma procesal expresa que prohíba al incapaz, o al sordomudo que no sepa leer ni escribir, ser testigo, como si existe en otros ordenamientos; sin embargo, creemos que la prohibición es aplicable a nuestro sistema. Según el artículo 41 del CCI “los actos o contratos que realicen sin capacidad volitiva y cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos”. La razón de la limitación estriba, fundamentalmente, en que tales testigos no pueden darse a entender por escrito o su ineptitud física o síquica al momento de declarar, no existe medio de comunicación que habilite y valide la transmisión de lo que esa persona sabe. La limitación opera en dos sentidos: a los que por enfermedad física o psíquica en el tiempo en el cual debe referirse su declaración, eran incapaces de percibir el hecho a probar y a los que por enfermedad física o psíquica al tiempo de la declaración son incapaces de comunicar sus percepciones. No es necesario que la incapacidad esté declarada, si lo está perfecto, si no lo está, será en la declaración del testigo incapaz que el juez determine la inidoneidad, la incapacidad del testigo o imposibilidad de comunicación por los sentidos, la escritura o la lectura.

d.- Menor o mayor de 12 años

Nos hemos referido a ellos al tema supra.

4.- NÚMERO DE TESTIGOS Y REDUCCIÓN

Señala el artículo 43.1 in fine “el tribunal admitirá la prueba testimonial, ampliando o reduciendo el número de testigos, según la trascendencia y necesidad de dicha prueba”.

a.- Número máximo de testigos

Existen cuatro sistemas jurídicos sobre el número máximo de testigos, admisibles por proceso: **a)** Los que no establecen un número máximo, **b)** Los que establecen un número máximo para todas las pretensiones del oferente, **c)** Los que establecen un número máximo por hecho, **d)** Los que dejan al arbitrio del juez la reducción del número, fijando, en todo caso, reglas sobre el número máximo por hecho.

Este último es el sistema que sigue el art. 43.1 NCPC, lo que obedece a diversas razones: orden del proceso, no alargarlo exageradamente, innecesariedad de la prueba, prueba superabundante, inconducente, no romper la inmediación de la prueba, ni violentar la concentración del proceso y el equilibrio en la cantidad de pruebas por parte.

b.- Reducción de testigos

En principio, las partes deben tener libertad para proponer u ofrecer, cualquiera sea la naturaleza del proceso, todas las pruebas que estimen relevantes para su defensa, es el denominado derecho a la prueba, que prohíbe, como se vio, el rechazo o disminución de la ofrecida por la parte. Esta libertad, sin embargo, debe estar supeditada a la pertinencia y utilidad de la prueba. La reducción de testigos debe verse de manera restrictiva para evitar violar el derecho de defensa y la estrategia del caso. Esa reducción solo debería darse cuando el número de testigos ofrecidos es excesivo –superabundante- o que se estime que el hecho que se pretende demostrar es irrelevante para resolver el fondo del litigio, caso en que el juez podría hacer uso de la facultad que le confiere la ley en la norma, de reducir los testigos a dos o tres por cada hecho que se intenta probar.

A pesar de esa regla los testigos que las partes propongan no deben resultar excesivos, pues resulta contrario a la economía procesal y es perjudicial para la celeridad del proceso, si los ya escuchados son suficientes para que el juez adquiera la necesaria certeza para resolver el litigio. Basado en el principio de control del exceso de prueba, por superabundante y por ello impertinente, se faculta al juez a la reducción del número de testigos por hecho. La ley exige a la parte oferente indicar, en las oportunidades señaladas, los hechos sobre los cuales declarará el testigo y luego señala el máximo de testigo por

hecho “el tribunal admitirá la prueba testimonial, ampliando o reduciendo el número de testigos, según la trascendencia y necesidad de dicha prueba”.

5.- TESTIMONIO EN EL EXTRANJERO

Se eliminó del NCPC la prueba en el extranjero, que posibilitaba la ampliación de periodo extraordinario de prueba. A fin de resguardar los principios de inmediación y concentración “solo se admitirá la prueba de testigos que se encuentren en el extranjero, cuando se considere absolutamente indispensable y el proponente carezca de otros medios de prueba suficientes en el país para demostrar los hechos invocados”.

En este supuesto resulta aplicable el art. 41.4.5 y la declaración se podrá realizar por video conferencia, es lo que hemos denominado inmediación tecnológica –además arts. 2.3 y 24.4-. En este supuesto, por medio de videoconferencia un cónsul nuestro en el extranjero, un notario público o un juez foráneo harán de los ojos y oídos mediatos del tribunal, quien en coordinación con aquellos llevará adelante la audiencia de prueba y oirán, aunque sea de manera remota y no presencial en el extranjero, la prueba. Las partes bien pueden desde nuestro país o con asesores allá participar activamente en la prueba.

6.- ABSTENCIÓN DE DECLARAR

En ciertos supuestos taxativos se permite a ciertas personas, no obstante haber sido ofrecidas incluso admitidas como testigo, eximirse del deber de declarar.

a.- Por responsabilidad penal de los parientes

El artículo 36 de la Constitución –y la CADH- otorga el derecho a los parientes a no declarar en contra del imputado, cuando su declaración implique responsabilidad penal para esa parte. Ese principio se ha extendido históricamente al proceso civil, pero limitado a los casos en que la declaración del testigo importe responsabilidad penal contra el declarante o contra las demás personas que señala el 43.2 NCPC. Establece la norma “pueden abstenerse de declarar como testigos los que sean examinados sobre hechos que importen responsabilidad penal contra el declarante o contra su cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o parientes colaterales hasta el tercer grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad”.

Por lo que otros hechos o simplemente el hecho o declaración no implica la atribución de un delito o conlleve las consecuencias de la comisión de alguno, no están exentos de ser declarados y no puede el testigo abstenerse de declarar, bajo pena de ser denunciado por falso testimonio, al negarse a revelar lo que sabe.

La norma comprende varios supuestos: **a)** al declarante, es decir al testigo, cuando su testimonio implique para él responsabilidad penal por la comisión de un delito o preparación de uno futuro que haya planeado, esta prohibición está amparada en el Art. 36 Constitucional, **b)** el cónyuge: esposa o esposo, pero creemos se extiende al compañero -a) de hecho, pues la Sala Constitucional ha extendido la protección y beneficios a este tipo de relaciones, **c)** ascendiente: padre, abuelos y bisabuelo, **d)** descendiente: hijo, nieto, bisnieto, **e)** parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad: tíos y sobrinos, no están comprendidos los primos, **f)** parientes colaterales hasta tercer grado por afinidad: abarca los parientes del esposo (a) o del conviviente de hecho, en la forma indicada.

Como generalmente en materia civil, salvo la indicación de los hechos por los cuales fue ofrecido el testigo, no se sabe de antemano si la declaración del testigo implicará una violación de esta prohibición constitucional, el testigo debe ser admitido y será en cada pregunta que el juez decida si se le admite o no esa pregunta. No existe un derecho ilimitado a declarar contra el pariente o contra sí mismo, la limitación lo es por lo perjudicial que puede ser en el aspecto penal. La norma no señala, como si lo hace el 205 CPP para la materia penal, un deber de informar previamente a las personas, de la facultad de abstención -aún es conveniente advertirlo en las preguntas que tengan ese carácter-, antes de que rinda testimonio, y será en cada pregunta, si el juez o la parte considera, a criterio de aquél que puede generar responsabilidad penal contra el declarante o demás personas a que se refiere la norma, que a esa pregunta en concreto se puede negar a declarar, por implicar atribución penal contra el pariente o “confesión” de un delito por el testigo, siendo su facultad si decide o no declarar, sin que incurra en delito o pueda tomarse esa declaración como confesión penal, porque se entraría en el campo de la prohibición constitucional.

b.- Los amparados por el secreto profesional

Señala la norma “asimismo, pueden negarse a contestar preguntas que violen su deber o facultad de reserva, aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley deban guardar secreto”.

La norma regula un derecho histórico: la inhibición de declarar a los amparados por un secreto profesional. El secreto profesional es un conocimiento reservado a una persona de cuyo fuero no debe salir, que ha sido revelado en su propia intimidad. Es el que conocen ciertas personas en virtud de su profesión, oficio o actividad, y como consecuencia de su ejercicio, o llegan a dicho conocimiento exclusivamente en virtud de esa función. Por ello, la ley permite su reserva, ya que la comunicación efectuada no fue dada para que se diera a conocer al público o para un proceso judicial, sino para que se reservara adecuadamente, y se tomase la confidencialidad en relación con los hechos revelados.

La revelación de un hecho privado a un profesional, en función de su especialidad, no tiene por qué salir al resto de las personas ni a otras personas que no sean las involucradas por el ligamen profesional en que se fundó esa revelación. El hecho de divulgar un secreto profesional sin estar autorizado constituye más bien el delito de difusión de secretos, previsto en el artículo 203 del Código Penal. Es por esa razón que la norma faculta al testigo o conciliador a no declarar cuando su declaración comprometa el secreto profesional que le fue revelado en esa condición, más bien deriva de las normas penales la obligación de no divulgarlos.

La norma se refiere a los hechos secretos que se le hayan confiado a un profesional, revelado confidencialmente por el cliente, el adversario, un tercero o que ha sido descubierto por causa o razón de la confidencia, en razón del propio estado, oficio o profesión, es decir, no se refiere a hechos puros y simples o de los cuales el profesional tuvo conocimiento por otros medios y no en la condición de profesional, los cuales no estarían amparados a tal confidencialidad.

Tampoco tendrían ese carácter aquellos hechos, obtenidos por el profesional por su participación directa o interesada como testigo o parte –apoderado-. Tampoco si la pregunta careciera de toda relación con la actividad profesional del testigo. Tampoco si no se trata de un secreto profesional porque a quien se le confió un secreto no es un profesional y por esa razón o carencia deba resguardarlo.

Más dudoso es el tema de los secretos comerciales, industriales o laborales, acordados guardar en secreto por alguna circunstancia o acuerdo de partes, en principio se pueden revelar porque no fueron confiados o pactados por la condición profesional del testigo y no podría por otro lado, impedir que una parte se le limite indagar al testigo que conoce algún hecho puro y simple que no compromete ningún secreto profesional.

Como la norma señala que no están obligados a declarar como testigos, no significa que un profesional no puede ser ofrecido como testigo, el juez admitirá la prueba y será en la audiencia de declaración que en cada pregunta o por los hechos ofrecidos – individualmente considerados- que él juez decidirá si debe o no declarar o contestar una pregunta determinada que concorra con la prohibición. En ambas hipótesis, no basta la mera invocación de las circunstancias que enuncia la norma, el secreto no funciona como una coraza o escudo impenetrable, pues del propio contenido de las preguntas puede resultar manifiestamente descartada la configuración jurídica del secreto, por lo que en ningún caso cabe desconocer al juez la facultad de calificación y admisión de las preguntas y la concurrencia o no del secreto profesional.

Dentro de los profesionales o “estado” a que se refiere el artículo 43.2, que deben guardar confidencialidad, se incluyen los ministros religiosos, confesor religioso –de

cualquier culto-, ese es el significado de la frase “que por disposición de la ley deban guardar secreto”, aunque hubiera sido preferible decirlo expresamente. En cuanto a los profesionales, la norma no los enumera, como lo hace el CPP y lo hacía el CPC derogado, pero se incluyen, abogados, notarios públicos –Art. 38 Código Notarial-, médicos, psicólogos, siquiátras, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, así como los funcionarios públicos sobre secretos de Estado –norma más explícita del Art. 206 CPP- incluye además, al dentista, cirujano, enfermero, farmacéutico, laboratorista, contador público, asesor en impuestos, contador –Art. 105 Código Tributario-, el conciliador –Art. 14 Ley RAC- y el juez del proceso.

c.- Los menores cuando genere conflicto con sus progenitores

La norma introduce una novedad: “los testigos menores de edad tendrán derecho de abstenerse a declarar o a responder preguntas concretas, cuando dicho acto les pueda generar un conflicto de lealtad con sus progenitores. El tribunal debe comunicar al testigo menor de edad que tiene ese derecho”. La idea es no poner a declarar a los menores, cuando su declaración constituye un enfrentamiento con sus progenitores, con quien no quiere tener distanciamiento.

7.- SUSTITUCIÓN DE TESTIGOS

No se encontraba previsto en el CPCD. El NCPC lo ha admitido: “Procederá la sustitución de testigos ofrecidos y admitidos; la de estos últimos solo procederá en casos excepcionales. En los procesos en que exista audiencia preliminar, la sustitución del testigo ofrecido se resolverá en esa audiencia y la de admitidos se podrá solicitar y resolver hasta en la audiencia de práctica de prueba. En los procesos de única audiencia, sea que la sustitución se refiera a testigos ofrecidos o admitidos, la solicitud se podrá realizar antes de la finalización de la audiencia y se tramitará y resolverá en esta”.

Aunque la norma hoy es clara, la jurisprudencia que la inspiró era contradictoria, pues alguna la admitía, otra –la minoría- no. Negarse a admitir una sustitución de un testigo, podría violar el derecho de defensa y la teoría del caso, porque es totalmente factible que un declarante propuesto llegue a fallecer, se encuentre enfermo, o fuera del país, o sea imposible localizarlo o simplemente que no esté anuente a comparecer a declarar. Por todas las anteriores razones y alguna otra justificante que se podría presentar, no es conveniente negarse a admitir una sustitución de testigo cuando la parte así lo solicita. Por supuesto que el juzgador con su prudencia deberá tomar las medidas para que tal sustitución se produzca de modo que a la parte contraria no le tome por sorpresa, por lo cual el nuevo señalamiento deberá hacerse en una fecha que le permita a la parte contraria prepararse para la defensa de los intereses de su cliente. Así como se puede desistir de un testigo

propuesto, es válida la sustitución del no evacuado, pues en ninguno de ambos supuestos se afecta el principio de defensa ni de adquisición procesal.

8.- PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Conforme al art. 43.3 NCPC “al inicio de la declaración el tribunal juramentará al testigo y le preguntará sobre sus datos personales de identificación, su relación con las partes o sus abogados y si tiene interés directo o indirecto en el resultado del asunto”. El testigo será interrogado en primer lugar por la parte proponente, luego por la contraria –contrainterrogatorio o *cross examination* del sistema anglosajón- y finalmente por el tribunal –aunque sabemos que en el sistema anglosajón no es característico que el tribunal interroge.

Al responder el testigo justificará las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron los hechos y de cómo obtuvo conocimiento de ellos, de la forma más amplia posible.

Se contempla en un solo artículo y reducido, las generales de ley del testigo. Como primer requisito, de ofrecimiento de testigos, las normas exigen la mención del nombre y “ofrecimiento detallado y ordenado de todos los medios de prueba” –art. 35.4.6-. Tal exigencia responde a la finalidad de hacer factible su identificación por la contraparte y comparecencia, pero fundamentalmente, acordar al adversario la posibilidad de contradecir con su propia prueba y contrarrestar los hechos que la otra quiera probar con tales testigos.

Ya no se trata de conocer quiénes son para tacharlos, porque tal figura se eliminó desde el Código de 1989, al valorarse esa prueba libremente, sino para conocer una de las armas de ataque de la contraria. Otros aspectos por los cuales tiene importancia, además de contradecir esa prueba, lo constituye el hecho de delimitar el campo de declaración del testigo o determinar si existe alguna causa que le imposibilite a declarar, por ejemplo, por ser familiar y pueda su declaración implicar responsabilidad penal para el familiar o para el declarante, o si es un supuesto legal que impide a un testigo declarar. La omisión en examinar las generales de ley, debe alcanzar tal gravedad que verdaderamente haya obstado a la individualización del testigo, afectando así la facultad de contralor que incumbe a la otra parte. Por ello un error intrascendente deslizado en la mención del nombre o apellidos del testigo o error en su identificación, son susceptibles de excusarse cuando, en las circunstancias del caso, tales deficiencias no hayan impedido su identificación.

Se regula además en la norma, el orden de interrogatorio de testigos. Como dijimos, el art. 41 NCPC, sigue el sistema oral de evacuación de la prueba: primero pregunta la parte proponente, luego la contraria –es el *cross examination* o *re-examination* inglés-, finalmente el

tribunal. Ya no existen las “repreguntas” de las partes, resabio de un sistema arcaico de prueba, donde primero pregunta el juez y luego las partes, se suponía solo se podía “repreguntar” de lo que el juez había preguntado. El interrogatorio, conforme fue visto, será oral y directo. La parte formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal –art. 41.4.5 NCPC-.

El Código introduce una importante innovación y es la que permite una segunda ronda de preguntas, meramente aclaratorias de la declaración, según la cual “concluida la declaración, las partes y el tribunal podrán interrogar nuevamente para pedir aclaraciones”.

9.- CAREO

El art. 43.5 del Código regula en extenso la figura del careo. Es el acto mediante el cual, de oficio o a solicitud de parte, se interroga de manera simultánea de dos testigos, o a un testigo y una de las partes, con el objeto de disipar la incertidumbre resultante de las contradicciones o divergencias que median entre sus respectivas declaraciones, acerca de uno o más hechos. Cuando el juez encuentra que entre la declaración de dos testigos existen “graves contradicciones” –dice la norma- o entre la declaración de uno de ellas o el interrogatorio de la parte, puede ordenar la confrontación de esas declaraciones para aclarar la contradicción, esa es nueva definición.

Se trata de un complemento ineludible de un buen interrogatorio al aparecer en el proceso declaraciones de testigos que se contradicen gravemente entre sí, debe tratarse de contradicciones groseras o flagrantes. Esta diligencia tiene una relevancia trascendental, en cuanto esa confrontación permite evaluar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que éstos precisen sus recuerdos e insistan en sus versiones, las rectifiquen o ratifiquen.

En principio es el juez que evacua la prueba, quién ejerza un control sobre la veracidad de la declaración de un testigo, pudiendo exigirle que en la misma declaración vaya aclarando aspectos que él y las parte vayan encontrando contradictorias –groseras- con las declaraciones de otro. Pero muchas veces sucede que la contradicción entre ellos es posterior, porque quien se contradice o trata de mentir es un declarante posterior o el anterior que ya declaró, frente a tal problema el careo surge como un mecanismo de control a la falsedad testimonial y la sinceridad de su declaración.

La norma no señala requisitos de procedencia ni la forma de proceder por parte del juez, como si lo hacen otros ordenamientos comparados, entonces se podría aplicar supletoriamente el art. 233 CPP. Esta norma señalada exige, al igual que la civil “graves contradicciones”, que las discrepancias sean de “hechos o circunstancias importantes”. Solo si el juez considera que las discrepancias son groseras o importantes deberá aceptar el careo de la parte y testigo o entre dos o más de éstos, pues de lo contrario, las simples contradicciones de dos declaraciones, cede espacio a la función valorativa del juez, en el

campo del comportamiento, psicología o circunstancias narrativas como dos personas pueden ver y reproducir un mismo evento, labor que perfectamente puede realizar al momento de dictar sentencia.

Decidida sobre la incoherencia grave de las declaraciones, la solicitud de careo se formulará al finalizar el interrogatorio y, en este caso, se advertirá al testigo que no se ausente para que dichas actuaciones puedan practicarse a continuación –art. 43.5 NCPC-.

El procedimiento es el siguiente: **a)** El juez nuevamente los juramenta; **b)** Separadamente lee el aspecto que considera contradictorio señalándole en que consiste la contradicción, **c)** Preguntará entonces si mantiene lo declarado –ratificándolo- o si modifica lo declarado –rectificando su dicho-, **d)** Si el primer testigo se retracta –solo los ríos no lo hacen- no habrá necesidad de continuar, **e)** Si mantiene su respuesta, el juez y las partes podrán pedir aclaraciones y quizás con un mejor interrogatorio podrá llevar a concluirse que la contradicción es aparente o no existe, **f)** De lo contrario, retirado el primer testigo o declarante, le pasará al segundo testigo a carear, bajo el mismo procedimiento.

LA PRUEBA PERICIAL

1.- NATURALEZA JURÍDICA

Existen diversas posiciones, aisladas, que negaron en algún momento al peritaje, el carácter de medio de prueba. No obstante, la posición doctrinal mayoritaria, acepta sin discusión que la pericia es un medio de prueba, no solo por decirlo así el Código, sino porque mediante el dictamen se llevan al proceso los conocimientos especializados del perito, con el objetivo de determinar o fijar formalmente hechos controvertidos que precisan ser conocidos o apreciados.

2.-¿PUEDE EL JUEZ APLICAR SU CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO?

El juez no puede, sin ningún fundamento, rechazar la prueba pericial, por más que tenga conocimiento en la ciencia, arte o técnica de que se trate, pues le está vedado utilizar sus conocimientos privados, en la labor incorporativa de la prueba, salvo que la prueba sea abiertamente impertinente, que sería otro supuesto de rechazo. Aunque el juez tenga conocimientos especializados, no puede considerar inadmisibles la prueba por medio de dictamen de peritos, y convertirse en perito, en el proceso en donde desarrolla su actividad jurisdiccional.

No es admisible de ningún modo que el juez se procure por sí mismo, mediante informaciones privadas o estudios técnicos de “aficionado”, los conocimientos que le faltan para negar después el peritaje. Semejante proceder ocasionaría el que no hubiera lugar a

recoger prueba en contrario, pareciendo luego injusta la sentencia definitiva, aunque tal no fuera.

3.- CONCEPTO DE PERITAJE

El peritaje es el medio de prueba, en virtud del cual un tercero ajeno –no puede ser una parte, un testigo o el juez- al proceso elabora un estudio especializado, ajeno al derecho, con la finalidad de transmitir al juez un conocimiento científico o técnico, realizado por aquel, en el que transmite su opinión motivada y sus conclusiones.

4.- ADMISIBILIDAD. OBJETO

Señala la norma que es admisible la prueba pericial “cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajenos al derecho, para apreciar hechos o circunstancias relevantes o adquirir certeza de ellos”.

5.- ENUMERACIÓN DE ESPECIALIDADES PERICIALES

La profesión u oficio viene a ser, habitualmente, determinante de la pericia, de modo que se acostumbra a caracterizar al perito por su relación con alguna profesión u oficio. Si la prueba pericial se basa en la necesidad de conocimientos científicos o técnicos, para poder conocer o apreciar la fuente de prueba, dicho está que la primera circunstancia que tiene que concurrir en una persona para que pueda ser perito es su calificación profesional o técnica.

a.- Pericia científica

Según la Real Academia, ciencia es el conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales. Es el conjunto de conocimientos ciertos de las cosas por sus principios y sus causas. Existen las ciencias puras o exactas, naturales, de las letras, fisicoquímicas, económicas, sociales o humanas, como la psicología, antropología, sociología, periodismo, historia, filosofía, etc. La pericia científica se desarrolla mediante profesionales especialistas de una rama científica –no empírica- reconocida y aceptada.

Las pericias científicas están en función de las ciencias universalmente aceptadas u oficialmente reconocidas, y en el caso particular de los profesionales, debe tenerse en cuenta que la mayoría tiene aceptación normativa y orgánica y su ley constitutiva o reglamento fija sus competencias. Algunas pericias son fácilmente realizables, en tanto que otras requieren conocimientos científicos de alta especialización, generalmente universitarios, deben ser de tal nivel que el informe pueda realizarse de manera idónea, más allá de toda duda.

b.- Pericia artística

El Código manda a nombrar como perito a personas que tengan título en arte, se refiere a un arte de conocimiento, oficio, artesano especializado o arte en sentido genérico –pintura, escultura, arquitectura, las letras y la música-. Las artes están claramente identificadas y a ellas se refiere la norma, como figura pericial, aunque inusualmente utilizada en la práctica.

c.- Peritos técnicos y prácticos

Lo de perito técnicos, se refieren a no profesionales, cuya base no es una ciencia reconocida, sino un arte o especialidad. Se trata de una serie de conocimientos que llevan consigo la habilidad para usar los procedimientos o recursos de que se sirve la ciencia y el arte, tales conocimientos se les denomina técnicos. En cambio, cuando estos conocimientos son fruto de una simple repetición de actos, que no han precisado de estudios especiales, son estrictamente prácticos. Por exclusión, son aquellos que no tienen título en una ciencia o arte, pero es experimentado, versado o diestro en alguna materia. Generalmente no tienen grado profesional, al menos en la materia que deben rendir su informe, pero han adquirido su conocimiento, experiencia y saber por la continua práctica y por esa destreza adquirida se les califica para dar una opinión pericial experta.

6.- LAS PERICIAS PRIVADAS

El NCPC regula dos modalidades de pericia: la privada y la judicial. Señala el NCPC 44.1 “las partes podrán aportar, con la demanda o contestación, los dictámenes de peritos o informes técnicos elaborados por particulares, instituciones públicas o por medio de un colegio profesional. Se adjuntarán, con los demás documentos, instrumentos o materiales necesarios para su apreciación”.

Hasta hoy habíamos sostenido que los informes privados no eran pericias, conforme a nuestra regulación histórica de ese medio de prueba. La LEC española –enero del 2000- ha dado un giro copernicano al permitir y reconocerle valor a las pericias privadas. Sin embargo, debemos considerar que la prueba por peritos es una actividad procesal por naturaleza, por cuanto siempre tiene ocurrencia en un proceso o como medida procesal previa para un futuro proceso. De ahí que se la distinga de estudios ordenados por las partes o actividades similares extraprocesales, cuya función consiste en preparar o ilustrar a las partes sobre la procedencia o estimación de ciertas pretensiones o los efectos de hechos o cosas que son materia de negocios o de operaciones privadas.

Al margen del proceso siempre han existido, de hecho, pericias extrajudiciales, cuyo resultado se incorporaba al proceso en forma de prueba testifical o documental. Esos dictámenes son aportados con la demanda o la contestación y forman parte de las

alegaciones, y no de las pruebas. Nada obsta que a éstas se las denomine informes, certificaciones, pericias privadas, opiniones, encuestas o sondeos de opinión, inclusive dictámenes, pero no pericias en sentido jurídico-procesal.

Las pericias privadas, estudios pagados a instituciones, entidades expertas o informes particulares, en cuya elaboración no participó la parte contraria, no se respetó el derecho de contradicción, no se conoció la metodología, ni la parte a la que se opone tuvo la posibilidad de contradecir o de cuestionar los medios, fuentes y metodología empleada, además de que es sospechoso porque fue pagado por la parte interesada y donde hay paga no hay garantía de objetividad, no se respeta en estos casos el referido derecho a la prueba, es que en casos de oposición y a solicitud de la propia parte que está aportando la pericia privada, es que se permite luego nombrar un perito oficial de la Corte. Es requisito que la prueba pericial la dirija el órgano jurisdiccional en su calidad de destinatario.

La pericia extrajudicial solicitada por las partes tiene como destinatario inmediato a quien lo solicita y no el juez. Para que la prueba pericial sea válida se requiere, que se produzca dentro del proceso o como diligencia anticipada a este, pero siempre ante un juez y dentro de un proceso determinado, aunque nada obsta para que se produzca en otro y se incorpore y traslade a uno diverso. Con razón se afirma que los llamados peritos de parte constituyen una deformación de la prueba, ya que no se concilia el carácter de auxiliar del órgano judicial que tiene el perito, con su vinculación con una de las partes, como auxiliar del juez debe ser absolutamente imparcial y gozar de la independencia propia de todos los sujetos que cumplen funciones dentro del Poder Judicial, por eso ha sido calificado como “una monstruosidad jurídica” o como un sacrilegio que no debe tener mérito en la valoración probatoria. Como en la mitología griega, sería pretender introducir un caballo en Troya, en el proceso.

Al margen de sus consideraciones sobre el valor de estas pericias privadas, pagadas y aportadas por las partes, lo cierto es que a las partes le queda la posibilidad de ofrecer y que se evacúe prueba pericial, con un perito imparcial, nombrado por el tribunal, de una terna oficial.

¿Qué valor tendrá esa pericia privada? Dependerá de cada caso, de otras pruebas e incluso si se nombra o no perito oficial de la Corte y si hay o no contradicción grosera de ambas pericias.

Es recomendable que esas pericias privadas, para ser tomadas en cuenta y como sería, las haga una persona o institución independiente a la parte que la presentada, además que estructural e internamente cumpla con todos los requisitos de una pericial oficial.

7.- CONSULTA A INSTITUTOS O COLEGIOS PROFESIONALES

Señala 44.1 NCPC “las partes podrán aportar, con la demanda o contestación, los dictámenes de peritos o informes técnicos elaborados por..., instituciones públicas o por medio de un colegio profesional”. Distinta a la pericia privada es la figura de las consultas científicas o técnicas que se pueden pedir a Universidades, Colegios Profesionales, Instituciones Públicas, Centros o Laboratorios Especializados o Academias, en las que se solicita su opinión cuando se tratan de operaciones o conocimientos de alta especialidad o complejidad.

No se trata de prueba de informe de oficinas públicas, ya que no se solicita informe sobre hechos que resulten “relativos a actos o documentos de dichas oficinas” sino que se efectúa una consulta u opinión, o si se prefiere, se requiere información que se reputa calificada por la reputación o especialización de la entidad consultada. No rigen en cuanto a éstas las disposiciones relativas a la aceptación del cargo, remoción, reemplazo y recusación y las atinentes a la forma de producción y presentación del dictamen, pero en todo caso el informe deberá ser fundado.

Esta modalidad de peritaje puede ser suplementaria del dictamen pericial clásico, hoy la norma lo considera para ser valorado en sentencia, a pesar de no ser un informe pericial judicial, porque no hay designación propia, ni posesión, ni juramento, sino que se utiliza al funcionario permanente que desempeña actividades en la academia, colegio o institución respectiva, para interés de la parte que lo ofrece.

8.- DESIGNACIÓN DEL PERITO

El perito privado lo designa la propia parte que lo va a aportar. El oficial, lo nombra el juez de la audiencia preliminar –o inmediatamente después de esta- o el juez que instruye el proceso de audiencia única.

a.- El trámite de designación del perito

El perito oficial debe ser designado necesariamente por el juez, en principio, no puede ser designado ni nombrado por la parte, con la excepción que más adelante se verá. Si además un experto o un perito, sea o no de lista oficial, concurre, por propia iniciativa, ante el juez que conoce de un proceso y emite declaraciones técnicas o científicas, sobre los hechos del proceso o que interesan en una pericia, existirá un testimonio técnico y no un peritaje.

b.- La designación de la lista oficial

Los peritos judiciales serán designados de la lista elaborada por el Poder Judicial, tomando en cuenta la naturaleza y el objeto de la peritación. Si no existe experto en la lista

o los existentes no pueden rendir informe, se puede pedir a los colegios profesionales que remitan una lista de profesionales idóneos o terna, para hacer el nombramiento.

Al hacer el nombramiento, el tribunal indicará con precisión los aspectos sobre los cuales debe informar. Con base en el 161 LOPJ y facultad “reglamentaria” de normas prácticas para la aplicación del Código, han sido las circulares de la Corte, el Consejo Superior y de la Dirección Ejecutiva las que establecen los detalles del nombramiento, incluyendo las tarifas de honorarios.

c.- A quién se nombra

Al hacer el nombramiento el tribunal debe dar prioridad a profesionales reconocidos e incorporados a la lista oficial y a sus colegios profesionales respectivos. Solo si no hubiere profesionales –con título- o si habiéndolos no aceptaren, el juez nombrará a técnicos, finalmente a prácticos, es lo que se llama perito por inopia. Los nombramientos por inopia son de carácter excepcional, esta modalidad es utilizada cuando el juez no logra ubicar dentro de la lista oficial de peritos un profesional o especialista en un área requerida, o si existiendo personas inscritas en aquella ninguno acepta el nombramiento.

No habiendo título habilitante en cierta materia o siendo una especialidad derivada de una rama principal no obsta a la validez de la pericia.

d.- Aceptación del cargo

Comunicado el nombramiento al perito manifestará inmediatamente o dentro del tercer día, por cualquier medio idóneo, si acepta el cargo, de lo cual se dejará constancia. Si no acepta el cargo se hará nuevo nombramiento. Ya no es necesario la aceptación del cargo por medio de nota escrita, dirigida al Tribunal que lo nombró. En la misma idea de celeridad y concentración, la aceptación se puede hacer hoy hasta por medios electrónicos.

9.- DEBERES DEL PERITO

Los deberes del perito pueden resumirse así:

a) Aceptar el cargo –art. 44.2 NCPC-. La condición procesal de perito se adquiere no solo a raíz del nombramiento judicial sino, además, mediante la ulterior aceptación del cargo, acto facultativo.

b) Prestar juramento en el informe pericial: El “perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con objetividad e imparcialidad, y que conoce las sanciones penales y civiles en las que podría incurrir si incumpliera su deber” –art. 44.3, sin juramento no hay peritaje ni consecuencias legales, aunque puede ser subsanado después de rendido el informe.

c) Como ya no es necesario la aceptación del cargo ante el tribunal, quien era el que juramentaba al perito, ahora esa declaración o juramentación de decir verdad debe hacerla el perito al rendir su informe. Nada se opone que esa declaración la haga antes de rendir el informe, al aceptar el cargo, por cualquier medio.

d) Elaborar personalmente el informe pericial: el cargo de perito es personalísimo y por ello indelegable, el dictamen debe consignar conceptos personales del perito. Nada impide que se auxilie, para su preparación, con asistentes.

e) Actuar con imparcialidad, incorporando todos los elementos para validar su informe y no parcializándose con una parte o sirviéndose solo del aporte de una de ella – arts. 18 y 44.3-.

f) Excusarse de oficio, en caso de que le concurra cualquier causal de recusación y allanarse a la formulada, si fuere cierta la causal atribuida –arts. 18 y 44.3-

g) Fundamentar su dictamen y rendirlo en forma clara y precisa, este aspecto lo desarrollamos luego –art 44.3-.

h) Guardar el secreto sobre las operaciones y el resultado del informe hasta tanto no lo presenta, lo que conlleva la no injerencia de las partes en la elaboración, aunque si puede participar y aportar lo requerido en la fase de preparación, no del resultado.

i) Presentar de manera escrita, firmada y en idioma español el informe.

j) Exponer y evacuar dudas del examen oral de su informe –art. 44.4 NCPC-

k) A solicitud de parte hacer aclaraciones, ampliaciones, explicaciones de operaciones, métodos, premisas, fuentes del informe escrito –art. 44.4-.

10.- HONORARIOS DE LOS PERITOS JUDICIALES

Al perito corresponden dos tipos de derechos: por una parte, el derecho patrimonial a que se le suministre el dinero para los gastos y a percibir una remuneración por su labor, a ésta se le denomina honorarios, que se entiende como la retribución o estipendio que recibe por su trabajo quien ejerce o practica una profesión liberal -médico, arquitecto, abogado, ingeniero, entre otros-, a manera de sueldo. Conforme al artículo 161 LOPJ se faculta a la Corte Suprema para que periódicamente establezca tarifas para honorarios de peritos.

Señala el art. 44.2 a partir del párrafo 4º “los honorarios serán fijados al momento de la designación y se concederá un plazo de cinco días a la parte o las partes oferentes para su depósito. Si la parte contraria amplía los temas objeto de la pericia deberá contribuir proporcionalmente, según lo disponga el tribunal”.

La falta de depósito de los honorarios, en el plazo establecido, tendrá como consecuencia se prescinda total o parcial de la prueba, salvo que una de las partes mantenga el interés en su práctica, en cuyo caso deberá depositar la totalidad en el plazo de cinco días

siguientes al vencimiento del plazo anteriormente concedido. Los honorarios se girarán una vez concluida su labor.

Respecto a la determinación de sobre cuál de las partes recae la obligación de depositar los honorarios del perito, es indispensable establecer, en primer lugar, si la prueba es común o no. Reviste el carácter de común la prueba pericial cuando ambos litigantes participan en su ofrecimiento, ampliación y práctica, lo cual puede suceder bajo tres hipótesis:

a) Solo una parte haya ofrecido esa prueba, si el juez admitiere la prueba, deberá prevenir al único proponente el depósito de la totalidad de los honorarios,

b) Si la parte contraria, al contestar la demanda o replicarla, pide también dicha prueba pericial, cada una pagará el 50% de honorarios, salvo que los interrogatorios al perito versen sobre puntos diferentes en cuyo caso cada parte pagará la totalidad de honorarios.

c) Dentro de la audiencia conferida a las partes, quien no ofreció la prueba pide su ampliación o adición –no su aclaración-, en tal caso también deberá depositar la mitad de los honorarios y gastos, lo cual será proporcional si la parte estuviere formada por varias personas.

11.- ELABORACIÓN, TÉCNICA Y PRESENTACIÓN DEL DICTAMEN

Hoy sí hay norma expresa, de cómo debe presentar el perito el informe pericial. Dice el 44.3 “el informe será fundado y contendrá, de manera clara y precisa, una relación detallada de las operaciones practicadas, sus resultados, los elementos técnicos y probatorios utilizados y las conclusiones. Se adjuntarán los documentos y anexos respectivos, o se indicará la fuente correspondiente, cuando no sea posible anexarlos. Deberá presentarse al menos cinco días antes de la audiencia de práctica de pruebas”.

a.- El sistema mixto del informe: escrito e *in voce*

Como novedad, el Código –siguiendo el CPP y CPCA- ha optado por el sistema mixto de rendición del informe pericial:

a) Primero debe presentarse escrito y firmado por el perito, redactado en idioma español –porque todos los actos del proceso deben hacerse en nuestro idioma, principio de soberanía del idioma-, con números en caso de fórmulas matemáticas o datos numéricos. No se permite el informe inicial *in voce*, salvo las aclaraciones y ampliaciones que se rinden en audiencia. La forma escrita es necesaria para resguardar su autenticidad y estudiar su fundamentación, así como no se concibe una sentencia oral, no parece conveniente un peritaje oral;

b) Una vez rendido por escrito y habiéndose dado audiencia a las partes –antes de la audiencia de pruebas o única en no ordinarios-, pedidas por estas adiciones y aclaraciones por escrito, el peritaje será examinado en audiencia oral, en la que, con la presencia del perito que lo rindió, deberá aclarar y adicionar el informe, e incluso en algunos casos corregir, algún dato o resultado. Esto es consecuencia de la congruencia de un sistema con intermediación oral.

b.- Explicación de las investigaciones y operaciones

En primer lugar, es conveniente que el dictamen contenga los puntos objeto de pericia, a los efectos de ser congruentes con los artículos 44.1 y 35.1.6. El perito debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen su convicción sobre los puntos que vierte en su informe. De inmediato, como forma de salvaguardar el debido derecho de las partes, se dejará constancia de los eventuales procedimientos llevados a cabo por el perito y las operaciones realizadas para practicar el peritaje.

c.- Fundamentado y concluyente

El peritaje debe ser sobrio y fundamentado, esto es: justificado, razonado, apoyado, serio, formal, indicando los criterios expuestos, las reglas de la ciencia o los conocimientos utilizados, las fuentes, la valoración y los elementos comparativos utilizados. Se refiere a las razones o motivos que sirven de base a las conclusiones o dictamen propiamente dicho. El perito no es un oráculo, ni hay ciencias, técnicas o artes ocultas, por eso debe dar explicaciones que fundamenten su resultado.

Es esencial, pues, que el dictamen emitido esté fundamentado. La fundamentación, igual que ocurre en las resoluciones jurisdiccionales, permite que las partes y órgano jurisdiccional pueda conocer las máximas de experiencia técnicas y, además, valorar el dictamen en función del caso. Se hace preciso, por lo tanto, que la fundamentación contenga las operaciones seguidas y la exposición de las máximas que llevan al resultado. Es decir, el sometimiento del perito a la *lex artis* de la técnica a emplear. La esencialidad de dicha motivación en relación con el conocimiento del órgano jurisdiccional permite afirmar que, sin ésta, el informe es nulo.

El informe debe contener las conclusiones en concreto del perito. Esas conclusiones tienen que ser motivadas, en caso contrario, el peritaje no tendrá valor como pieza de convicción, transformándose en un mero acto de autoridad, ajeno a la función pericial.

Lo de que el informe debe ser concluyente, se refiere además que no sea especulativo, ambivalente, contradictorio, omisivo. Las conclusiones del peritaje deben ser

claras, precisas, coherentes, concretas a cada aspecto o cuestión examinada. Clara significa comprensible, entendible, inteligible, cierto, manifiesto transparente, que permite ver la luz de la ciencia que expone. Precisa es puntual, fijo, exacto, cierto y determinado, esto es que dé en el punto concreto independientemente del resultado, la idea del perito mítico, endiosado, ya no existe.

12.- REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFICACIA DEL INFORME

Siguiendo a Devis Echandía, y ajustando a la normativa vigente, para determinar el alcance de la validez y la eficacia del peritaje, deben concurrir diversos elementos:

- a) Que el perito haya sido nombrado en forma legal y la prueba ordenada en forma legal, en definitiva, que se trate de un acto procesal y de un encargo judicial;
- b) Que el perito haya sido capaz para desempeñar el cargo;
- c) Que el perito haya aceptado en forma el cargo;
- d) Que el peritaje haya sido presentado con causa y como efecto del proceso;
- e) Que el peritaje haya sido un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción;
- f) Que no exista prohibición legal de practicar este medio de prueba;
- g) Que el perito haya realizado personalmente su trabajo, salvo la ayuda de sus asistentes o colaboradores, especialmente en el procesamiento de información, que luego será valorada por él;
- h) Que sea un medio conducente respecto al hecho de probar;
- i) Que el perito sea competente, es decir verdadero experto para el desempeño de su cargo;
- j) Que no se haya probado una objeción por error grave;
- k) Que el dictamen esté o no debidamente fundamentado;
- l) Que se determine si las conclusiones son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos;
- m) Que del dictamen pericial se haya dado traslado a las partes;
- n) Que no haya habido retracto;
- o) Que otras pruebas no lo desvirtúen, aun cuando no haya habido objeción,
- q) Que el informe pericial debe presentarse de manera escrita, con copia para la parte;
- r) Que el peritaje haya sido examinado en audiencia oral, cuando así se hubiese ordenado de manera complementaria al informe escrito.

13.- EXAMEN DEL DICTAMEN EN AUDIENCIA ORAL Y EL CONSULTOR DE PARTE

Conforme al artículo 44.4 CPC “el dictamen pericial será examinado en la audiencia de prueba, primero por el proponente, luego por la parte contraria y finalmente por el tribunal...El perito deberá comparecer a la audiencia, salvo que las partes y el tribunal lo estimen innecesario. Quienes participen en la audiencia podrán hacer observaciones, pedir

aclaraciones, ampliaciones, explicaciones de operaciones, métodos, premisas, fuentes o incluso impugnar y cuestionar el informe con otros medios probatorios”.

Un aporte importante aporte del NCPC –siguiendo así a la ley Rac, el CPP y el CPCA- es que permite el interrogatorio oral del perito, a solicitud de una de las partes, donde las partes podrán estar presentes para que el perito aclare, amplíe o adicione su informe, según se le haya requerido o se le requiera en ese acto.

Esa exposición oral, sustituye la ampliación y contra ampliaciones que se dan en el sistema escrito, de manera que presentado el informe inicial escrito y solicitado por las partes o el tribunal adición o aclaración de dicho informe, tanto el examen del informe principal, como la ampliación, se podrán hacer oralmente, mediante una audiencia a las partes, por lo que no se requiere que el perito rinda nuevos informes(s) de la(s) ampliación(es).

Indica el art. 44.4 “para tal efecto –sic. examen oral del informe pericial-, las partes podrán contar con el auxilio de expertos técnicos o consultores”. La norma, al igual que otras normas nacionales, prevé la figura del consultor técnico o asesor técnico de parte, para que la asesore en el estudio o examen oral de los dictámenes de peritos e informes técnicos que se produzcan en el proceso.

El consultor técnico es un auxiliar de la parte que lo propone, y por ello, no está obligado a emitir su opinión cuando resulte desfavorable a ella y por ningún aspecto puede equipararse al perito. Obviamente, las partes pueden recurrir con entera libertad, sin necesidad de norma legal que las autorice, al consejo de expertos para el estudio de las cuestiones técnicas o científicas. El consultor técnico es un órgano procesal de la defensa de la parte que lo designa, no es un auxiliar del tribunal. Los consultores de parte ayudan y participan al lado de la parte que los ofreció, generalmente para el examen y debate de un informe pericial oficial, por lo que generalmente es un profesional en el área del perito oficial, que expone el informe. Se trata de un consultor designado por la parte, a la cual asesora en el estudio e interrogatorio de los dictámenes técnicos.

El consultor de parte tiene una similitud con el abogado, pues defiende la posición de su cliente, es remunerado y puede ser reemplazado. El tribunal no está obligado a seguir puntualmente las conclusiones del consultor técnico, como si se tratara de un perito, pues la labor de aquel es complementar o aclarar la pericia, pero no para sustituirla. La ampliación del peritaje lo mismo que las peticiones y observaciones de los consultores técnicos se pueden grabar en los mismos términos que las demás audiencias.

Hay una clara diferencia entre el consultor-perito y el perito oficial. Al requisito de que los peritajes deben nacer en el proceso para que tengan vida jurídica relevante, debe agregársele otro, y es que se trata de actividad de personas especialmente calificadas y de

una lista oficial, no el que una parte proponga y menos si ya lo aporta. Los peritos de parte no están sujetos a las condiciones legales de habilitación de los peritos corrientes para el nombramiento, no deben prestar juramento, ni están obligados a aceptar el cargo, ni están sujetos a las causales de excusa o de recusación que valen para el perito, no siendo del proceso no da un informe, el juez debe creerle al perito de parte, en la medida en que cree al abogado parte. Es dudosa además su imparcialidad, objetividad y bondad cuando hay paga, por eso es por lo que esta figura es análoga a la del abogado y se justifica su reconocimiento como una especie de defensor o patrocinio técnico, un verdadero defensor de los intereses de la parte que lo propuso.

14.- VERIFICACIÓN DE ESTADOS ECONÓMICOS Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Para la realización de auditorajes, inventario de bienes, determinación del estado económico, rendición de cuentas, informes contables o de cualquier otro tipo, el tribunal podrá nombrar profesionales en ciencias contables o en la especialidad requerida. Para la práctica de dicha prueba, el tribunal podrá ordenar cualquier otra prueba o requerir la información que sea necesaria. Se aplica al supuesto en que un perito deba rendir una especie de pericia contable, que establece fuentes y forma de obtener la información de respaldo.

El art. 44.6 incorpora una condición de propiedad accionara o cuotas para determinación del estado económico, rendición de cuentas, informes contables o de cualquier otro tipo. La norma señala “Cuando esta prueba se solicite de forma anticipada, solo podrá ser pedida por los socios, cuotistas, copropietarios o asociados respecto de personas jurídicas de las cuales sean parte o miembros, lo cual deberán demostrar en su solicitud. Cuando se trate de sociedades comerciales, los solicitantes deberán representar al menos el diez por ciento -10%- del capital o, en los demás casos, ser titulares de cuotas en la misma proporción”. Este porcentaje resulta mayor al establecido por la ley de protección a minorías societarias, que reforma el Cco.

LA PRUEBA DOCUMENTAL

1.- LA FUENTE Y EL MEDIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL. DIFERENCIAS

En la doctrina contemporánea, no son muchos los autores que se refieren a este tema y, cuando lo hacen, algunos confunden el *origen* -persona, cosa o lugar- donde puede ocurrir el interesado para procurarse el conocimiento de un determinado hecho, con el *mismo hecho que se procura demostrar*. Tal vez por eso es por lo que, la mayoría de los autores no desarrolla el tema, abordándolo tangencialmente al explicar cuáles son los *medios de prueba*.

A nuestro juicio, conviene detenerse en la formulación del concepto de *fuentes* toda vez que la cabal comprensión del fenómeno permitirá al estudioso distinguir entre *medio* y *fuentes* de prueba.

El elemento probatorio producido en el proceso se efectúa por el medio conocido como *documental* -o instrumental-, dándose la circunstancia de que el respectivo documento pertenece o está en poder de las partes o bien, de terceros. Tales documentos pueden ser instrumentos públicos o privados, anotaciones escritas no firmadas, fotografías, facsímiles o cualquier tipo de registración similar, etc., a todos el NCPC les otorga el mismo tratamiento y por ello resultan confusas para el intérprete.

2.- LA PRUEBA DOCUMENTAL COMO MEDIO DE ACREDITACIÓN

El vocablo *acreditación* es un neologismo que implica la sustantivación del verbo acreditar -hacer digno de crédito, probar la certeza de alguna proposición y, referido a algo con determinada apariencia, asegurar que es lo que parece-. Esta vinculación significativa de la *acreditación* con la creencia no es aceptada por algunos importantes autores, quienes encuentran en ella una fuente de confusión en cuanto también hay creencia en la convicción.

Sin embargo, en aras de explicar el tema con el mejor sentido docente, preferimos mostrar el medio de prueba de *acreditación* teniendo en vista una actitud judicial de absoluta *creencia* en la legitimidad o certeza impuesta por la ley respecto de ciertas cosas -a menos que se confirme por el interesado su inexistencia, invalidez o ineptitud probatoria- y en la aceptación generalizada que en toda sociedad tienen ciertos lenguajes simbólicos.

La *acreditación*, entonces, es una función que se hace en el presente para poder confirmar en el futuro la existencia de ciertos hechos y relaciones jurídicas. De tal modo, *acreditar* es dejar constancia de lo sucedido, no importa si con ello se refiere a un fenómeno de la naturaleza o a una expresión humana. Y esa constancia es, así de simple, la transmisión de un pensamiento o de una conducta a través de un objeto que confirma su realización.

Toda esta función de *acreditación* se haya legislado habitualmente bajo el rótulo de *documentos* o de *prueba documental*. En esta denominación quedan comprendidos, así, los *instrumentos públicos* y los *documentos privados*, auténticos e inauténticos, registrados en documentos clásicos o medios tecnológicos, pertenecientes a las partes procesales o a terceros.

Si bien se mira, todos los *documentos* mencionados muestran el común denominador *de ser escritos*, pero no todos sino solo algunos de ellos ostentan el importante valor que otorga el legislador a su continente o a su contenido al establecer que el juez debe aceptarlos

–en principio– como ciertos y confiables, lo que presenta obvio problema de interpretación sistemática al juzgador.

En la actualidad –cuando los adelantos tecnológicos han superado largamente las previsiones del legislador– se engloban ahora dentro de la denominación de *documentos* a un sinnúmero de cosas, escritas y no escritas tales como: fotografías, fotocopias, discos, llaves USB, registros de electrocardiogramas, logotipos, marcas de fábricas, etc.

De ahí que sea menester efectuar una adecuada sistematización de *todo* lo que la doctrina comprende dentro de la voz *prueba documental*, no solo para hacer asequible el tema sino, fundamentalmente, para facilitar la tarea judicial de evaluar medios de confirmación al momento de sentenciar.

En este orden de ideas, los medios de acreditación son siempre materiales y consisten en: instrumentos, documentos, monumentos y registros. Veamos cada ellos.

3.- FORMAS DE PRUEBA DOCUMENTAL

a.- El instrumento

Es una especie del medio de prueba documental mediante el cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas. La idea de instrumento está estrechamente ligada a la de fe pública y, por ende, a lo que es fehaciente, que comprende la dación de fe, la certificación y la autenticación.

Por ello, ejemplos de instrumentos son las escrituras públicas, los protocolos notariales, los expedientes y actas judiciales y administrativos, la correspondencia oficial, los asientos en libros de los corredores, los libros de registración de movimientos administrativos o judiciales, los títulos de las entidades financieras autorizadas para su emisión, los billetes, libretas y todo título emitido por los bancos, etc.

Como se ve, el instrumento –por definición– es siempre auténtico, cualidad que, en la terminología tradicional, la tiene solo el documento público -NCPC, 45.2- y algunas veces, cumpliendo ciertos requisitos, también el documento privado -NCPC, 45.3-. Volvemos sobre el tema más adelante.

b.- El documento -propriadamente dicho-

Es otra especie del género prueba documental mediante el cual se representa por escrito la materialización de un pensamiento o la descripción de circunstancias de las que alguien cree conveniente dejar memoria. En ambos casos, la escritura puede ser hecha con signos corrientes o convencionales. Ejemplos de documentos son todas las

representaciones escritas que contienen declaración de voluntad y que no constan en instrumentos -testamento ológrafo o cerrado, contratos privados, facturas, recibos, presupuestos, promesas de pago, reconocimientos de derechos, etc.- y las cartas privadas, los libros de comercio que no son llevados conforme con la ley, etc.

Así concebido, el documento es siempre privado e inauténtico y, por ende, no creíble *ad initio*, pero si eficaz procesalmente, por presunción –art. 45.3 NCPC-, puesto que la credibilidad se logra con su reconocimiento o no objeción, por la persona contra quien se opone.

c.- El documento público

El NCPC, 45.2 lo define como “todos aquellos redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones y los calificados con ese carácter por la ley. También, tendrán esa naturaleza los otorgados en el extranjero con ese carácter en virtud de tratados, convenios internacionales o el derecho internacional. A falta de norma escrita, tales documentos deben cumplir los requisitos del ordenamiento jurídico donde se hayan otorgado”. Nótese que, en dicha definición, el 45.2 NCPC, no hace distinciones, abandona el término instrumento público y unifica el tratamiento sin distinguir a los instrumentos, documentos y registros.

Esta clase de documentos se presumen auténticos, mientras no se demuestre su falsedad y hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos hace el funcionario que los autoriza, según lo preceptuado por el artículo 45.1 NCPC y 124 CNot. Esto significa que, con respecto al hecho de su elaboración, la fecha en que se expide, las declaraciones contenidas, tanto desde el punto de vista de su materialidad como del acto que contienen, los hechos, las situaciones, las demás circunstancias de que el funcionario haya dado fe y la firma de las partes y del funcionario de quien proviene, tiene la calidad de plena prueba frente a todos, es decir, *erga omnes*.

4.- DOCUMENTOS PRIVADOS

a.- Concepto

El NCPC 45.3 no define el documento privado, solo indica que es todo aquel que no tenga condición de público. Tradicionalmente se define como documento privado, por exclusión, como aquél que no es público o no reúne las condiciones para serlo. Es aquel documento, emanado de particulares en ejercicio de su libertad de contratación y autonomía de la voluntad y que no sea otorgado ante un notario público o expedido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo y dentro de su competencia.

b.- Tipos

Hay documentos privados escritos y/o firmados, bien autenticados, sin alcanzar por ello la condición de públicos –por ejemplo, razón de fecha cierta o autenticado por funcionario público o notario, Arts. 107 y 111 CNot-. Dentro de la acepción amplia de documento privado, el NCPC, 45.3 y el 48 tienen un error conceptual entre documentos privados y prueba científica, pues el NCPC 48 incluye dentro de ella a los llamados registros y también formas de documentos privados, como los calcos, fotografías o registros tecnológicos, como llaves USB, discos externos e imágenes radiográficas.

En principio, salvo norma legal en contrario, los actos y contratos no están sujetos a forma ni formalidades determinadas –Arts. 627, 1007 y 1022 CCi, 411 CCo-. Si eso es cierto, tendrán la condición de documentos privados:

a) Contratos privados, en general, es decir, los que no fueron otorgados en escritura pública, ni ante funcionarios públicos que le den tal carácter.

b) Libros de comercio o libros contables -251, 267 del CCo.

c) Asientos, registros y papeles domésticos,

d) Declaraciones de renta e impuestos en general -130 y 123 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios,

e) Cartas y correspondencia. Son los medios de comunicación entre personas que no se hallan en presencia unas de otras y puede ser telegráfica o por carta misiva,

f) Telegrama. Es una comunicación o despacho telegráfico hecho a través de reproducción digitada o reproducción de voz. En el telegrama la emisión es dirigida a un centro de correo nacional, quien los reproduce o imprime, para luego ser entregada con protesto, con o sin razón de recibido por el destinatario -Art. 418.b CCo, 402 y 415 del Código Fiscal,

g) Fotocopias simples -art. 27.2 NCPC y 121 CNot-. Las fotocopias que se presenten son válidas como prueba y no es necesario exigir sus originales, en tanto reproducen mecánicamente un documento original o auténtico,

h) Fecha cierta del documento privado -art. 45.8 NCPC- que veremos seguidamente;

j) Documento con tachaduras, roto e incompleto -75 y 96 del CNot, y 75 –en cuanto a las enmiendas o entrelineados.

k) Actas notariales. Son instrumentos públicos que se diferencian de las escrituras por su contenido, ya que las actas solo registran hechos y a solicitud de una de ellas, sin contradictorio y sin posibilidad de la otra de interponerse en su contenido, -101 del CNot, por ello, no tienen valor de prueba documental pública. En cuanto a los requisitos, los artículos 102, 104 y 107 CNot.

l) Fotografías. El art. 48 NCPC también lo admite expresamente en el elenco de documentos, por eso son admisibles para hacer constar el estado de una situación o de cosas en un momento determinado.

c.- Fecha cierta del documento privado

La fecha cierta es una presunción de existencia o certeza de un documento a partir de un momento histórico. El documento privado con razón de fecha cierta antecede en la data a su certeza existencial, por esa razón no tiene, para terceros, el mismo valor de una escritura pública.

La razón de fecha cierta no convierte, por arte de magia, en un documento privado en público, ni lo eleva a una categoría especial de valor superior al carácter privado que tiene tal documento, ni el juez puede atribuirle un valor de plena prueba, bajo pena de incurrir en un error de derecho en tal valoración. Es por esa razón que de acuerdo con los artículos 107 y 111 del CNot “la protocolización de documentos privados no les confiere la condición de instrumentos públicos” y “los documentos privados en que se practiquen autenticaciones, conservarán ese mismo carácter”.

La ley reconoce tres formas para darle presunción de existencia y fecha cierta a un documento privado, se entiende que ese momento de inicio lo es para terceros, pues para las partes el documento será válido y tendrá certeza a partir de su existencia o la fecha que en él se indique. Los supuestos legales –NCPC, 45.8- que atribuyen tal de fecha cierta son: “1) La muerte de alguno de los firmantes. 2) La presentación del documento ante cualquier oficina pública para que forme parte de un expediente con cualquier fin. 3) La presentación del documento ante un notario, a fin de que autentique la fecha en que se presente. Si el tercero al tiempo de contratar tuviera conocimiento de la existencia del documento, no podrá rechazarlo con el pretexto de que no se halla en uno de los tres casos anteriores.”

La razón de fecha cierta notarial debe cumplir con los requisitos que señala el art. 102 CNot, en lo pertinente.

5.- EL REGISTRO ¿ES PRUEBA “CIENTÍFICA”?

El “registro” es otra especie del género en estudio por el cual se captan técnicamente expresiones del hombre o de la naturaleza en general y las apariencias de las cosas, cuya materialización se hace de forma tal que puede ser perdurable y utilizable o reproducible a voluntad.

En sentido lato, se entiende por “registros”, aquella especie del género prueba documental consistente en todo objeto que sirve para ilustrar o comprobar algo. Toda representación objetiva destinada e idónea para reproducir una determinada manifestación de pensamiento, de voluntad o un hecho o un suceso o incluso un acto de la naturaleza. De esta suerte, pueden ser documentos las representaciones más variadas -visuales, auditivas, táctiles-, como lo son las tarjetas, marcas, signos, contraseñas, placas, estampas, grabados, fotografías, films, discos, grabaciones, pinturas y cualquier otro medio que haya captado

luzes, imágenes o sonidos, que representan mediante escritos o signos distintos de la escritura. Coincide con esta concepción, la etimología: la palabra procede del latín “*docere*” que significa mostrar, enseñar. Sentido lato, moderno, que consagra el nuevo Código, con un problema: muchos de estos registros –entendido como formas de prueba documental- los trata como “prueba científica” -NCPC, 48-, según veremos más adelante.

La vida actual nos muestra un sinfín de ejemplos del tema en cuestión: copias en general; grabaciones, discos en general; electrocardiogramas; huellas de personas, animales y cosas; negativos fotográficos y fílmicos, fotografías, radiografías; registros de voces, de sonidos, de luminosidad, de electromagnetismo, de fotoquímica, de dactiloscopia, etc.

Nada de ello es escrito. Por tanto, un registro no puede ostentar la categoría de instrumento ni la de documento. Como se ve, configura una categoría diferente y propia dentro de los medios de acreditación -nadie duda de que una fotografía algo acredita- que hasta hoy no ha sido convenientemente legislada. Por ejemplo, el NCPC 48 los confunde y regula separadamente de la prueba documental -45 NCPC- a través de la figura de medios “científicos”, confundiendo el medio de prueba con la práctica de la prueba. Establece la norma que se podrá ordenar “la práctica de reproducciones de cualquier naturaleza, calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, personas, documentos y lugares, radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y, en general, cualquier prueba científica.”

La prueba científica no comprende calcos, filmes o fotografías. Es un grave error conceptual del legislador. El problema es mayor si analizamos que la norma en cuestión indica que “en la audiencia se le dará a esta prueba el mismo tratamiento dispuesto para la prueba pericial”. Es decir, el 48 NCPC confunde la prueba documental con la prueba científica y le da tratamiento de prueba pericial. Si se estudia con detenimiento, se advertirá que ninguna de las dos normas se ocupa adecuadamente de este tema.

6.- LA REGULACIÓN SUSTANTIVA Y ADJETIVA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Ya explicamos antes, al estudiar los diferentes medios confirmatorios, que existe una marcada anarquía conceptual en la casi totalidad de los códigos que se ocupan del tema. En Costa Rica, casi todo lo relativo a los documentos en general y aun a su valor probatorio está contenido en el Código Civil. De tal forma, al ocuparse del tema los códigos procesales, se limitan a regular aspectos puramente procedimentales respecto de toda suerte de documentos -propios de las partes o de terceros, públicos o privados, ya sean instrumentos, documentos propiamente dichos o registros-.

Por ello, la explicación que sigue deberá conjugar tanto la regulación sustantiva como procesal, los cuales, necesariamente, deben complementarse recíprocamente.

7.- LOS REQUISITOS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Los requisitos abarcan lo referente a la existencia, a la validez y a la eficacia probatoria de este medio de prueba.

a.- Los requisitos de existencia del documento

La doctrina señala, que jurídicamente existe documento cuando:

a) Que tenga aptitud representativa de un hecho, de un concepto o de una idea cualquiera,

b) Que esté realizado por un acto humano

c) Y tenga significación propia y entidad confirmatoria.

Nótese que, contrariamente a la fuente que inspira la elaboración de este tema, no mencionamos a la firma del emisor como requisito de existencia -art. 45.3 para documentos privados-.

Sucede que las leyes en general, como ocurre con el NCPC 45, mencionan promiscuamente con el nombre de documentos a los que supra presentamos como instrumentos, documentos y registros. Y resulta obvio que no todos ellos requieren de firma para su existencia -por ejemplo, una fotografía, una llave USB o disco externo, un mojón, etc.-. Por lo demás, el tema de la discusión doctrinal está circunscrito desde hace mucho tiempo a los documentos privados -un billete de papel moneda, por ejemplo, no contiene firma original alguna-. Y la realidad actual demuestra que cabe repensar con seriedad la normativa que exige imprescindiblemente la firma del emisor. Si así no se hace, quedarán para siempre fuera de toda protección jurídica los millones de contratos que, por ejemplo, se realizan diariamente por la vía digital -e-mail- o “en línea” o medios que hoy ya son tradicionales: del télex, del fax. El 45.1 NCPC afortunadamente sí contempla estas posibilidades, remitiendo a leyes especiales su cotejo de autenticidad.

Finalmente: cuando se trata de instrumento escrito que naturalmente exige la firma, es obvio que -aquí sí- se trata de un requisito que hace a su existencia como tal -NCPC, 45.2 y 45.3-.

b.- Los requisitos de validez del documento

a) Que se haya elaborado voluntariamente,

b) Con las formalidades legales y llevado al proceso en forma legítima, con las formalidades de modo, tiempo y lugar exigidos por la ley -NCPC, 41.3, 35.2-;

Los documentos que estén en su poder en ese momento deben ser presentados por las partes con la demanda, reconvencción y contestación de ambas en toda clase de juicios -

NCPC, 35.1, 37 y 38-. Además, cuando la prueba documental no esté a su disposición, la parte interesada debe individualizarla, indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentra -art. 35.2 NCPC-.

El juez puede mandar que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos del NCPC 45.4, obligando a los terceros a exhibirlos. También se ha resuelto que las normas sobre oportunidad de presentación de documentos no son de orden público, por lo que su agregación tardía debe admitirse si es aceptada por la contraparte -NCPC, 41.3 in fine-.

Si los documentos se presentan en idioma extranjero, debe acompañarse su traducción realizada por traductor oficial -NCPC, 24.2-, y, tratándose de copias, que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su legítima expedición -para los documentos privados excepcionalmente se requiere el cotejo con el original: NCPC, 45.1 y 45.3, se parte de la presunción de su reconocimiento, salvo impugnación fundada de la contraria-.

c.- Los requisitos de eficacia del documento

Desde el punto de vista probatorio, son requisitos de eficacia:

- a) Que su contenido sea convincente;
- b) No haya otro medio confirmatorio válido en su contra;
- c) Que llegue al proceso sin violación de la reserva o del secreto que la ley le haya impuesto a su emisor o a su tenedor;
- d) Y completo, sin alteraciones, mutilaciones, tachaduras o enmiendas sin salvar adecuadamente de puño y letra del emisor o con la misma máquina con la cual se emitió,
- e) Que, en su caso, se haya hecho el registro -público- que exija la ley;
- f) Finalmente: cuando se encuentra emitido en el extranjero, que se cumplan todos los requisitos exigidos para su elaboración y autenticidad.

8.- EL VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Históricamente, el documento escrito es un medio de *prueba* muy posterior e inferior a la declaración de parte -recuérdese su calidad de *probatio probatissima*- y al testimonio de terceros. De ahí que, hasta la actualidad, a contrapelo de la historia y no obstante estar ello reñido con la lógica, mantiene una entidad probatoria menor en numerosos códigos vigentes. Sin embargo, en el mundo que no ató su destino judicial al sistema inquisitivo – en rigor, mucho antes de que este apareciera con el rigor perverso impuesto a fines del siglo XV– se adoptó la escritura para redactar notas a fin de rescatar la memoria de lo anotado en un futuro eventual.

En la actualidad, cuando la doctrina se maneja diferenciando adecuadamente a los instrumentos, los documentos, los monumentos y los registros, no cabe hablar con propiedad del valor probatorio de todo ello. Por tal razón, algunos códigos más modernos, como bien lo hace el NCPC 41.5, han dejado de preestablecer el valor probatorio de los diferentes medios, dejando que el libre y prudente arbitrio del juez opte por alguno de ellos en cada caso. En otras palabras: la ley no asigna un determinado valor que el juez debe respetar a todo trance. De tal modo, todos los medios de confirmación se convierten en simples medios de convicción que deben ser analizados en conjunto con el resto de las pruebas.

Con ello, se ha dejado de lado la asignación de un cierto valor a cada medio en particular, es decir, lo que se llama tasación de la prueba ya no rige en materia civil. De tal forma, el instrumento -documento público- tiene definitivo valor probatorio acerca de los hechos que el funcionario dador de fe afirma como cumplidos por él o por los propios interesados realizados en su presencia. Y ello hasta tanto el respectivo instrumento sea declarado falso -NCPC, 45.2-.

Diferente valor tiene las aseveraciones que los interesados expresan ante el dador de fe, ante notario, por ejemplo: ellas valen hasta la simple prueba en contrario por cualquiera de los legitimados para hacerlo. Por lo contrario, los documentos -documentos privados o simples documentos- que requieren ser reconocidos por sus firmantes tienen distinto valor “probatorio” según sea quien los firme: si la parte procesal, importa un reconocimiento equiparado a la declaración de parte -NCPC 45.6-. Sin embargo, unos y otros, tienen el valor que les asigne el juez conforme a las reglas de la sana crítica -NCPC, 41.5-.

9.- RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS

a.- Objeto

Solo los documentos privados requieren ser reconocidos, cuando no se aceptan tácita o expresamente. El NCPC 45.3 cambia con respecto al Código anterior, ya que el CPCD solo consagraba el reconocimiento en relación con los documentos suscritos o manuscritos por la parte contra quien se oponen o el causante, exceptuando los que contienen reproducción de la voz y la imagen, como es el caso de las grabaciones, sea en cinta magnetofónica, videos o en general los sistemas que resguardan audio y/o video y las fotografías, las que no se reconocen sino se constate su autenticidad por peritos –según se vio-, sin perjuicio de ser incorporados por otros medios.

El NCPC 45.3, elimina todas estas salvedades, indicando únicamente “documentos privados” y definiéndolos como aquellos que no son públicos, por lo que debe entenderse

que sea que emane o no de las partes, todo documento no público puede ser objeto de reconocimiento.

Aunque la norma tampoco lo distingue ni regula, el reconocimiento del documento puede ser total o parcial; del contenido o solo de la firma contra quien se requiere. Un ejemplo de reconocimiento total se da cuando se pretende que el testigo o la contraparte reconozcan o acepte su firma. Al hacerlo, de acuerdo con el 45.3 NCPC in fine, implica – salvo objeción, dice la norma-, hacer un muy buen contrainterrogatorio para romper esta presunción o implicación legal, que el testigo o parte reconoce el contenido y la causa que le dio origen.

El reconocimiento puede ser parcial, como se alegue alteración de parte del contenido o se han insertado cuestiones ajenas a las firmadas. En este supuesto, y dentro del contexto del caso, el juez se puede limitar a excluir el aspecto alterado o no reconocido.

Lo importante de la reforma es que da amplitud a la figura bajo el sistema de libertad probatoria y alejándose del sistema de prueba tasada, que son –a diferencia de la prueba oficiosa- los verdaderos caminos para llegar a la verdad procesal

b.- Sujetos llamados a reconocer: las partes y testigos

Otra amplitud, necesaria, es la que presenta el NCPC 45.3 al no distinguir entre partes y testigos a los sujetos que pueden ser llamados a reconocer determinado documento privado, aspecto que forma el área común entre la prueba documental con la de declaración de parte y la testimonial, en su práctica. Ello rompe con la circunscripción que hacía el derogado CPCD 388 a las partes. Esto resulta de vital importancia práctica pues si el firmante ya no es el representante actual, de quien lo rubricó, puede aquel o cualquiera que ahora funja con el apoderado, reconocer el documento, por su conocimiento, contenido o ejecución que haya hecho de él, evitando así desviar la atención en discusiones que se daban en la práctica de no reconocer un documento porque la parte a quien se le pide reconocer no lo había rubricado personalmente.

c.- Práctica del reconocimiento

En realidad, tratándose de si la persona a reconocer es parte o testigo, la práctica se centra en la forma de interrogatorios -NCPC, 41.4.5 –regla general-, 43.3 –testimonial-. No obstante, la manera de efectuar el reconocimiento varía de acuerdo con la clase de documento:

a) Si el documento está firmado, basta reconocer la firma para que se presuma cierto el contenido.

b) Si se reconoce la firma, pero no el texto o contenido, como se trata de una falsedad ideológica, que no es objeto de impugnación especial, sino de medio de defensa, le corresponde hacerla valer en el curso del proceso, en la forma ya señalada.

c) En el documento manuscrito basta el reconocimiento del texto, lo cual implica el del acto jurídico que allí se hace constar.

d) Cuando el documento está firmado a ruego, quien hace el reconocimiento debe manifestar si se extendió por orden suya, si el signatario obró en su nombre y si es cierto su contenido.

e) En caso de que, la persona llamada a reconocer el documento no sepa leer ni escribir, el juez debe leerle la totalidad del texto.

f) El reconocimiento se suple, ante la negativa de la parte, si el firmante o quien “prestó” su firma a ruego de otro y los dos testigos firmantes reconocen su firma y testifican el hecho de haber presenciado el otorgamiento -413 CCo-

g) Si quien no pudiere o no supiere firmar lo hizo mediante huella dactilar –arts. 76 y 92.f) CNot-, lo que se reconoce es la huella y en caso de negativa un examen técnico grafoscópico determinará su pertenencia a la persona.

h) El desconocimiento de cualquiera de esos aspectos implica que no se produzca el reconocimiento y, por ende, la carga de la prueba para establecer su autenticidad recae sobre la parte que allega el documento y pide la diligencia, aclarando que si la parte citada no está conforme con el documento.

10.- EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

El NCPC 45.4 regula el instituto probatorio de la exhibición de documentos que posea la contraria. Si una parte posee un documento de influencia decisiva, puede ordenarse su exhibición.

La principal reforma es que la norma sí establece las consecuencias de la negativa, por lo tanto, hay que partir del tratamiento de la exhibición como obligación procesal -y no como carga procesal como antes- ya que los efectos de su negativa radican en tener como hecho probado las afirmaciones de la parte contraria respecto del contenido del documento que no se cumplió con su exhibición; lo cual hace que la norma incorpore, con buen tino, inferencias de carácter presuntivo y con estructura bastante análoga a la *ficta confessio*, pero, repetimos, sin darle valor de plena prueba -NCPC, 41.5-.

11.- IMPUGNACIÓN DE DOCUMENTOS

Como hemos dicho, los documentos públicos, mientras no sean argüidos –sic. declarados- de falsos, se presumen auténticos -no de plena prueba como decía el CPCD- dice el NCPC 45.1, luego el NCPC 45.5 señala el camino para tal falsedad.

Los documentos que se incorporen a un proceso pudieron ser alterados o ser falsos en su contenido o su rúbrica, para eso el Código ha diseñado todo un mecanismo de impugnación de la falsedad, pero, a diferencia del CPCD- no distingue si se trata de documento público o privado. Aquí viene el primer cambio radical.

La falsedad del documento puede ser material que es la alteración total o parcial del texto, contenido o sustancia del documento o de la firma. En consecuencia, hay falsedad material cuando se borra, cambia o agrega cualquier parte del texto. Asimismo, si se suprime una firma o la que aparece no proviene de la persona a quien se atribuye.

La ley regula de diferente manera cada una de las falsedades. En efecto, en la material, la falsedad es un cuestión accesoria con efectos sobre el principal, que si se trata de documentos públicos podrá también declararse en sede penal –cuya sentencia tendrá cosa juzgada material -45.5 NCPC-. Si se trata de documentos privados su falsedad puede ser declarada tanto en sede civil – pero dicha declaratoria solo tendrá efectos en el mismo proceso-, como en sede penal. La falsedad intelectual, por el contrario, constituye el objeto principal de un proceso tendente a obtener la declaración de un vicio de la voluntad de un acto o contrato, donde la pretensión principal es precisamente esa falsedad –simulación, vicios del consentimiento, etc.-.

a.- Falsedad de documentos públicos

Como se señaló, el 45.5 no se refiere a la falsedad de los documentos públicos. Los artículos 359 y 360 del Código Penal regulan como un delito de acción pública, el delito de falsedad documental. Pero el juez civil, ahora, también tiene competencia para conocerla en el mismo proceso con efectos únicamente para el mismo caso civil, es decir sin consecuencia desde el punto de vista penal.

Volviendo a la competencia, para efectos punitivos, la competencia es penal, pero no necesariamente suspende por prejudicialidad el proceso civil. Pero, perfectamente, como el NCPC 45.5, ni el 34.2 diferencian entre documento público y privado, el juez civil podría conocer en el mismo proceso de tal falsedad, con efectos únicamente para el mismo proceso. Por virtud del referido principio de independencia judicial y de plenitud hermenéutica del derecho, tampoco un juez penal podría suspender, como medida cautelar, un proceso civil, por la alegación de falsedad en esa sede, de un documento.

Queda a salvo lo señalado en el artículo 34.2 NCPC, sobre la falsedad del documento base de un proceso hipotecario y prendario, que constituye una verdadera excepción a la regla que ahora comentamos.

b.- Falsedad de documentos privados

En cuanto a los documentos privado, el art. 45.5 NCPC faculta que su declaratoria de falsedad se pueda hacer libremente en vía civil y el NCPC 45.6 de verificación de documentos permite el cotejo de letras, prueba técnica y otros medios de prueba, en el mismo proceso donde se pretende hacer valer tal documento, nada obsta que también este tipo de documentos pueda ser impugnado en la vía penal, mediante denuncia por el delito de falsificación de documentos privados, previsto en el artículo 361 CPe, pero el juez civil tiene competencia concurrente con el penal para declarar su falsedad, como ocurre ahora también con el documento público.

Como vimos supra, un documento privado puede ser aceptado tácita o expresamente, si no se le impugna hacen fe entre las partes –NCPC 45.1. Si se trata de documentos públicos la ley presume su autenticidad –aunque ya no tendrá el valor de plena prueba 41.5 NCPC y 124 CNot-. En los casos de falsedad en sede civil permitidos por el Código, si el documento se hubiere presentado en la demanda o reconvención, los argumentos y la prueba de la falsedad se alegará y ofrecerá en la contestación o en la réplica.

En los demás casos, se debe impugnar en la audiencia –la norma no lo indica, pero por lógica es en la audiencia preliminar, si se trata de un proceso ordinario pues en ella se admite o rechaza la prueba -NCPC, 102.4-. Con ello, se elimina el incidente de falsedad de documento.

Aunque el NCPC no lo indica, por lógica, dado que se trata del análisis de la prueba ofrecida en la demanda y reconvención, en uno y otro caso, la falsedad debe decidirse en la sentencia definitiva, si no se presentan en tiempo y esa forma, mantendrán la presunción de validez señalada

Sin embargo, si ya se hubiere dictado sentencia firme y no se formuló la falsedad en debida forma, ya precluye la posibilidad, puesto que la sentencia ampara la presunción de verdad y porque además ya no habría nada que suspender si ya hubo sentencia, la única vía sería la demanda de revisión por la causal de falsedad de un documento del NCPC, 72.1.3.

LA PRUEBA DE INFORMES

1.- CONCEPTO

En cuanto al concepto para nosotros la prueba de informes es el medio de prueba autónomo, mediante el cual se incorpora al proceso un reporte o informe escrito, de entidades públicas o privadas, partes o no en el proceso, quienes transcriben y reportan al proceso actos, datos, resúmenes o conclusiones sobre actos, documentos, hechos, estadísticas o registros que resulten de antecedentes documentales preconstituidos conservados por dichas entidades.

2.- OBJETO

Desde esta perspectiva, la doctrina aporta una serie de hipótesis, basadas en la práctica jurisprudencial, en las cuales se considera justificada la prueba de informes:

a) Los que versen sobre precios vigentes en artículos, valores, servicios, cotizaciones, etc., emanados de entidades empresariales, bolsas de comercio, de valores, de trabajo, sindicatos,

b) El informe sobre la evolución de los precios oficiales de la onza de oro entre determinadas fechas;

c) Los que se requieren a un hospital respecto de la fecha de internación o curación de un paciente, estadía, tratamiento, historia clínica, incapacidad, etc.

d) Los que se solicitan a empresas concesionarias de servicios públicos, respecto del suministro de dichos servicios a determinada persona o entidad, lugar, época, precio.

e) Los que se piden a entidades profesionales o científicas respecto de usos y prácticas de un ramo o profesión; de conocimientos técnicos; por ejemplo, los informes de Facultades, Institutos, Academias, etc.

f) A bancos y otras instituciones de crédito de referencia a depósitos, movimientos de cuenta o saldos; acreditación o débito de cheques u otros valores, etc.

g) Informes requeridos a empresas comerciales o industriales referentes al sueldo o retribuciones que percibe un empleado u obrero; en juicios sobre prestación de alimentos o cuando se trata de acreditar por cualquier razón la ocupación, medios de vida o especialidad de una persona que allí se desempeña,

h) Relación de índices de precios de canasta básica o consumidor,

i) Historial y estadística de la devaluación de la moneda.

j) Estadística e histórico de tasas internacionales de referencia de operaciones bancarias estadística.

k) Resultado de estudios de mercado y de comportamiento de ciertos productos, servicios, precios o resultado de comparativos.

l) Los que se refieran a registros que lleve cualquier institución –temblores, precipitación pluvial, costos, marejadas,

m) En materias de incendios, cuestiones médico-legales, policía, accidentes de tránsito, de aviación, certificados, copias, atestados, dictámenes, investigaciones o informativos, motivados, técnicos o científicos, etc.

3.- REQUISITOS

El informe en sentido estricto es una reproducción o síntesis de datos, actos o documentos de un registro, una transcripción de datos de un registro a otro, un procesamiento de datos, actos o documentos, para dar como resultado un informe, lo cual a diferencia de la copia o reproducción de un documento que se puede pedir a una oficina pública –NCPC, 5.2- requiere el análisis de datos, operaciones aritméticas, selección de

información, verificación de datos y las fuentes, procesamiento y resultado de esas operaciones.

El verdadero informe tiene que partir de la existencia de un archivo o de unos documentos obrantes en él, respecto de los que se pide, no una certificación en sentido estricto, sino una labor de selección y coordinación, de unos antecedentes o tales documentos.

En forma genérica, el fin de la prueba de informes es el de lograr que las entidades –vimos que públicas o privadas-, con base en las informaciones, actos y registros, que consten en su dependencia, pueden aportar elementos probatorios al proceso. Con la prueba de informes se trata de incorporar al proceso por escrito datos de hecho, extraídos de antecedentes documentales preconstituidos que consten en “actos o documentos”, los archivos, libros o registros de entidades públicas o privadas.

El informe debe cumplir una serie de requisitos, para su válida incorporación al proceso o para “una justa decisión”, los cuales se suele clasificar en subjetivos y objetivos.

a) Subjetivos: Tiene tal el carácter de sujetos de la prueba informativa, el órgano judicial, las partes y los informantes. El primero, a título de destinatario de la prueba y de eventual promotor de ella; las partes, como proponentes, y los últimos en calidad, precisamente, de informantes.

En cuanto a las instituciones llamadas a rendir informes, el artículo 45.7 NCPC es amplia al indicar “persona física o jurídica, institución u oficina pública o privada” lo que pareciera que incluye a personas u oficinas privadas, instituciones privadas, notarios públicos y cualquier otra entidad que no sea pública, equiparando y modernizando con otros ordenamientos del derecho comparado. Sin embargo, de una lectura amplia del artículo 35.2 NCPC que se refiere a documentos que la parte no pueda obtener y aplicándola analógicamente a la prueba de informes –que se encuentra en el artículo de documentos- sí se podría sostener esta tesis y permitir que los informes lo rindan cualquier institución pública o privada, incluso un notario, de manera que al no poner el adjetivo de “pública” a “archivo” o “lugar donde se encuentre” permite sostener que tal institución puede ser un sujeto privado, incluso individual –bolsa de valores, agencia aduanal, concesionario de servicio, un notario público, etc.

b) Se trataría de hechos litigiosos, vale decir, controvertidos en el proceso; de hechos que no hayan sido admitidos o probados por otros medios, es decir, prueba pertinente o procedente -41.3 NCPC-,

c) Los datos base, han de constar en documentos, libros, archivos, sistemas informatizados, automatizados y similares;

d) De esos hechos litigiosos podría solicitarse informes o copia del documento que los contenga,

e) Como vimos, tales documentos deben constar en cualquier oficina pública o privadas –NCPC 45.7- dentro de estas últimas: Bolsas de Valores, Bancos, Financieras, Asociaciones, fundaciones, almacenes fiscales o de depósito e instituciones similares,

f) La admisión de la prueba se convierte en regla, y se aplica por igual a los mencionados entes, sean o no parte en el juicio de que se trate,

g) El juez debe disponer el requerimiento de la prueba por informe sobre los hechos litigiosos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en la entidad requerida, como manera de delimitar su contenido con respecto al objeto al cual se refiere y al lugar donde debe extraerse, para lo cual deberá calificar su pertinencia, es decir, si en verdad el hecho sobre el cual se pide la prueba y que, además consta en actos, documentos, libros, archivos u otros papeles de la entidad a la que se requiere, y, también, si tales instrumentos pueden encontrarse en manos de éstas,

h) El requerimiento de la prueba por informes, debe estar dirigido a la entidad más idónea para cumplir con las necesidades informativas pertinentes, ya que en casos contrario el informe puede resultar parcial, poco fiable, endeble y, como corolario, fácilmente destruible, pues en tal hipótesis la propia fuente, no daría suficiente garantía de certeza, o los elementos con los que cuenta no serían adecuados, o existiría otra fuente de mayor precisión o trascendencia.

Para el informante el requerimiento judicial de petición de informes constituye una carga pública, pues supone que las entidades, salvo por determinadas causas, no pueden excusarse a fin de evitar su contestación. Solo puede ser negada la contestación del informe si por sí mismo fuese inadmisibile, por ejemplo, porque los hechos no son los controvertidos en el proceso, o porque no resultan de la documentación, archivos o registros del requerido, o por causa justificada de secreto, aunque no de reserva.

¿Quiénes deben informar? En primer lugar, respecto a la persona del informante, algunos autores solo conceptúan como prueba de informes a aquella que proviene de terceros al proceso, pues si el informante fuera parte en el mismo proceso, se estaría ante otro tipo de prueba.

4.- TRÁMITE DE LA PRUEBA

Después de ofrecida la prueba, a petición de parte, o admitida de oficio, la prueba por informes consta de varios pasos en su producción, a saber:

a) La existencia de unos antecedentes documentales privados o públicos que deben ser transcritos fielmente,

b) Que la operación esté registrada en los libros o que de ella haya constancia escrita en los archivos,

c) Selección de estos documentos de acuerdo con la petición judicial lo que implica una verdadera valoración;

d) Coordinación de los documentos, lo que presupone otro juicio del informante,

- e) Declaración de ciencia, pues la selección y coordinación de los documentos genera una declaración implícita de conocimiento,
- f) Que se expidan bajo juramento de exactitud -45.7 NCPC), el cual se considera prestado por el solo hecho de la firma,
- g) Que los firme el funcionario autorizado para ello -lo que debe presumirse-.

5.- VALOR PROBATORIO DEL INFORME

En relación con el valor probatorio de los datos e informes, ante la ausencia de una regla expresa de valoración, será de libre valoración, bajo las reglas de la ciencia y conocimiento humano, consagrada en el 41.5 NCPC y ponderando todas las circunstancias de donde emana el informe, tales como naturaleza del documento, uso, fuentes, resultados, amalgama con otras pruebas, unidad de la prueba, la especialización, prestigio de la entidad que lo expide, las motivaciones, el prestigio de la entidad, posible vinculaciones con las partes, la circunstancia que se ha practicado sin contradictorio, cohesión interna, su concordancia con las otras pruebas, seriedad y motivación, etc.

DOCUMENTO ELECTRÓNICO O POR MEDIO TECNOLÓGICO

1.- OMISIÓN DE REGULACIÓN DE LA FIGURA

Resulta imprescindible hacer un análisis final de una especie de prueba documental que el NCPC menciona en varias partes de su articulado: el documento electrónico. Es referido como medio de prueba -NCPC. 41.2.6-; se menciona en los actos escritos con soporte tecnológico -NCPC, 2.6, 24.4, 25.1, 27.1, entre muchas otras normas-. Sin embargo, no se regula en ninguna parte, siendo excluida de la norma en comentario, donde, en teoría, debería estar normada.

2.- CONCEPTO DE DOCUMENTO ELECTRÓNICO

El documento electrónico es aquel que consta en un dispositivo magnético y para su conocimiento es necesaria la utilización de un instrumento electrónico que lo lea o lo genere. Su contenido es invisible al ojo humano, excepto su reproducción, de manera que no pueden ser aprehendidos por el hombre sin la intervención de un instrumento electrónico, tampoco posee caracteres de grafía personal directa, como los documentos clásicos, de allí que sea casi imposible su reconocimiento por su contenido.

Estos mecanismos ofrecen seguridad, aunque no al máximo, y están expuestos a los piratas informáticos o “hackers”, quienes hurtan las claves, se infiltran en las cuentas de clientes, suplantan registros de operaciones, sin embargo, hay una lucha constante de las empresas y bancos, para dotar con sistemas muy seguros, de confianza al cliente.

Como determinar si un “documento electrónico” es o no legítimo. En primer lugar, las claves de acceso, “password” o pin de seguridad, la autorización previa que se requiere para acceder un sistema de esta naturaleza, el registro electrónico de cada operación, algunas veces con un registro fotográfico o dispositivos ópticos de reconocimiento de caracteres, sonido o imagen y la firma electrónica, facilitan esa labor de control.

¿Qué valor tiene un “documento” o registro electrónico?, no tienen valor de plena prueba –porque la ley no se lo otorga- pero en el conjunto con el resto de la prueba, su reconocimiento, aceptación o efectos reales que surtió, –principio de unidad de la prueba- puede ser trascendente y demostrable lo que se quiere comprobar.

3.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PRUEBA POR DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Sobre el valor probatorio de los documentos electrónicos, es necesario señalar que, se produjo un cambio radical, respecto al Código Procesal Civil, con la promulgación de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, de 30 de agosto de 2005. Algunas normas de este texto legal validan el valor que tiene dichos documentos electrónicos.

Así señala el Artículo 1º: “Ámbito de aplicación. Esta Ley se aplicará a toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos o privados, salvo disposición legal en contrario, o que la naturaleza o los requisitos particulares del acto o negocio concretos resulten incompatibles...”. Cardinal 3º: “Reconocimiento de la equivalencia funcional. Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos. En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos.

No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular”. Numeral 4º: “Calificación jurídica y fuerza probatoria. Los documentos electrónicos se calificarán como públicos o privados, y se les reconocerá fuerza probatoria en las mismas condiciones que a los documentos físicos”. Ordinal 5º: “En particular y excepciones. En particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, contratos o negocios jurídicos, la utilización de documentos

electrónicos es válida para lo siguiente: a) La formación, formalización y ejecución de los contratos. ...No se podrán consignar en documentos electrónicos: a) Los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial...”.

4.- EL VALOR DE LOS CONVENIOS Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Como hemos señalado, se entiende por convenio celebrado por vía electrónica aquel en el que se hace constar la voluntad de las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos. La peculiaridad del convenio electrónico estriba en los mecanismos empleados para que quede constancia del acuerdo de las partes o la manifestación del consentimiento o sumisión. Efectivamente, son válidos los convenios que se celebren por medios electrónicos, como un correo o *e-mail*, siempre que dicha información -manifestaciones, ofertas, aceptaciones, etc.- sea accesible para su ulterior consulta. En consecuencia, los convenios que se pacten por medios electrónicos tendrán el mismo valor que un convenio escrito.

También debe tenerse presente, los aspectos procesales que deriven de un documento electrónico, como su incorporación, validez, valor e impugnación. En consideración a lo anterior hemos señalado que el NCPC regula este tipo de documentos como prueba científica, en el artículo 48. Como indicamos anteriormente, hay una evidente confusión de medios y fuentes en torno a las reproducciones de imagen y sonido, que puede ordenar el juez, como calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, documentos y lugares.

Dentro del concepto general de documento, como “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo” y en específico en la tipología de reproducciones mecánicas o de comunicaciones que dejen un respaldo físico -telex, fax, telegrama, correo electrónico y comunicación telemática en general-, es evidente que las comunicaciones telegráficas, radiográficas, telefónicas y cablegráficas tienen el carácter de documento, por eso el NCPC 48 debería estar ubicado en la sección de documentos -NCPC, 45- y no como “medios científicos”. En realidad, se trata de reproducciones físicas obtenidas a través de medios electromagnéticos, telemáticos y similares. Documento es todo objeto mueble-corporal que tiene la función de transmitir la representación escrita, emblemática o fonética de un dato jurídicamente relevante, se trata, como se dijo de la tesis de la representación apreciable no solo por la vista, sino también por otros sentidos -oídos, tacto -v.gr. escritura Braille-.

5.- ALGUNAS MODALIDADES DE DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Ya que el CPCD no se aventuró a enumerar algunas modalidades de documentos electrónicos y otra tanto han hecho algunas leyes especiales, pronto, algunos de ellos, quedaron en desuso, producto del vertiginoso avance de la tecnología. Cuando se

promulgó el CPCD en 1989, ni se conocía en nuestro medio el correo electrónico, las páginas web ni la contratación en línea.

a.- Fax

El fax es un mecanismo de transmisión de letras, imágenes o signos a distancia por medio de una línea de teléfono, por eso algunos lo denominan telecopia. Como el artículo 45 y 48 NCPC reconocen valor a todo documento que tenga carácter representativo y en general las reproducciones de cualquier clase, hacen prueba de los hechos o de las cosas representadas, en principio, el fax tiene el valor de un documento privado, puesto que se trata de una modalidad de comunicación de imagen a través de mecanismo telefónico y que como tal se permite su incorporación al proceso. La jurisprudencia lo ha admitido como forma válida de interrumpir la prescripción mercantil.

b.- Correo electrónico y páginas web

Pueden válidamente incorporarse al proceso, como documento, puede ser reproducidos, validados o reconocidos por los emisores, testigos, incluso con prueba pericial que valide su “autenticidad” y origen, también la parte a la que se le oponen puede reconocerlo tácita o expresamente, en cuyo caso se releva de prueba posterior –45.6 NCPC-. Pueden ser reproducidos o expuestos ante el juez mediante la consignación de un acta de reconocimiento judicial y por ello son válidos como simple medio de prueba. Si se impugna su autenticidad, por no ser escritos ni firmados, no es necesario alegar su falsedad penal, siendo válida la prueba pericial, la que puede consistir en examen de no alteración, no manipulación de la grabación, manipulación de imágenes e identificación de voz.

c.- Medios magnetofónicos –discos y similares-

Las llaves USB, cintas, los discos de registros, grabaciones, filmaciones, videocasete, DVD’s, los registros de la imagen y sonido, diskette y en general cualquier medio de soporte físico que sea capaz de reproducir datos, imágenes o sonidos se considera un medio magnetofónico o fonomagnético. Tienen como características que no son firmados ni manuscritos por las partes. Todos son reconocidos por la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos del 30 de agosto de 2005.

También el nuevo Código los menciona como medios “científicos” en el NCPC 48 cuando se refiere a los diversos tipos de documentos. Estos medios magnetofónicos, a diferencia de los gráficos, no son declarativos, sino representativos, aunque ya se producen algunos declarativos, registrados a través de medios magnéticos, como la firma digital o la firma mediante la huella digital u otro medio de identificación personal, como la voz y el iris del ojo. Por eso, en buena doctrina, son prueba documental, llamada “registros”, como se comentó al inicio.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL

1.- CONCEPTO

Aunque históricamente nuestros ordenamientos denominaron a esta prueba de “inspección ocular”, el término adecuado es “reconocimiento judicial”, pues en la inspección el juez puede utilizar todos los sentidos, ya no solo la vista. El *reconocimiento judicial* es la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso, que hace el juez de personas, lugares, cosas o documentos.

2.- OFRECIMIENTO Y OBJETO

El ofrecimiento del reconocimiento judicial debe hacerse en la demanda, contestación, reconvencción y sus réplicas. El proponente de la prueba “indicará los aspectos a constatar y manifestará si pretende concurrir al acto con algún técnico. La contraria podrá proponer, antes de la práctica del reconocimiento, otros aspectos de su interés” –art. 46.2.1 NCPC. Si no es del caso su rechazo –por impertinente- y la prueba es relevante e importante, el juez sí debe admitirla, su inadmisión configura un rechazo de prueba, controlable incluso en casación o apelación de la sentencia.

Es conveniente, en el ofrecimiento, indicar los aspectos que se quiere examinar, cual estado o situación se desea confirmar y hacer constar, precisamente el objeto de la prueba, lo que se pretende demostrar, especificando si ha de examinarse la totalidad del objeto, una parte de él o aspectos concretos, también si el objeto ha de encontrarse en una situación determinada -en funcionamiento o actividad-.

El reconocimiento tiene por objeto “el esclarecimiento y apreciación de hechos, cuando sea necesario o conveniente que el tribunal examine, por sí mismo, algún lugar, objeto o persona”. En cualquier proceso, el reconocimiento puede ser una de las pruebas más importantes y necesarias, especialmente cuando por el principio de inmediación de la prueba, el objeto a examinar y la naturaleza de la controversia, el juez se forma una noción más exacta del punto en discusión, del estado de tal objeto y con examinarlo se da una mejor idea del tema a decidir.

3.- PRÁCTICA

a.- Citación y participación de las partes, peritos y testigos

A la audiencia y con fines probatorios o aclaratorios, pueden participar diversos sujetos. De acuerdo con el artículo 46.2.2 “Las partes y sus abogados podrán concurrir al reconocimiento, formular las observaciones que consideren pertinentes y ofrecer

fotografías, calcos, grabaciones de imagen o sonido u otros semejantes para dejar constancia”.

Se consagra en la norma el derecho de las partes, sus apoderados o abogados de participar en el desarrollo de la prueba, lo que comprende el derecho de ingresar al lugar o aposentos en los que se desea practicar el reconocimiento, aun cuando la parte contraria se oponga, y si hay oposición el juez, por las potestad de autoridad, el principio de igualdad y el derecho de contradicción de la prueba, deberá autorizar el ingreso y participación, incluso permitirle hacer observaciones, manifestación, como se dijo de los principios de contradicción y publicidad, y en aplicación de la prohibición de que el juez apele a su saber privado como medio de prueba o pretenda monopolizar la fuente, el conocimiento o lo que existe, para poner así una venda a los litigantes.

Como todo medio de prueba el reconocimiento se tiene que efectuar respetando los principios de contradicción probatoria y publicidad procesal, a menos de que se trate del examen de personas, que se exige privacidad y discreción. En efecto, es necesaria la grabación de las circunstancias percibidas por el juez y en su caso las observaciones de los peritos, los testigos, partes o sus abogados presentes en el acto.

A pesar de la publicidad y oralidad relativa del reconocimiento, la no asistencia de una de las partes no impide la celebración del reconocimiento, ni es obstáculo para levantar el acta, para la parte es una carga, aunque para sus testigos y el perito es un deber.

b.- Concurrencia de peritos y testigos

El numeral 46.2.3 NCPC establece la posibilidad de que el reconocimiento se haga simultáneamente o acumulado con la prueba pericial “a solicitud de parte o de oficio se puede disponer la concurrencia de peritos o testigos a dicho acto, donde podrán ser examinados”. Es factible acudir específicamente a esos medios de prueba complementarios, pero condicionados a que lo que se pretende demostrar, guarde estrecha relación con el objeto del reconocimiento. Su objetivo es que el perito ilustre al juez, en virtud de que los hechos por examinar revisten carácter técnico, artístico o científico y exigen conocimientos que exceden de la cultura normal del juez, o a que es menester determinar los efectos técnicos o las causas de los hechos comunes que en la diligencia se verifiquen. La labor del perito consistirá en hacer percibir al juez las características técnicas del objeto reconocido por el juez. No es que el perito suplantará al juez, sino que aquél le auxilia en el análisis y consignación del resultado, desde un punto de vista técnico y descriptivo complementario.

c.- Colaboración de partes y terceros

Conforme al principio general contenido en el art. 4.2 del NCPC “las partes y los intervinientes deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la lealtad, a la probidad, al

respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario o dilatorio. Cualquier acto contrario a estos deberes será considerado como abuso procesal". Las partes y los terceros tienen el deber de prestar la máxima colaboración o cooperación, para la efectiva práctica del reconocimiento. La negativa injustificada de los terceros faculta a los tribunales para tomar las medidas conminatorias que correspondan, sin perjuicio de la posibilidad de testimoniar piezas para el Ministerio Público, si estima que se está ante la comisión de un ilícito.

Si la negativa injustificada procede de una de las partes, se le intimará a prestar colaboración; si mantiene su actitud, se podrá interpretar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho a probar. Se trata de una conducta de mala fe, desleal y a la probidad, tal conducta es sin duda un abuso procesal del cual se infiere, que quien esconde algo, acepta su culpa. La norma es una manifestación concreta de la regla general "la conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas", contenida en el art. 41.5 NCPC.

d.- Documentación del reconocimiento por medio tecnológicos

Contrario al sistema anterior, de la cultura del papel y siendo congruentes que la utilización de la tecnología ya no es necesario el acta del reconocimiento en papel o su elaboración a mano o diferido en el juez. Hoy el reconocimiento se documentará utilizando medios de grabación de imagen y sonido –arts. 24.4, 2.7, 41.4.5, 43.1 NCPC-. Cuando ello no sea posible, se consignará en un acta. Se asentarán, en el medio electrónico utilizado o en el acta, los aspectos relevantes. Solo en casos excepcionales se diferirá la documentación del reconocimiento judicial.

4.- EXAMEN DE PERSONAS

El artículo 46.2.5 NCPC permite de manera expresa el reconocimiento judicial de personas o *inspectio corporis*, cuando establece "en la práctica de reconocimiento de personas se tomarán las medidas necesarias, a fin de respetarles al máximo los derechos de la personalidad. Con esa finalidad, se les permitirá la compañía de algún familiar o persona de su confianza e incluso se podrá ordenar sin asistencia de partes o abogados, o en la propia casa o lugar donde se encuentre quien deba ser reconocido".

Se trata del reconocimiento de la persona humana en su entidad física, para hacer constar algún elemento relevante como similitud física, daños, lesiones o desfiguración, cicatriz, marca indeleble, comportamiento, estado físico o estado mental, cuando se trate de verificar su estado físico, exterioridades del cuerpo, las heridas, accidentes de trabajo o

marcas que tenga la persona, pudiendo recaer tanto sobre sus condiciones físicas, como sobre sus aptitudes mentales, anímicas, psicológicas, mentales, siquiátricas y cualidades.

Este medio no debe admitirse cuando se afecte el pudor del sujeto pasivo.

5.- VALOR Y APRECIACIÓN PROBATORIA

No obstante que el NCPC guarda silencio acerca de la apreciación otorgada por el juez al reconocimiento, aplicándose la norma general 41.5, el reconocimiento se valora “conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano”, criterio que comparte la doctrina mayoritaria. Se entiende entonces que el reconocimiento judicial es de libre apreciación por el juez, bajo las reglas de la lógica y la experiencia, aunque algún autor le da el carácter de plena prueba por ubicarlo en la categoría de instrumento público.

Nadie discute que la grabación o el acta es un documento público, pues elaborado por un funcionario público –el juez- con investidura, en el ejercicio de una potestad pública y con competencia para dotarlo de ese valor. No debe confundirse sin embargo que tenga el valor de documento público o de plena prueba, pues su contenido es refutable y por arte de magia no se convierte en un medio pleno.

Las deducciones, percepciones subjetivas, apreciaciones personales, de opinión o evaluaciones que el juez efectúe de los hechos observados por él, por ejemplo, respecto de si lo convencieron o no de la existencia o inexistencia de un hecho, son simples opiniones personales suyas, carentes de valor probatorio, que el mismo juez puede modificar en la sentencia o puede ser desvirtuadas por otros elementos probatorios, por lo que se excluyen de esa calidad probatoria, por ser ajenas al objeto del reconocimiento, puesto que al juez no le corresponde emitir conceptos, opiniones o inferencias, su función en el reconocimiento se circunscribe a dejar constancia de los hechos.

PRUEBA DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS

La reconstrucción de hechos no es propiamente un medio de prueba, por eso no se enumera como tal en la lista no taxativa. El reconocimiento judicial se practica para hacer constar el estado actual de las cosas o personas, en el momento presente en que se realiza. Pero a veces sucede que se desea reconstruir, para poder acercarse a la idea de cómo pudieron suceder unos hechos, relevantes para el proceso. Entonces el reconocimiento escapa, de su objeto, los hechos pasados transitorios –aunque pueden inspeccionarse sus huellas o rastros- y los futuros -pero pueden examinarse los hechos presentes que pueden

servir de causa a aquéllos –ejp deterioro de los pilares de un edificio que provocará el derrumbe de una construcción-.

Las conductas humanas, en cuanto se exteriorizan en una actividad realizada de determinada manera y en un lugar especial, pueden ser objeto de reconocimiento especial que se conoce como “reconstrucción de hechos” y es considerado también como un experimento judicial. Reconstruir un hecho pretérito es pues, rehacer, repasar, tratar de restablecer o revivir al presente lo que sucedió en el pasado, recuperando, recobrando resucitando al presente, de manera más aproximada de un evento pasado.

La forma de realizarlo, al igual que el reconocimiento judicial –como dice la norma-, es reconstruyendo o recorriendo el camino del evento que se pretende recrear o revivir, haciendo un recorrido del trayecto de ese evento.

PRUEBA DE MEDIOS CIENTÍFICOS

La norma reproduce el art. 412 CPCD y legislaciones modernas como el Código Modelo para Iberoamérica, el de Uruguay 1988, el de Colombia 2012, entre muchos. Sin embargo, para la doctrina procesal científica, no son medios de prueba.

1.- CONCEPTO

Para Verbic prueba científica podría considerarse como el “resultado probatorio que, a través de la utilización de métodos científicos, se obtiene respecto de enunciados de hecho cuyo análisis y valoración escapa al conocimiento de la cultura media del juez”, el destacado profesor argentino concluye y critica la inclusión como medio de prueba autónomo en diversos ordenamientos. Taruffo, por su parte, sostiene que, si bien se trata de una noción que no se encuentra determinada con exactitud, el significado de prueba científica resulta claro en la medida que involucra todas las hipótesis en que se emplean metodologías científicas para juzgar la veracidad de un hecho relevante para la decisión del caso.

2.- SU INCORPORACIÓN AL PROCESO

La prueba científica, en cuanto argumento de prueba calificado, por lo general ingresa al proceso con la colaboración de expertos en la materia a la cual se refiere. Verbic señala que históricamente se ha recurrido a diversos instrumentos para consentir al juez la utilización de conocimientos científicos y técnicos especiales, cada uno de los cuales presenta en su estado puro ventajas y desventajas, que en general se reducen en los ordenamientos procesales concretos con motivo de su utilización conjunta. Ellos se encuentran representados por: **a)** la nómina de expertos realizada por el juez en relación

con la exigencia del caso concreto; **b)** la integración de colegios especiales integrados por expertos, designados en función de la particular naturaleza de las controversias que deben resolver; y **c)** la presentación de expertos en el proceso por iniciativa de las partes.

Nuestro país, ha seguido el primer sistema, puesto que el art. 48 señale “en la audiencia se le dará a esta prueba el mismo tratamiento dispuesto para la prueba pericial”, por ello nos parecía más preciso el art. 413 del CPCD, puesto que más que el procedimiento del peritaje, la que interesa, para apreciar –como decía el 413 CPDD- este medio, es el nombramiento de un perito para tales fines, puesto que la labor más importantes es precisamente esa, que por medio de un experto, el juez tenga mejores elementos de apreciación, valoración y estimación de la prueba. Y es que, el problema se presenta en términos paradójales ya que se exige al juez valorar racionalmente elementos de prueba que por definición van más allá de los límites de la cultura media que el sistema presupone reunidos en su persona y muchas veces encontrará que en las ciencias exactas –no las blandas- su carácter es vinculante por el resultado científico exacto, o ¿Será que acaso podrá acudir al argumento de la libre apreciación del informe pericial? Es el dilema al que se enfrenta la denominada prueba científica y que ha llevado a debates “científicos” y una regulación normativa especial en Norteamérica, precisamente por el riesgo de que juez vaya contra la ciencia dura o desatienda sus resultados científicos, probados a través de un método no empírico o de simple opinión como nuestra ciencia.