
EL RETO DEL DERECHO PROCESAL EN MATERIA PROBATORIA EN EL INICIO DEL SIGLO XXI

Dr. Carlos PÉREZ GONZÁLEZ*

Parte importante del derecho procesal en el inicio del siglo XXI, lo constituye sin duda la prueba y los medios de prueba, no tan solo por los avances tecnológicos, sino también por la propia dinámica de los hechos y actos jurídicos de la vida actual con sus requerimientos y exigencias que nos obliga a que nuestros ordenamientos jurídicos, en la misma medida, se modernicen para justamente enfrentar los retos en la conflictiva social del siglo XXI.

La fuente importante lo constituye la prueba, que al ser lícita cubre y satisface los extremos jurídicos, pero lamentablemente no ocurre así, por el contrario, los conflictos de intereses ocasionan en las diversas capas sociales en la transgresión de los ordenamientos jurídicos, lo que constituye y motiva con más frecuencia que lo deseable, en la ilicitud, lo que hace hoy en día tener una percepción para atender debidamente la solución de los diversos litigios; para ello conviene tener presente lo siguiente:

Se pretende realizar un estudio acerca del derecho a la prueba como categoría jurídica protegible en el proceso civil, para aportar algunas consideraciones hacia los estudiosos del derecho, en especial a los estudiantes universitarios de ciencias jurídicas, igualmente se pretende respecto al derecho a la prueba, es colocarla como se ha mencionado en una categoría jurídica protegible en los procesos judiciales, tomando como base la norma constitucional (norma primaria) que nos remite al Código de Procedimientos Civiles (norma secundaria) en cuanto al procedimiento y requisitos que se deben satisfacer en el cumplimiento y el goce de dicho derecho, a la prueba como categoría jurídica protegible en los procesos judiciales, para que ayude también a profesionales de las ciencias

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM.

jurídicas y personas interesadas en la materia teniendo así una orientación doctrinaria y jurídica que facilite entender la lógica del derecho a la prueba.

La prueba se presenta a lo largo de la historia, cuando surge la necesidad de probar la verdad de un hecho o acto, y en el campo procesal es fundamental, pues consiste en la certeza en el juez sobre la existencia de los hechos que se someten a su consideración.

1. En el proceso nuestro se establece constitucionalmente que toda persona para ser privada de un derecho debe ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (Arts. 14 y 16 Constitucionales).
2. De lo anterior se establece que al que se le vincule una posible pérdida o transgresión de un derecho tiene la oportunidad de demostrar y desvirtuar cualquier alegación en su contra. La actividad probatoria descansa en el principio de aportación de parte, consistente en que las partes incorporan los hechos al proceso y que poseen la facultad de aceptar como existentes los hechos alegados por la parte contraria. El sistema probatorio es un catalogo claramente definido, no admite ningún otro medio probatorio fuera de los contenidos en la norma procesal (código de procedimientos civiles). Corresponde al actor la obligación de rendir prueba y al demandado como derecho de defensa la oposición de excepciones en términos generales, ya que al tratarse de derechos colectivos o difusos o acaso en derechos humanos, no siempre resulta así, con los medios de prueba: la prueba instrumental, prueba testimonial, prueba pericial, inspección judicial, prueba por confesión y prueba por presunción.¹

La Influencia del Constitucionalismo en el Proceso Civil.- Todos podemos convenir en que la Constitución Política es una norma cualitativamente distinta en la medida en que incorpora un sistema de valores esenciales que ha de constituir forzosamente el orden de convivencia política. También es obligado partir de que se trata de la norma que está en la cúspide del ordenamiento jurídico y que, sin perjuicio de su aplicación directa, tiene una característica específica, y es la de conformar al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución es, pues, la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico.

La doctrina clásica constitucionalista extrae de esta primera afirmación tres consecuencias:

¹ Pallares Eduardo, *Derecho procesal civil*, Porrúa S A, 12ª edición, México, 1996, Pág. 35

- La Constitución impone al legislador límites, que le impiden dictar normas que contravengan los que en ella aparezcan como derechos fundamentales.
- Es un mandato al juez para que como norma fundamental, observe estrictamente la jerarquía normativa, es decir que aplique la Constitución porque justamente se encuentra en el vértice de la pirámide normativa.
- Es un elemento de integración o interpretación del ordenamiento jurídico, por ello, conviene partir de algunas consecuencias de principios constitucionales básicos.

En primer lugar es obligado aludir a la Constitución como fuente principal del Derecho. La Constitución es una norma directamente aplicable por el juez y por el resto de los órganos llamados eventualmente a aplicar el derecho, lo que significa su eficacia directa para los jueces, derivada de lo dispuesto en los artículos 14 y 16 Constitucionales. Además de ser por lo tanto, una fuente del derecho; es la fuente formal de mayor jerarquía, lo que a su vez, implica que también al resto de las fuentes del derecho incluida la Ley, porque tienen la posición subordinada a ella que la propia Ley fundamental les atribuye. Consecuentemente, el resto de las normas están subordinadas a la Constitución no sólo formalmente, sino desde un punto de vista material, lo que significa que el resto de las fuentes no la pueden contradecir (y de hacerlo serán o interpretadas conforme a la constitución o simplemente, expulsadas del ordenamiento por el órgano que tenga dicha función) el contenido de la Constitución, de modo que no formarán parte del ordenamiento jurídico sólo las normas material y formalmente acordes con los presupuestos constitucionales.

Como acertadamente resume Tinetti: “a) la Constitución es Derecho, no se trata de una Institución ideal o simbólica, sino de un documento jurídico y como tal vinculante: b) La Constitución tiene un valor normativo y directo; c) no solamente es una norma, sino la primera de las normas del ordenamiento jurídico, la Ley superior”,² de derechos y libertades fundamentales, las normas no están situadas en el ordenamiento como simples declaraciones de principios, sino que, bien por el contrario, están situadas en él para precisamente, servir de normas de garantía y de aplicación directa por los propios tribunales de Justicia. Entre Constitución y Proceso civil, la cuestión reside en determinar qué integra el derecho fundamental de acceso al proceso y los derechos que han de respetarse en el mismo, y cómo se aseguran estos derechos dentro del proceso, es

² Bertrand Galindo, Francisco Tinetti, José Albino; Kuri de Mendoza, Silvia Lizett, Orellana, Maria Elena; *Manual de Derecho Constitucional*, Centro de Investigación y Capacitación, San Salvador, 1992, p 148.

decir como se respetan dentro de él las denominadas garantías procesales constitucionalizadas.

El derecho al debido proceso es denominado en el Derecho constitucional “derecho o garantía de audiencia”, pero como ha resaltado la totalidad de la doctrina, este derecho de audiencia es el mismo que con otras denominaciones se recoge en otros ordenamientos jurídicos (derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión).

Lo primero que se debe destacar es que configurado el derecho a la prueba como un derecho fundamental implica una doble proyección; es un parámetro para fijar la constitucionalidad de las normas, es decir un límite al legislador, que no podrá dictar normas que contravengan este derecho fundamental; en definitiva que de uno u otro modo impidan a los ciudadanos la posibilidad de anticipar en condiciones de igualdad de armas en un proceso para hacer valer en él sus derechos e intereses, lo que a su vez se divide en la necesidad de un juicio previo y en la necesidad de que en él se respete la garantía de defensa, incluido el derecho al uso de los medios de prueba pertinentes. Pero por otro lado es un deber que corresponde a los tribunales respetarlo, y un derecho de los ciudadanos directamente ejecutable y aplicable por los mismos. Nuestra Constitución tiene eficacia normativa, es decir, no precisa de la interposición de una norma reglamentaria para que tengan efectividad. En definitiva, el derecho al debido proceso, y dentro de él, el derecho a la defensa, incluyéndose el de valerse de los medios de prueba para ello, es un derecho aplicable a toda clase de procesos, aunque está sujeto a las formalidades establecidas en la legislación procesal. El hecho de que exista la norma procesal, precisamente por el límite al legislador o por la interpretación conforme a la Constitución, impone no solamente la necesidad de normalmente cumplir con sus mandatos, sino desde el lado negativo, impone la absoluta necesidad de que la Ley so pena de inconstitucionalidad, respete el contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, pues se encuentra necesariamente vinculada a la Constitución como ley más fuerte. Por ello, este derecho fundamental, hoy constitucionalizado es de necesario reconocimiento en las leyes procesales en cualquier clase de procedimiento, según su estructura.

El derecho a utilizar los medios de prueba, sentados ya los puntos de partida del derecho al debido proceso, y a la defensa, igualdad de armas y contradicción, en el análisis concreto de las consecuencias que ello tiene en el derecho a la prueba, más concretamente del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. El derecho a la utilización de medios de prueba, “derecho a la libertad probatoria”, que como hemos visto es inseparable

del derecho de defensa, consiste básicamente en que los medios de prueba pertinentes sean admitidos y las pruebas sean practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocer u obstaculizar el derecho, incluso prefiriendo el acceso en la admisión que la restricción o el rechazo en caso de duda. Ahora bien ¿cuál es el ámbito específico de este Derecho? Nos referimos al ámbito estricto de aplicación del principio a los procesos civiles. Desde esta perspectiva este derecho ampara exclusivamente las actuaciones en los procesos civiles en las que por el órgano judicial se deja indefensa a una parte a causa de una decisión relacionada con la actividad probatoria que afecte a cualquiera de las fases en las que a su vez puede subdividirse (ofrecimiento, admisión, práctica y valoración), Por lo tanto podrá producirse, cuando el juez decida no abrir el período probatorio es decir que resuelva como si se tratara de una cuestión de mero derecho, sin justificación, o cuando llegados al segundo, resuelva no admitir alguno de los medios. También cuando en la práctica incumpla las normas que regulan la actividad probatoria, siempre que ello tenga trascendencia constitucional y no sea una cuestión de mera legalidad. Finalmente, cuando la valoración sea contraria a las normas procesales siempre que alcance la misma relevancia. Algunos principios del proceso civil relacionados con el derecho a la prueba. Tras resaltar la dimensión constitucional del derecho a la prueba (o por mejor decir del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes, con el alcance que hemos analizado), para la posterior comprensión de las cuestiones que trataremos sobre el objeto de prueba conviene que fijemos algunos principios del proceso civil.

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

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

que está en juego no sólo el interés de la parte, que puede tenerlo o no, sino un cierto interés público. En estos procesos regirá el principio exactamente contrario, el inquisitivo y en consecuencia, el Estado tiene interés en el objeto del proceso. En estas ocasiones, la acción puede ser entablada por un órgano del Estado quien actúa ante los tribunales en representación de quienes no pueden acudir por sí mismos (menores e incapaces). Por lo tanto, en todos los procesos en los que se encuentra plenamente vigente el principio dispositivo, las partes han de ser dueñas de continuar adelante o no en el proceso, de decidir el modo de continuación y de terminarlo de forma normal o anormal. Dado que se actúan derechos privados y que el ordenamiento reconoce la posibilidad de renunciar a ellos en la mayor parte de los casos, de llegar a transacciones, de dejarlos en suspenso, de aceptarlos plenamente en los procesos regidos por el principio dispositivo, siempre que lo permita el ordenamiento, el actor podrá desistir de la acción, transigir suspender el curso del proceso, modificar si se permite el objeto de la pretensión o desistir del proceso para poder después iniciar otro. Y, por consiguiente, el demandado podrá reconocer la pretensión del actor mediante el allanamiento, o aceptarla parcialmente en la transacción. La tercera consecuencia surge ya necesariamente de lo anterior, si son las partes las únicas que pueden decidir ejercitar el derecho de acción y delimitar el objeto del proceso, el juez está a su vez obligado a decidir según las pretensiones de las partes y no solamente en el momento de dictar sentencia en el que rige plenamente el principio de congruencia, sino en la apelación donde están limitados por el objeto del proceso y por el contenido de la sentencia dictada en la instancia.

A las partes les corresponde el poder de disponer del proceso, de decidir si ponen o no en marcha la pretensión conforme al principio dispositivo, las facultades de dirección material del proceso corresponden a las partes, en el sentido de que los medios de prueba se aportan al proceso por ellas y solamente ellas, desde luego el juez es quien tiene en exclusiva la capacidad de introducir los hechos constitutivos de su pretensión o de la resistencia a la misma, al admitirlas, o no. Las partes, por lo tanto, en la medida en que pueden introducir hechos en el proceso, tienen naturalmente la de reconocer como ciertos los alegados por la otra parte, lo que provoca como directa consecuencia que el Juez deba tenerlos como ciertos, el ámbito de la controversia, queda también determinado por las partes lo que como veremos, delimita el objeto de la prueba. Sobre las partes recae la carga de la prueba, quiere decir, que sólo las partes tienen en nuestro ordenamiento la capacidad de interesar el recibimiento del juicio a prueba y de proponer los medios de que intentan valerse, con las excepciones de la prueba de oficio.

Define Montero Aroca a la prueba como “la actividad procesal que tiende alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”.³ Con esta definición trata el ilustre procesalista de zanjar la vieja polémica sobre la función de la prueba y sobre si en el proceso civil se trata de averiguar la verdad material o la verdad procesal. Y es que en realidad, lo que nos importa en el proceso civil es si las afirmaciones de hecho de una de las partes han quedado establecidas en el litigio de modo que pueda estimarse su pretensión o su resistencia, independientemente de que esa afirmación de hecho sea o no sea exactamente la verdad como concepto de ajuste a la realidad de un determinado hecho. Así, si bien por reconocimiento de una de las partes, bien porque se trata de una presunción legal, algo es cierto en el proceso, así se afirmará en la sentencia, con independencia de que lo afirmado sea toda la verdad.

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

³ Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 1998, p. 55.

¿Qué puede probarse? El objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones de los hechos en relación con lo alegado por las partes. Los hechos no se comprueban, se conocen. Las afirmaciones de hechos no se conocen, por lo que se prueban partiendo de que nos estamos refiriendo al concepto general de los hechos que pueden ser probados y no al concreto de los que deben ser probados (en cuyo caso sí es evidente que nos referimos al tema de la prueba), los acontecimientos y circunstancias concretas determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico. Devis Echandía, en consecuencia, considera que dentro de los hechos se comprenden:

a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y los actos humanos involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias de tiempo, lugar y modo; b) todos los hechos de la naturaleza, es decir, aquellos en los que interviene la voluntad humana; c) las cosas u objetos materiales y los lugares, es decir cualquier aspecto de la realidad material, sea o no sea producto del hombre o sobre ellos haya incidido o no la actividad humana; d) la propia persona humana, en cuanto realidad material, tanto en lo que se refiere a su propia existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades; e) los estados psíquicos o internos del hombre, pues aun cuando no tengan materialidad en sí mismos, sí tienen entidad propia, y como el derecho objetivo los contempla a veces en tanto que presupuestos de consecuencias jurídicas, han de poder ser objeto de prueba. Las normas jurídicas: como es sabido, el principio *iura novic curia* implica que el juez tiene obligación de conocer el derecho así como que el juez no puede incurrir en el *non liquet*. Pero al mismo tiempo, es evidente que la obligación que el juez tiene de conocer el derecho (*da mihi factum dabo tibi*) se refiere exclusivamente al derecho interno, pero no al derecho extranjero. En este caso todos los ordenamientos exigen a la parte que acredite la vigencia y aplicabilidad al caso del derecho extranjero, aunque ello no implica que el juez pueda no conocerlo.

Pero, además, la costumbre, el derecho histórico no vigente, e incluso las normas estatutarias y no generales, deben y han de ser objeto de la prueba en el proceso y por lo tanto que las reglas de la carga de la prueba afectan a estos últimos, con la consecuencia de que no probarse no podrá ser incluida en el deber de los jueces de conocer el derecho por mas que se trate de normas. Las máximas de experiencia: son “definiciones o juicios hipotéticos, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso procedente de la expe-

riencia, pero independiente de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.⁴ Lo relevante es que como mantiene Montero, esta amplia concepción de las máximas de experiencia implica que pueden integrar tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, por lo que aquello que debe probarse, estará integrado por las afirmaciones de hecho realizadas por las partes de cuya certeza depende que el juez aprecie la consecuencia jurídica correspondiente y algunas de ellas, aplicables al ordenamiento procesal son las siguientes:

- a En virtud del principio de aportación de parte la prueba ha de referirse a los hechos aportados por las partes al proceso, no a otros, aunque existan en la realidad extrajurídica;
- b Las afirmaciones de hechos que han de ser probados en el proceso. “El juez conoce del Derecho” Implica una prohibición al juez, de señalar o considerar que debido a la falta de concreción legal en un caso específico, puede este omitir pronunciarse sobre los supuestos que se le someten exclusivamente aquellas que se han realizado en el momento procesal oportuno, es decir exclusivamente en aquellos momentos en los que el ordenamiento procesal permite hacerlo no introducidos en ese momento, no es que no sean susceptibles de prueba, es que lisa y llanamente, no se permite sean probados en aras al principio de contradicción e igualdad de armas en el proceso;
- c La prueba de las afirmaciones exige la existencia de una controversia, de modo que si esta no existe, regirá la prohibición de articular prueba en torno a ellos, esa es la razón por la que no necesitan ser probados ni los hechos admitidos por una de las partes y afirmados por la otra, ni los hechos que afirman ambas partes, ni aquellos que sean notorios”.⁵

Los hechos que no necesitan probarse. Hechos no controvertidos. Dentro de este apartado, como ya resumimos anteriormente existen dos tipos de hechos que no es que no deban ser probados, sino que en un correcto entendimiento de las normas sobre el objeto y el tema de la prueba, está prohibido que se valoren. Son los hechos afirmados por ambas partes y los hechos que afirmados por una, son reconocidos por la otra, respecto de los primeros la

⁴ Ibidem, p. 65.

⁵ Ibidem, p. 67.

cuestión no tiene dificultad alguna. Si ambas partes admiten que la relación jurídica que les une es la compraventa y que ésta ha sido articulada con arreglo a un contrato, que ambas partes reconocen, no existe razón alguna para que acreditemos que la firma que aparece en el documento pertenece al comprador, o que en una determinada cláusula de algún contrato ambas partes manifestaron una determinada cosa. Esta prohibición no sólo afecta a la articulación del medio de prueba (la pericial caligráfica, por ejemplo, en este caso), sino incluso también al contenido del propio medio de prueba (esa es la razón por la que una pregunta a un testigo o una posición en la confesión judicial, deberá ser inadmitida, puesto que es inútil que el testigo conteste algo que ambas partes han admitido o que el confesante reconozca una firma puesta al pie del documento, cuando esta ya ha sido admitida). Dentro de los hechos no controvertidos, sin embargo, podemos encontrar distintos grados de dificultad en su apreciación que harán normalmente que el juez tenga que llevar a cabo una labor de selección dependiendo de si el supuesto del hecho no combatido es más o menos claro, así la admisión expresa en el escrito de contestación a la demanda, en la reconvencción o en la resistencia a la misma no plantea problema alguno; otra cosa es la confesión (que no hay que confundir con la admisión de los hechos), y todas las posibilidades de admisión tácita de los hechos. Respecto de la confesión, aunque a veces los ordenamientos confundan uno y otro concepto, no cabe confundirla, ni en el concepto ni en los efectos. La confesión judicial es un medio de prueba, y las normas sobre su valoración pertenecen a esta fase del proceso en el que el juez (ya sea con arreglo a normas trazadas, ya sea por el principio de libre valoración de la prueba) valora la prueba practicada y determina si una afirmación de hecho ha quedado probada, pero para ello como es obvio, se requiere que se trate de un hecho controvertido. Cuando aludimos a reconocimiento de hechos, y por lo tanto, a un hecho sobre el cual no se puede probar, nos referimos a que queda sentado por acuerdo de las partes, sin que el juez tenga que realizar otra valoración que no sea la simple constatación de que se trata de algo reconocido por ambas partes. Sin embargo, una modalidad de reconocimiento íntegro de los hechos, y por ello de la innecesariedad de la prueba es sin duda el allanamiento, puesto que el efecto legal es la inexistencia de controversia (es decir el reconocimiento íntegro no sólo de la afirmación del hecho, sino de la consecuencia jurídica). Más complicada es la cuestión del reconocimiento tácito de los hechos, puesto que las partes han de tener la carga de pronunciarse sobre los hechos alegados por la parte contraria, de modo que en teoría, el silencio o las respuestas evasivas deberían dar lugar a la decisión del juez de tenerlos por reconocidos

y por tanto a expulsarlos de la posibilidad de ser probados. No obstante esto que en teoría es sencillo, no lo es tanto sobre todo en los procedimientos escritos y no lo es especialmente en aquellos que carecen de una fase de saneamiento y fijación del objeto del debate.

No requieren prueba los hechos notorios y sin embargo, esta afirmación aparentemente sencilla está llena de dificultades porque requiere delimitar y no es sencillo, lo que ha de entenderse por hecho notorio. La primera aproximación a esta cuestión implica, como es natural, que la innecesariedad de prueba del hecho notorio no debería afectar a la carga de su alegación. En definitiva que sobre las partes sigue recayendo la carga de afirmar el hecho por más notorio que sea aunque parte de la doctrina ha entendido que esta necesidad ha de afectar a los hechos esenciales de la pretensión o resistencia de las partes, y no a los aspectos secundarios o accidentales, cuestión esta que a nivel práctico, no es tan sencilla de asegurar. Stein sostiene que existe la notoriedad fuera del proceso “cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o son divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso en base a la práctica de la prueba. Notorio quiere decir, pues lo públicamente conocido, en oposición a lo judicialmente notorio o del conocimiento judicial específico. Sobre estos hechos, desde tiempos antiguos ya se sostenía la inutilidad de la prueba en la medida en que su acreditación no requería desplegar actividad probatoria alguna (*notoria non egent probatione*). Se trata de una cuestión que conceptualmente puede ser clara, pero que en la práctica no lo es tanto. En primer lugar, porque es preciso definir el ámbito de lo notorio. Notorio puede ser algo en un círculo geográfico determinado, incluso siguiendo la definición puede ser absolutamente desconocido en otro muy próximo. Puede existir algo notorio para un círculo de personas determinado, interesadas por este tipo de acontecimientos, sin embargo, puede ser ignorado legítimamente por otro círculo próximo y de cultura parecida. No hay pues, hechos notorios disolutos ni tampoco es preciso que se trate de un conocimiento universal. Pero en segundo lugar y sobre todo la notoriedad de un hecho es algo que afecta a la convicción del juez a la hora de la determinación la prueba de una determinada afirmación de las partes y por ello desde el punto de vista práctico que nos interesa destacar. El problema surge siempre que las partes tienen sobre si la tarea de proponer los medios de prueba, puesto que si hemos convenido en que el hecho ha de ser en todo caso alegado por las partes, lo que éstas no pueden saber es si el juez no precisa no solamente va a considerar que se trata de un hecho notorio y por ello exento de prueba, sino previamente

si “para el juez” el hecho es notorio, porque no siéndolo para aquel, la afirmación puede quedar improbadada. Si a lo anterior unimos la inexistencia en el proceso civil de una fase específica dentro del proceso en la que las partes, con el juez, delimiten el objeto de debate y los medios de prueba propuestos y admisibles, la cuestión se complica (o se simplifica) mas consecuentemente, lo prudente y obligado es no solamente alegar el hecho notorio, sino tratar de acreditarlo y dejar que sea el órgano Judicial quien determine si ante la notoriedad (a veces por evidencia otras por estricta notoriedad) de la afirmación, la articulación de prueba sobre ella es superflua y el hecho puede tenerse por acreditado con la expresa mención a la notoriedad. Caso especial es el de la denominada “notoriedad judicial”. Algo puede ser notorio para el juez pero no para las partes ni para otros jueces que eventualmente por ejemplo, en segunda instancia, tengan que conocer el asunto teóricamente. La primera aproximación requiere descartar el conocimiento privado del juez, cuando el conocimiento de un hecho por parte del juez, proviene de cualquier actividad extraprofesional del juez. En definitiva, no solamente hay que pedir cautela a las partes para dar por supuesta la notoriedad de un hecho, sino que el juez deberá extremar la prudencia en admitir la notoriedad de un hecho para no admitir un medio de prueba, porque no solamente estará sujeto a posibles errores en su propia apreciación de la notoriedad, sino que podrá impedir a las partes que prueben tal error o la excepción a la notoriedad.

El principio *iura novit curia* obliga a que los jueces y tribunales apliquen el derecho vigente. No obstante, este principio ha de alcanzar, como es lógico, al derecho nacional vigente. El juez no tiene por qué conocer ni el derecho extranjero, ni el derecho histórico no vigente, ni la costumbre cuando está establecida como fuente del Derecho, ni el derecho estatuario no general, aunque ello no excluye que lo conozca. La cuestión no es válida porque cuando las normas nacionales reenvían a las normas de derecho extranjero para obtener la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho determinado, el juez está obligado a aplicar el derecho correspondiente que, en este caso, no es una norma nacional que deba conocer. La doctrina, por ello ha sopesado entre la afirmación de que la aplicación del derecho extranjero es un tema de prueba, y por lo tanto la carga procesal absoluta corresponde a la parte y la de que el juez no puede ser ajeno al contenido de las normas, de modo que doctrinalmente se impone la necesidad de que el órgano judicial, no solamente con la intervención de las partes, sino con su propia intervención de oficio han de averiguar la existencia, contenido y vigencia de la norma extranjera, así como de la costumbre y el derecho estatuario, es decir el que afecta a un grupo determinado de personas y por ello no es de aplicación general. La norma jurídica seguirá siéndolo y en su

consecuencia, la actividad procesal se limita a la verificación de la existencia de la norma para que el juez la aplique. Esa es la razón por la que de un lado, la parte tiene la carga de acreditar la existencia, contenido y vigencia de la norma, pero de otro, el juez ha de tener la posibilidad de aplicar el derecho extranjero si lo conoce o averiguar, de oficio, la existencia y vigencia de la norma jurídica extranjera aplicable según una de las partes o ambas. Stein afirma que el juez, si bien no está obligado a conocer el derecho, extranjero o la costumbre, si está facultado para adoptar de oficio las medidas oportunas para adquirir su conocimiento. Existe, pues un deber de investigación del juez correlativo al deber de las partes de apoyar la indagación del órgano judicial, de modo que al contrario que en la prueba de las afirmaciones de hecho, las partes cumplen aquí una función más parecida a la de colaboradores del órgano judicial a quien no le puede ser indiferente errar en la aplicación de una parte de otro ordenamiento jurídico que puede desconocer. "Nada impide que el órgano judicial, si conoce el derecho extranjero lo aplique de oficio, porque no puede serle indiferente al órgano judicial la aplicación indebida de una norma alegada y probada por las partes, cuando personalmente le consta a quien dicta la sentencia que el derecho aplicable es otro".⁶ Respecto del modo de acreditar la existencia y vigencia del derecho extranjero, la costumbre y el derecho extranjero un simple ejercicio de imaginación práctica nos daría el resultado siguiente. El derecho extranjero, sin perjuicio de su conocimiento por parte del juez en los términos antes indicados, se suele probar por dos medios. El primero, y fundamental, la certificación auténtica del representante del país cuyo derecho ha de aplicarse. No obstante, al menos como posibilidad admitida por la doctrina y la jurisprudencia, se puede sugerir también el dictamen pericial aunque ello exige comprobar no sólo su autenticidad, sino el prestigio de los peritos. En cuanto a la prueba de las normas no generales, dependerá en cada ordenamiento de la posibilidad de su existencia, y de la forma de darles publicidad. Finalmente, la costumbre, que según el Código Civil Federal y para el Distrito Federal en sus artículos 10 sólo será derecho (quiere decir solamente será fuente del derecho) en los casos en los que la ley se remite a ella, suele acreditarse habitualmente a través de la prueba pericial. En el supuesto de que dos personas depongan en el proceso para acreditar la existencia, contenido y vigencia de una norma consuetudinaria, por más que habitualmente se trate de personas simplemente prácticas, han de considerarse como peritos y no como testigos.

⁶ Citado por Montero, Op. Cit. Pagina 141.

Ahora bien respecto de las máximas de experiencia, es evidente que resulta lógico diferenciar entre la prueba de las afirmaciones de hecho, en las que el conocimiento privado del juez está vedado de máximas de experiencia, en las que no ocurre lo mismo. En la medida en que existen una multitud de supuestos (y más en la actualidad en la que las normas jurídicas incorporan cuestiones técnicas en su formulación) en los que la aplicabilidad de la consecuencia jurídica no depende exclusivamente de la apreciación y prueba de los hechos, sino que la apreciación, verificación y aplicabilidad de los mismos al caso concreto, requiere de la incorporación de elementos técnicos, científicos o prácticos incluso para comprender el supuesto de hecho que el Juez puede no tener, las denominadas máximas de experiencia han adquirido una relevancia indudable en el proceso civil. En estos casos hay que partir de la afirmación de que la máxima de experiencia ha de ser probada, aunque no tiene por qué ser probada cuando el juez la posee en virtud de sus propios conocimientos especializados. Así, y por lo tanto, no siempre es preciso probar las máximas experiencia, lo que según Cortés sucede cuando “el juez es conocedor de los conceptos o de los juicios de valor contenidos en el supuesto de hecho de las normas, bien porque siendo tan generales están en el general y normal acervo cultural de la persona, bien porque siendo especiales los conozca”.⁷

La carga de la prueba. El principio de adquisición procesal implica que los resultados de las actividades procesales son comunes a las partes. Es decir, una vez producidos, se logran por todos y para todos dentro del proceso. Trasladado el concepto al campo del derecho probatorio, implica que todas las pruebas son del proceso y están destinadas al juez de modo que éste puede valerse de ellas independientemente de la parte que haya logrado llevar la acreditación a su ánimo. En definitiva, la actividad de valorar el material probatorio existente en los autos corresponde al juez, y la acreditación de una afirmación de hecho puede lograrse (expresa o tácitamente) por todo el material de prueba, sino también por la prueba practicada a instancia del resto de las partes, independientemente de las reglas que sobre el onus probandi rijan en cada ordenamiento. La adquisición probatoria es, por ello, conjunta. El juez no tiene por qué realizar la operación valorativa prescindiendo la producción de las pruebas en función de a quién le correspondía probar cada afirmación de hecho, porque el resultado probatorio constituye un acervo común y, en consecuencia, el órgano judicial puede fundar su convicción, siempre que respete las normas sobre valoración

⁷ Cortés Domínguez, Valentín. En Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra *Derecho Procesal Civil* Ed. Colex. 1996.

de las pruebas según estén establecidas en cada ordenamiento jurídico, en todas las pruebas producidas. Parece dar por sentado este principio, pues de otro modo ordenaría valorar, por separado, las pruebas aportadas por cada una de las partes. El artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de modo expreso se pronuncia para que la valoración de la prueba de realice en conjunto; sin perjuicio de la obligación del órgano judicial de valorar todos los medios de prueba practicados en el proceso e indicar cuáles de ellos fundan principalmente su decisión. Como mantiene Corbal “lo más relevante a estos efectos no es la polémica doctrinal sobre los supuestos en los que puede ser aplicable, sino relacionar este principio con el de la inutilidad de las pruebas sobre todo en la fase de admisión de los medios probatorios concretos, y, por supuesto, en la fase de valoración. Aportada una prueba para la acreditación de una afirmación de hecho de una parte, no es preciso que la otra produzca, a su vez prueba sobre el mismo hecho. Si la adquisición procesal es conjunta, es absolutamente superfluo que la otra parte tenga que probar lo mismo y la fase de fijación del objeto procesal (en los sistemas donde exista la audiencia preliminar) o en la decisión del juez tras comprobar los escritos de demanda y contestación, el juez ha de aplicar este principio rechazando por superflua la producción de prueba sobre lo mismo”.⁸

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

El anterior concepto nos sirve para introducirnos en la primera aproximación a la carga de la prueba y a las reglas que la disciplinan. Si la prueba está concebida, para llevar al juez, tanto por el convencimiento psicológico, como por las reglas legales cuando exista la acreditación de la certeza de hechos afirmados por las partes, se hace preciso que todos los ordenamientos regulen una de las posibilidades que evidentemente pueden producirse que tras la actividad probatoria una afirmación de hecho no haya resultado probada, es decir que no existan elementos de prueba suficientes para dictar sentencia en uno u otro

⁸ Corbal Domínguez, Jesús Eugenio. *La adquisición procesal y la carga de la prueba*. En cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993. Pág. 149.

sentido. Como el juez no puede dejar de resolver la cuestión que se le ha planteado, es evidente que el ordenamiento ha de ofrecer al juez una regla de juicio para determinar si ha de producir una sentencia absolutoria o condenatoria. Ahora bien, cuando no existe duda, es decir cuando no ha existido la más mínima actividad probatoria (en el sentido de actividad dirigida a acreditar la afirmación del hecho) el juez absuelve simplemente porque no existe comprobación histórica del hecho, es decir no se cuenta exclusivamente con una hipótesis no comprobada ni siquiera mínimamente. La cuestión se plantea cuando existe esa mínima actividad pero el resultado es incierto.

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

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

En este caso se produce el efecto antes mencionado de las reglas legales para la apreciación del hecho incierto, es decir, el juez ha de buscar la norma en su ordenamiento que le ordena cómo proceder en este caso y, por lo tanto, sin dejar de resolver la cuestión, porque no le está permitido, deberá dictar sentencia estimando o desestimando la pretensión. En definitiva, se trata de que el ordenamiento jurídico indique al juez (no a las partes, porque las normas sobre

la carga de la prueba a él están dirigidas), qué debe hacer en los supuestos en los que exista un hecho incierto, porque cuando el hecho está acreditado es evidente cual ha de ser la reacción del juez. La teoría sobre la carga de la prueba es más bien la teoría sobre las consecuencias de la falta de prueba, como es obvio, inciden también en determinar a las partes cuáles serán las consecuencias de su inactividad probatoria, considerando tanto al juez como a las partes a la hora de determinarlas reglas sobre carga de la prueba:

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

Incumbe la prueba a quien afirma, no a quien niega, la prueba corresponde al actor, no es preciso probar los hechos negativos. La teoría general sobre las reglas de la carga probatoria, fuertemente influida por cada sistema legal en materia de valoración de la prueba por lo demás, ha de dejar un margen, que la jurisprudencia hace cada vez más amplio, para solucionar casos concretos; no es extraño que cada día existen más pronunciamientos sobre la flexibilidad en la aplicación de las reglas generales del onus probandi que no son privativos de un país o de un determinado sistema jurídico, sino, por el contrario, están a su vez bastante generalizados. A la idea anterior responden, sin duda, todos los movimientos doctrinales y jurisprudenciales que han tratado de buscar las excepciones a la regla general en las nuevas relaciones contractuales e incluso sociales. No puede ser ajeno al juez el hecho constatado de que la mayor parte de las relaciones jurídicas (piénsese por ejemplo en materia de créditos, o en las relaciones con organismos oficiales o en los contratos de servicios o suministros) imponen una mayor facilidad para una parte que para la otra en materia probatoria (sobre todo en cuanto a los datos o documentos), o que los tribunales sean especialmente sensibles a las situaciones de riesgo en la actividad diaria. La doctrina que ya podemos denominar clásica y que ha accedido a la mayor parte de los Códigos procesales modernos, considera que al actor ha de exigírsele la carga de acreditar los hechos que constituyen su pretensión, mientras que al demandado le es exigible acreditar los hechos modificativos, extintivos

excluyentes o impeditivos de la pretensión del demandante. No obstante, pronto se comenzó a matizar la anterior doctrina, con el denominado criterio de la normalidad, según el cual no se debe probar lo que es normal (u obligado según la consecuencia jurídica del supuesto de hecho), sino lo que es anormal (es decir aquello que no suele ocurrir), una cosa, pues serían las condiciones generales de una relación (que no requerirían probanza en la medida en que son consecuencias naturales de esa relación), y otras las condiciones específicas, es decir las propias y esenciales de la relación que sí requieren prueba a cargo de quien las alega. Sin embargo ambas teorías, con la innegable utilidad que tienen en muchos supuestos, no pueden contemplar todos los que se plantean en la práctica, y por lo tanto han sido matizadas, hasta llegar a una de nuestras primeras afirmaciones; no es posible reducir reglas generales a las normas sobre la carga de la prueba. Aunque sean válidas las reglas, como la clásica o la de normalidad, seguirán existiendo supuestos específicos que normalmente influidos por la forma en que los hechos se han producido, por la teoría del riesgo, por la accesibilidad a los medios de prueba, por la mayor facilidad en la obtención, por la constatación del equilibrio real de las partes antes del proceso y en el propio proceso, o por otras circunstancias especiales, requieran de una cierta flexibilización cuando no inversión de la carga de la prueba. Una tesis que completada con las observaciones anteriores, sigue siendo atrayente es la de Guasp: “cada parte ha de probar el supuesto de hecho previsto en la norma, puesto que el interés en probar deviene del interés en la alegación, de modo que cada litigante ha de soportar la carga de acreditar aquellas afirmaciones de hecho que constituyen el supuesto de hecho de la norma que le es favorable”.⁹ Cortés “considera que la norma española sobre la carga de la prueba es lógica interpretada en un sentido sistemático y constitucional. Puesto que el derecho material se compone de una serie de normas y contra normas que constituyen la base de las alegaciones de las partes, la prueba ha de recaer sobre los supuestos de hecho de estas normas y contra normas, sostiene. Así pues la alegación y prueba del supuesto de hecho de la norma y de la contra norma, han de ser la base de las reglas de la carga de la prueba, aunque a renglón seguido introduce el criterio de la facilidad”.¹⁰

Al ser ciertas ambas tesis, no dejan de presentar inconvenientes de orden práctico en la resolución diaria de los casos concretos. Aunque se pueda afir-

⁹ Guasp, Jaime., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Tercera edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1968.

¹⁰ Cortés Domínguez, V. En Op. Cit, pagina 227.

mar que en principio, quien debe acreditar que es cierto el supuesto de hecho del que el ordenamiento extrae una consecuencia jurídica, es quien lo alega, y también lo es que los criterios de normalidad y facilidad son de mucha utilidad, no es posible mantenerse al margen de que, en no pocas ocasiones, para acreditar el supuesto de hecho es preciso contar efectivamente con la posibilidad real de tener acceso a la fuente de prueba, incluso en el supuesto planteado por Cortés de extinción del derecho. Si, en los ejemplos que antes ofrecíamos, el documento, el dato, esta solamente en poder de la parte que niega el supuesto de hecho, y quien lo afirma carece de la posibilidad real de aportar la fuente de prueba, no es posible sostener lo anterior o, dicho de otro modo, ante el hecho incierto, el Juez no puede ser indiferente a la imposibilidad real de probar lo que con la sencilla colaboración de la otra parte, podría ser acreditado. Las consecuencias, de la falta de acreditación del hecho no pueden razonablemente ser arrojadas a quien carece de tal posibilidad. De modo que, siendo cierto que cada parte ha de acreditar los hechos que normalmente fundan su pretensión o su resistencia, o como prefiere Cortés, “los supuestos de hecho de las normas y contra normas, esta regla no puede ser elevada a categoría inexpugnable cuando una de las partes tiene mejor o mas fácil acceso la fuente de prueba, y menos aún cuando obstruye la realización de la justicia. Esta afirmación esta incluso relacionada con los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la igualdad de en el proceso, en aquellos casos en los que la prueba de una afirmación; de hecho deviene prácticamente imposible a una de las partes como ha destacado el Tribunal Constitucional español y los tribunales ordinarios”.¹¹

La regla legal general. Las reglas legales generales en materia de carga de la prueba. En realidad suponen la traslación de las viejas máximas romanas, al sostener, en primer lugar, que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”, que la obligación de producir pruebas corresponde al actor si no probase, será absuelto el reo; mas si éste opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla”, y finalmente, que el que niega no tiene la obligación de probar a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción”. En definitiva, se trata de reglas que son incompletas (siguen aludiendo a la prueba de las obligaciones y no contemplan ni los hechos modificativos, ni los excluyentes), que no contemplan en absoluto los criterios de la normalidad y la flexibilidad y que por lo tanto, han de ser objeto de redefinición por los órganos judiciales aplicando los principios constitucionales en materia probatoria singularmente los enunciados de defensa, igualdad de armas y tutela efectiva.

¹¹ Idem.

Reglas legales especiales. Además de las reglas generales sobre la carga probatoria, la doctrina encuentra en el ordenamiento supuestos en los que es la propia Ley la que fija una regla distinta para la carga de la prueba. En realidad se trata de previsiones legales derivadas bien de la dificultad de probar un hecho, bien de decisiones de política de justicia. Como mantiene Serra, “esta decisión del ordenamiento se produce de dos maneras diferentes, bien creando las denominadas falsas presunciones, bien estableciendo de modo expreso a qué parte le corresponde probar en determinados supuestos.

Inversión de la carga de la prueba. Existen supuestos en los que se produce una inversión en la carga de la prueba, es decir en los que la regla es precisamente la contraria a la establecida con carácter general. Esta decisión, tanto debida al legislador, como a la jurisprudencia, suele producirse normalmente en tres supuestos; cuando es más fácil para una parte que para la otra la obtención y la aportación de una determinada fuente de prueba, cuando una parte está más próxima que otra a la fuente de prueba y, en contadas ocasiones, cuando se constata que existe una desigualdad material en la relación jurídica que subyace. Estos últimos casos, proliferan en los últimos tiempos en materias en las que están en juego la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, pero es en el campo de la responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva donde se observa una mayor tendencia a la inversión en materia probatoria. En estos casos, teniendo en cuenta que el resultado existe, será quien atribuya a éste una causa distinta y exculpatoria quien deberá probar que el hecho no se produjo por negligencia”.¹²

Fuentes y medios de prueba. Enumeración de los medios de prueba en el ordenamiento procesal. Como es tradicional en los ordenamientos procesales de raíz hispana los medios de prueba aparecen enumerados no solamente en el Código de Procedimientos, sino también en el Código Civil ya que, como es sabido, la prueba se incluyó en los Códigos Civiles de su época calificándola erróneamente como prueba de las obligaciones. Basta constatar que el Código Civil y el Código de Procedimientos coinciden en los medios clásicos de prueba y que lo único que no se regula en ellos son esos “otros medios probatorios” que están relacionados con los modernos avances tecnológicos y con la posibilidad de introducirlos en el proceso a través de la actividad probatoria, lo que nos introduce necesariamente en la distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba.

¹² Cortés Domínguez, V., Op. Cit, paginas 218 y 219.

Distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba. Según Montero, todas las pruebas tienen algo de procesal y de extraprocesal dado que en todas ellas existe algo previo al proceso (la fuente) y algo que se realiza en el proceso (el medio), por lo que no puede existir medio de prueba sino exista previamente una fuente de prueba. De ahí que haya que distinguir entre lo que existe en la realidad y como se introduce en el proceso dicha realidad para convencer al Juzgador de la certeza de una de las afirmaciones de cualquiera de las partes.

- a. Fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, mientras que medio es un concepto jurídico-procesal;
- b. La realidad extrajurídica (la fuente) existe, por ello, independientemente de que luego pueda existir o no un proceso. Si el proceso no nace la fuente no tendrá repercusiones procesales aunque pueda tenerlas materialmente; el medio se forma en el proceso y siempre tendrá efectos procesales;
- c. Las partes investigan las fuentes de prueba antes de iniciar el proceso en una labor de investigación; en el proceso lo que se realiza es una actividad de verificación de esa previa investigación;
- d. Las fuentes preexisten todas al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios; sin proceso no hay medios de prueba, pero las fuentes son independientes en su existencia y no dependen de que se realice o no el proceso;
- e. En consecuencia la fuente atiende a lo sustantivo o material, mientras que el medio es la actividad si seguimos la enumeración legal de los medios de prueba en el proceso civil y excluyendo las presunciones que, no son un medio de prueba sino un sistema de valoración; en la prueba de confesión, la fuente es la persona y el medio el modo en que esta declara, en la instrumental la fuente es el documento y el medio la forma en que este se incorpora al proceso y se establece su autenticidad, en la testimonial la fuente es el testigo y el medio la forma en que se incorpora este conocimiento, en la pericial la fuente es la cosa, lugar o persona a reconocer y el medio el examen o el dictamen del perito, en la inspección la fuente es también el lugar, cosa o persona que se examina, y el medio la actividad por la que se constata dentro del proceso.

Los nuevos medios probatorios. La distinción conceptual antes examinada entre medios y fuentes tiene gran importancia en el debate, estéril a juicio de

gran parte de la doctrina, sobre la posibilidad de admitir en el proceso otros medios de prueba que no sean los legalmente establecidos. Es la discusión sobre el carácter de *numerus clausus* *numerus apertus* de los medios de prueba, que se basa en el error (Montero) de no distinguir entre medios y fuentes de prueba. Conviene partir de una afirmación poco discutible. En el proceso civil no pueden admitirse otros medios de prueba que los previstos en la ley. Sin embargo, todas las fuentes de prueba (las realidades extrajurídicas) han de poder introducirse de algún modo en el proceso. La discusión sobre el carácter abierto o cerrado de los medios de prueba es estéril porque lo fundamental no es analizar si cabe ampliar los medios (que no es posible), sino determinar, a la vista de las características de la fuente de prueba, por qué medio de los legalmente establecidos puede ser introducida en el proceso; “lo relevante es determinar que se trata de una fuente de prueba no prohibida por la Ley para después analizar, analógicamente, las normas que disciplinan a los expresamente previstos en la ley. Obviamente, el debate se ha producido por la constatación de que existen fuentes de prueba que no están expresamente contempladas por la ley por la sencilla razón de que el antiguo legislador no conocía más que los medios tradicionales y no podía prever los avances tecnológicos y científicos. La demostración de la paternidad a través de los análisis de ADN la fotografía, el video, el fax, el correo electrónico, la teleinformática, etc. no podían ser ni siquiera imaginados por el legislador de finales del siglo XIX como la manifiesta incapacidad de prever lo que el futuro nos depara en esta materia, ya no en un siglo, sino en un decenio, o acaso menos, el jurista en lo general es muy reacio a admitir la introducción en el proceso de una fuente de prueba no prevista expresamente en su legislación, esta opinión incurre en el error de confundir los medios de prueba, que solamente pueden serlos legalmente establecidos por la ley porque los procedimientos (en el sentido de las normas que los disciplinan) no penden del arbitrio de los jueces, y las realidades extrajurídicas preexistentes al proceso. Sin embargo, es posible que los jueces accederán a lo que no esté prohibido y proporcione alguna facilidad al solicitante, ¿Está expresamente prohibido por el ordenamiento procesal utilizar fuentes de prueba no tradicionales? La respuesta ha de ser forzosamente negativa. Lo que está prohibido es crear nuevos medios de prueba (es decir nuevas actividades procesales), pero no lo está incorporar a un medio de prueba legal una fuente de prueba lícita. Así pues, la doctrina señala, han establecido la posibilidad de incorporar estos denominados incorrectamente “nuevos medios de prueba” que en realidad son fuentes de prueba que han de introducirse en el proceso, a través de los medios de prueba establecidos en la ley por analogía con lo dispuesto en las leyes procesales.

Esta introducción por analogía en el proceso ha de realizarse cuestionándose el tipo de fuente de prueba a analizar. Normalmente es la prueba documental la que se utiliza para todas las cuestiones atinentes a la garantía de autenticidad y al traslado a las demás partes, puesto que como en aquel caso se trata de una prueba que no tiene sentido deferir al momento probatorio para que acceda al proceso, dado que las partes ya la tienen en su poder. Una fotografía una cinta de audio o video, deben ser aportados al proceso con la demanda y la contestación, luego dependiendo de la finalidad del medio de prueba lo más normal es que la incorporación se realice teniendo en cuenta la prueba de inspección personal del juez”.¹³

Criterios de la admisibilidad de los medios de prueba. Para que un medio de prueba pueda ser admitido en un proceso, han de cumplirse los requisitos siguientes:

La legalidad impone, en primer lugar que sólo los medios de prueba establecidos en la Ley son admisibles en el proceso civil, teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente sobre la distinción entre fuentes y medios de prueba. Pero seguidamente, y desde el punto de vista negativo, el criterio de legalidad implica que solamente se considerarán medios de prueba los que se practican del modo establecido en la Ley. Esta segunda precisión nos conduce, a su vez, otras consecuencias. Los medios de prueba solamente son admisibles cuando se practican en el plazo determinado por la Ley, es decir dentro del período probatorio, en instancias o en apelación, con las excepciones establecidas en el propio Código de Procedimientos Civiles, que afectan exclusivamente a la prueba de confesión y a los supuestos de prueba anticipada por un lado y, por otro, a los casos en los que se admite la prueba de oficio por parte del juez. En teoría, sólo los medios de prueba introducidos dentro del término probatorio han de ser considerados por el juez para valorar la carga de la prueba. Si bien no es posible conceptualmente establecer diferencia alguna cuando se trata de pruebas introducidas fuera del período probatorio, las que lo fueron antes o después de dicho período salvo que como expusimos esta aportación extemporánea se encuentre regulada de alguna forma en la Ley, tanto a instancia de las partes(prueba anticipada) como de oficio por el Juez. La aplicación del principio de legalidad exige también que la prueba sea aportada al proceso en la forma establecida en la Ley. Por eso no pueden ser considerados medios probatorios, sino meras alegaciones de hecho.

¹³ Montero Aroca. Juan. Op. Cit. Pagina 71.

Bajo el supuesto que los medios de prueba se encuentren previstos en la Ley, no por ello han de practicarse forzosamente. Para que un medio de prueba deba ser practicado ha de tratarse de un medio pertinente y conducente, como ya adelantamos al aludir al contenido esencial del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. En cuanto a la pertinencia de la prueba, esta se refiere a la adecuación que debe existir entre los datos que esta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que verse el derecho probatorio. Y respecto a la conducencia de la prueba se alude a la eficacia de aquella para producir en un caso concreto el convencimiento en el juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes. En definitiva, la pertinencia de la prueba afecta a la pregunta ¿Qué debe probarse?, lo que nos obliga a introducirnos en cada procedimiento en concreto a lo que sea el objeto de debate, es decir al tema decidendi y a la capacidad de los medios propuestos para poder formar eventualmente la decisión del Tribunal sobre la acreditación de los hechos que han sido afirmados por las partes y se trata de analizar si en el caso concreto, en el proceso concreto y dadas las concretas afirmaciones de las partes, el medio de prueba es eventualmente capaz de probar una afirmación de hecho. Lo que implica que han de estar dirigidas al esclarecimiento y determinación de los supuestos sometidos a enjuiciamiento, y han de ser en sí mismas ineludibles, insustituibles, fundamentales y de posible realización (Montero) desde esta perspectiva, impertinentes serán los medios de prueba que se articulen para probar hechos que no han sido alegados por las partes, o que se refieran a hechos no controvertidos, o afirmaciones de hecho que no afecten al eventual contenido del fallo, o que pretendan acreditar hechos notorios. La conducencia o relevancia de la prueba, se refiere a concreta utilidad del medio de prueba propuesto. Para el Tribunal Constitucional español, según el citado autor si pertinencia alude a lo oportuno y adecuado, necesario es lo que resulta indispensable y forzoso, y cuya práctica deviene obligada para evitar la indefensión, en una doctrina, como vemos, muy parecida a la elaborada por la Sala de lo Constitucional. Inconducente, pues será un medio de prueba que no es el adecuado para verificar la afirmación de hecho o que es superfluo. En todo caso, no está de más que recordemos aquí la extrema prudencia con la que el juez debe obrar para considerar inconducente un medio de prueba, pues la experiencia enseña que en no pocas ocasiones, sobre todo en los ordenamientos en los que no existe una audiencia preliminar, a la hora de dictar sentencia el medio de prueba rechazado por superfluo resulta que no lo es tanto. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Civil en su artículo 279 recoge, en nuestra opinión los dos criterios de pertinencia y conducencia en el mismo pre-

cepto, cuando establece que las pruebas deben ser conducentes para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados, ya en lo principal, ya en los incidentes ya en las circunstancias importantes. De esta definición legal puede extraerse la inadmisibilidad de un medio probatorio tanto en lo que se refiere al *thema decidendi* como a la capacidad concreta de un medio de prueba para acreditar un hecho alegado por las partes.

Especial referencia a la prueba ilícita. Aun siendo cierto que es en el proceso penal donde se producen la mayor parte de las cuestiones relacionadas con la ilícita adquisición de los medios de prueba, también en el proceso civil pueden producirse vulneraciones de derechos fundamentales en la adquisición o incorporación de las fuentes de prueba. En esta materia probatoria, por lo tanto es igualmente necesario definir el derecho a la prueba desde la perspectiva de solicitud. “Cuando nos referimos a la prueba ilícita en el proceso civil, estamos aludiendo a la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y dejando a un lado otras cuestiones (incluso terminológicas), como las denominadas prohibiciones probatorias, o las denominadas pruebas ilegítimas o irregulares”.¹⁴ En este sentido (Picó) nos referimos a la prueba obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales.

Las presunciones: ¿un medio de prueba?, El Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles Distrital mantienen que entre los medios de prueba se encuentran las presunciones. Más por inercia que por otra cosa nuestros tribunales han venido denominando medio de prueba a las presunciones aunque doctrinalmente es unánime la opinión contraria. Una presunción no es un verdadero medio de prueba. Es simplemente, la determinación de una sistema preciso de razonamiento mediante la valoración de los demás medios de prueba. Como es sabido, las presunciones se dividen en legales y humanas, aunque esta última denominación tampoco es muy acertada. Las presunciones humanas tienen su razón de ser en razones de política legislativa y están relacionadas con la extrema dificultad de acreditar alguna cosa. Probado el indicio, es decir el hecho base o punto de partida, es el propio ordenamiento el que extrae una consecuencia contra la cual no se suele admitir prueba en contrario. Pero, además de estas presunciones, están las presunciones judiciales. en cuyo caso la conclusión no se ofrece por el ordenamiento, sino que en el propio órgano judicial el que valora la relación existente entre el hecho acreditado y el que se trata de acreditar mediante la constatación

¹⁴ Picó Juno y, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch 1996, p. 283.

de un nexo lógico que enlaza directa y precisamente con la conclusión. La mejor definición de este sistema de valoración es la de prueba de indicios que se utiliza ya generalizadamente en el proceso penal y se va abriendo camino en el proceso civil, En todo caso, es evidente que no son medios de prueba, sino sistemas de valoración de la prueba.

El modo de probar ocupa una serie de actos que de común pueden identificarse en los procedimientos. La concatenación de vacíos van desde el instante en que el juez deba decidir el recibimiento de la prueba, el término en que puede ejercerse la actividad probatoria, los medios prueba que las partes tengan a bien usar, la admisión formal de los medios de prueba por parte del ente judicial. Otra faceta que ha de cumplimentarse son los aspectos generales que brinden una suficiente garantía en la práctica de la prueba. Garantías de la actividad, y en general las formalidades que mínimamente deban realizarse. Aunque dentro de cada medio de prueba es preciso determinar el modo de probar, pueden encontrarse algunos hilos conductores comunes a todos ellos, cual sea el medio de prueba que se intente hacer valer en el proceso civil podremos encontrar, en primer lugar, la decisión de abrir el juicio a prueba, la concesión a las partes de un término para probar, la proposición de los distintos medios de prueba, la decisión judicial sobre la admisión o inadmisión del medio y la práctica de la prueba propiamente dicha. Aunque en cada medio de prueba existan determinadas especialidades se trata de establecer las que podríamos denominar reglas comunes del procedimiento probatorio.

Recibimiento del juicio a prueba. Partiendo de que el proceso implica una sucesión de actos encadenados, de los cuales uno es consecuencia del anterior y precedente del siguiente, terminada la fase de ordinaria previa y de conciliación en el juicio ordinario es preciso entrar en la fase de prueba en la mayor parte de los casos aunque, no siempre es precisa la existencia de esta fase probatoria pues en algunos la controversia puede solucionarse sin necesidad de prueba. Son por siempre, los supuestos de acuerdo sobre los hechos, los supuestos en los que se trate de una controversia que verse exclusivamente sobre el derecho aplicable o de litigios en los que ninguna de las partes solicite prueba. Ya vimos anteriormente también que una recta interpretación del principio de aportación de parte no impediría que el juez de oficio decidiera el recibimiento del juicio a prueba, pero no es esta la opción de nuestros ordenamientos, en consecuencia, siempre y cuando lo solicite al menos una de las partes, exista controversia y exclusivamente en los términos en que este establecida la controversia, la decisión del juez ha de ser la de pasar de la fase citada a la fase de prueba, salvo que haya mediado confesión o allanamiento, pues en este

último caso la controversia se decide sin necesidad de acreditarlo que el demandado ya ha admitido, siempre y cuando se trate de una cuestión en la que se encuentre permitido, una vez más, debemos insistir en que la rebeldía no equivale al reconocimiento de los hechos, por lo que el actor ha de acreditar los hechos afirmados si quiere tener éxito en su acción. Sentado lo anterior, son hitos comunes a esta concreta fase del período de prueba la petición de recibimiento y la decisión del Juez. Aunque el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no establece de modo taxativo esta obligación, se deduce de la regulación de la prueba (y en la práctica es así) que son las partes quienes piden al juez que abra este período y también que es decisión del juez recibir a prueba el procedimiento o no.

El término de prueba podrá decidir también la no apertura del período probatorio, por lo que en estos supuestos, el término probatorio es siempre para practicar la prueba y no para proponer y practicar. El término de prueba puede ser ordinario y extraordinario. El término ordinario de prueba es de 10 días (artículo 290 del referido Código procesal distrital) en los juicios ordinarios y de 5 días para los juicios de divorcio necesario en base a las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo, es preciso atender a la regulación en cada proceso, por ejemplo, en los ordinarios se establece nuevamente que el término probatorio es de 10 días y en los juicios especiales de 9 días el artículo 453 del reiterado código procesal distrital previene el caso del que ocurra a hacer el pago o a oponer excepciones y defensas que tuviere, siguiendo el juicio todos los trámites del juicio ordinario, se establece respecto de la prueba en segunda instancia, en los procesos en los que está admitida, la regla general es que el término probatorio será la mitad de lo que correspondería en la primera instancia. El término extraordinario de prueba responde a la dificultad que puede provocar la necesidad de practicar un medio de prueba fuera del régimen de flexibilidad en la práctica de la prueba, de manera que el juez, ponderando la totalidad de estas circunstancias del caso, y no solamente el lugar donde han de practicarse, pueda ampliar el término probatorio para evitar la necesidad de incorporar gran parte del material probatorio fuera del término previsto por el artículo 300 del código de procedimientos civiles distrital, tanto a través de las denominadas diligencias para mejor proveer, como en segunda instancia. como lo que es más grave reconocer cualquier medio probatorio aunque haya sido practicado fuera del término legal, lo que plantea numerosos problemas.

Proposición de los medios de prueba salvo las posiciones que el ordenamiento procesal reconoce a los jueces para decidir la práctica de prueba de

oficio sólo las partes tienen la posibilidad de decidir los medios de prueba de que intentan valerse, lo que obviamente, no impide la facultad (obligación) de los órganos judiciales de rechazar aquellos medios de prueba que no sean admisibles de acuerdo con los criterios apuntados anteriormente. Normalmente, la proposición de prueba se realiza por las partes en el modo general del proceso de que se trate. Y, por ello, en los procesos de sistema escrito, la proposición de prueba se realiza por escrito y en los procesos orales se realiza de modo verbal (sin perjuicio de que se recoja en el acta correspondiente). En segundo lugar, es preciso que la proposición de prueba se realice en el modo determinado por el Código de Procedimientos Civiles distrital para cada medio de prueba. Pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes, disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan, recepción de los que fuere posible desahogar en la propia audiencia y fijación de su diferenciamiento para la práctica de los restantes.

La admisión de los medios de prueba es también común en nuestros ordenamientos, que exista una decisión judicial sobre la admisión de los medios probatorios. Recordemos, no obstante, que el juez sólo ha de admitir aquellos medios de prueba propuestos que estén establecidos en el ordenamiento (insistiendo en nuestra posición sobre la incorporación de fuentes de prueba no expresamente previstas por analogía con las tradicionales), cuya práctica responda a las exigencias legales y además, ha de resolver sobre la pertinencia y conducencia a nivel general, es decir ha de analizar la relación con lo que es objeto de debate y la utilidad teórica y potencial del medio de prueba para acreditar una determinada afirmación de hecho. Finalmente, es también el momento de rechazar las pruebas ilícitas,

En la valoración de la prueba su apreciación fáctica de la prueba está dentro de la esfera autónoma del juzgador de primera instancia. Como es natural, la práctica de un medio de prueba responde a la configuración legal de cada uno de los medios. Aun así, también en este aspecto podemos encontrar requisitos comunes. Siguiendo a Montero es preciso distinguir entre las garantías de la actividad y los requisitos de forma mínimos.

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

mediación exige que las pruebas se practiquen ante la presencia del juez. Esta es una obligación que se estima inexcusable, no solamente porque legalmente se establezca la presencia del juez con carácter general exige que las pruebas se practiquen ante el juez que conoce de la causa, sin otras excepciones que la prueba por exhorto- sino porque en todos los procesos o se presupone, que las pruebas, salvo los supuestos de exhorto, se realicen precisamente delante del juez competente, y porque parece indiscutible que siendo el juez quien ha de dictar la sentencia en el procedimiento, sea él mismo quien presencie las pruebas que luego ha de valorar. Las normas sobre prueba así lo exigen, en unos casos explícitamente (artículos 312 y siguientes para la confesión y 354 y 355 para la de inspección judicial, cuando sostienen que la confesión ha de recibirse por el juez en presencia del secretario o que el juez se transportará al lugar de la inspección), y en otras porque el código procesal civil distrital, está presuponiendo que ha de ser el juez quien tenga intervención directa (como por ejemplo en el caso de la pericial puede deducirse de lo que disponen los artículos 348 y 349. No es de extrañar que la prueba a través de auxilio judicial vaya siendo restringida a los supuestos de estricta necesidad. Una de las razones fundamentales no es sólo la de tender a la concentración de los actos procesales, sino la de tratar de asegurar la presencia del juez que ha de dictar sentencia en la actividad probatoria, al punto que en algunas ocasiones los ordenamientos impiden que puede dictar sentencia un juez distinto al que practicó las pruebas.

El principio de contradicción, pertenece a la esencia del proceso la garantía de contradicción, concretada en la posibilidad de que las partes no solamente propongan las pruebas que convengan a su derecho, sino la de participar en la práctica de la propia prueba y de la propuesta y admitida a la contraria. Manifestaciones del derecho a la contradicción en la prueba vamos a encontrar en todo el transcurso de los medios probatorios, en los que siempre se está exigiendo la citación de las partes, o la posibilidad de que éstas intervengan en la prueba admitida, cuando han de realizarse con citación de la parte contraria. Consecuentemente y que las partes, salvo en el caso de rebeldía, han de ser citadas a los actos probatorios, de manera que salvo que la incomparecencia se deba a su propia decisión, a su impericia o a su negligencia puede alcanzar relevancia constitucional la falla de citación de una de las partes a un acto de prueba. En segundo lugar, el principio de contradicción exige no solamente dar oportunidad a las partes de comparecer al acto de la prueba, sino que tengan en él la intervención que la Ley les concede, incluso debiendo interpretar del modo más favorable al derecho a la prueba esta intervención. De ambos casos hay que excluir los supuestos en los que es el propio ordenamiento el que impide a una

de las partes estar presente en una prueba, como por ejemplo en la prueba de confesión, aunque no tenga mucha razón de ser esta prohibición, o las restricciones a la asistencia de las partes en los interrogatorios domiciliarios. Esta obligación aparece recogida en la prueba de testigos, respecto de la de peritos, también de la inspección judicial ya que solamente está restringida en la prueba de confesión. Documentación: la prueba ha de documentarse a través de la correspondiente acta. La documentación del acta puede realizarse en cualquier forma que permita constatar su autenticidad por medio de la fe pública judicial. Nada impediría, a nuestro Juicio, que, bajo la fe del secretario, pudiera recogerse el resultado probatorio en otra forma teniendo en cuenta los medios que existen en la actualidad, aunque es forzoso reconocer que los medios al servicio de la impartición de justicia lo impiden en la práctica y no solamente en la instancia sino también en las eventuales impugnaciones en las que, como es lógico, es preciso que el órgano revisor tenga la oportunidad de analizar la prueba practicada en la instancia, en las que se debe valorar también los hechos.

Formalidades mínimas, se refiere Montero, al lugar y al tiempo en que ha de practicarse la prueba. En cuanto al lugar, la regla general es que las pruebas han de realizarse, en la sede del órgano judicial. Excepcionalmente, todos los ordenamientos prevén la posibilidad de que los medios de prueba se practiquen en otros lugares. En unos supuestos, es el propio medio de prueba el que exige su práctica fuera de la sede judicial, como ocurre en la prueba de inspección judicial cuando no se trata ni de la persona humana, ni de objetos trasladables a la sede judicial. En otros supuestos son razones especiales que tienen que ver con la posibilidad física de trasladarse a la sede judicial a la fuente de prueba, como ocurre cuando se trata de confesantes o testigos imposibilitados de acudir al local del Juzgado. Finalmente, en otros casos, es el propio ordenamiento el que permite que cuando la prueba haya de practicarse fuere del territorio en el que el juez ejerce su jurisdicción, la prueba sea practicada por auxilio judicial, es decir con la ayuda de otro juez. En cuanto al tiempo, la prueba ha de ser practicada en el término fijado por la ley. Cierto es que una, al parecer inveterada práctica haya pugnado una interpretación laxa, en el sentido de que serán válidas las pruebas que se incorporen antes de que el juez abra el período de alegaciones finales. Esta práctica, claramente no observa el principio general, por lo demás imperante en todos nuestros ordenamientos, de que prueba es exclusivamente la que se practica en la forma prevista por las leyes, y las leyes exigen que se lleven a cabo dentro de un término preestablecido. Otra cosa es que el juez puede incorporarlas después para mejor proveer o que, propuestas, se incorporen en la segunda instancia.

Prueba anticipada y aseguramiento de la prueba. Hasta ahora hemos partido del supuesto de que existe una demanda y, eventualmente, una contestación, una posible reconvencción y una contestación a ésta última, dado que la fase o medio probatorio ha de seguir naturalmente a la fase de alegaciones en la que ha quedado fijado el objeto del proceso y el tema probatorio. Hay supuestos, sin embargo, en los que el temor a la pérdida de una fuente de prueba determina que antes de que exista alegación sea necesario dejar acreditada ya alguna afirmación de hecho básica para la pretensión de la parte. El artículo 193 del reiterado Código Procesal Civil Distrital así lo establece cuando pudiera perder su derecho el demandante o el demandado si no se recibiesen desde luego las pruebas, como si el testigo fuese alguna persona anciana, o se hallase enfermo de gravedad o tuviese que ausentarse a mucha distancia y por tiempo indeterminado, o en otros casos semejantes, puede pedir que se reciba desde luego su declaración con citación contraria, y será firme y valedera. En parecidos términos se pronuncia este precepto respecto de la prueba documental (segundo párrafo) e incluso de la prueba de confesión judicial. De la redacción de este artículo se desprenden claramente los requisitos precisos para que pueda autorizarse la denominada prueba anticipada, que podemos sistematizar de la siguiente forma: Es requisito común e ineludible que el demandante o el demandado tengan riesgo cierto de pérdida de la fuente de prueba. Hay que interpretar la mención legal a la pérdida del derecho correctamente. El riesgo que hay que valorar no es la pérdida del derecho (extremo que no será factible conocer en ese momento) sino la legítima pérdida de la expectativa de poder acreditar una parte o incluso, todas las afirmaciones de hecho básicas para el reconocimiento del derecho por lo que es distinta la consecuencia, evidente, es que no podemos atender a la controversia porque no existe en ese momento, por lo que el juez habrá de valorar, con cierta amplitud, la posibilidad de que se trate de una afirmación importante para el eventual reconocimiento de un derecho y que sobre todo la prueba testimonial, puede ser relevante para acreditarla. El Tribunal a quien se le pide la anticipación de una prueba no está facultado para calificar la procedencia o improcedencia del proceso para el cual será utilizada: su facultad se limita a calificar la pertinencia de la prueba para el juicio que ha de iniciarse, y sobre la base de ello acceder o no a la solicitud. Ha de entenderse que es a cargo del solicitante acreditar el riesgo de pérdida de la fuente de prueba (el *periculum in mora*), lo que ha de conducir a la necesidad de acreditar *prima facie* ante el juez la ancianidad, la enfermedad o el viaje del testigo o del confesante. Otras situaciones semejantes, a las que alude el precepto, han de ser interpretadas, a nuestro juicio, de modo restrictivo, es decir

será preciso acreditar el motivo del riesgo de la pérdida de la fuente de modo incontrovertible en esos supuestos semejantes a que alude el precepto, teniendo en cuenta que la prueba debe practicarse dentro del período probatorio y que los supuestos de prueba anticipada han de reservarse a las situaciones en las que sea razonablemente previsible (con carga de la prueba de quien lo alega) que la fuente de prueba pueda desaparecer. El derecho a solicitar la práctica de la prueba pertenece tanto al demandante como al demandado. Esto requiere de algunas precisiones. No existe problema alguno por lo que se refiere al demandante. Como parece evidente la anticipación de la prueba se refiere tanto al momento en que se va a incoar la acción, como al momento de que una vez entablada, aún no se haya entrado en la fase probatoria. En cuanto al demandado hay que entender que la acción ha debido ser ya entablada y, por lo tanto la anticipación de la prueba se refiere a la práctica antes del momento procesal oportuno. Lo que se anticipa, en este caso, es el periodo de prueba parcialmente. Las pruebas a practicar son exclusivamente, las mencionadas en el ya citado artículo 193 del Código Procesal Civil Distrital. No existe problema alguno respecto de las pruebas de confesión y testimoniales que podrán ser planteadas en cualquiera de los dos momentos antes expresados (demanda por plantear o demanda planteada y anticipación al período ordinario de prueba). Respecto de la prueba documental, hay que entender lógicamente que se refiere al segundo de los momentos, puesto que para la petición anticipada al proceso ha de regir la previsión del artículo 193 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, respecto de la exhibición preliminar de documentos. Respecto de otras pruebas (singularmente la pericial y la inspección judicial), a mi juicio no caben dentro del concepto de prueba anticipada. En el caso del perito porque es fungible y por lo tanto cualquier persona con los conocimientos y en su caso la titulación oportuna, puede perfectamente ser nombrado, por lo que el riesgo de la ausencia del perito (que es la ratio del precepto) no puede alegarse. Otra cosa es que pueda perderse el objeto de la pericia, pero en este caso nada impide a cualquiera de las partes acudir a la denominada (mal denominada) pericia extrajudicial de manera que pueda acompañarse como una alegación más a la demanda o a la contestación. En cuanto a la inspección judicial, cabrá, únicamente a nuestro juicio constancia de la situación del lugar o del objeto a reconocer por medios ajenos al proceso. Y cuando aun no se ha entablado la demanda, las propias normas de atribución de competencia objetiva y territorial imponen que el juez que vaya conocer de la acción sea el mismo que acuerde la prueba anticipada. Finalmente, el propio artículo 193 ya citado alude a los dos requisitos últimos y fundamentales de la prueba anticipada. El prime-

ro, que es precisa la contradicción, de manera que, siempre que ello sea posible (y lo será siempre que ya esté entablada la acción) la practica de la prueba anticipada ha de producirse en los mismos términos en que se produciría de practicarse en el período probatorio ordinario, es decir con citación de la parte contraria y con la posibilidad de intervenir en su diligenciamiento. Cumpliendo esta necesidad de contradicción el Código Procesal Civil Distrital. Además, que esta prueba es subsidiaria, es decir, el evento del que depende la decisión de anticipación ha de producirse (el fallecimiento, la pérdida de facultades, la ausencia, la larga distancia) pues de ser posible la repetición de la prueba (incluso mediante el traslado del juez al domicilio del testigo o absolvente) ha de reproducirse la diligencia de prueba, so pena de carecer de validez.

La prueba en segunda instancia. La prueba ha de practicarse, normalmente, en el proceso en primera instancia. Pero en todos los sistemas en los que la regulación está concebida como un novum iudicium, es decir en todos aquellos en los que se permite que el Tribunal de alzada pueda tener conocimiento de los hechos sometidos a debate, es habitual que se reconozca el derecho de las partes a proponer y practicar prueba en la fase de regulación, siempre y cuando se cumplan algunos requerimientos básicos y el reiterado Código Procesal Civil Distrital, se refiere a estos supuestos típicos de jure de prueba en segunda instancia y a los requerimientos básicos a que hemos aludido. Se trata de la regulación de documentos, a la prueba sobre hechos nuevos o supervinientes, pueden extraerse las siguientes conclusiones: Respecto de la prueba de confesión, ha sido regulada en nuestros ordenamientos y permite en forma casi ilimitada para que este medio de prueba se practique en cualquier estado del procedimiento, incluso en cualquiera de las instancias. Esta postura tiene mucho que ver con la procedencia histórica de la prueba de confesión. Por ello, el artículo 308 del Código Procesal Civil Distrital, determina que la prueba de confesión pueda ofrecerse hasta diez días antes de la audiencia de pruebas, lo que se hace considerar como prueba privilegiada.

- En cuanto al resto de las pruebas, la regulación del reiterado Código Procesal Civil Distrital sigue como postura sobre la admisibilidad de medios de prueba en segunda instancia.

En consecuencia, el supuesto más frecuente es el previsto en el artículo 713 del multicitado Código. los medios de prueba que, propuestos en tiempo y forma no fueron admitidos por el juez de instancia. En este caso se trata de una de las posibilidades de regulación del derecho de audiencia, respetando el princi-

pio de subsidiariedad ha de ser puesto en primer lugar en conocimiento de los órganos para que puedan subsanar. No menos frecuente, por constatación empírica es el siguiente supuesto, el de los medios que propuestos en tiempo y forma y admitidos por el juez, no fueron practicados por causa no imputable a quien los propuso. Por cierto que como tuvimos de exponer, la regulación, ajena a la legalidad, de unir las pruebas en cualquier momento y que en consecuencia, sean válidas las practicadas incluso las que accedieron al proceso fuera del término probatorio, que quiere basarse en supuestos aspectos prácticos, debería poder resolverse por esta vía de permitir a las partes la reproducción de los medios de prueba en segunda instancia. Ciertamente es que, en la mayor parte de las ocasiones, esta solución no hará sino dilatar los litigios, pero en ese caso más valdría con analizar la posibilidad de flexibilizar el término de prueba o permitir la prueba para mejor proveer y no forzar la legalidad.

Los medios probatorios son los elementos que en un sistema jurídico se consideran idóneos para producir certeza en el juzgador, implica elegir una opción fundamental y esta contribuye a caracterizar el sistema probatorio respectivo.

Clasificación de las pruebas: Enunciación.- Existen diversos criterios para clasificar las pruebas judiciales, para unos conviene hacer una clasificación según su naturaleza, su poder de convicción, su valor, su radio de acción, etc. Otros autores como el maestro Devis Echandia, nos habla de una verdadera clasificación, que es la que toma diversos aspectos y puntos de vista y las distingue según su objeto, su forma, su estructura o naturaleza, su función, su finalidad, su resultado, origen, sus aspectos, y su oportunidad o sea el momento en que se producen, su utilidad y sus relaciones con otras pruebas.

De las diversas clasificaciones, como un permanente reto del siglo XXI, me referiré a lo siguiente:

Importancia de la prueba en diversos ejemplos:

1. Museo del Templo Mayor . Aplican bioquímica molecular en hallazgos arqueológicos, treinta individuos sacrificados al Dios Quetzacoatl, de los cuales eran niños de corta edad: Suceso, material genético, murieron de tuberculosis o enfermedad viral o bacteriana, cuestiones de parentesco, unidades habitacionales.
2. Príncipe Harry. Hijo de Carlos Príncipe de Gales, prueba de DNA o RNA.
3. Quinientas mil tarjetas de donación voluntaria de órganos. TELMEX.
4. Cambio de Bebes amparo negado, intercambio de las madres en Mazatlán Sinaloa, una acepta la otra no.

5. Mujer Británica obtiene el derecho a desconectarse de la vida, fallo de Juez.
6. Cirugía a distancia sin hospitalización mediante Robot. IPN.
7. Once de septiembre del dos mil uno, torres gemelas. Periciales- años para determinar los costos. Documentales destruidas o perdidas “la terrible impostura”- ningún avión se estrelló en el pentágono. Decreto de suspensión de garantías sin derecho a juicio.
8. Juez digital. El ocaso de los Jueces.
9. Malas cirugías. Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
10. Autoriza Juez español al divorciante visitar al perro de su exesposa.
11. Magnicidio. J. F. Kennedy, en México asesinatos de Colosio y Ruiz Massieu.
12. Hijo de dos madres y un padre.
13. Clonación humana.
14. Clonación asistida. Donación de óvulos y esperma. Banco de Semen.
15. El ocaso de servidores públicos. Video escándalos.
16. Internet.
17. Asesinato a cambio de sexo.
18. Voto a cambio de sexo.
19. Transplante múltiple a tres personas distintas.-Estado de Jalisco.
20. Manos
21. Helicóptero.- de Pachuca a México, corneas corazón y riñones.
22. Jessica. Segundo Transplante Universidad de Duque.
23. Niña de nueve años embarazada en Nicaragua.
24. Tijuana.- Venta de riñón de la madre en \$350,000.00.M.N. para pagar rescate de su hijo.
25. Los pulmones de la niña en el D.I.F., dos veces transplantados.
26. Cuba.- Transplante de tejido y todo el sistema nervioso.- Doctor Rene Druker e Ignacio Madrazo.
27. U.N.A.M. Enrededor de la Bioética.- Tejidos Faciales, Musculares y Óseos.
28. Actor.- Cambio de sexo y de nombre.- Problema Familiar.
29. A.D.N. prohibido en asuntos de naturaleza civil y familiar.- criterio de la Corte.
30. Adios a la privacidad (Big Brother o Reality Show).
31. Tlahuac.- Linchamiento de Policías.
32. Matrimonio Simulados o por Conveniencia.
33. Hija del Yerno con la madre, Suegra y Abuela.
34. Sexo City, (Cine Olimpia). ¿Familias, locatarios.

35. Internet.- Sexo por sorteo (Prostitución).
36. Sentenciados en materia Penal.- visita conyugal (La Familia, Lesbianismo, Homosexualismo).
37. Transplante de ovarios.
38. La inseguridad viola garantías individuales.
39. Testigos protegidos si pueden declarar por video conferencia.
40. Una mujer recibe la cara de otra en Francia.
41. Parejas de Estados Unidos concretan cambio de riñones.
42. El video teléfono celular.
43. Suspensión de la mina Pasta de Conchos (San Juan de Sabinas Coahuila).- o sea los mineros enterrados en dicha mina por explosión de misma.
44. Japoneses millonarios compran órganos de chinos.¹⁵

BIBLIOGRAFÍA

- BERTRAND GALINDO, Francisco Tinetti, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Centro de investigación y capacitación, San Salvador, 1992.
- CORBAL DOMINGUEZ, Jesús Eugenio, *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. et. al., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Colex, 1996.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de derecho probatorio*, Tercera Edición, Víctor OP. de Zabalía Editor, 1974.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Tercera edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, 2ª Edición, Madrid, 1998.
- PALLARES, Eduardo, *Derecho procesal civil*, editorial Porrúa S A, 12ª edición, México, 1996.
- PICÓ JUNO, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, 1996.