

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO
CIVIL GUATEMALTECO**

WILLY ORLANDO HERRERA MONTERROSO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2005

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO
CIVIL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

WILLY ORLANDO HERRERA MONTERROSO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2005

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOLCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic.	Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic.	Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV:	Br.	Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br.	Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic.	Carlos Humberto De León Velasco
Vocal	Lic.	Helder Ulises Gómez
Secretario	Lic.	Héctor David España Pinetta

Segunda fase:

Presidente	Lic.	Nery Roberto Muñoz
Vocal	Lic.	Héctor René Granados Figueroa
Secretaria:	Licda.	Eloiza Mazariegos Herrera

NOTA: “ Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 25 del reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

ACTO QUE DEDICO:

A DIOS:

Quien me guía, ilumina, y fortalece cada instante de mi vida.

A MI ESPOSA:

Nilda Ileana Gutiérrez Hernández de Herrera, con mucho amor por su apoyo incondicional y estímulo constante, ya que ha sido parte fundamental en cada momento de mi existir, para lograr una realidad que juntos hemos anhelado.

A MIS HIJOS:

Razón de la lucha constante en cada instante de mi vida, les dedico éste triunfo, y gracias por su comprensión en los momentos difíciles que juntos recorrimos.

A MIS PADRES:

Infinitas gracias, y que Dios los tenga en su gloria.

A MIS HERMANOS:

Por haber confiado en mí, y brindarme el apoyo cuando lo necesite.

A MIS SOBRINOS:

Con todo cariño.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Con todo orgullo les dedico éste escalón en la lucha trazada de mí vida.

A MIS AMIGOS:

Personas con las cuales compartí tanto momentos fáciles como difíciles, pero que siempre me dieron el apoyo necesario para salir adelante, gracias por su amistad de todo corazón.

A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO:

Dr. Vladimir Osman Aguilar Guerra.

Lic. Roberto Augusto Castillo de León.

Lic. Otto Rogelio Díaz Beteta.

Gracias por sus sabios consejos, y el tiempo que me brindaron sin ningún interés, que Dios los bendiga hoy y siempre.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1.	La prueba	1
1.1.	Historia de la prueba	1
1.2.	Definición de la prueba.....	2
1.3.	Principios procesales de la prueba civil.....	3
1.3.1.	Principio de comunidad de la prueba	3
1.3.2.	Principio de contradicción de la prueba	4
1.3.3.	Principio de igualdad de oportunidad para la prueba.....	4
1.3.4.	Principio de publicidad y de preclusión de la prueba	4
1.3.5.	Principio de la inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba	4
1.3.6.	Principio de la imparcialidad del juez en la dirección	5
	y apreciación de la prueba.....	5
1.3.7.	Principio de la libertad de la prueba.....	6
1.4.	Fases o etapas de la prueba	6
1.5.	Principio dispositivo o inquisitivo	7
1.6.	El derecho subjetivo de probar	8

CAPÍTULO II

2.	Los poderes del juez en el proceso civil.....	11
2.1.	La actividad del juez en el campo probatorio	11
2.2.	El sistema inquisitivo en materia de prueba	12
2.3.	La carga de la prueba en la prueba de oficio.....	12
2.4.	Opiniones doctrinarias sobre la legitimación del juez como sujeto proponente de la prueba	13

2.4.1.	Tesis minoritaria	13
2.4.2.	Tesis mayoritaria	14

CAPÍTULO III

3.	Procedimiento probatorio	19
3.1.	Tiempo y actividad probatoria	19
3.2.	Aseguramiento o defensa de la prueba	19
3.3.	Proposición o presentación de la prueba	20
3.4.	Admisión, ordenación y decreto de prueba.....	20
3.5.	Recepción o práctica de la prueba.....	21
3.6.	La asunción de la prueba.....	21
3.7.	Valoración de la prueba	22
3.8.	Objeto de la prueba	22
3.9.	Hechos.....	23
3.9.1.	Hechos invocados por las partes	23
3.9.2.	Carácter controvertido de los hechos.....	23
3.9.3.	Hechos admitidos en materia indisponible	24
3.9.4.	Exclusión de la prueba de derecho	24
3.9.5.	Hechos exentos de prueba.....	25
3.9.5.1.	Hechos notorios	25
3.9.5.2.	Hechos evidentes.....	26
3.9.5.3.	Hechos presumidos legalmente	26
3.9.5.4.	Verdades científicas.....	26

CAPÍTULO IV

4.	La facultad de los jueces para decretar prueba de oficio.....	27
4.1.	Concepto	27
4.2.	Fundamento de la prueba de oficio.....	28
4.3.	Contenido de las facultades de dirección material del proceso .	30
4.3.1.	Razón de ser de la facultad jurisdiccional	31
4.4.	Los procesos civiles no dispositivos	33
4.5.	Las reglas materiales del ius cogens	34

4.5.1.	Primera posibilidad teórica propia del proceso penal y del proceso civil regido por el principio de necesidad	35
4.5.2.	Actuaciones solo jurisdiccionales.....	35
4.6.	La prueba en los procesos no dispositivos	37
4.6.1.	Admisión de los hechos	37
4.6.2.	Inexistencia de la prueba legal.....	38
4.7.	Casos de procesos con incapacitación	38
4.8.	Las medidas para mejor resolver o el auto para mejor fallar	40
4.9.	La corriente garantista	43
4.10	Equilibrio entre el sistema dispositivo y la tendencia publicista	46
4.11	Ventajas del principio dispositivo	47
4.12	Desventaja	47
4.13	Ventajas del sistema inquisitivo	
4.14	Desventaja	
5.	Ley de enjuiciamiento civil, legislación comparada España.....	48
CONCLUSIONES		51
RECOMENDACIONES		53
ANEXO.....		55
BIBLIOGRAFÍA		63

(i)

INTRODUCCION

El proceso civil puede estar fundamentado de dos maneras, por el principio dispositivo o por el sistema inquisitivo; el primero de ellos, puede definirse como el señorío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación del proceso, marcha y culminación de este. Ésta definición la atribuye Goldsmith a Gönner citado por Enrique Vescovi. El principio dispositivo, confía a la actividad de las partes el inicio del proceso y la aportación de materia probatoria, sobre los cuales versará la decisión del juez, de allí que en el proceso dispositivo la determinación del objeto del proceso, la aportación del material de conocimiento, es decir las pruebas corresponden literalmente a las partes. Esto implica también, el impedir que el juez se exceda en los límites fijados a la controversia por la voluntad de las partes.

Este principio tiene su justificación en la oposición que en la mitad del siglo diecinueve, la población tuvo sobre todo lo que implicaba restricción de sus derechos por parte del poder estatal, y sobretodo para aquellos que habían tenido que soportar monarquías absolutas, por esta razón las normas procedimentales se consideran absolutas del derecho privado, el proceso pertenecía a las partes. El objeto de esto tenía según afirmaciones de Guasp era que el juez debía estar separado completamente de la función de investigar y el interés de estimular la iniciativa de las partes en la búsqueda de los hechos de su interés. De modo pues, que el principio dispositivo implica que el juez ha de atender exclusivamente a la actividad que las partes, sin que le sea permitido tomar ningún tipo de iniciativa encaminada a promover el proceso, ni a establecer la verdad, valiéndose de hechos o pruebas no afirmadas ni propuestas por las partes.

De esta cuenta se considera que existen dos tendencias en principios dispositivos; el formal y el material. El principio dispositivo formal se refiere a la

(ii)

plena disponibilidad de los derechos subjetivos derivados de la relación material, y de su disponibilidad cuyo primer término lo constituye la total libertad de que gozan sus titulares para formular peticiones y para solicitar o no, la tutela jurisdiccional del Estado, en caso de que tales derechos no fueren respetados. Esta situación no se altera con la puesta en marcha de la función jurisdiccional, ya que las partes disfrutaban de igual libertad durante todo el proceso.

El principio dispositivo material no es más que el conjunto de atribuciones conferidas a los litigantes que inciden primariamente sobre la relación procesal. Entre ellas pueden señalarse la aportación de hechos y pruebas respecto a los medios extintivos del proceso. En contraste con el principio dispositivo material, el formal posee una esfera de influencia relativamente reducida, por las propias restricciones que tiene el propio principio dispositivo.

Se afirma que el fundamento del principio dispositivo consiste en el concepto de que en el proceso civil, se discute una cuestión de exclusivo interés para las partes, ante el cual, el juez no puede dejar de ser un simple espectador y su única función debe limitarse a darle la razón al vencedor, esta concepción en la actualidad es obsoleta y carece de todo apoyo.

Actualmente la doctrina unánimemente afirma que dictar justicia y obtener una sentencia que corresponda a la verdad y que por ser el derecho un asunto de interés social, cualquiera que sea la rama del derecho a que corresponda la cuestión, constituye el objeto del proceso.

El sistema inquisitivo por su parte, caracteriza generalmente al proceso penal, porque dispone que el juez tiene la potestad de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo coarte, para que deba decidirse únicamente sobre la base de los medios que éstas le propongan y su consagración lo faculta para promover de oficio el proceso y llevarlo adelante por propia iniciativa.

(iii)

El proceso civil guatemalteco, actualmente está predominantemente fundamentado con las bases del principio dispositivo material, por ello se le conceden las mayores facultades a las partes, de esa cuenta las reglas que deben respetarse son; que el juez no pueda por sí mismo iniciar de oficio un proceso, tampoco pueda tener en cuenta hechos que no hayan sido alegados por las partes, ni tener por incorporados a procesos medios de prueba que no hayan sido aportados por las partes cumpliendo con todas las formalidades de la ley, es decir de conformidad con las reglas de bilateralidad y la contradicción, debe tener por ciertos los hechos en que las partes estuvieron de acuerdo, finalmente la sentencia debe ser dictada de conformidad con lo alegado y probado, y el juez no puede condenar a más, ni a otra cosa que no haya sido la solicitada, atendiendo al principio procesal de congruencia.

En el anteproyecto del Código Procesal General, también se conserva el mismo principio dispositivo material, ya que no es permitido al juez iniciarlo de oficio, la jurisdicción no puede ejercitarse sin la acción procesal. Así en su Artículo primero dispone. "El inicio del proceso corresponde a los interesados, las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos de naturaleza indispensable, (estado civil y capacidad de las personas).

El impulso procesal, adquiere características del sistema inquisitivo y del principio dispositivo. Artículo tercero. Impulso procesal de oficio Perentoriedad de los plazos, buscando celeridad procesal que es uno de los principios rectores del anteproyecto

La presente tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera: en el capítulo I se toma como punto de partida la historia de la prueba, se da una definición de la prueba y se describe cada uno de los principios procesales que rigen la prueba civil, para luego en el capítulo II hacer referencia sobre los poderes del juez en el proceso civil y las diferentes opiniones doctrinarias sobre la legitimación del juez como sujeto proponente de la prueba, por otra parte en el

(iv)

capítulo III se hace énfasis en el procedimiento probatorio que rige el proceso civil; y para finalizar en el capítulo IV se hace mención sobre la facultad de los jueces para decretar la prueba de oficio, su fundamento en la legislación guatemalteca, las ventajas y desventajas que conlleva la aplicación del principio dispositivo y el sistema inquisitivo en el proceso civil, y una comparación con la ley de enjuiciamiento civil de la legislación española.

CAPÍTULO I

1. La prueba

1.1 Historia de la prueba

En la prueba se someten al órgano jurisdiccional los elementos necesarios para formar la necesaria convicción. Esto plantea el problema de los llamados sistemas en la apreciación de la prueba. Han dominado en el decurso de la evolución histórica del derecho tres diversos sistemas, en orden a la apreciación de la misma por parte del juzgador; ello después, naturalmente, del sistema de las pruebas divinas o sobrenaturales, expresadas en los juicios de Dios y en las Ordalías, que tuvieron un brote vigoroso e inconcebible en el derecho de la edad media.

El sistema de la prueba tasada es el más antiguo y, como su mismo nombre indica, gradúa el valor de cada medio de prueba, haciendo automática la función del juez, ya que no deja apenas, al mismo margen de apreciación. Este sistema, surgido en los tiempos del bajo Imperio Romano y recogido en el Código de Justiniano, fue poco a poco reemplazándose por el sistema de la prueba legal, en el cual, si bien la ley no delimita el valor de los medios de prueba, determina las condiciones de admisibilidad de cada uno y la forma de ellos. Una evolución más destacada del derecho de prueba esta representada por el sistema de la prueba moral o libre convicción del juzgador, conforme al cual no se prescriben formas predeterminadas en el sistema de pruebas, sino que todos los medios son aceptables, siempre y cuando produzcan aquella convicción del órgano jurisdiccional.

En el derecho actual rige el llamado sistema mixto o de la prueba legal. Conforme al mismo, se orienta el derecho de prueba en los códigos y, de acuerdo con él, se disciplina esta materia en el derecho, ya que desde el punto de vista material como desde el punto de vista formal se recoge en nuestra ley. .

Pocas son las realidades que, sobre todo en el mundo del derecho, se imponen por si mismas incontrastablemente; pero es que aunque en ocasiones se impongan, muchas veces la tozudez humana las niega, y entonces es necesario acudir por fuerza a su demostración. Por esto, es por lo que la prueba encierra una trascendencia suprema y casi no se comprende cómo ha sido ésta una de las materias más abandonadas hasta ahora por la doctrina científica, no habiéndose estudiado la misma con la profundidad que requiere.

Sólo en efecto, unos pocos principios, algunos de ellos falsos, y ciertas consideraciones de rigor, han constituido, a través del derecho histórico, el cuadro científico de este asunto y esto sin hacer mención siquiera de la fase anterior al derecho romano, donde concepciones absurdas y algunas veces irrisorias dominaban toda la problemática. En los últimos años, sin embargo, y gracias al intenso esfuerzo de los procesalistas, ha entrado la técnica en ésta parte del derecho entregada casi solo a la práctica judicial y cada día que pasa, se abren nuevos horizontes para estimaciones del moderno cuño y sentido. Del área procesalista ha pasado el rigor técnico al mismo derecho material, donde se recibe en el articulado de los nuevos textos legales y se define por la doctrina y la jurisprudencia.

1.2. Definición de la prueba

“Abarca todo el mundo del conocer, incluso las facetas más abstractas del mismo, puede definirse la prueba diciendo que es la demostración satisfactoria de una afirmación cuya realidad no se impone por si misma. Si esa afirmación pertenece al mundo jurídico y sobre ella se quiere montar una alegación constitutiva y extintiva de un derecho, entonces entra la prueba en el campo de la juridicidad, constituyendo incluso una especie de subrama jurídica.”

Es la prueba judicial el instituto que ha motivado aquella atención de los procesalistas. En este último sentido puede ser definida como la demostración ante el

Juez competente de la exactitud o realidad de un hecho productor de consecuencias jurídicas, sometiendo a aquél los elementos necesarios para formar la necesaria convicción¹.

1.3. Principios procesales de la prueba civil

Los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, tienen que estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades sin que el mismo pueda suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y el contradictorio indispensable para la validez de todo medio probatorio y el derecho de defensa.

En el sistema de la prueba de oficio, el juez no puede, utilizar el conocimiento privado que tenga de los hechos relacionados, se afirma que con esto en nada se atenta contra este, por el contrario; al decretarse oficiosamente esta prueba, se cumple el objetivo de que el juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciativa probatoria y otra que sin necesidad de pruebas declare un hecho porque lo conoce privadamente.

1.3.1. Principio de comunidad de la prueba

La prueba pertenece al proceso, no a las partes que la aportaron, es impropio pretender que la prueba solo beneficie a quien la aportó, puesto que una vez introducida al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte beneficioso para quien lo adujo para la parte contraria, es por ello que no se puede desistir o renunciar a la prueba ya recibida.

¹ Puig Peña Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 612.

1.3.2. Principio de la contradicción de la prueba

Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, tiene que llevarse al conocimiento de todas las partes, la contradicción es un requisito esencial para su validez y autoridad.

1.3.3. Principio de igualdad de oportunidad para la prueba

Para que haya igualdad se necesita contradicción, esto significa que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de la prueba y para contradecirla, este es un aspecto del principio de igualdad.

1.3.4. Principio de publicidad y preclusión de la prueba

Significa que debe permitirse a las partes conocer las pruebas, intervenir en su práctica, objetarlas si fuera el caso, discutir las y luego analizarlas para hacer las alegaciones oportunas, pero también significa que las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona, se trata de una formalidad de tiempo y oportunidad para su recepción y se relaciona con los de contradicción y lealtad, con el se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcancen a controvertirse, principio también llamado de eventualidad, es menos riguroso para las pruebas de oficio decretadas por el juez.

1.3.5. Principio de la inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba

Para la eficacia de la prueba, el cumplimiento de las formalidades, la lealtad e igualdad en el proceso y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego en su recepción. Este principio contribuye a la autenticidad, a la

seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba. De lo contrario, el debate probatorio se convertiría en una lucha privada y la prueba dejaría de tener el carácter de acto procesal de interés público. La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba especialmente en materia de testimonios, reconocimientos judiciales, interrogatorios, peritos etc.

Este principio también significa que el juez no puede permanecer inactivo, no se le permite hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar previsto de facultades para intervenir activamente en su práctica. Solo así puede decirse que el juez es el director del debate del proceso. Es el complemento indispensable de la inmediación.

1.3.6. Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba

Es el complemento indispensable del anterior y sirve para refutar las principales objeciones que los viejos civilistas le hacen al moderno proceso civil inquisitivo y con libertad de apreciación de la prueba en el cual sin duda tiene mayor importancia, pero sin que sea poca en el dispositivo, dadas las facultades que siempre se le otorgan para rechazar pruebas, intervenir en su práctica y apreciarlas en ciertos casos.

La dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, estar siempre orientado por el criterio de la averiguación de la verdad, tanto como cuando decreta pruebas oficiosas o a solicitud de parte, como cuando valora los medios de prueba alegados al proceso. Este principio se vulnera cuando el juez no decreta de oficio las pruebas que sean necesarias para verificar los hechos alegados o investigados.

1.3.7. Principio de la libertad de la prueba

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

1.4. Fases o etapas de la prueba

En el derecho procesal civil ha prevalecido, el principio dispositivo, que en sentido amplio pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido objeto e impulsión del proceso, además de la aportación de las pruebas, en otras en cambio, se le ha otorgado al juez facultades oficiosas en esos diversos aspectos, lo cual caracterizó el sistema dispositivo material.

Estos sistemas son fundamentales para la regulación legal de la cuestión probatoria y por lo tanto para la conformación general del procedimiento cuyo aspecto más importante es el de las pruebas, ya que de ellas depende el éxito o el fracaso de la pretensión.

Afirma Devis Echandía, desde hace cuatro siglos nadie discute la conveniencia y aún la necesidad de imponer el principio acusatorio en materias penales también en los procesos laborales y se admite sin objeciones. En cambio, ha sido tortuoso y difícil el cambio que han tenido que recorrer los juristas para llegar a la implantación de ese principio en el proceso civil, no obstante consagrado, entre otros en países como Alemania, Italia, Austria, Rusia, Francia, Portugal, Brasil, Argentina, México, España y Colombia, tímidamente a norma de excepción, en otros códigos más viejos como el venezolano, el peruano se ha llevado a cabo a través de las "medidas para mejor

proveer" que por lo general la jurisprudencia aplica con criterio extensivo². Guatemala, tiene las medias para mejor proveer desde hace treinta años y ahora incorporará la prueba de oficio a su legislación a través del Código General del Proceso.

1.5. Principio dispositivo o inquisitivo

Descansa fundamentalmente en que es a las partes a quienes compete iniciar el proceso, que es a ellas a quienes corresponde fijar los hechos sobre los que deberá versar el proceso y finalmente son las partes las obligadas en aportar sus respectivos medios de prueba para lograr convencer al juzgador, por lo que el juez, al juzgar, debe atenerse escrupulosamente a las alegaciones de la demanda y de la contestación, no pudiendo introducir hechos no aducidos por las partes, mientras que debe reconocérsele al juez un margen de iniciativa suficiente en cuanto a las pruebas.

Tradicionalmente el proceso civil en Europa y después en Íbero América ha estado regido por el principio de prueba de parte. Son las partes quienes deben primero alegar los hechos y razones de las que hagan derivar sus derechos y después quienes deben ofrecer y producir en el juicio la prueba sobre tales fundamentos. El juez, al resolver, debe atenerse exclusivamente a lo alegado y probado por las partes y dictar sentencia según esas alegaciones y prueba de parte, nunca según su conciencia ni según su información privada extraprocesal.

Modernamente se afirma que para poder exigir al juez que dicte sentencia justa es preciso dejarle en libertad para que él pueda procurar la prueba que le resulte necesaria sobre las afirmaciones realizadas por las partes. De este modo el juez podrá conocer bien los hechos a los que debe aplicar correctamente la ley.

² Pruebas judiciales, pág. 98.

1.6. El derecho subjetivo de probar

Así como existe un derecho subjetivo para iniciar el proceso y obtener de él una sentencia, lo mismo puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar en el proceso los hechos de los cuales se intenta deducir una pretensión formulada o la excepción propuesta.

Se trata de un derecho subjetivo procesal, porque la obligación que genera depende de un acto de voluntad, como el derecho de recurrir, que corresponde a todas las personas que intervienen en el proceso tengan o no razón sus pretensiones o defensas, sea como demandados o demandantes, terceros coadyuvantes, terceristas e inclusiva como intervinientes incidentales o transitorios, solo que a estos últimos ese derecho está limitado a los hechos relacionados con su intervención incidental ya que no son propiamente partes en el proceso. El derecho de probar se vincula entonces, a la pretensión cuya naturaleza es concreta y persigue una decisión favorable, la prueba entonces será el complemento de la pretensión

El derecho de probar no es un simple derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino que acepte todos aquellos que sean necesarios y practique los que le sean solicitados y que los tenga en cuenta en la sentencia.

En el procesalismo actual son dos los aspectos más importantes del sistema dispositivo, el primero de ellos atiende a la necesidad de la demanda para la iniciación del proceso por parte del actor, y limita al juez a la decisión respecto a las peticiones del actor o al principio de congruencia, y el segundo se refiere a los poderes exclusivos de las partes sobre el principio probatorio del proceso, y deja al juez inerte ante el combate judicial que reviste interés netamente privado.

Para que considere dispositivo un proceso, lo principal es que no se limite a las partes la facultad de disponer y promover el elemento principal probatorio. Para

considerarlo inquisitivo, será que se permita al juez una investigación oficiosa de los hechos.

CAPÍTULO II

2. Los poderes del juez en el proceso civil

2.1. Actividad del juez en campo probatorio

El sistema dispositivo en materia de prueba, se refiere al poder dispositivo de los elementos probatorios. El principio dispositivo, en lo relativo a la prueba es un principio exclusivo o eminentemente técnico, por ello la actividad del juez en el campo probatorio debe consistir en verificar los hechos y no en averiguar las objeciones, en contra de las facultades oficiosas del juez en la producción de la prueba para, el aspecto civil se puede referir en el litigio de interés privado, y que, por lo tanto, las partes deben ser libres de manejarlo a su leal saber y entender, ya que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio, y que por consiguiente, el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar: con base en las pruebas que las partes le aporten, para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad³.

Con relación a éste tema los modernos procesalistas y la doctrina publicista afirman que tales razones son tan débiles, que no resiente el menor análisis. Se basan en la tesis, ya completamente rectificadas, de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses particulares.

Pero hace ya más de 50 años que la doctrina universal archivó esa concepción privatista y la sustituyó por la publicista, que ve en el proceso civil el ejercicio de la jurisdicción del estado, en interés público o general: obtener la adecuada aplicación de la ley material y la recta justicia en los casos particulares, para mantener la paz y la tranquilidad social. La democracia política y más concretamente, el principio de la

³ Jurisprudencia: en sentencia de casación civil 22 de enero de 1974, publicada en jurisprudencia y Doctrina T. III Num. 27 p. 7. la Corte puso de presente este importante deber del juzgador de ambas instancias y dijo que "sin grave menoscabo del ideal de justicia, no puede eludir el ejercicio de las facultades que en el mismo sentido tiene" y que es "retornar a un pretérito superado" limitarse a desechar las pruebas sin hacer gestiones para aclararlas y complementarlas.

igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para hacer efectiva la igualdad de las partes y para que triunfe la verdad y la justicia, con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado.

2.2. El sistema inquisitivo en materia de prueba

La facultad inquisitoria probatoria se otorga principalmente como defensa indisponible a las partes pobres o débiles del proceso, cuyos abogados pueden incurrir en olvidos, inactividades y hasta connivencias dolosas, pero también para los casos en que tales situaciones se presenten en los abogados de la parte poderosa. Esta facultad está orientada a suplir los errores, olvidos, inactividad y de los apoderados, en razón del interés público que existe en que la sentencia sea verdaderamente justa de acuerdo a la realidad de los hechos y no con la simple apariencia que presenta una prueba incompleta. Toda limitación a tal facultad, es arbitraria a los fines perseguidos por el legislador al otorgarla generosamente⁴.

2.3. La carga de la prueba en la prueba de oficio

En el anteproyecto del Código General del Proceso se establece como poderes deberes y facultades del juez en sus Artículos 3.50 inciso e, 51 inciso dos, y 149 se establece la facultad de dirección del proceso. En relación a las pruebas de oficio, el juez debe o puede, acordar pruebas por propia iniciativa. Con relación a las pruebas de oficio, el juez debe o puede, acordar pruebas por propia iniciativa. En relación al mismo también existe una cuestión básica y es el problema relativo a sí es una facultad o un deber "podrá o deberá" la complicación estriba en saber si se está frente a una facultad en el sentido de meras posibilidades de actuación ofrecidas al director del proceso, como se denomina al juez del anteproyecto, para que ejerza o no

⁴ Devis Echandía: **Procesos y definiciones de justicia civil**, pág 184.

según su libre convicción, o sí por el contrario, esa manifestación puede ser incluso constitutiva de un deber. Al hacer un estudio del tema puede encontrar dos corrientes bien definidas.

2.4. Opiniones doctrinarias sobre la legitimación del juez como sujeto proponente de la prueba

Son dos corrientes o posturas totalmente antagónicas las que se sostienen por la doctrina. Una que parece ser la minoritaria, para la cual el juez nada tiene que ver con lo que se relaciona a las pruebas. Y la otra la tesis mayoritaria, que entiende el poder con que cuentan los jueces por la preceptiva procesal como un deber-poder.

2.4.1. Tesis minoritaria

Según entiendo, sostiene que las expresiones puede o podrá, se refieren a algo facultativo, a diferencia del debe, que alude a lo que es imperativo, cuando hay una facultad otorgada al juez, la ley posibilita la actividad instructora al organismo jurisdiccional, pero su uso depende de la voluntad del juez quien, en cada caso puede optar por hacer o dejar de hacer.

Cuando hay un deber de hacer, en cambio la facultad volitiva del juzgador no puede intervenir porque imperativamente la ley determina su actuación.

Esta postura no termina en esta afirmación, sino que también critica duramente la atribución de iniciativa probatoria del juez civil por muy variadas razones.

- **La naturaleza disponible del derecho de ejercitar la pretensión**

En esta postura se sostiene que el proceso civil es un negocio particular y con un fin estrictamente privado, es decir los intereses personales de las partes, lo cual no es compatible con la idea de un sistema por el cual el juez con la finalidad de buscar la verdad, viole el sistema dispositivo

- **Viola el derecho de las partes del proceso a probar**

La razón de esta oposición se fundamenta en el hecho de que los únicos que pueden y deben aportar la prueba al juicio son las partes, pues ya que a ellas se les ha otorgado la facultad constitucional a probar, es necesario evitar que el juez pueda interponerse en el ejercicio de dicho derecho. Se afirma que existe contradicción entre la existencia del derecho que se le ha otorgado a las partes, con las que el juez pueda aportar al proceso.

- **Se pone en peligro la imparcialidad el juez**

Se afirma que es indispensable mantener el estado de imparcialidad del juzgador civil, en relación a la proposición de la prueba para impedir la pérdida de su necesaria imparcialidad. No les parece adecuado que se presente al juez como director del proceso y, al mismo tiempo, se les conceda excesiva injerencia en un aspecto que, aún con un buen intencionado propósito, pueda comprometerse su imparcialidad. Es decir, sostienen que la carga de la prueba debe recaer por entero sobre las partes, pues no es lícito derivar tal tarea en la persona menos indicada para hacerlo, es decir sobre el juez quien es el que debe resolver imparcialmente el litigio.

- **La destrucción del "onus probandi"**

Finalmente, sostienen los partidarios de esta tesis, que atribuirle al juez iniciativa probatoria conduce a convertir en letra muerta el instituto procesal de la carga de la prueba.

2.4.2. Tesis mayoritaria

Este grupo afirma que las facultades probatorias que el juez tiene en el proceso son deberes para él, frente a las medios probatorios, no tendría sentido que el juez pueda establecer la verdad, sino que debe establecerla.

Sosteniendo que lo que se le exige al juez, es ejercitar ese poder. Es un poder súper parte, que se debe combinar con el deber, pues es un deber del ejercicio del poder cuando lo demande el servicio de la justicia.

Frente a las tesis minoritarias hacen las siguientes críticas:

Afirman los seguidores de la misma.

- Que los minoritarios incurren en un estado de confusión científica entre el poder de disposición, monopólica de partes, que limita la verdadera averiguación del objeto litigioso, por insuficiencia o carencia de pruebas y que amarra no solo a las partes, sino también al director del proceso.
- Que todo avanza, y también el proceso civil, el cual ya no es concebido como en el siglo XIX, como una mera cosa de las partes, sino que en todos los procesos, aún en el derecho privado entran en juego no sólo los intereses privados de las partes, sino también el interés público, consistente en la recta aplicación de la ley del Estado al caso concreto y como la recta aplicación de la ley al caso concreto, depende de que los hechos que el juez fije en la sentencia, sean los que en verdad han ocurrido, para lo cual la prueba cumple un rol decisivo, que es obvio estudiar a los poderes instructores del juez inherentes a la función judicial.

El derecho a la prueba no es en ningún caso monopolio exclusivo de las partes. Que ambas iniciativas, la del juez y la de las partes son compatibles, la alegada incompatibilidad, sólo podría configurarse, si el poder oficioso probatorio del órgano jurisdiccional, se convirtiera en un impedimento, o limitación del derecho de los interesados en probar. Situación sin sentido en el ordenamiento jurídico, en cuya cúspide se encuentra la norma constitucional, que declara inviolable la defensa en juicio de los derechos de las partes y garantiza el derecho del debido proceso.

Tampoco se transgrede el debido proceso, porque las partes del proceso, con o sin instrucción oficiosa de la jurisdicción gozan del derecho de probar, y dicho derecho no se puede limitar. No se puede hablar tampoco de la auto contradicción pues se debe recordar que ese vicio lógico solo ocurre cuando respecto de una misma cosa, hecho o situación se dice que es y que no es al mismo tiempo y el derecho de probar que tiene las partes, no es la misma cosa que el poder oficioso del juez, simplemente están conectados, como lo están todos los actos del proceso, por una finalidad común: establecer la verdad jurídica objetiva.

No es sensato tampoco pensar que por su mero ejercicio, el juez va a pecar de parcial y esto por varias razones:

- No es razonable, ni sensato pensar que quien ejerce una judicatura y con ello los poderes otorgados por la propia ley y que le son inherentes, no respete la garantía del contradictorio, que de otra parte puede exigírsele.
- Porque cuando el juez ordena la realización de determinada prueba, difícilmente puede prever a cual de los litigantes estará favoreciendo el éxito de la diligencia. Es obvio que el beneficio lo recogerá la parte veraz, pero éste no es un suceso indeseable desde el punto de vista de la justicia, sino por el contrario, el proceso se hace para darle la razón a quien la tenga, para que cada quien tenga lo que en verdad le corresponde. En un sentido contrario, también la abstención por parte del órgano jurisdiccional de su poder probatorio resolutorio beneficiaría para la parte que no probó.
- La iniciativa judicial en materia probatoria, no constituye en sí una manifestación del proteccionismo judicial, porque cuando el órgano actúa de oficio para establecer la verdad de los hechos relevantes alegados, lo que está buscando adquirir es conocimiento, que le permita resolver con

justicia el litigio, lo que no tendría cabida únicamente en el proceso donde se plantee el concreto problema de la desigualdad entre las partes, sino en todos los casos. Actividad del juez que de ninguna manera es sustitutiva del rol del abogado, dado que aquél no esclarece por el litigante, ni para el litigante, sino para sí mismo y para el proceso, ya que es el juez quien deberá dictar sentencia.

- Aún más, el juez debe ser imparcial, puesto que ello es una exigencia implícita en la esencia misma de la jurisdicción, pero se le exige también que no sea indiferente, porque nada excusa la indiferencia del juez en su misión de dar a cada uno lo suyo, el proceso está destinado para hacer justicia a seres humanos y no dedicado a la academia.

Finalmente, el argumento de la parcialidad, queda definitivamente alejado, mediante la necesaria fundamentación de la resolución que ordena la prueba de oficio, como por el debido sometimiento estricto de esta, al principio del contradictorio, otorgando a las partes la posibilidad de controlar por vías distintas, no excluyentes la de los recursos, la del control del diligenciamiento de la prueba oficiosa y la de la contraprueba o prueba complementaria de la dispuesta por el juez.

No es apta la postura de la carga de la prueba u "onus probandi" entre las partes:

Por la omisión de cumplir la carga subjetiva de prueba incluida en el Artículo 126 del actual Código Procesal Civil y Mercantil, no se puede extraer forzosamente la conclusión de que todo está perdido para una de las partes, porque si la existencia de tal hecho lo demuestra la prueba aportada por el adversario, el órgano jurisdiccional (porque las pruebas se adquieren para el proceso y no para el oferente) podrá válidamente hacer mérito de ella, exactamente del mismo modo en que si hubiere provenido de la contraparte.

Finalmente se afirma por los que apoyan a la tesis mayoritaria el fundamento humano y se afirma que no se le puede otorgar a un ser humano la tremenda misión de juzgar a sus semejantes y al propio tiempo obligarlo a actuar como un autómeta, parece inhumano descargar semejante responsabilidad en un juez y luego privarlo de sus poderes instructoras, si la tentativa de privación se asienta en planos irreales, caprichosos y se pretende convertir la justicia en un mero truco de destreza.

CAPÍTULO III

3. Procedimientos probatorio

3.1. Tiempo y actividad probatoria

Se entiende por procedimiento probatorio la totalidad de las actividades procesales relacionadas con las pruebas en sus diversas etapas y fases que comprenden, por lo tanto, la investigación, el aseguramiento, la proposición o presentación, la admisión y el ordenamiento, la recepción y la práctica de los diversos medios.

Para que la prueba pueda ser producida u obtenida válidamente y, por lo tanto, se surtan los efectos legales procesales y las consecuencias legales sustanciales que de ellas pueden deducirse, es indispensable que reúnan ciertos requisitos:

3.2 Aseguramiento o defensa de la prueba

En directa relación con la investigación es lo relacionado con su aseguramiento, es decir, las medidas encaminadas a impedir que se desvirtúen o se pierda, o que su práctica se haga imposible por otras causas, y a conservar las cosas y circunstancias de hecho que deben ser probadas en el proceso. Estas medidas generalmente son de tres clases:

- Apoderamiento preventivo, ejemplo secuestro
- Recepción anticipada, ejemplo reconocimiento judicial.
- Coerción oficial para la práctica, que puede ser física, ejemplo reconocimiento judicial con allanamiento, conducción de testigos, económicas, multas.

3.3 Proposición y presentación de la prueba

Tiene derecho de proponer prueba, el juez, con las limitaciones más o menos estrictas que en el principio dispositivo se le imponen a las partes.

Se habla de presentación de la prueba cuando la parte interesada aduce el medio y el juez se limita a admitirlo, sin que deba adelantarse actividad alguna de práctica ejemplo, cuando se presentan los documentos, existe en este caso una simulada proposición de la prueba en el momento de su presentación. Hay simple proposición de prueba cuando la parte se limita a indicar un posible medio de prueba, con el fin de que el juez la decrete y procese a su práctica, (testimonios o peritajes). La presentación de la prueba está sujeta a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar y esto es, oportunidad y consecuente preclusión, idioma, forma escrita o bien oral, concentración en audiencias, o término para la presentación de los memoriales de diligenciamiento, según el sistema sea oral o escrito del proceso.

El proceso también esta sujeto a condiciones intrínsecas, como la legitimación para el acto en el periodo ordinario, competencia y capacidad en el funcionamiento.

3.4 Admisión ordenación y decreto de prueba

En sentido genérico la admisión comprende tanto la aceptación del juez del medio que se presenta como los documentos, copias de sentencias, así como la que debe practicarse en curso del proceso, ejemplo exhibición de documentos, dictamen de experto. En el lenguaje preciso se pueden distinguir esas dos actividades para asignar como adquisición a los primeros y como ordenación a los segundos, se ordena la práctica de las pedidas por estas, se decretan pruebas en ambos casos.

Sin la admisión la prueba presentada o practicada carece de valor legal y no puede ser tenida en cuenta para la decisión de la causa o del incidente a que se

refiere, de lo contrario se violarían los principios de la lealtad, contradicción, publicidad y la formalidad de las pruebas.

Sin embargo, cuando el juez decreta oficiosamente pruebas, ese acto implica, obviamente, su admisión y si tal cosa ocurre en el curso de una diligencia del medio presentado o aducido, sin que por ello se esté valorando o apreciando su fuerza o merito de convicción que es una tarea propia del acto decisorio.

La admisión de un medio de prueba o su presentación con la demanda, las excepciones o sus contestaciones, no vinculan al juez en el momento de decidir, si estima que era inadmisibile o que no se cumple con las formalidades para su admisión.

3.5 Recepción o práctica de la prueba

La recepción de la prueba comprende su simple agregación cuando se presenta la parte, o su práctica cuando se limita a solicitarla, es por lo tanto, un término general que literalmente significa, el procedimiento para llevar a cabo el medio probatorio ejemplo, oír al testigo, practicar el reconocimiento judicial.

Se entiende pues por práctica o recepción de prueba, los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos solicitados se incorporen o ejecuten en el proceso.

Cuando se presenta el medio para que el juez lo admita y lo agregue al expediente, la práctica o recepción se confunde con la admisión y lo mismo ocurre cuando el juez procede a practicar la prueba en el curso de una diligencia.

3.6 La asunción de la prueba

Es frecuente confundir la recepción de la prueba con su asunción. No obstante, el segundo concepto se refiere no al hecho físico o material de la recepción o práctica del medio, sino a la comunicación subjuntiva del juez con ese medio, mediante

operaciones sensoriales e intelectuales del juez, necesario para conocerlo y entenderlo, es decir, para saber en que consiste y cual es su contenido sin que en esta fase proceda todavía a valorar su merito o fuerza de convicción. Así pues, entiéndase por asunción la percepción sensorial y la aprehensión mental de la prueba por el juez⁵.

3.7 Valoración de la prueba

El destinatario de la prueba es, naturalmente, el juzgador; va ello implícito en el propio concepto de prueba, la existencia de los datos aportados al proceso, como en aquella otra que entiende a la fijación de los datos conforme a las normas legales. La valoración de la prueba es por tanto, misión del juez pero para ello existen dos sistemas que suelen denominarse de libre valoración y de prueba tasada o legal, aunque en algunos ordenamientos iberoamericanos se ha tenido el gran acierto de no hablar de libre valoración sino de prueba conforme a la sana crítica como ocurre en el nuestro.

La valoración de la prueba es por tanto una operación mental que se resuelve en un silogismo en el que: la premisa menor es la fuente-medio de prueba y la premisa mayor es una máxima de la experiencia; la conclusión es la afirmación de la existencia o de la inexistencia que se pretende probar.

3.8 Objeto de la prueba

Habrà de señalarse cuales son los hechos que deben ser objeto de prueba y cuáles, por diversas circunstancias, están exentos de prueba.

En principio, objeto de la prueba, puede ser cualquier hecho cuya demostración pueda tener interés en el proceso, pero no todos los hechos deben ser necesariamente probados, solamente aquellos que invoquen las partes y sean

⁵ Davis Echendía, Ob.Cit; pág. 92.

controvertidos. Así mismo, deben probarse los hechos alegados y admitidos, si el proceso se refiere a cuestiones indisponibles.

3.9 Hechos

- Todo lo relativo a la conducta humana, actos voluntarios e involuntarios, individuales o colectivos, circunstancias de tiempo modo y lugar.
- Los hechos naturales en los que no interviene la voluntad humana, acontecimientos o sucesos ocurridos en la vida real, y que el derecho toma en cuenta para otorgarles eficacia jurídica. Y
- Los estados, hechos síquicos del hombre, incluyendo el conocimiento y la intención, siempre que no se traduzcan en hechos externos ya que en ese caso pertenecerían al primer grupo.

3.9.1 Hechos invocados por las partes

Significa que el juez no podrá introducirse en el análisis de los hechos que no han sido alegados por las mismas, es decir, le otorga al juez facultades para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad, pero respecto de los hechos controvertidos, lo que supone la previa aportación que han realizado las partes.

3.9.2 Carácter controvertido de los hechos

Se trata de los hechos discutidos y no aceptados por la contraparte. Los hechos controvertidos son aquellos acerca de cuya existencia misma o de sus caracteres y peculiaridades, las partes se hayan en desacuerdo.

La contraparte debe pronunciarse categóricamente acerca de los hechos manifestados por el actor, si no se pronuncia sobre ellos, o guarda silencio o adopta una actitud ambigua, esos hechos se tendrán por admitidos. También debe tenerse presente la admisión ficta, en caso de no contestarse la demanda y de no asistir a la audiencia respectiva.

3.9.3 Hechos admitidos en materias indisponibles

Si bien la regla es que el objeto de la prueba recae sobre aquellos hechos controvertibles y efectivamente controvertidos por la contraparte, sin embargo, en aquellos casos en que se trate de derechos o cuestiones indisponibles, los hechos aunque hubieren sido admitidos por la contraparte, deben ser objeto de prueba.

Se señala como cuestiones indisponibles aquellas en que está afectado el orden público, como por ejemplo los relativos a los presupuestos procesales, capacidad para actuar en juicio; los asuntos relativos a la materia de menores y aquellos que no admitan prueba por confesión.

3.9.4 Exclusión de la prueba de derecho

El derecho nacional que deba aplicarse en el proceso no requiere prueba. Ello porque el juez debe aplicar la ley nacional, aun cuando no haya sido alegada por las partes inclusive en el caso de que ésta la haya alegado mal. El deber del juez con respecto a la aplicación de la ley, se expresa en la máxima *Iure Novit Curia*, es decir, el juez conoce el derecho.

Quedaría exceptuado el caso de que se discuta la existencia o inexistencia de la norma, o que la norma emerja de un uso y costumbre o un uso jurídico y se discuta su contenido o existencia.

Respecto al derecho extranjero el Artículo 35 de La ley del Organismo Judicial preceptúa: “Los tribunales guatemaltecos aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de otros estados. La parte que invoque la aplicación de derecho extranjero o que disienta de la que se invoque o aplique, justificará su texto, vigencia y sentido mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, la que deberá presentarse debidamente legalizada. Sin perjuicio de ello, el tribunal puede indagar tales hechos, de oficio o solicitud de parte, por la vía diplomática o por otros medios reconocidos por el derecho internacional”.

3.9.5 Hechos exentos de prueba

Siempre que no constituyan el fundamento de la pretensión y no sean admitidos por la contraparte.

3.9.5.1 Hechos notorios

Notorio equivale a público y conocido por todos. Se le define como aquel que está naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o círculo social y a un momento determinado.

Notoriedad no es sinónimo de notoriedad absoluta, ya que puede ser notorio sin ser conocido por todo el mundo. Se trata de una noción relativa, en tiempo y lugar, y se basa en el conocimiento común de una sociedad en un momento dado. Por ejemplo: quién es el actual presidente de Guatemala.

Se deberá aportar prueba de los hechos notorios si son controvertidos por la contraparte, y en este caso quien lo invoca es quien debe probarlo.

3.9.5.2 Hechos evidentes

Son aquellos, cuya verdad por las reglas de naturaleza, conocemos todos y no requieren ser probados en ningún proceso, tienen íntima relación con las máximas de experiencia, normas de valor general, independientes del caso específico, pero que proviniendo de lo que acontece en un sin número de casos, son aplicables siempre que se de la misma especie. Su conocimiento resulta de la experiencia y en general, puede sostenerse que se reserva la denominación de evidentes para los hechos que surgen de la mera percepción sensorial.

3.9.5.3 Hechos presumidos legalmente

Los hechos presumidos por la ley no son objeto de prueba, debido a que la ley presume su existencia. La presunción puede ser absoluta o relativa, en el caso de presunción absoluta, no admite prueba en contrario, se trata de un tema de política legislativa.

Si la presunción es relativa, se admite prueba en contrario, puede llegar a ser objeto de prueba si es controvertido; el que controvierte la presunción es el que debe probar.

3.9.5.4 Verdades científicas

No se encuentran previstas, pero se someten a las mismas reglas que los hechos notorios y los evidentes. En principio no requieren prueba, pero, si es expresamente controvertida por la contraparte deberá ser probada; ejemplos más comunes de verdades científicas: la ley de gravedad, el agua hierve a 100 grados, redondez de la tierra, etcétera.

CAPÍTULO IV

4 La facultad de los jueces para decretar prueba de oficio

4.1. Definición

El anteproyecto del Código General del Proceso, contempla la prueba de oficio y en relación a ésta, el Artículo 50 inciso e) afirma que es facultad del tribunal ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, por su parte el Artículo 149 indica que el tribunal tiene iniciativa probatoria.

Estos preceptos permiten al juez, ordenar de oficio medios de prueba que estime pertinente para esclarecer los hechos controvertidos. El contenido de este Artículo supera la facultad del auto para mejor fallar, que está normado actualmente en el Artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil que son: las medidas probatorias que el juez puede decretar antes de producir su fallo, pero únicamente después de que las partes han concluido con la producción de las pruebas por ellos ofrecidas, el auto para mejor fallar o para mejor proveer se decretan después de señalado el día de la vista.

El estudio del anteproyecto permite afirmar que la facultad del juzgador para proponer de oficio la practica de la prueba puede ser ejercitada, en todo tiempo, es decir, desde la iniciación del proceso hasta antes de pronunciar la sentencia.

Tal facultad no se limita a otorgarle al juzgador la ampliación de las pruebas no ofrecidas por las partes, sino que también permite la ordenación de la práctica de pruebas no ofrecidas por ellas, siempre que se refieran a los hechos controvertidos y que en la práctica de dichas pruebas su diligenciamiento se someta a los requisitos de cada medio de prueba, en particular, que se permita la contradicción de las mismas y se pueda objetar su valor probatorio.

La redacción del Artículo 51 inciso dos del anteproyecto del Código General del Proceso, preceptúa. El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad, resulta muy acorde con las tendencias modernas en materia probatoria, no se excluye en definitiva las reglas de la carga de la prueba, pero sí intenta evitar que el convencimiento del juzgador sobre los hechos controvertidos se base exclusivamente en las pruebas aportadas por las partes.

Lo que sí debe quedar claro es que esta facultad debe ser usada con pleno respeto de las reglas de la carga de la prueba. Entiendo que esa facultad se confiere al juzgador no para suplir las deficiencias de las partes, sino para formar su propio convencimiento.

Estas facultades no deben exceder de instituciones fundamentales:

- El debido proceso
- Los principios procesales

4.2 Fundamento de la prueba de oficio

El Artículo 149 del anteproyecto del Código General del Proceso, preceptúa: Iniciativa probatoria del tribunal.

El tribunal tendrá iniciativa probatoria respecto de los hechos invocados y controvertidos de las partes.

El Artículo 197 del actual Código Procesal Civil y Mercantil, preceptúa: Los jueces y tribunales, antes de pronunciar su fallo, podrán acordar para mejor proveer:

- Que se traiga a la vista cualquier documento que crea conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
- Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que considere necesario o que se amplíen los que ya se hubieren hecho.
- Traer a la vista cualquier actuación que tenga relación con el proceso.

El Artículo 126 del actual Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto ley número 107, preceptúa: Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho.

Quien pretende algo, ha probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión.

El fundamento de este Artículo tiene su base en la siguiente explicación: Los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial necesitan ser demostrados por las pruebas aportadas por cualquiera de las partes, ya que el juzgador no puede decidir sobre cuestiones cuya prueba no se hubiere verificado, el juez no puede suplir las pruebas con su conocimiento personal o privado de los hechos, porque es una regla técnica del procedimiento que el juez no debe ser solo imparcial sino también imparcial.. Porque las máximas de la experiencia para valorar los medios de prueba, son independientes del caso concreto.

En relación a la adquisición de la prueba la actividad probatoria se considera propia del proceso por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia de un hecho independiente de quien se beneficie o quien haya aportado al proceso, porque una vez practicada la prueba pertenece al proceso y no a la parte que la propuso o la proporcionó.

Para controvertir la prueba es necesario conocerla y discutirla, en cuanto a la publicidad y la inmediación, es necesario que se conozca la motivación que tuvo el juzgador para fallar de determinada manera y debe ser el juez quien dirija de manera personal sin mediación de nadie. Si la prueba va dirigida a provocar el convencimiento del juzgador, lo más lógico es que entre en contacto con la misma.

El análisis sistemático de la prueba tiene de acuerdo con Eduardo Couture varias etapas. Concepto de prueba (qué es la prueba), el objeto de la prueba (qué se prueba), carga de la prueba (quién prueba), procedimiento probatorio (cómo se prueba), valoración de la prueba (que valor tiene la prueba producida), medios de prueba (con que se prueba).

La prueba como tal tiene diversos significados ahora bien desde el punto de vista procesal se emplea para designar a los medios de prueba, es decir los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador a cerca de los hechos discutidos en el proceso. También procesalmente se utiliza para referirse a la actividad tendiente a lograr ese cercioramiento, independientemente de que este se logre, las partes tienen la carga de demostrar en sus respectivas proposiciones de hecho, quien afirma está obligado a probar los hechos constitutivos de su pretensión, quien contradice la pretensión del adversario debe probar los hechos extintivos o circunstancias impeditivas de esa pretensión. Finalmente, como prueba se entiende el resultado positivo obtenido después de la actividad probatoria.

4.3. Contenido de las facultades de dirección material del proceso

Se afirma que el origen del concepto de debido proceso, se encuentra en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, que sostiene que en los procesos penales, ninguna persona puede ser sometida dos veces al mismo proceso en igual sentido se expresa la décimo cuarta enmienda en lo relativo a la restricción del poder de los Estados, en donde se establece que ningún Estado

podrá privar a persona alguna de verdad, libertad o la propiedad, sin el debido proceso jurídico, la doctrina en general siempre ha definido el debido proceso en sentido negativo, y esto es así porque no puede ser una concepción técnica con un contenido fijo, ya que el debido proceso por todo lo que representa, no puede aprisionarse dentro de límites tradicionales.

Ahora bien dentro de las garantías del debido proceso, está el derecho a la jurisdicción, porque ello implica el libre acceso a los tribunales, debidamente citado, lo cual le permite conocer a que se debe la demanda entablada en su contra, mediante un procedimiento eficaz y sin demoras, con la debida postulación. Respetando su derecho de probar con la utilización de todos los medios legales pertinentes con un juez imparcial encargado de dictar la sentencia, la cual debe ser lógica, congruente y legítima. Todo ello se adecua plenamente a la idea lógica del proceso, dos sujetos que actúan en forma antagónica de pie en perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa, imparcial e independiente respetando sus propios principios.

4.3.1. Razón de ser de la facultad jurisdiccional

En el proceso civil concebido como lo trae el anteproyecto, si bien no se discute que la aportación y producción, la prueba continua siendo una carga procesal de las partes, en la actualidad se entiende que el juez; cuenta con atribuciones o iniciativas probatorias para adquirir prueba de oficio, sin que ello desnaturalice la esencia del principio dispositivo procesal.

Esto deriva de las facultades instructoras del juez que están contenidas en los Artículos tres, 50, 51 y 149 en lo relativo a las pruebas en particular del anteproyecto del Código General del Proceso, estas facultades no implican que el juez pueda suplir directamente las negligencias de las partes o reemplazar la carga procesal que compete a las partes, en resguardo de la igualdad que debe regir en el proceso, ni

privarlas de ser el contralor de su producción en uso de su derecho de defensa en juicio.

Las partes deben probar los hechos que constituyen el fundamento de sus demandas, defensas o excepciones, en miras a la satisfacción de su propio interés, es decir, deben generar en el ánimo del juez un grado de convicción aceptable, acerca de probable existencia de los hechos contenidos o previstos como hipótesis legal.

Los jueces podrán esclarecer la verdad de los hechos controvertidos pero respetando el derecho de defensa de las partes y en estrecha relación con la garantía de la defensa en juicio, es por ello que se considera que la facultad para decretar pruebas de oficio es excepcional, y al igual debe considerarse cuando se ordenen las medidas para mejor proveer.

Al respecto afirma Roland Arazi cuando se le concede al órgano jurisdiccional facultades probatorias no lo hace para suplir las negligencias de los litigantes. Ello supone que los jueces no pueden ordenar diligencias que las partes debieron solicitar oportunamente o que pedidas, no se practicaron por negligencia del tribunal. La potestad judicial no les ha sido dada a los jueces para suplir omisiones o errores de los litigantes⁶.

Lo expuesto no implica que el juez no pueda adoptar discrecionalmente medidas probatorias de oficio cuando la ley lo autorice expresamente para ello.

Es facultad del tribunal ordenar reconocimiento judicial, la ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas, exhibición de libros de contabilidad o documentos, que el perito de explicaciones, que se practique otro peritaje, o que se amplíe el anterior, citar los testigos mencionados en los escritos o bien que sean nuevamente examinados.

⁶ **La prueba en el proceso civil**, pág. 32.

Tanto en relación a las facultades probatorias directas (prueba de oficio) o como en la medida para mejor proveer, si bien son privativas del juez en cuanto a la iniciativa para disponerlas, en lo relativo a su producción y control se hallan sujetas a las reglas comunes de todas las pruebas, por lo que habrán de observarse necesariamente el derecho de defensa en juicio de las partes⁷.

Como resultado del carácter eminentemente dispositivo del proceso civil, que aparece así estructurado a partir de la carga genérica de la prueba, se establece también por cuenta de las partes y bajo igual imperativo procesal, la necesidad de que aquellas insten y produzcan las pruebas que en su momento, ofrecieron para la demostración de los presupuestos que atañen a sus respectivas pretensiones, defensas y excepciones. Es decir, que no basta con ofrecer pruebas, es menester que las partes efectivamente las lleven a cabo, en la forma y en los plazos que determine el ordenamiento.

4.4. Los procesos civiles no dispositivos

El proceso civil responde, según Montero Aroca, a la concepción política que se mantenga constitucionalmente sobre la naturaleza de las relaciones materiales entre los particulares.

Esa concepción, en los sistemas políticos occidentales descansa, por un lado, en la autonomía de la voluntad, es decir la libertad a la hora de conformarla por los implicados en ellas, y por el otro, en la existencia de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que sus titulares tienen la plena disponibilidad.

Con esta base de partida la consecuencia respecto del proceso civil ha de ser la conformación del mismo según el que podemos llamar principio de la oportunidad, con arreglo al cual si los particulares determinan el contenido de sus relaciones

⁷ Kielmanovich Jorge, **teoría de la prueba y medios probatorios**, pág. 92.

materiales y son titulares del derecho subjetivo, el acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado y con ello al proceso, es algo que depende de la libre voluntad del particular, el cual debe decidir qué es lo mejor para él mismo y para sus relaciones y derechos⁸.

4.5. Las reglas materiales del ius cogens

El principio dispositivo y el de aportación de parte, son los que corresponden a los procesos de naturaleza civil, por ser normas materiales de derecho privado, el caso que en este apartado se trata es de cuando las normas no derivan de las relaciones privadas. La aplicación de estas normas no puede decirse que la realicen normalmente los particulares, ni estos tienen la disposición de las consecuencias jurídicas previstas en ellas⁹.

De tal cuenta que un proceso en donde exista este tipo de normas no puede corresponder al principio dispositivo, ni a la aportación de parte que informa al proceso civil. La aplicación judicial de este tipo de normas corresponde a dos perspectivas distintas y serían:

- Actuaciones de oficio.
- Actuación solo judicial.

Actuación de oficio. Si existe el supuesto fáctico contemplado en una norma de ius cogens debería ponerse en marcha el proceso para que fuera una realidad las consecuencias jurídicas previstas en la norma.

⁸ **La prueba en el proceso civil**, pág. 303.

⁹ Montero Aroca, **La prueba de oficio**, pág. 78.

4.5.1. Primera posibilidad teórica del proceso penal, y del proceso civil, regida por el principio de necesidad

- Disponiendo que el órgano jurisdiccional en el momento que tuviera conocimiento de la posible concurrencia de estos hechos que integran el supuesto fáctico de una de estas normas debe poner en marcha de oficio la actividad jurisdiccional.
- Atribuyendo legitimación activa para pedir la actuación del derecho material al Ministerio Público, el cual pedirá la iniciación del proceso civil con base al principio de legalidad.

La primera manera, la de inicio del proceso civil de oficio por el juez, es algo totalmente desconocido en los países del mundo occidental por cuanto implicaría poner en riesgo el principio de imparcialidad del juez, que es uno de los determinantes de la configuración del órgano jurisdiccional.

La segunda manera es más conocida, y atiende a los derechos fundamentales de las personas. En estos casos lo fundamental no puede ser el principio dispositivo, pues este puede iniciarse a petición de un órgano público que actúa sometido a la legalidad.

4.5.2 Actuación solo jurisdiccional

Cuando alguien aspira a obtener una determinada consecuencia jurídica no podrá proceder a aplicar la norma jurídica por sí misma, y ni siquiera con el acuerdo de los otros interesados, sino que esa consecuencia jurídica solo puede declararse por un juez y por medio de un proceso.

Sin la consecuencia jurídica no puede lograrse por los interesados, con base en la autonomía de la voluntad sino que es necesario el proceso para obtenerla,

ese proceso no puede configurarse según el principio dispositivo y de aportación de parte o, por lo menos, éstos pueden mantenerse de modo formal únicamente. Ésto supondrá que:

- Normalmente se producirá una ampliación de la legitimación por obra de la ley, la cual además no radicará en la simple afirmación de la titularidad de un verdadero derecho subjetivo, sino en la afirmación de que el actor se encuentra en la posición configurada por la ley para implementar la aplicación de la norma en el caso concreto.
- Al Ministerio Público, se le legitima, no para ser parte activa pidiendo la actuación del derecho objetivo, pero sí para ser parte, formalmente en la demanda, pero en todo caso para actuar conforme al principio de legalidad.
- Carecerá de efecto la admisión de hechos realizados por las partes, de modo que a éstas se les priva de la facultad de admitir como existentes los hechos afirmados por la parte contraria. Los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria no quedan fijados para el juez, sino que siguen necesitados de prueba. Esto puede articularse por la actuación por parte del Ministerio Público, que no admite los hechos afirmados por las otras partes, con lo que todos los hechos se convertirán en controvertidos, pero en último caso la regla sigue siendo que las partes no conforman el objeto de la prueba.
- Las normas legales de valoración de la prueba no son aplicables en estos procesos, en los que rige siempre la valoración de la prueba conforme las reglas de la sana crítica.

- Al ser el Ministerio Público parte, con todas las facultades procesales inherentes a esa condición, al mismo le corresponde pedir que en el proceso se reciba la prueba y proponer los medios de prueba concretos que deben practicarse.
- En último caso se atribuye al juez la facultad de practicar los medios de prueba que estime pertinentes, aún sin petición de parte, con lo que se plantea la distinción entre fuente de prueba, que el juez no puede investigar para luego introducir al proceso y medio de prueba de los que el juez podrá hacer completo uso¹⁰.

4.6. La prueba en los procesos no dispositivos

En los procesos civiles no dispositivos la prueba se regula de la siguiente manera:

4.6.1. Admisión de hechos

La regulación de procesos no dispositivos es tan deficiente que no es posible encontrar en él normas relativas a la falta de normales efectos propios de la admisión de hechos. El esquema lógico de la carga de la prueba en lo relativo a los hechos controvertidos, es decir a los afirmados por una parte y negados por la otra, en su esquema lógico no le es aplicable, porque en la mayoría de los casos no habrá lugar para cuestionar el valor de la admisión de los hechos por las partes, dado que el Ministerio Público, teniendo la condición de parte, no habrá admitido los hechos afirmados por las otras, con lo cual se habrán convertido en hechos controvertidos.

La regla general de la que debe partirse es que el juez solo podrá estimar la demanda, si los mismos no se basan en afirmaciones de las partes y de admisión por

¹⁰ Montero Aroca, Juan, **La prueba en el proceso civil**, pág. 303.

parte del contrario, solo se pueden acoger si se ha probado alguno de los supuestos fácticos.

4.6.2. Inexistencia de prueba legal:

Sobre la no aplicación en estos procesos de las reglas de valoración de la prueba, la que pretende eludir el cumplimiento de las leyes, ni se puede admitir la declaración de parte acerca de cuestiones sobre las cuales las partes no puedan transigir, tal el caso del estado civil de las personas, los derechos de los menores y de los incapaces, por lo tanto ni se aceptaran ni se practicarán por el juez.

En relación a los documentos y en lo relativo a la declaración de parte, si existiera un documento privado reconocido legalmente por las partes tuviera entre ellas el valor de hacer prueba. Inclusive de las declaraciones que en el se hicieron, se estaría proporcionado la disponibilidad de las partes de la consecuencia jurídica prevista en la norma del ius cogens, por cuanto podría imponerle al juez la existencia del supuesto activo previsto en la norma.

4.7. Casos de procesos con incapacitación

Este se refiere al proceso de los incapaces, memores e interdictos, en la cual el juez además de recibir las pruebas propuestas por los interesados, puede proponer de oficio todas las que considere necesarias.

En lo relacionado a este punto se han suscitado distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales a saber.

- En los procesos de incapacitación no rige el principio dispositivo, porque en la defensa de los intereses públicos que están en juego se logra concediendo legitimación activa al ministerio público

- No se hace la distinción entre fuentes y medios de prueba, distinción que es indispensable para mantener la existencia de un verdadero proceso, convirtiendo la actividad jurisdiccional en actividad administrativa.
- Se desvalorizan los medios de prueba, pues los mismos se practican pero no se les otorga su verdadero valor, sino se atiende a las valoraciones que se ponen a servicio de garantizar la libertad personal del presunto incapaz.
- El hecho de que el juez pueda decretar de oficio la práctica de medios de prueba, no puede significar que le sea posible la aportación de los hechos al proceso ni realizar una verdadera investigación de las fuentes de la prueba, si bien es cierto que el interés público en juego, no puede consistir en que las partes sean las dueñas del proceso, pero el medio de evitar esto es, convertir al Ministerio Público en parte del proceso, y esto no implica que el juez pierda su posición de imparcialidad, y esta desaparezca si el juez busca las fuentes de la prueba.
- El aumento de los poderes del juez significa que este puede abrir el proceso a prueba aún sin petición de parte, y que puede acordar la práctica de cualquier medio de prueba que estime oportuno, pero refiriendo el mismo a la introducción de fuentes de prueba cuya existencia ha de haberse manifestado, bien por las partes en sus actos de alegación, bien del resultado de otros medios de prueba. La utilización de medios de prueba de oficio no puede suponer desvirtuar la esencia de que él, es un juez imparcial.

La prueba de oficio en los casos de incapacitación no puede llegar a significar la desvirtualización de un verdadero proceso con dos partes parciales y un juez imparcial. Aparte de la existencia de medios de prueba de necesaria práctica, la prueba de oficio no es más que la aplicación en este proceso de lo que verdaderamente debería ser el principio de aportación de parte, este no debería

suponer en general que el recibimiento a prueba exija petición de parte, ni que los medios de prueba concretos pudieran ser propuesto necesariamente por las partes, y si esto debería ser así en general, el que lo sea realmente en un proceso concreto, no puede suponer desvirtualización alguna del principio esencial a la naturaleza del proceso civil.

4.8. Las medidas para mejor resolver o el auto para mejor fallar

En el principio dispositivo existen tres elementos básicos:

- A las partes les compete la iniciación del proceso.
- Fijar los hechos sobre los que versa el proceso
- Proponer los medios de prueba que servirán para acreditar los hechos expuestos.

En el caso del auto para mejor fallar, el asunto se complica y para entenderlo es necesario recurrir a explicar su naturaleza jurídica, la doctrina afirma que el auto para mejor fallar o proveer es una negación de lo que significa el principio dispositivo, se le ha llamado incluso facultad inquisitiva del tribunal, si atendemos a la filosofía del principio dispositivo puro o al meramente formal, parece que esta facultad-potestad del juez, no afecta al principio dispositivo, toda vez que se mantiene firmes los pilares del mismo, es decir, las partes inician el proceso y las cargas de prueba que sobre ellas pesan se mantienen. Se atiende más que al principio dispositivo a una faceta o cara de la figura de la aportación de parte, porque si las partes no aportaron sus pruebas cumpliendo con la carga procesal que les compete, el tribunal debe fallar sin prueba y en este caso será sin lugar la demanda y no puede acordar el auto para mejor fallar, lo que está haciendo es, negándole un aspecto al principio procesal de la aportación de la prueba pero no al del principio dispositivo.

Se afirma que con el auto para mejor fallar lo que se está buscando es la certeza del juez antes de proferir el fallo, se trata de una facultad potestativa del juez, es decir el puede o no utilizarla, y si el juez duda pero hay prueba, es lógico que se le permita convencerse antes de emitir o proferir su fallo.

Afirma el jurista Guillermo Piedrabuena Richard "el problema de determinar a quien le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos, parece ser que en los juicios efectuados en los primeros periodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado, luego de conocer cuales eran los hechos susceptibles de ser confirmados, convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí y sobre la exclusiva base de la mejor posibilidad, confirmar cada uno de los hechos controvertidos, a quién le incumbía hacerlo.

De allí que más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar, llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba carencia de hechos (en rigor de verdad o de confirmación) o prueba acerca de esos hechos o de norma que pudiera aplicar directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado. A este efecto, decía "non liquen" no lo veo claro y por ello se abstenía de emitir sentencia".

Dada que la pertenencia del litigio en el tiempo conspiraba severamente contra la convivencia pacífica de los hombres, fue menester crear ciertas normas de juzgamiento que posibilitaran a dictar una sentencia definitiva aún para los casos en que los que no hubiera norma preexistente para aplicar o no hubieren hechos suficientemente acreditados para el juzgador. Para solucionar el problema, se generaron desde muy antiguo las reglas del onus probandi, que fueron variando con

el transcurso del tiempo para ajustar las soluciones legales o jurisprudencia con la posibilidad fáctica del probar.

Como se aprecia, el debido proceso tiene un concepto fundamental que debe respetarse y es el principio de igualdad, de allí que si el proceso no es justo, el debido proceso deja de serlo, lo que jurídicamente resultaría inaceptable. La igualdad de las partes se traduce en imparcialidad del juzgador, de tal manera que si el juez dicta medidas para mejor resolver o para mejor fallar vulneran gravemente ese principio.

Para establecer la veracidad de la afirmación anterior, basta hacer las siguientes consideraciones:

- En que beneficia al actor que el juez decrete auto para mejor fallar, pues será cuando la prueba rendida sobre los hechos a probar de su cargo sean insuficientes o incompletos, si conforme el onus probandi el actor probó los hechos que le correspondían de conformidad con los medios de prueba y las reglas de valoración, ningún interés debería tener en que se decreten de oficio, por parte del juez estas medidas probatorias.
- Cuándo le interesaría al demandado que el juez dictara un auto para mejor fallar o proveer. La respuesta sólo puede ser una, nunca el máximo interés del demandado es que la demanda sea rechazada y para que la demanda sea acogida por el juez, no es necesario que se decrete por parte del juzgador el auto para mejor fallar, el director del proceso puede resolver razonando la sentencia que rechaza la demanda por insuficiencia de pruebas, porque siempre que se decrete una medida para mejor proveer es porque existe duda en el sentenciador de acceder a la demanda y en tal estado de su razonamiento, no solo puede, sino que debe rechazar la demanda porque en caso de duda y en especial si es por falta o insuficiencia de prueba lo procedente es desestimar la pretensión.

Contra esta tendencia, existe una postura interesante y que a continuación se analiza. Se afirma que cuando el juez dicta este tipo de medidas, lo hace sin conocer el resultado y que es para su propio convencimiento.

4.9. La corriente garantista

Frente a esta postura se alza la corriente procesal garantista moderna (garantismo procesal) que es una tendencia que promulga por el irrestricto respeto a la Constitución por parte del derecho procesal, que no siempre como ley inferior, respeta los principios constitucionales, haciendo prevalecer las formas o solemnidades ante los derechos por ésta garantizados, así la escuela garantista sostiene que el proceso es una instancia bilateral proyectada, al respecto deseo explicar esta concepción y los elementos que la conforman para posteriormente pasar al análisis del tema a desarrollar.

La acción procesal es la instancia por la cual toda persona puede ocurrir ante la autoridad para presentar una pretensión que no puede ser satisfecha directamente por ésta, sino debe hacerse frente una tercera persona que, deberá integrar necesariamente la relación dinámica que se origine, es decir que proviene de un sujeto (actor) y provoca la acción de otros (juez y demandado). El juez como no depende solo de él, a su vez procede a instar a la otra persona, a través de un procedimiento que ya no será solo entre dos personas sino entre tres. Así la acción es proyectada ante el juez y es de carácter multilateral.

Proceso: es la serie consecucional de instancias bilaterales que se dan en un procedimiento seguido entre dos partes antagónicas y situadas en un plano de igualdad para llevar a cabo una discusión dialéctica y pacífica ante un tercero que la dirige o sea el juez y que como tercero que es, debe exhibir esencialmente las calidades de imparcial e independiente de las partes en el litigio.

El procedimiento es entonces una sucesión de actos ordenados y consecutivos vinculados casualmente entre sí, uno es precedente necesario del que sigue y éste a su turno consecuencia del anterior.

El procedimiento comienza entonces con una petición (demanda) en donde se exterioriza el ejercicio de la acción procesal que requiere la bilateralidad y los demás requisitos que impone la ley.

El proceso será entonces un método de debate dialéctico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante una autoridad y no otra cosa.

El proceso así concebido responderá al llamado debido proceso que es el claro derecho constitucional de todo particular y así se da la inviolabilidad del irrestricto cumplimiento de la defensa en juicio con la irrestricta garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Una de las mínimas garantías del debido proceso, lo constituye el derecho a la confirmación que comprende:

- El derecho a probar, utilizando todos los medios legales procedentes y pertinentes.
- Que el juzgador se atenga sólo a regular lo que esta legalmente acreditado en las actuaciones.
- Que el juez emita su pronunciamiento en forma completa, legítima y basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad y con ello, las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es lógica la idea de que el proceso se debata en perfecto pie de igualdad.

En el campo procesal igualdad significa paridad de igualdades oportunidades y de audiencias, de allí que las parte deben ser oídas con respecto a lo afirmado, pretendido y alegado por la otra en igualdad de instancias.

Tan importante como lo anterior es el principio de imparcialidad del juzgador, esto implica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio no puede ser colocado en calidad de parte, ya que nadie puede ser actor, demandado y juez al mismo tiempo, debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe actuar sin subordinación jerárquica respecto a las dos partes (independencia).

De la explicación antes referida deriva el por qué la escuela de corte garantista se opone rotundamente a la facultad de los jueces de dictar medidas para mejor fallar o para mejor proveer afirmando que: a nadie escapa que un juez que ordena la realización de medios de prueba que no fueron ofrecidos o producidos por las partes litigantes está supliendo una inactividad imputable a alguna de ellas, y que el juzgador-probador pierde imparcialidad y rompe el exacto equilibrio que exige el mantenimiento de la igualdad procesal. Tesis con la cual estoy totalmente de acuerdo.

Ante esto se afirma que la realidad se da exclusivamente en el plano del resultado de la medida .probatoria decretada y si es favorable al demandado, esta hipótesis se comprueba y, por lo tanto es valida científicamente como tesis. Por el contrario, si es desfavorable, resulta fácil comprobar que tal prueba era inútil y llevo al mismo resultado, el rechazo de la demanda, que debió ser así resuelta desde el inicio.

Hasta aquí, la posición de la escuela garantista.

De lo afirmado por lo escuela garantista se puede extraer la siguiente conclusión. No es función propia del juez el probar, ello corresponde exclusivamente a las partes, las cuales deben diseñar sus estrategias y rendirlas en la oportunidad procesal que tienen.

En relación al auto para mejor fallar, el tratadista argentino, Adolfo Alvarado Velloso "Derivado del principio de autoridad, ésta facultad ordenatoria en cuanto al objeto del pleito y más concretamente, en cuanto a la prueba, permite adoptar todas las medidas que el juez estime conducentes para obtener el total esclarecimiento de la verdad de los hechos. La ley permite al juez una actuación determinada en orden a lograr una declaración de verdad real que le posibilite hacer justicia a cabalidad en el caso concreto de que se trate. Por supuesto, tal facultad se relaciona con las conocidas como medidas para mejor proveer y con ello se vincularon los aspectos probatorios del proceso, el juez actuante habrá de guardar especial atención para no invadir esferas dispositivas que no le competen¹¹.

El anteproyecto del Código General del Proceso incluye en su Artículo 206 la figura de las medidas para mejor proveer

Al efecto dispone, concluida la audiencia y al retirarse el tribunal para considerar su decisión, no se admitirá ninguna otra prueba en la instancia. El tribunal no podrá disponer, de oficio o a solicitud de parte, diligencia para mejor proveer. Las partes también podrán solicitar diligencias complementarias a las dispuestas por el tribunal. La resolución que deniegue el medio de prueba complementario admite recurso de apelación con efecto diferido.

La posición garantista es sostenida como conveniente por numerosos procesalistas tales como Humberto Briceño Sierra, Adolfo Alvarado Velloso y en nuestro país por el Doctor Mauro Chacón Corado.

4.10. Equilibrio entre el sistema dispositivo y la tendencia publicista.

El anteproyecto del Código General del Proceso responde a mi criterio a la idea publicista del proceso, por esa razón, para concluir considero oportuno hacer un

¹¹ El juez sus deberes y facultades, pág. 274.

breve resumen de las razones por las cuales los publicistas consideran que tanto la prueba de oficio, como el auto para mejor fallar son beneficiosos para el proceso:

- La facultad oficiosa probatoria para la investigación de los hechos debe ser por iniciativa del juez.
- Para que un proceso sea dispositivo es suficiente que se le otorgue a las partes exclusivamente la facultad de disponer del elemento probatorio, para que sea inquisitivo basta que se le permita la investigación oficiosa de los hechos por el juez.

4.11. Ventajas del principio dispositivo

- Son las partes quienes deben alegar los hechos y razones de las que hagan derivar sus derechos y después quienes deben ofrecer y producir en el juicio la prueba sobre tales fundamentos. El juez, al resolver, debe atenerse exclusivamente a lo alegado y probado por las partes y dictar sentencia según esas alegaciones y prueba de parte, nunca según su conciencia ni según su información privada extra-procesal.
- El juez no puede condenar a más, ni a otra cosa que no haya sido la solicitada, atendiendo al principio procesal de congruencia.

4.12. Desventaja

- Siendo las partes a quienes corresponde iniciar el proceso con exclusividad, en determinado momento se perjudica a la parte de escasos recursos económicos, ya que únicamente de ella depende el accionar su pretensión ante el órgano jurisdiccional competente.

4.13. Ventajas del sistema inquisitivo

- Deja en libertad al juez para que busque la certeza de la verdad antes de proferir el fallo, porque se trata de una facultad potestativa, es decir, que puede o no utilizarla, ya que si el juez duda de la prueba, es lógico que se le permita convencerse antes de emitir o proferir su fallo.
- La facultad inquisitoria probatoria se otorga principalmente como defensa indisponible a las partes pobres o débiles del proceso, cuyos abogados pueden incurrir en olvidos, inactividades y hasta conveniencias dolosas, pero también para los casos en que tales situaciones se presenten en los abogados de la parte poderosa.

4.14. Desventaja

- Si él juzgador manda a recabar pruebas de oficio estará perjudicando a una de las partes, poniendo en peligro el debido proceso, porque necesariamente la balanza se inclinará hacia la parte a quien el juez ha favorecido con dicha actitud.

5. Ley de enjuiciamiento civil, legislación comparada España

- Artículo 19 respecto al derecho de disposición de los litigantes preceptúa: que están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, someter a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general ó en beneficio de tercero.
- Artículo 287 iniciativa de la actividad probatoria: las pruebas se practicarán a

instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que aporten documentos, dictamen u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.

- Artículo 435 procedencia:
 - Solo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas.
 - No se practicarán como diligencias finales, las pruebas que hubiere podido proponerse en tiempo y forma para las partes, incluidas las que hubiere podido proponerse tras la manifestación del tribunal.
 - Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiere propuesto, no se hubiere practicado alguna de las pruebas admitidas.
 - También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nuevas noticias.
 - Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubiere resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

CONCLUSIONES

1. En el Código Procesal Civil y Mercantil, prevalece el principio dispositivo formal y en el anteproyecto se mantiene dicho principio dispositivo en lo relativo a la disponibilidad del proceso y a la congruencia en la decisión, pero en el campo probatorio, el juez tiene facultades inquisitivas y se le asigna una facultad de decretar pruebas de oficio, a fin de averiguar la verdad de los hechos objeto del proceso y esto queda evidenciado en el Artículo 49 indica que: el tribunal tendrá iniciativa probatoria, respecto de los hechos invocados y controvertidos por las partes, así también en su Artículo 50, para ordenar las diligencias necesarias, para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de las partes. Artículo 51.2, el tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes. La omisión en el incumplimiento de estos deberes, le hará incurrir en responsabilidades.
2. Tanto la prueba de oficio como el auto para mejor fallar que están contemplados en el anteproyecto del Código General, según mi criterio, son instituciones que corresponden a un sistema inquisitivo, que no corresponde a la actual tendencia garantista del proceso civil, porque no mantiene la necesidad de imparcialidad del juzgador, poniendo en grave riesgo la igualdad procesal.
3. Tanto la prueba de oficio como el auto para mejor fallar o proveer no son justos para una de las partes, ya que favorece a quien debió probar y no lo hizo.
4. Sí el juzgador manda recabar pruebas de oficio estará lógicamente perjudicando a una de las partes, actuar de esta manera, a mí criterio pone en peligro el debido proceso, porque la balanza se inclinará hacia la parte favorecida con dicha actuación y por consiguiente el proceso se convierte en inconstitucional, porque cuando el juez manda a recabar prueba oficiosa o bien dicta auto para mejor fallar,

irremediamente ha tomado partido.

- 5. No es al juez a quien le compete hacer la prueba de las partes o probar, sino solo tramitar el proceso con igualdad, sin demoras injustificadas y dictar sentencia congruente con los hechos alegados y confirmados por las pruebas aportadas por las partes.**
6. Si la prueba no fue suficiente y el juez no está convencido, pues su obligación es denegar la petición de la demanda, pero no puede ir en detrimento de la otra parte, en busca de la verdad porque en esa búsqueda está irremediamente perjudicando a una de las partes, ya que la diferencia doctrinaria entre esclarecer la verdad en el proceso, solo en relación a sus dudas y no en relación a la negligencia de las partes resulta tan sutil, que será difícil establecer cuando se está haciendo una cosa y no la otra.

RECOMENDACIONES

A mi criterio, es necesario introducir una reforma de ley al proceso civil guatemalteco, en la cual se garantice el principio probatorio dispositivo base de nuestra legislación civil, ya que según éste principio es exclusivo o eminentemente técnico, por ello la actividad del juez en el campo probatorio debe consistir en verificar los hechos y no en averiguar, para evitar que pueda aportar prueba oficiosa al poner en práctica las facultades que le otorga la ley actualmente en el auto para mejor fallar o proveer; y evitar con ello que se perjudique a cualquiera de las partes; facultándolo para que disponga únicamente de aquellas pruebas ofrecidas y aportadas en tiempo por las partes procesales en los siguientes casos:

- Cuando por causa ajena a la parte procesal que propuso la prueba, no se hubiere practicado en el momento determinado.
- Se admitan y practiquen las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a nuevos hechos o de nuevas noticias.
- Excepcionalmente, el juez pueda acordar de oficio o instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieren resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

ANEXO

La encuesta

Se considero oportuno la realización de la encuesta, para conocer el criterio en relación al tema y así tener una idea aproximada de cual es la opinión de algunos profesionales y estudiantes del derecho, sobre la postura de la prueba oficiosa realizada por el juez dentro del proceso civil.

La encuesta únicamente consta de cuatro preguntas, y se realizó de la siguiente manera: antes de contestar las preguntas, se les solicitó a los encuestados que leyeran el texto de los artículos que fundamentan la implementación de la prueba de oficio, se le proporciono el texto de la normativa, posteriormente se procedió a tabular los datos y los resultados los presento a través de gráficas.

Ambas posturas a mi criterio son válidas de acuerdo a la corriente del pensamiento de cada uno de los encuestados. Sin embargo esta pequeña muestra deja ver lo controvertido que será el proyecto cuando se discuta en los distintos foros.

El resultado de la encuesta, es parte del presente trabajo, como un anexo del mismo. La muestra se integró de la siguiente forma:

Dos jueces de primera instancia del ramo civil.

Dos abogados litigantes.

Dos abogados cursante de la maestría de derecho procesal civil y mercantil.

Dos abogados con maestría de derechos procesal civil y mercantil.

.

Encuesta de opinión

El Anteproyecto del Código General del Proceso, dispone lo siguiente:

Artículo 50. Facultades del tribunal.

El tribunal esta facultado:

e) Para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes.

Artículo 51. Deberes del tribunal

51.2. El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes. La omisión en el cumplimiento de estos deberes, le hará incurrir en responsabilidad.

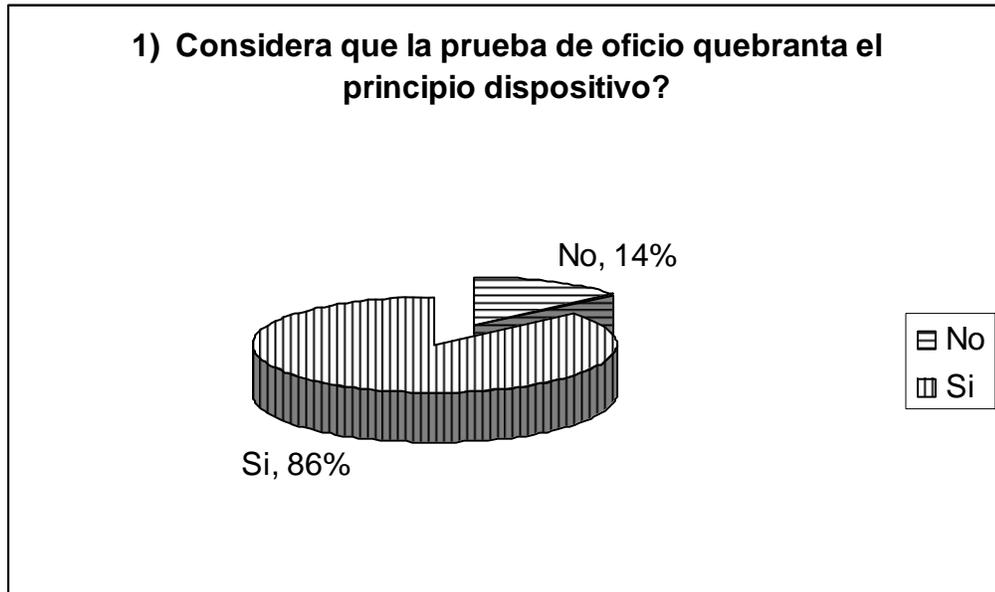
Artículo 149. Iniciativa probatoria del tribunal.

El tribunal tendrá iniciativa probatoria respecto de los hechos invocados y controvertidos por las partes.

En su opinión.

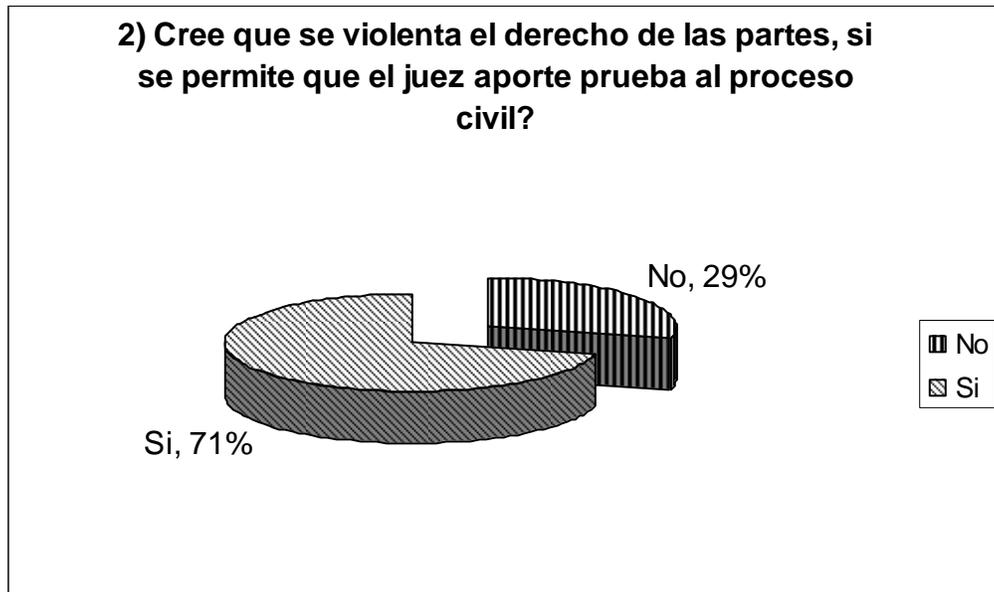
- ¿Considera que la prueba de oficio quebranta del principio dispositivo?
- ¿Cree que se violenta el derecho de las partes, si se permite que el juez aporte prueba al proceso civil?
- ¿Estima usted que al incorporarse prueba de oficio al proceso se pone en peligro la imparcialidad del juez?
- ¿Considera que se vulnera el instituto de la carga de la prueba, si se permite que el juez tenga iniciativa probatoria?

Gráfica # 1



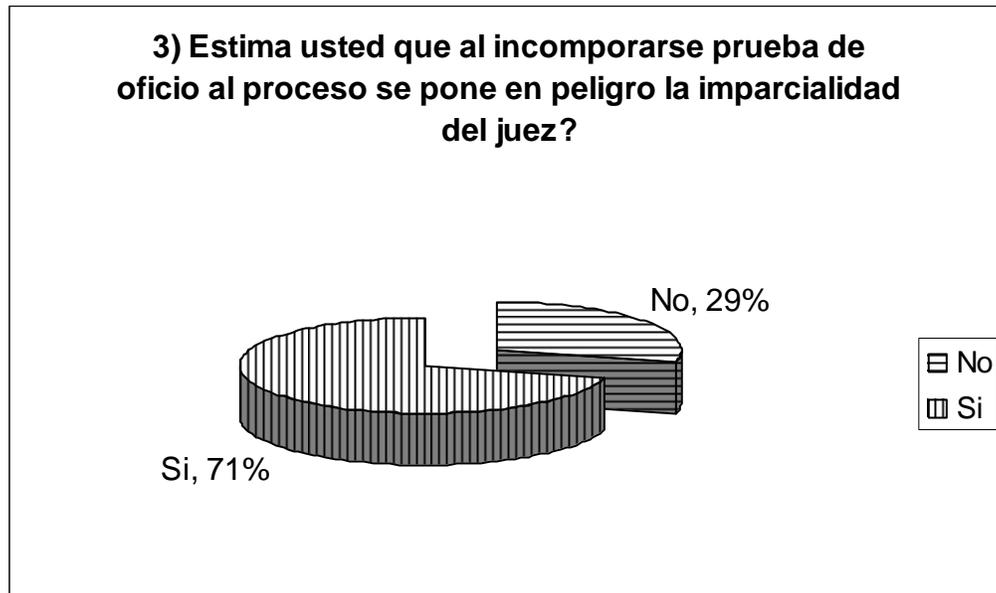
Análisis: Del total de ocho profesionales del derecho encuestados, el 86% contestó que la prueba de oficio en el proceso civil guatemalteco quebranta el principio dispositivo, base de nuestro sistema procesal civil; y solo el 14% está de acuerdo en que se le otorgue al juez la facultad de aportar prueba al proceso.

Gráfica # 2



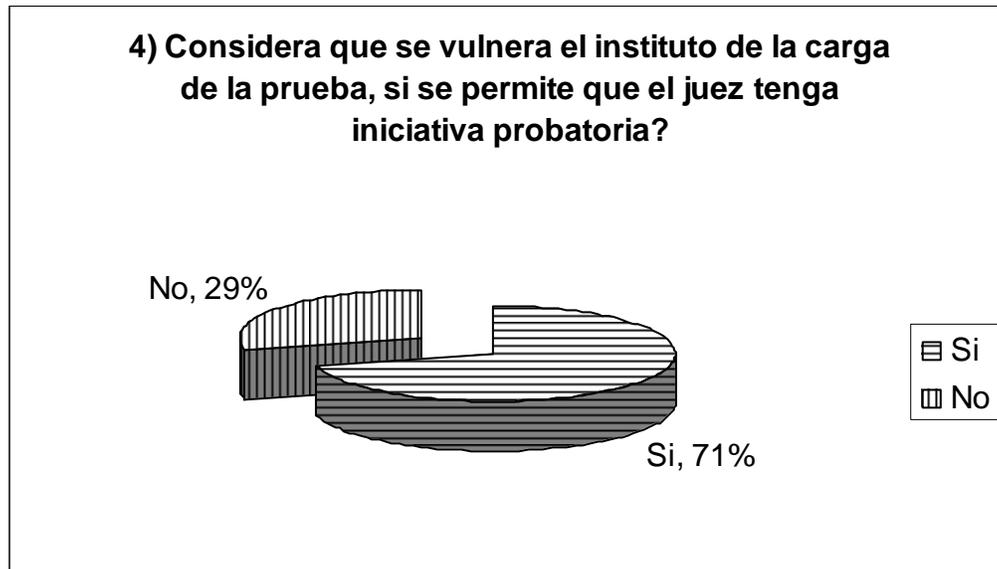
Análisis: Del total de ocho profesionales del derecho encuestados, el 71% que respondieron la encuesta, consideran que el juez no debe aportar prueba al proceso, ya que con ello se viola el derecho de las partes; y solo el 29% consideró que es beneficioso que el juez tenga la facultad de aportar prueba al proceso

Gráfica # 3



Análisis: De los ocho profesionales del derecho encuestados, el 75% opinaron que al incorporar el juez prueba al proceso, se quebranta el principio procesal de imparcialidad, ya que con ello estaría beneficiando a la parte que no aportó prueba; y solo el 29% considera que en ningún momento se viola la imparcialidad, ya que la prueba se aporta para el proceso y no para las partes.

Gráfica # 4



Análisis: De los ocho profesionales del derecho encuestados, el 71% considera que el juez no debe tener iniciativa probatoria, ya que las partes son las obligadas a demostrar lo que pretenden, aportando las pruebas necesarias al proceso; y el 29% considera que el juez debe tener iniciativa probatoria, ya que con ello tiene la facilidad de aclarar cualquier duda que tenga antes de proferir su fallo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. Guatemala: Tomo I talleres gráficos del centro de Reproducciones de la Universidad Rafael Landivar, 1973.

ÁLVARO VELLOSO, Adolfo. **Teoría del derecho procesal civil**. Madrid España: Ediciones Palma, 1999.

ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**. Buenos Aires: Ed. La Rocca, 1998.

BORGES, Alfonso. **Teoría unitaria del proceso**. Buenos Aires: Ed. Juris, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Prueba civil**. Buenos Aires: Ed. desalma, 1996.

CHIOVENDA, Gruseppe. **Curso de derecho procesal civil**. México D.F.: Ed. Oxford University Dress. Impresora Castillo Hermanos S.A de C.V. (s.f.).

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos de derecho procesal civil**. (s.l.i.): Ed. desalma, (s.f.).

HERNÁNDO, Davis Echandía. **Compendio de derecho procesal pruebas judiciales**. Bogota Colombia: Ed. ABC, 1998.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil intitulo de estudios políticos**. Madrid España: (s.e.), 1978.

KIELMANOVICH, Jorge. **Teoría de prueba y medios probatorios**. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot-Perrot, (s.f.).

MONTERO AROCA, Juan, CHACON CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala, C.A.: Ed. Helvetía, 1999

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. Madrid España: Ed. Civitas, S.A., 1996.

OVALLE FAVELA, José. **Derecho procesal civil**. México D.F.: Ed. Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios, (s.f.).

PARRA QUIJANO, Jairo. **Manual de derecho probatorio**. (s.l.i.): Ed. Ediciones Librería del Profesional, 1996.

SANTIS, Melendo. **La prueba, grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, (s.f.).

VESCOVI, Enrique. **Código general del proceso**. Montevideo Uruguay: Ed. Abaco, (s.f.).

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Ley de Enjuiciamiento Civil. España, 1996.