

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

INCLUSIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL
ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL GUATEMALTECO

ANTHONY SEGURA FRANCO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

INCLUSIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL
ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO PROCESAL 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

ANTHONY SEGURA FRANCO

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2011

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



DECANO:	Lic.	Bonerge Amilcar Mejia Orellana
VOCAL I:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br.	Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic.	Marco Vinicio Villatoro López

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de Tesis" (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

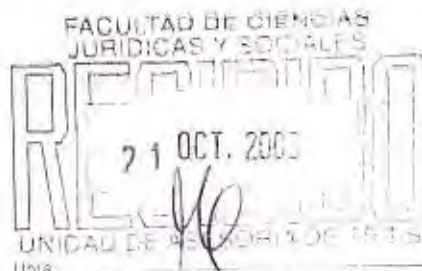


Lic. JULIO CESAR URIZAR LOPEZ
Abogado y Notario

Guatemala, 13 de octubre de 2008.

Señor

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. Jorge Mario Castillo Lutín
Su despacho.



Me es grato dirigirme a usted, que de conformidad con la designación de ese decanato, actúe como asesor del estudiante ANTHONY SEGURA FRANCO, en su trabajo de tesis titulado como: **"EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL GUATEMALTECO "**, propuesto por el estudiante por lo cual hago de su conocimiento:

1. Que he asesorado la tesis y durante la elaboración de la misma el Bachiller Segura Franco tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, los que se encuentran congruentes con el tema de investigación, así también la investigación tiene un amplio contenido científico y carácter jurídico, utilizando el bachiller un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado, tratándose en la misma lo relacionado al tema del documento electrónico como medio de prueba en el proceso civil guatemalteco, haciendo uso el ponente de un lenguaje altamente técnico acorde a la investigación desarrollada, lo cual me parece una buena propuesta a investigar, siendo el tema de actualidad en Guatemala. Así mismo de conformidad con el método analítico, descriptivo y jurídico, el primero para estudiar y analizar la doctrina aplicable y el segundo debido a que la investigación propuesta se basa en hechos actuales y directos, y el tercero utilizado en la

8ª. CALLE 5-71 ZONA 1 ESCUINTLA
Colegiado Número 3670
Teléfono: 59173141



Interpretación de leyes indicadas en el tema propuesto. Y las técnicas a las que recurrió fueron la bibliográfica y documental, utilizadas al recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia. Así también el Bachiller Segura Franco, utilizó las técnicas documental y bibliográfica por medio de las cuales profundizó su investigación, merece también mención el hecho de que manejó los métodos inductivo y deductivo. Es por estas razones que el trabajo de investigación al ser debidamente analizado cumple con todos los requisitos exigidos en cuestión de redacción, y las reglas básicas de ortografía.

2. En cuanto a la bibliografía nacional e internacional se refiere a los temas y subtemas tratados en el desarrollo de la tesis. Los libros, en los cuales está fundamentada en gran parte la investigación, son de autores de nivel académico reconocido y de gran experiencia, minuciosamente escogidos por el ponente, para enriquecer la investigación. Asimismo, me permito indicar que del trabajo en mención, el estudiante arribó a conclusiones y recomendaciones valiosas, las que presentan hallazgos y posibles soluciones a cada una de ellas, siendo éstas congruentes entre ambas. Por lo que considero que el análisis que efectúa el estudiante refleja de manera objetiva y crítica el estudio que se hace al Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil en Guatemala y en especial los medios de prueba que se pueden aportar.

Por lo descrito y expuesto anteriormente, considero que el nombre de la tesis debe quedar así **"INCLUSIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL GUATEMALTECO"** y que la misma, cumple entonces con los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por consiguiente emito dictamen favorable del mismo.

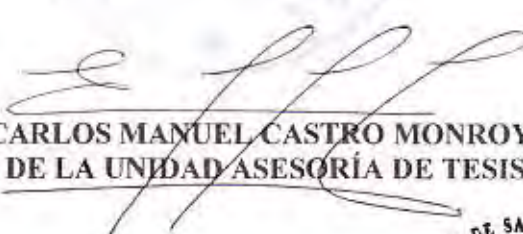
Me suscribo de usted, deferentemente,



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de octubre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EDMUNDO MUÑOZ ESPINOZA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ANTHONY SEGURA FRANCO, Intitulado: "INCLUSIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

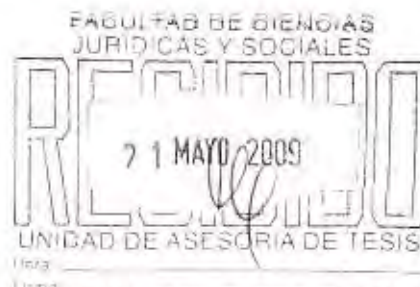




Lic. EDMUNDO MUÑOZ ESPINOZA
Abogado y Notario
Colegiado activo No. 4838
8ª. Calle 5-68, zona 1, Escuintla, Escuintla
Teléfono: 7884-1122

Guatemala, 27 de enero de 2009.

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Su despacho.



Me es grato dirigirme a usted, que de conformidad con la designación de ese decanato, actúe como REVISOR de tesis del estudiante ANTHONY SEGURA FRANCO, en su trabajo de tesis titulado: **"INCLUSIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL GUATEMALTECO"**.

Al respecto informo que el Bachiller trabajó bajo mi inmediata dirección, a quien revise la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias, para mejor comprensión del tema que se desarrolla. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, considero que abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del jurídico, es de actualidad. Se tomó en cuenta que la recolección de información realizada por el Bachiller Anthony Segura Franco, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material lo considero de actualidad.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

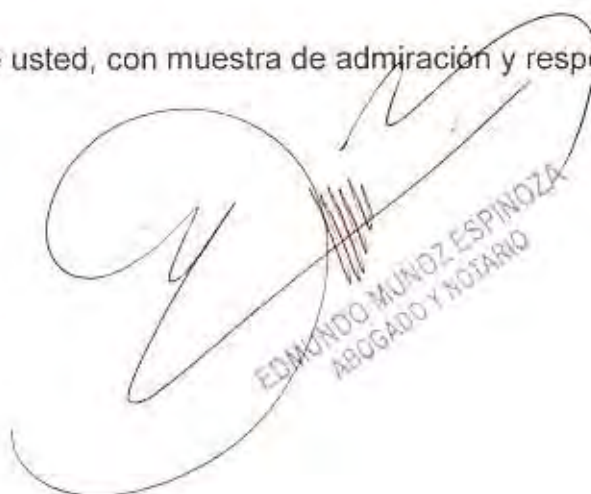


Lic. EDMUNDO MUÑOZ ESPINOZA
Abogado y Notario
Colegiado activo No. 4838
8ª. Calle 5-68, zona 1, Escuintla, Escuintla
Teléfono: 7884-1122

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, ya que reflejan de manera objetiva y crítica el análisis del Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil, y su carencia de regulación en la legislación procesal guatemalteca, por lo que es de mi opinión que el título apropiado debe ser el recomendado por el asesor constituyendo el mismo un apoyo para conocer los elementos y la actividad procesal a la que está sometido el documento electrónico y enriquecer la Biblioteca de nuestra facultad.

Por lo que considero que el trabajo de investigación **“INCLUSIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL GUATEMALTECO”** del estudiante, cumple entonces con los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por consiguiente emito dictamen favorable del mismo.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestra de admiración y respeto,



EDMUNDO MUÑOZ ESPINOZA
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de noviembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ANTHONY SEGURA FRANCO, Titulado INCLUSIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL GUATEMALTECO, Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** En quien confío y encomiendo cada acto de mi vida y en su infinita misericordia me ha permitido alcanzar esta meta, a EL sea toda la gloria, la honra y honor.
- A MIS PADRES:** Oscar Antonio Segura Chacón y Nora Elizabeth Franco Castro, con amor especial y agradecimiento gracias por el apoyo incondicional, por la paciencia, amor y comprensión cuando lo necesitaba. Por su ilusión y esperanza en que llegara este soñado momento, que Dios les derrame muchísimas bendiciones
- A MI HERMANO:** Edgar Estuardo Segura Franco, por su apoyo y cariño sincero para poder llegar a este sueño.
- A MI ESPOSA:** Sivi Maraéli Ramos de Segura, con amor especial y agradecimiento por su apoyo incondicional, gracias por su paciencia, amor y comprensión cuando lo necesitaba.
- A MIS HIJOS:** Anthony, Estuardo y Sivi Antonella Segura Ramos, con mucho amor, tesoros de mi vida, que Dios los bendiga por siempre.
- A MI AMIGO:** Lic. Gustavo Adolfo Martínez Luna, por tu amistad sincera y tus sabios consejos.
- A:** Los profesionales del derecho Lic. Julio César Urizar López y Lic. Edmundo Muñoz Espinoza, por su ejemplo de rectitud, el cual servirá en mi futura vida profesional.



A: La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala gloriosa casa de estudios en la cual se imparten los conocimientos científicos y sociales para que cada egresado sea un pilar en el desarrollo del país.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que me acogió en sus aulas y me dio la oportunidad de adquirir los conocimientos, para convertirme en un profesional.

A USTED: Por estar aquí y compartir este hermoso momento, mil gracias.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La prueba, definición y naturaleza de las normas sobre la prueba	1
1.1. Clases de prueba.....	5
1.2. Objeto de la prueba	9
1.2.1. Alegaciones de hechos.....	11
1.2.2. Alegaciones de derecho.....	14
1.2.3. Diferencias entre la prueba del hecho y del derecho.....	15
1.3. Carga de la prueba.....	17
1.3.1. Los principios de aportación de parte y adquisición procesal.....	17
1.3.2. El hecho dudoso y el non liquet.....	18
1.3.3. Reglas legales de distribución de la carga de la prueba.....	21
1.3.4. Criterios de distribución de la carga.....	22

CAPÍTULO II

2. Las fuentes y medios de prueba en Guatemala.....	25
2.1. Distinción entre fuentes y medios	25
2.2. Los medios de prueba.....	26
2.3. Valoración de la prueba.....	27
2.4. Los sistemas de valoración.....	31
2.4.1. Sistema de la tarifa legal.....	31
2.4.2. Intima convicción.....	32
2.4.3. Sana crítica racional.....	33
2.4.4. El sistema mixto.....	37
2.5. Procedimiento probatorio.....	38

CAPÍTULO III

3. Prueba de documentos.....	47
3.1. Definición.....	48
3.2. Clases.....	52
3.3. El medio de prueba.....	55
3.3.1. Presentación de los documentos.....	55
3.3.2. Disponibilidad de los documentos.....	56
3.3.3. Autenticación del documento privado.....	59
3.3.4. Documentos otorgados en el extranjero.....	62

CAPÍTULO IV

4. El documento electrónico.....	63
4.1. Concepto jurídico en la legislación española.....	65
4.2. Características y requisitos para su validez jurídica	67
4.3. El documento electrónico y la firma electrónica	69

CAPÍTULO V

5. El régimen procesal de los documentos electrónicos.....	75
5.1. Valor probatorio del documento electrónico	76
5.2. Reconocimiento e impugnación de los documentos electrónicos en juicio	83
5.2.1. Impugnación de los instrumentos públicos electrónicos.....	83
5.2.2. Reconocimiento de los instrumentos privados electrónicos.....	87
5.3. Inclusión del documento electrónico como medio de prueba en el artículo 128 del código procesal civil y mercantil guatemalteco.....	89
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95



BIBLIOGRAFÍA.....

INTRODUCCIÓN



Lo que me motivó para realizar la elección de este tema es que el documento electrónico debe relacionarse como una clase de medio de prueba que debe ser incluido dentro del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, ya que se encuentra dentro de los denominados instrumentos que permiten archivar, conocer y producir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas.

El objetivo general de la presente investigación es determinar la importancia que tiene el documento electrónico como medio de prueba dentro del proceso civil guatemalteco. En Guatemala en la época actual, el documento electrónico no se encuentra legislado como medio de prueba dentro del proceso civil por lo que es necesaria su inclusión, como medio independiente del documento regular, siendo importante debido a que su naturaleza es irrepetible en algunas ocasiones, y más en la actualidad por encontrarnos en la época de la globalización. Por lo que se hace necesaria la inclusión dentro del Artículo 128 del Código Procesal Civil guatemalteco, al documento electrónico como tal, a efecto de que sea considerado como medio de prueba.

Luego del recorrido que se hace en el derecho comparado, nos damos cuenta de la inminente urgencia que existe en Guatemala, de que los legisladores empiecen a trabajar en la adecuada legislación moderna a efecto de que el documento electrónico

sea catalogado como único y no se incluya como algo que es parte ya de una legislación no solo obsoleta sino que también, no acorde a la actualidad tecnológica.

El capítulo uno tratará la prueba, definición y naturaleza de las normas sobre la prueba; el capítulo dos abordará las fuentes y medios de prueba en Guatemala; el capítulo tres se tratará específicamente de la prueba de documentos; dentro del capítulo cuarto se abordará el documento electrónico y por último el capítulo cinco versará sobre el régimen procesal de los documentos electrónicos.

Los métodos utilizados durante la presente investigación fueron el inductivo porque a través de éste en forma general traté los primeros capítulos; utilizando el deductivo para tratar el último capítulo habiendo ido de lo general y terminar en lo particular, el método sintético lo utilicé a efecto de realizar mis conclusiones; y por último el método analítico que me ayudó a desplazar todo el conocimiento en partes, en relación a lo que establece la legislación nacional respecto a lo contenido en la doctrina, la realidad y las leyes. Y las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica o documental, el fichaje, así como el marginado; a fin de ejecutar una de las partes del proceso investigativo, es decir, que me permitió recopilar, seleccionar y depurar todo en base al cronograma, el material que utilice como referencia.

De esta manera el postulante pretende demostrar que en Guatemala es indispensable la inclusión dentro del proceso civil guatemalteco, este importantísimo medio de prueba.



CAPÍTULO I

1. La prueba, definición y naturaleza de las normas sobre la prueba.

Las normas materiales establecen consecuencias jurídicas partiendo de un supuesto de hecho que contemplan de modo abstracto o general. Cuando el Artículo 1825 del Código Civil establece que el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa comprada en el día, lugar y forma acordados en el contrato, está fijando un supuesto de hecho con carácter general y estableciendo una consecuencia jurídica; la aplicación de esa norma por el tribunal en un proceso concreto, ha de partir necesariamente de que se haya probado, en el pleito sometido a su decisión, el supuesto de hecho.

De ahí proviene la importancia de la prueba. Se puede tener razón, pero si no se demuestra no se alcanzará procesalmente un resultado favorable. Las alegaciones que las partes realizan no suelen ser suficientes para convencer al juez, o para fijar los hechos, de la existencia del supuesto fáctico contemplado en la norma cuya aplicación se pide. Es precisa una actividad posterior para confirmar las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus alegaciones. A esa actividad es a la que se le llama prueba.

Con todo hay que tener en cuenta que la palabra prueba, o sus derivados puede usarse básicamente con dos sentidos distintos. Puede referirse a una actividad, pero también puede referirse a un resultado. Con alusión a la actividad suele decirse por

ejemplo, el juicio está en el período de prueba, y respecto del resultado, siempre como ejemplo, este hecho no se ha probado. También es común decir que cabe un tercer sentido, el que se refiere al medio que sirve para probar; prueba testimonial, pero lo cierto es que aquí la palabra no se usa nunca por sí sola, sino siempre unida a otra, y sobre todo que la expresión alude en todo caso a una actividad, pues el medio de prueba es siempre actividad.

Los elementos determinantes a la hora de dar un concepto de la prueba son dos:

1) Que la prueba se produce en el proceso y para el proceso:

Es evidente que fuera del proceso puede hablarse de prueba, pero eso es algo que aquí no importa. En el ámbito de las relaciones jurídico materiales puede pretenderse justificar la existencia de hechos, y para ello puede acudir a la que a veces se ha llamado prueba material, pero esta prueba no se dirige a un juez y queda fuera del proceso y de cualquier consideración.

2) El sistema de valoración de la misma o de su función:

Cuando en un derecho positivo concreto se establece el sistema de libre valoración o de sana crítica, la prueba puede definirse como la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso; pero cuando estamos

ante un ordenamiento jurídico en el que rige el sistema legal o tasado de valoración, la prueba será la actividad procesal que tiende a fijar como ciertos los datos aportados al proceso, independientemente de la convicción del juzgador. En un derecho positivo como el guatemalteco, en el que conviven los sistemas libre; o sana crítica y tasado o legal de valoración, el concepto tiene que comprender los dos.

Respecto del proceso civil guatemalteco la prueba la podemos definir consiguientemente como: la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso; libre o sana crítica; o fijarlos conforme a una norma legal.

Este concepto, indudablemente extraño, nos viene impuesto por nuestro derecho positivo. Hoy es común definir la prueba atendiendo sólo a la convicción del juez, pero ello supone desconocer la existencia de criterios legales de fijación de los hechos. Y no vale decir que se trata de residuos históricos de viejas concepciones en trance de desaparición o de una anomalía jurídica, y ni siquiera que tengan en la práctica cada vez menos utilidad, en virtud de la apreciación conjunta de la prueba, pues lo cierto es que los criterios legales existen y que este tipo de definiciones, guste o no, no se ajustan a nuestro derecho.

"En ocasiones también se define la prueba como la actividad de las partes, y a lo más que se llega es a hablar de actividad que desarrollan las partes con el tribunal.

Esta consideración de que las partes son las dueñas de la prueba proviene de un erróneo desenvolvimiento del principio dispositivo, que convierte a las partes, no sólo en las dueñas del objeto del proceso, sino incluso del proceso mismo. Para nosotros la prueba no es sólo actividad de las partes, sino actividad procesal, de las partes y del juez, y podría así distinguirse dentro de esa actividad dos clases de actos: 1) De demostración: en los que sería predominante la actuación de las partes; los normales medios de prueba; y 2) De averiguación: en los que predominaría la actuación del juez; reconocimiento judicial, auto para mejor fallar; etc."¹

"Los procedimentalistas y los civilistas franceses de principios del siglo XIX, los que realizaron el code civile de 1804 y el code de procédure civile de 1806, partían de distinguir dentro de la prueba normas materiales y normas procedimentales. La idea básica era que había que atribuir naturaleza material a las normas relativas a la admisibilidad de los medios probatorios y a su valoración, mientras que el procedimiento probatorio era puramente procesal. Hay que tener en cuenta que no se trataba de una división teórica, pues afectaba nada menos que a la determinación de la norma aplicable cuando intervienen elementos extranjeros en el proceso o cuando hay problemas de derecho intemporal. Así lo relativo a la admisión y a la valoración de la prueba debía regirse por la ley personal de las partes, o lo relativo al valor de un acto jurídico debía regirse por la ley derogada, mientras que el procedimiento probatorio quedaba siempre bajo la ley del proceso, esto es, por la ley del foro, por la ley nacional y vigente del juez.

¹ Montero A., Juan y Chacón C. Mauro R. **Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco**. Pág. 19

Hoy esa división de las normas sobre prueba entre materiales y procesales carece de todo sentido científico, y ya nadie duda de que todas las normas sobre prueba tienen carácter procesal. El criterio de la colocación de una norma en un cuerpo legal u otro no puede servir para determinar la naturaleza de esa norma, y la naturaleza debe venir determinada por el ámbito sobre el que incide la consecuencia jurídica de la norma; así una disposición será procesal cuando sus consecuencias jurídicas se proyectan sobre la potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran en proceso, incluidos los requisitos y los efectos de esos actos.²

1.1 Clases de prueba

"Para que se entienda de una mejor manera las diversas clases de prueba, se tiene que tomar en cuenta su historia y su aplicación. Por lo que se desarrollan a nuestro criterio de la siguiente forma:

a) Pruebas directas e indirectas

Con las mismas palabras se está atendiendo a dos cosas muy distintas:

1) En unos casos las palabras directa o indirecta se refieren al tipo de relación del juez con las fuentes de prueba. Cuando no existe ente intermedio entre el juez y la fuente de prueba se habla de prueba directa; reconocimiento judicial; y cuando ese ente existe

² Ibid. Págs. 20-21

se habla entonces de prueba indirecta; casi todos los demás medios de prueba. En este segundo supuesto, se dice, el juez toma conocimiento del objeto de la prueba por medio de algo, que tiende a representarle los hechos: el testigo o el documento; en el primero el juez toma conocimiento de los hechos directamente, como sucede cuando el juez ve la casa en ruinas, por ejemplo.

2) En otros casos cuando se habla de prueba indirecta o mediata se está haciendo referencia a aquellos supuestos en los que no se prueba el hecho base de la norma cuya aplicación se pide, sino otros hechos de los que el anterior se deduce. Estos otros hechos son los indicios; por ello se habla también de prueba indiciaria.

Esta distinción tiene sólo sentido con relación al juego de los indicios y del hecho presumido, pero no afecta para nada a lo que es la prueba en sí, pues unos y otros hechos se han de probar de la misma manera. Resulta así que, en este caso, todos los medios de prueba sirven para establecer indicios y hechos presumidos, sin que existan diferencias prácticas a la hora de proponerlos y practicarlos.

b) Pruebas personal y real:

La distinción aquí se dice que atiende a la naturaleza del medio en realidad de la fuente de prueba, y que éste puede ser personal, declaración de la parte, testigos peritos e incluso reconocimiento judicial, o real, documentos. También se trata de algo verdadero pero inútil.

c) Pruebas preconstituida y causal

Se atiende aquí al origen y destino de los medios de prueba. La preconstituida queda configurada con anterioridad al proceso y existe aunque no llegue a producirse éste, si bien se crea en previsión de del documento, mientras que la causal se crea en el proceso que es la declaración del testigo.

En realidad esta distinción, que tiene su origen en Bentham, parte de una grave confusión entre fuente y medio de prueba. Todas las fuentes de prueba existen antes del proceso; el documento o la persona que conoce los hechos; y todos los medios de prueba se proponen y practican en el proceso, aunque sí puede ser cierto que la fuente de prueba puede surgir ocasionalmente; la persona que presencia un accidente simplemente porque pasaba por allí; o puede preconstituirse pensando en un proceso futuro; el contrato verbal que se realiza ante testigos.

d) Prueba principal, contraprueba y prueba de lo contrario:

La primera versa sobre los hechos supuesto de la norma cuya aplicación se pide por la parte y puede referirse a cualesquiera clase de hechos, esto es, tanto a los constitutivos, como a los impeditivos, extintivos y excluyentes; las normas sobre carga de la prueba determinarán quién debe probar cada uno de esos hechos, pero siempre se trata de prueba principal. Por el contrario la contraprueba es la que realiza la otra parte tendente a desvirtuar la principal. Frente a un hecho constitutivo alegado por el

demandante, y del que éste intenta la prueba principal, el demandado puede alegar uno extintivo y realizar también prueba principal del mismo; pero el demandado puede limitarse a negar el hecho constitutivo y a probar en contra del mismo; a esta actividad se llama contraprueba y su objeto es destruir el convencimiento del juzgador que pueda lograrse con la prueba principal del demandante o la fijación de los hechos por este. La prueba de lo contrario es algo completamente distinto y guarda relación con las presunciones. Cuando un hecho se da como existente en virtud de una presunción, la actividad tendente a destruirlo suele de nominarse prueba de lo contrario. En el Artículo 623 del Código Civil tenemos un ejemplo claro; en la posesión la buena fe se presume, pero puede afirmarse la mala fe y probarse. Tampoco aquí estamos ante algo que tenga especial valor, ni teórica ni prácticamente, aunque puede servir para entender la carga de la prueba, pues en el fondo todo este juego de palabras se resume en ella. El que afirma debe probar; prueba principal; y por el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil dice que las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho, pero la otra parte puede no limitarse a esperar esa prueba sino intentar la contraprueba.

e) Pruebas plena y semiplena

Es aquí donde ha surgido la más grave confusión. Suele decirse que cuando la ley exige el pleno convencimiento del juzgador; o que se cumplan estrictamente los requisitos de la prueba legal; estamos ante una prueba plena, mientras que en otros casos basta la mera probabilidad o verosimilitud que se traduce en una prueba

semiplena, y que a ésta se refiere la ley cuando habla de acreditar, justificar o incluso probar y de principio de prueba. Dicho lo anterior la distinción carecería de sentido y sería gravemente peligrosa, si no se añadiera inmediatamente que para aplicar las consecuencias jurídicas de una norma material en la sentencia, es decir, para condenar o absolver al demandado, es siempre precisa la prueba de los hechos, y que aquí no tiene sentido hablar de prueba plena o semiplena. Cuando la ley se refiere a la semiplena probatio no es nunca con relación sentencia de fondo. No existe, pues, una gradación en la prueba. El juez a la hora de dictar sentencia de fondo sólo tiene una alternativa: un hecho está probado o no está probado, no hay prueba semiplena, ni media prueba. Cuando la ley se refiere a acreditar o justificar, a veces incluso a probar, y a principio de prueba está atendiendo a algo muy distinto que no guarda relación con la aplicación del derecho objetivo en la sentencia; se está refiriendo a requisitos para la realización de actos o adopción de medidas que no atribuyen ni quitan derechos de un modo definitivo. Un ejemplo muy claro puede verse en el Artículo 182 del Código Procesal Civil y Mercantil; para que el juez requiera a la parte contraria para que presente un documento, la parte proponente debe probar, dice la norma, que el documento lo tiene o lo ha tenido el adversario.”³

1.2 Objeto de la prueba

“El objeto de la prueba puede contemplarse desde dos perspectivas: una en abstracto y otra en los procesos concretos. En abstracto por objeto de la prueba se

³ Ibid. Págs. 22-24

entienden las realidades que objetivamente pueden ser probadas; objeto de la prueba en concreto son las realidades que han de ser probadas en un proceso determinado.

Es evidente que no podemos aquí referirnos al segundo sentido, pues ello implicaría examinar infinidad de supuestos; ¿qué se debe probar en un proceso con pretensión reivindicatoria?; ¿qué es una pretensión de responsabilidad extracontractual? etc.; hemos de referirnos necesariamente al primer sentido.

Si hemos determinado, pues, qué es la prueba, la pregunta siguiente es: ¿qué se debe probar? Generalmente suele decirse que objeto de la prueba son los hechos y nuestras leyes comparten esta opinión, como se desprende, por ejemplo, de los Artículos 123 hechos controvertidos y 126 proposiciones de hecho y sus clases. Con todo, si matizamos con técnica rigurosa, hay que estar de acuerdo con Guasp en que el objeto de la prueba serán los datos que han sido alegados. Ello es así porque, aunque en la mayoría de los casos la prueba se referirá únicamente a hechos, no faltan ocasiones en que han de ser objeto de la prueba normas jurídicas."⁴

En el proceso civil, donde la vigencia del principio de aportación de parte o carga procesal; determina que sólo éstas pueden realizar alegaciones, el objeto de la prueba vendrá determinado precisamente por estas alegaciones, pero no todas deberán ser probadas, siendo preciso distinguir entre:

4 Ibid. Pág. 26



1.2.1 Alegaciones de hechos

"Fundamentalmente la prueba recaerá sobre afirmaciones de hechos realizadas por las partes, sobre los hechos que constituyen el supuesto base de la norma cuya aplicación se pide. Puede así decirse que prueba ha de recaer sobre las afirmaciones de hechos controvertidos. Esto supone que no todos los hechos han de ser probados y aún cabe afirmar que respecto de algunos hasta el intento de probarlos queda prohibido.

Las alegaciones de hechos que deben probarse son, pues, las que han quedado controvertidas. De ello se deduce que hay que destacar las excepciones, esto es, las alegaciones de hechos que no precisan ser probadas:

a) Hechos admitidos

En el proceso civil regido por el principio dispositivo los hechos admitidos por todas las partes no precisan ser probados y, aún más, ni siquiera debe ser intentada la prueba sobre los mismos. O, desde otro punto de vista, la prueba ha de versar sólo sobre los hechos controvertidos, y por eso dice el Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil indica que sólo se abrirá a prueba el proceso si hubiere hechos controvertidos; y ello a pesar de una práctica judicial que parece no haber entendido esta regla elemental. Se entiende así que el actor en la demanda ha de fijar con claridad y precisión los hechos en que se funde, dice el Artículo 106, y el Artículo 118

añade que estación de la demanda debe llenar los mismos requisitos del escrito; de modo que de uno y otro escrito puede llegarse a la existencia de hechos que son afirmados por el actor y admitidos por el demandado o de hechos que son igualmente afirmados por las dos partes: Esos hechos que son los admitidos por la dos partes no han de probarse, debiendo el juez de darlos por existentes en la sentencia, aunque sea aconsejable que en la alegación final o en la vista se hagan ver estas circunstancias.”⁵

b) Hechos notorios

“Son aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez. La notoriedad es esencialmente un concepto relativo, pues en términos absolutos no existen hechos notorios sin limitación de tiempo y espacio. Según Calamandrei “la notoriedad de un hecho no supone que todos los pertenecientes al grupo tengan un efectivo conocimiento del mismo, sino que lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio, entre los cuales tiene que estar necesariamente el juez. El principio general es que notoria non eget probatione esto quiere decir que; lo notorio no precisa de prueba, pero debe tenerse en cuenta que:”⁶

“a) No son hechos notorios los conocidos privadamente por el juez. El hecho notorio supone un conocimiento general en un grupo más o menos amplio, que va desde el

⁵ Ibid. Págs. 27-30

⁶ Ibid. Pág. 28

mundo entero hasta la ciudad, y no se refiere al juez como persona particular; el primero es común para el hombre de cultura media y su conocimiento depende de circunstancias objetivas, mientras que el segundo está referido a circunstancias subjetivas del juez como persona.

b) Debe tenerse presente que una cosa es el hecho notorio y otra la fama pública o el rumor. Aquél se asienta en datos objetivos, cuya certidumbre puede alcanzarse por cualquiera persona interesada en ello, mientras que el rumor, por no responder a nada objetivo, puede ser o no cierto. En ocasiones la notoriedad no es una circunstancia accesoria de un hecho, sino el mismo supuesto fáctico de la norma. Cuando el Artículo 221, numeral 2° del Código Civil establece que la paternidad puede ser judicialmente declarada si el pretensor se halla en posesión notoria del estado de hijo del presunto padre, está diciendo que la notoriedad es el hecho mismo que debe ser probado, de modo que aquí no cabría hablar de exención de prueba de lo notorio, pues para el juez la posesión notoria de estado de hijo del presunto padre; es precisamente el hecho que se le debe probar.

c) Hechos favorecidos por una presunción: Parte de la doctrina incluye dentro de las excepciones que estamos tratando a los hechos favorecidos por una presunción legal. Hay aquí un error de base, pues lo que en realidad ocurre es que se altera el tema a probar y surge la contraprueba. En efecto, en las presunciones legales existen uno o varios indicios y un hecho presumido y lo que ocurre aquí es que probado el indicio la ley dice que se presume existente el hecho presumido, el cual no necesita ser

acreditado directamente, todo esto no impide que exista prueba, pues siempre deberán probarse el o los indicios pero véase más adelante el tema de las presunciones como método prueba. Por otra parte todas las presunciones legales iuris tantum admiten prueba en contrario, de lo que se deduce así mismo que no existe exención de prueba, sino norma especial sobre la carga de la prueba, que es cosa muy distinta. Ocurre así, por poner un ejemplo, en el Artículo 156 del Código Civil, según el cual se presume voluntario el abandono de la casa conyugal e inmotivada la ausencia por más de un año, pero contra estas presunciones se admite prueba en contrario."⁷

1.2.2 Alegaciones de derecho

"El conocimiento de la norma jurídica es una de las obligaciones del juzgador; el mandamiento que dice gráficamente *iura novit curia* (*el Juez conoce el Derecho*); el tribunal conoce el derecho; y ello se corresponde perfectamente con la función jurisdiccional de aplicar el derecho objetivo. Consecuentemente la fundamentación jurídica de la demanda. El Artículo 106 del Código Procesal Civil no sirve directamente para determinar el objeto del proceso, ni vincula al juzgador, el cual aplicará la norma adecuada al caso, sin perjuicio de que esa fundamentación jurídica ayude a determinar con mayor precisión el objeto de la pretensión y de la oposición.

Ahora bien, la no necesidad de prueba del derecho se refiere a las normas jurídicas que forman el derecho escrito, interno y general, lo que significa que si habrá de probarse:

⁷ Montero A., Juan y Chacón C. Mauro R. **Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco**. Págs. 27-29

a) La costumbre

El Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial al reconocer la costumbre como fuente del derecho, precisa que se aplicará cuando; resulte probada. Es imposible exigir a los jueces el conocimiento de todas las costumbres de todos los lugares de Guatemala.

b) El derecho extranjero

En los casos en que debe aplicarse una norma material extranjera, como consecuencia de las remisiones que efectúan los Artículos 24 y siguientes de la Ley del Organismo Judicial las partes han de probar su contenido y vigencia, pues lo contrario significaría obligar a los jueces a conocer el derecho de todo el mundo.

c) Derecho histórico o no vigente

El deber del juez de conocer el derecho de su país se limita al vigente, no al histórico, a riesgo de convertirlo en historiador.⁸

1.2.3 Diferencias entre la prueba del hecho y del derecho

"Parece claro, con todo lo dicho, que existen profundas diferencia los hechos y el derecho cuando se les contempla desde la perspectiva objeto de la prueba. Las

⁸ Ibid. Págs. 30-31

diferencias pueden referirse a: El distinto valor de la admisión por la otra parte de los hechos; y del derecho: Los hechos admitidos o afirmados por todas las partes, aquellos sobre los que existe conformidad, se imponen al juez, que no podrá desconocerlos en la sentencia, pero sería absurdo que si una norma extranjera no existe, la alegación de ella por una de las partes y la admisión de la misma como existente por la otra parte pudiera imponerse a un juez que es sabedor de esa inexistencia.

El derecho, en cuanto norma, existe o no existe y no pueden las partes ponerse de acuerdo ni para determinar su existencia, ni para que el juez diga en la sentencia que no existe. El distinto juego de la ciencia o conocimiento privado del juez: El juez no puede dar como existente un hecho, que él conoce como ciudadano particular, si no ha sido probado, pero el juez sí puede aplicar una norma no comprendida en el *iura novit curia* si tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados. Más aún, si el juez tuviera ese conocimiento privado, debe rechazar los medios de prueba propuestos por las partes, tendentes a establecer procesalmente esas normas jurídicas, declarando inútiles los medios propuestos.⁹

El deber del juez, dentro de lo posible, de investigar de oficio el derecho, aunque éste sea extranjero. Hay que insistir en que el deber del juez de investigar el derecho extranjero no puede imponerse sino dentro de lo posible; no pueden ser iguales los casos de un modesto juez de primera instancia de un departamento alejado de la capital que el de la Corte Suprema de Justicia.

⁹ Ibid. Pág. 31.

1.3 Carga de la prueba

Establecido lo que se ha de probar, el razonamiento lógico conduce ahora a preguntarse ¿quién debe probar?, lo que implica cuestionarse la carga de la prueba. La determinación de esta carga exige fijar algunos principios y criterios, que es lo que hacemos a continuación.

1.3.1 Los principios de aportación de parte y adquisición procesal

En términos muy generales lo explicado por la doctrina parece no ofrecer problemas; el principio de aportación de parte, tal y como ha sido entendido en la mayoría de los códigos procesales, determina que son las partes las que deben probar. Sobre ellas recae la carga; que no es lo mismo que la obligación; de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y sobre ellas recae también la carga (otra vez, no la obligación) de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración.

El principio de aportación de parte según nuestro derecho sirve, pues, para determinar que son éstas las que tienen la carga de la prueba, no existiendo deber del juez de verificar; sin perjuicio de que el juez pueda acordar de oficio la práctica de algunos medios de prueba, Artículos 172, 183 y 191 del Código Procesal Civil y Mercantil; pero el principio de aportación no sirve para nada más y, en concreto, no

nos dice cómo debe distribuirse la carga de la prueba entre las partes. Con sólo este principio para el juez es indiferente quién ha probado los hechos alegados.

"Se dice que la alegación por el demandante de los hechos que fundamentan la pretensión; sí es manifestación del principio dispositivo, y que también lo es la alegación por el demandado de los hechos excluyentes, mientras que todos los demás hechos; impeditivos y extintivos; que no conforman la pretensión ni la excluyen, ha de ser, sí, alegados por las partes, pero para que el juez los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellas los ha alegado. Pues bien, el principio de adquisición procesal supone que, estando los hechos correctamente alegados, cualesquiera hechos, y estando probados, el juez ha de partir de ellos en la sentencia, sin referencia a cual de las partes los ha probado.

Hasta aquí la doctrina de la carga de la prueba no ha entrado en juego. Nos hemos limitado a recordar que los hechos alegados han de ser probados por las partes. Esta doctrina nos debe responder a la pregunta, pero ¿cuál de las partes?"¹⁰

1.3.2 El hecho dudoso y el non liquet

"Al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el juez puede considerar que los hechos para él se encuentran en alguna de estas tres posibilidades:

¹⁰ Ibid. Pág. 33.

1) Que el hecho alegado por alguna de las partes existió: Debe extraer la consecuencia jurídica prevista en la norma; se alegó la celebración de un contrato y se ha probado por el demandante su existencia: debe condenar al demandado a pagar.

2) Que el hecho alegado no existió: No habrá lugar a aplicar la norma en la que la parte pretendía ampararse; se alegó el contrato y se ha probado por el demandado que no existió: debe dictar sentencia absolutoria.

3) El hecho no ha llegado a ser probado, colocando al juez en la situación de duda: Esta situación de incertidumbre no le permite dictar una sentencia de non liquet, es decir, no puede dejar de resolver. El Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial impone al juez el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca; y de hacerlo conforme al sistema de fuentes establecido. El deber de dictar sentencia, resolviendo la cuestión planteada, es el básico del juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, al mismo tiempo integra correlativamente el derecho de acción y de acceso a la justicia previsto en la Constitución.

La doctrina de la carga de la prueba adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde este punto de vista final del proceso. No trata tanto y directamente de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, cuando de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos. La doctrina lo ha entendido y explicado con claridad al estimar que el tema del onus probandi tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de la prueba. Pero incluso

desde esta perspectiva, la pregunta que debe hacerse al juez, partiendo de que un hecho no ha sido probado, es ¿a quién perjudicará esta circunstancia y, consiguientemente, quién debió probarlo? Resulta así, pues, que la doctrina de la carga de la prueba produce efectos en dos momentos distintos y con referencia a diferentes sujetos:

1) Con relación al juez sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante un hecho no probado, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba.

En principio la sentencia será desfavorable a aquella parte que pidió un efecto jurídico establecido en la norma cuyo supuesto de hecho no se probó. Siempre con relación al juez, esta doctrina no sirve para que éste diga a las partes cuál de ellas debe probar; a lo largo del proceso el juez no asume lo que podríamos llamar una función distribuidora de la carga de la prueba; como hemos dicho, si un hecho está probado al juez no debe importarle quién realizó la prueba (principio de adquisición), pues él cuestiona la carga sólo cuando falta la prueba de un hecho y en el momento de la sentencia.

2) Respecto de las partes la doctrina sirve, y en la fase probatoria del juicio, para que sepan quién debe probar un hecho determinado si quieren que entre en juego el efecto anterior (aunque se produce después en el tiempo).¹¹

¹¹ Ibid. Págs. 34-35.

Este efecto es el que nos importa ahora y respecto de él debemos examinar las reglas existentes en nuestro derecho, reglas que son las mismas que, en su caso, aplicará el juez para el supuesto de falta de prueba.

1.3.3 Reglas legales de distribución de la carga de la prueba

Los antiguos brocardos o aforismos, que todavía suelen citarse con reiteración en los textos, resultan insuficientes: *Necessitas probandi incumbit ei qui agit*; la necesidad de probar recae sobre el que pide; *reus in excipiendo fit actor*; el demandado al oponer excepciones ha de probarlas; *onus probandi incumbit actori*; la carga de la prueba incumbe al actor; y en algún caso erróneo: *in dubiis reus est absolvendus*; en caso de duda debe absolverse al demandado.

En ocasiones la propia ley material o sustantiva establece de modo concreto a quién incumbe la prueba. Ocurre así, por ejemplo, en los Artículos: 1439, 1645, 1650 y 1662 del Código Civil. Pero lo importante ahora para nosotros no son ni los brocardos o aforismos, ni las reglas especiales. Lo importante es encontrar la regla general y establecer su interpretación. Esa regla general es el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil el cual establece, primero, un principio: Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho, y, después, la regla general referida a los distintos tipos de hechos: Quien pretende algo ha de 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.

1.3.4 Criterios de distribución de la carga

"El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil ofrece base suficiente para distribuir la carga de la prueba entre las partes atendiendo a las clases de hechos que examinamos en los Capítulos IX y X. El demandante debe probar los hechos constitutivos, esto es, el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide. Si el demandado se limita a negar los hechos alegados por el demandante, sin aportar otros, no tendrá que probar nada, aun cuando puede realizar contraprueba. Consecuencia de todo ello será que si el demandante prueba los hechos constitutivos, su pretensión será estimada; en caso contrario el demandado será absuelto. Este deberá probar, o sufrir las consecuencias, cuando alegue hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Con unas u otras palabras la doctrina y la práctica caminan por esta dirección, pero las cosas no son tan sencillas como parecen. El criterio fundamental precisa ser analizado y matizado atendiendo, por lo menos, a estas consideraciones:

a) La naturaleza constitutiva, impeditiva, extintiva o excluyente de un hecho no es algo absoluto, sino relativo, determinándose conforme a la relación jurídica que se deduce de él en el proceso. Así la minoría de edad como falta de consentimiento en el contrato puede ser hecho constitutivo (en la pretensión de nulidad del contrato), pero también impeditivo (cuando se opone por el demandado frente al demandante que pretende alguna de las consecuencias derivadas del contrato celebrado por un menor).

b) Sería absurdo imponer al demandante la carga de la prueba de lo que podemos llamar condiciones específicas y condiciones generales de la existencia de las relaciones jurídicas, y ello porque en multitud de ocasiones le conduciríamos a la imposibilidad de hecho de probarlas. Se impone, pues, distinguir, concluyendo que las condiciones generales no quedan comprendidas dentro de la carga de la prueba."¹²

¹² Ibid. Pág. 40.



CAPÍTULO II

2. Las fuentes y medios de prueba en Guatemala

Ya sabemos qué es la prueba, qué debe probarse y quién debe probar. Debemos estudiar ahora ¿con qué se debe probar?, lo que significa plantear el problema de las fuentes y medios de prueba, prescindiendo de cuestiones terminológicas que más que aclarar confunden.

2.1 Distinción entre fuentes y medios

"Con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal. Veamos las diferencias en los supuestos concretos. En la prueba testimonial el testigo y su conocimiento de los hechos preexiste al proceso; y existe aunque el proceso no llegara a realizarse nunca. Iniciado el proceso, una de las partes se servirá de esa fuente para convencer al juzgador de la realidad de sus afirmaciones de hecho, y para ello la ley le ofrece un método de aportación consistente en la declaración del testigo, regulando esa actividad. Lo mismo

ocurre con el resto de las pruebas; en la declaración de la parte la fuente es la parte y su conocimiento y el medio de prueba su declaración; en la documental, la fuente es el documento y el medio la actividad que debe realizarse para su aportación al juicio. Recuérdese que la prueba es actividad, por lo que los medios de prueba tienen que ser también actividad, pero no en el vacío sino incorporando algo al proceso, ese algo es la fuente."¹³

2.2 Los medios de prueba

"Partiendo de la distinción anterior, en los procesos civiles no tiene reflejo la actividad que realizan las partes o sus abogados para descubrir las fuentes de prueba, tratándose de una actividad extraprocesal. Lo importante procesalmente son los medios de prueba, y por ello hay que preguntarse ¿cuáles son éstos? Nuestro derecho positivo nos ofrece una enumeración en el Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil:

- 1.º) Declaración de las partes (o confesión).
- 2.º) Declaración de testigos.
- 3.º) Dictamen de expertos (o peritos).
- 4.º) Reconocimiento judicial.
- 5.º) Documentos.
- 6.º) Medios científicos de prueba.
- 7.º) Presunciones.

¹³ Ibid. Pág. 40.

Esta enumeración de los medios de prueba carece de rigor técnico, como veremos al examinar los dos últimos números de la lista; baste ahora decir que los llamados medios científicos de prueba no constituyen verdaderos medios, pues tendrán que entrar en el proceso por otro de los medios, entendidos como actividad, y que las presunciones son un método de prueba, y no un medio de prueba como tradicionalmente se ha venido enseñando.

2.3 Valoración de la Prueba

"El destinatario de la prueba es, naturalmente, el juzgador; va ello implícito en el propio concepto de prueba, tanto en la parte de éste que se refiere a su convencimiento psicológico sobre la existencia o inexistencia de los datos aportados al proceso, como en aquella otra que atiende 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 con el nuestro."¹⁴

"Una vez que la prueba a sido oportunamente ofrecida, admitida y diligenciada, se agrega, se incorpora a la causa y por imperio de los principios de Preclusión, impulsión y Adquisición y que por efecto de los dos primeros avanza el proceso hacia otra de las series concatenadas del mismo y cuyo resultado es la culminación de la

14 Montero A., Juan y Chacón C. Mauro R. *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco*. Págs.40-42

etapa probatoria por lo que corresponde pasar a la etapa subsiguiente denominada discusoria o alegatoria. Actividad que presenta un momento valorativo tendiente a verificar la existencia o inexistencia de los hechos invocados como fundamento de las pretensiones que se encuentran en grado de atribuir convicciones para arribar al resultado del pleito. Con base en el sistema de comunidad de prueba adquisición que se traduce en que no importará quien haya producido la prueba para la utilización por las partes y el juez para arribar a la solución jurídica que más se adecue según los hechos demostrados al derecho en cuanto proceso de subsunción, la aplicación de la ley al caso concreto. El segundo momento del procedimiento probatorio es el valorativo que pasamos a desarrollar a continuación.

La tarea valorativa, de carácter eminentemente intelectual, se manifiesta en dos sub momentos consecutivos según la actividad de los sujetos que la realizan y reconocen por su importancia con gran significación otrora, el que corresponde a las partes y el segundo al juez. La actividad valorativa de las partes se le asignaba una gran importancia y en algunos procesos subsiste; la importancia es la fijación de los hechos, el encuadramiento legal y finalmente la pretensión, como son los procesos de rasgos inquisitivos en la órbita de los procesos en donde se encuentra el orden público como una característica fundamental para su aplicación; Procesal Penal, Laboral y Familia; los que reconocen a la actividad acusatoria inquisitoria, dicha alegación reviste una gran trascendencia.

La valoración como actividad se realiza por las partes en el proceso civil y se materializa en los alegatos, como paso anterior al momento o etapa decisorio. Las partes hacen mérito de la prueba rendida valiéndose, para ello de argumentaciones favorables a sus pretensiones o defensas con la finalidad de convencer al tribunal y obtener finalmente una decisión que satisfaga sus intereses. Con ese objetivo, también se incorporan reseñas doctrinarias y jurisprudenciales. Hay que tener en cuenta, que esa valoración comprende dos aspectos, ya que consiste no sólo en destacar el éxito de su resultado probatorio, sino también la deficiencia o ineficacia de la prueba que favorezca a la contraria; de allí que no sea apropiada la expresión alegato; de bien probado; que resulta muy utilizada en la práctica judicial.

En este momento, la intervención del tribunal es limitada a la recepción de los alegatos y una vez agregados al expediente queda la causa en estado de dictar sentencia; correspondiendo ahora al Juez analizar los elementos de convicción incorporados al proceso para fundar su decisión. Conculcando aspectos litigatorios en pos de la celeridad en los procesos abreviados se ha eliminado dicha etapa, lo cual nos parece un rasgo autoritario no abrigar la posibilidad facultativa al menos de análisis probatorio en pos de la alegación.

Ahora bien, cual la eficacia probatoria que tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho. Podemos responder que esa es la actividad del juez, en el momento de tomar la decisión definitiva; consistente en una operación mental que tiene

por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse del contenido de la prueba.

La tarea del juez en torno al material probatorio es de un examen crítico de todos los elementos de prueba legalmente introducidos al proceso, que determina la convicción, positiva o negativa del Juez, respecto de los hechos en que se fundan las afirmaciones, pretensiones o resistencias hechas valer en juicio.

Se ha de establecer si esa prueba cumple o no con el fin procesal a que estaba destinada: convencer al juez respecto de la veracidad o falta de veracidad de las afirmaciones que sustentan la plataforma fáctica del proceso. Vemos como en la naturaleza o mundo de los fenómenos físicos las cosas debe interpretarse según la causa y efecto aún cuando no se mantenga estático el contenido de los materiales, por ejemplo el agua sometida a la temperatura cambia su estado de líquido, gaseoso o bien sólido. Además, del contenido que le asigna el derecho al fenómeno, así la naturaleza del automotor respecto de la circulación o en movimiento se ha convertido en una cosa riesgosa y con ello la consecuencia respecto a la participación en un accidente de tránsito en donde se desplaza la idea culpa o negligencia en el obrar por una atribución que le efectúa el derecho dejando a salvo la posibilidad o eximente de responsabilidad.”¹⁵

¹⁵ www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/VALORACION%20DE%20LA%20PRUEBA_2007.doc

2.4 Los sistemas de valoración

“En la doctrina clásica, se han destacado tres sistemas de valoración de la prueba: el de la tarifa legal o prueba legal; el de la íntima convicción y el de la sana crítica racional o libre convicción. Sólo advertimos que hay autores como Guasp, Palacio, Devis Echandía, entre otros, que critican esta clasificación tripartita, incluyendo a la íntima convicción y a la sana crítica racional en un único sistema llamado “de libre apreciación” (por oposición al de tarifa legal o apreciación tasada). Sin embargo, la diferencia entre la íntima convicción y la sana crítica racional, radica en que el primero hace referencia al resultado obtenido en la apreciación de la prueba, en tanto que el segundo hace mención al método seguido para realizar tal apreciación.

Circunscribiendo el análisis a los sistemas tradicionales, procuraremos superar las discrepancias doctrinarias que existen al respecto.”¹⁶

2.4.1 Sistema de la tarifa legal:

“También llamada de la prueba tasada o de la prueba legal, o apreciación tasada, tuvo destacada importancia en el derecho germánico y consiste en que el valor de la prueba está predeterminado en la ley; es ésta la que le señala por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado elemento probatorio; por lo tanto, el juzgador se encuentra obligado a valorar las pruebas de acuerdo a las extremos o pautas predeterminadas por el legislador en la norma jurídica.

¹⁶ Ibid.

Se advierte, que este sistema impide al juez hacer -uso de sus facultades de razonamiento, automatizando su función al no permitirle formarse un criterio propio. De seguro que deviene en un rasgo autoritario pero reconoce en su ambivalencia la posibilidad de acceder a la certeza o grado de la misma para la solución del conflicto planteado, seguramente para evitar la manipulación o la venalidad de los expertos; la realización de la prueba resulta un imperativo en alguna clase de juicio.

Además, sumamos el requerimiento expuesto precedentemente para los procesos de daños de mala praxis médica. De igual manera, en disposiciones expresas de la ley de fondo Civil establecen que el instrumento público, siempre que no sea argüido de falso, hace plena fe respecto de las parte y de los terceros; apreciación impuesta por el legislador en representación de la sociedad en la manera de efectuar la valoración e imposición –rasgo autoritario– del material probatorio.”¹⁷

2.4.2 Íntima convicción:

“Constituye; la antítesis del sistema anterior, en cuanto éste implica la apreciación según el parecer del intérprete y el otorgamiento de facultades discrecionales al juzgador, quien aprecia la prueba libremente, sin estar atado a criterios legalmente preestablecidos. Es propio de los jurados populares; el juez para obtener su íntima convicción, se vale de los sentimientos, de las intuiciones, de las impresiones, o de otros estados emocionales, de sus conocimientos personales; además de los razonamientos lógicos y de la experiencia. Varias son las críticas que se

¹⁷ Ibid.

le han efectuado a este sistema, entre la de afectar la forma republicana de gobierno, al permitir dictar un pronunciamiento sin expresar su motivación, cercenando de esta manera las facultades de contralor de las resoluciones jurisdiccionales. Se mantiene en los países donde se practica el juicio por jurados populares, como por ejemplo E.E.U.U.

Enseña Clariá Olmedo que con este sistema se da predominio al sentimiento sobre la razón, mejor aún, la intuición sobre la ciencia y la técnica y agrega, no se excluye la posibilidad de una crítica racional. Pero ésta, en realidad, queda sofocada en el fuero íntimo del juzgador ya que, le impide que se exprese fuera del recinto de las deliberaciones: prohibición de fundamentar el veredicto".¹⁸

2.4.3 Sana crítica racional:

Esta fórmula, envuelve un sistema lógico de valoración de prueba, ocupando un lugar intermedio entre los extremos analizados precedentemente. Receptado en la legislación española del siglo pasado, y especialmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la que en su Artículo 317 expresamente lo consagraba.

"En él, el juez valora la prueba sin sujeción a criterios legalmente establecidos, pero, a diferencia del anterior, sin la interferencia de factores emocionales, debiendo fundamentar su decisión.

¹⁸ Monteró A., Juan y Chacón C. Mauro R. Ob. Cit.. Pág. 43

Como señala Couture, las reglas de la sana crítica son las del correcto entendimiento humano. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y razonamiento. Es decir, que deben entenderse estas reglas, como aquéllas que nos conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y la lógica, vale decir, el criterio racional puesto en ejercicio, ya que en la estructura esencial del fallo, deben respetarse los principios fundamentales del ordenamiento lógico, las leyes de la coherencia y la derivación; las reglas empíricas de la experiencia, el sentido común y la psicología, todos ellos considerados como instrumentos del intelecto humano que permiten la aproximación a la certeza.

En cuanto a la lógica, y refiriéndonos a la lógica formal, juega un papel trascendental, a través de los principios que le son propios y que actúan como controles racionales en la decisión judicial conforme a la concepción clásica son: **1.** Principio de Identidad: Cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero. **2.** Principio de contradicción: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser verdaderos. **3.** Principio de tercero excluido: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser falsos (uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible). **4.** Principio de razón suficiente: Todo juicio para ser realmente verdadero, necesita tener una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad.

Respecto a la psicología, entendida como la ciencia del alma, el elemento interior que preside nuestra vida, desde los actos más simples a los más sublimes, manifestada en hechos de conocimiento, sentimiento y voluntad, juega un papel muy importante y de la cual el Juez no puede apartarse en la valoración de la prueba. De la misma manera ocurre con la experiencia, es decir, con las enseñanzas que se adquieren con el uso, la práctica o sólo con el vivir, y que se encuentran en cualquier persona de nivel cultural medio, integrando el sentido común.

Las reglas de la sana crítica no se encuentran definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Analizados los principios de la lógica queda un amplio margen de principios provenientes de las máximas de experiencia, es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamento de posibilidad y de realidad. Es decir, que la aplicación práctica del modelo multidimensional propuesto como interpretación de un caso concreto avizora posibilidades hasta ahora no utilizadas; rara vez se advierte en el análisis de los medios probatorios este componente.

La explicación e interpretación de la realidad y su acreditación nos muestra un camino rico para ensanchar la vía de las reglas de pensamiento, en síntesis ocurrir a la multidimensionalidad luego de superar aquella tres dimensiones (socio-normo-

axiológico) pensamiento expuesto por Goldschmidt y el Maestro Ciuro Caldani que aparecen frente a nuestra propuesta como antecedentes inmediatos.

En los últimos años hemos asistido a la incorporación de tecnologías y perspectivas en el sistema probatorio incorporado o no al sistema legal o códigos de Procedimiento se hayan como manera de resolver conflictos pero con gran poder de convicción en su utilización, tal el caso de la prueba impectio corporis de histocompatibilidad o ADN, en los procesos que se requiere indagar o averiguar desde la participación criminal a la paternidad y la respuesta obligatoria o voluntaria respectivamente para tipo de proceso acusatorio como el penal y dispositivo como el modelo procesal civil. Para lo cual seguramente deberemos retornar a la antropología jurídica propuesta en el modelo multidimensional, arriesgando una interpretación de gran trabajo para los estudiosos del derecho civil, en donde por ejemplo el automóvil es en sí mismo una cosa riesgosa, por lo que los daños que con él se causan comprometen la responsabilidad de su dueño o guardián con independencia de toda idea de culpa,

Por otra parte, constituye una verdadera garantía de justicia, permitiendo efectuar el contralor de la decisión jurisdiccional mediante el juicio lógico contenido en la motivación de la sentencia."¹⁹

¹⁹ Ibid. Pág. 45

2.4.4 El sistema mixto

"El problema principal que presenta un ordenamiento como el guatemalteco es que en el mismo conviven los dos sistemas de valoración.

a) Pruebas conforme a la sana crítica:

El Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil establece la norma general de valoración: "Los tribunales, salvo texto de ley en contrario, apreciarán el mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica", y luego establece esta misma norma de modo especial cuando se trata de los medios de prueba: 1) Testigos: Artículo 161: "Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos", y 2) Expertos: Artículo 170: "El dictamen de los expertos, aun cuando sea concorde, no obliga al juez, quien debe formar su convicción teniendo presentes todos los hechos cuya certeza se haya establecido en el proceso", y que es una manera poco clara de decir también que debe estarse a las reglas de la sana crítica.

Sí se atiende bien se advertirá que lo que el Código establece es que la norma general es la de la sana crítica, pero que existen algunas excepciones que han de estar previstas expresamente en la ley a saber:



b) Pruebas de valoración legal

Admitido por el Artículo 128 que puede haber "texto de ley en contrario" de la valoración conforme a la sana crítica, lo que es preciso es buscar ese "texto de ley", es decir, las normas en las que se establezca una regla legal de valoración. Esas normas son:

1) Declaración de parte o confesión: El Artículo 139 establece que IX, confesión prestada legalmente produce plena prueba, y con ello lo que está es asumiendo una norma legal de valoración.

2) Documentos: El Artículo 186 establece que los documentos autorizados por notario o por funcionario o por empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, con lo que establece otra norma legal de valoración.

Resuelta así, por tanto, que el sistema guatemalteco de valoración de la prueba es mixto, pues en él se mezclan pruebas que se valoran de modo legal y pruebas que se valoran por el juez conforme a la sana crítica.²⁰

2.5 Procedimiento probatorio

"Examinaremos después el procedimiento de cada uno de los medios de prueba, pero existe una parte de ese procedimiento que es común a todos los medios. Esa

²⁰ Ibid. Pág. 46

parte es la que expondremos aquí, pero antes conviene advertir que la prueba, y su procedimiento, no son siempre necesarias. Ciertamente es muy extraño que se dé en la práctica un proceso sin prueba, pero la posibilidad existe y el Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil alude al mismo cuando dice que se abrirá a prueba el proceso si existen hechos controvertidos, lo que supone, en sentido contrario, que si no hay hechos controvertidos no es necesaria la prueba. En el procedimiento probatorio cabe distinguir las siguientes fases:

A) Petición de apertura a prueba del proceso

Es un acto de parte por el que se pide al juez que en el proceso se realice prueba (con base en el principio de aportación de parte); se trata de una petición general, que debe hacer el actor en el escrito de demanda Artículo 106) y el demandado en el de contestación a la demanda Artículo 118). Realmente en esos escritos debe hacerse algo más, por cuanto en ellos deben expresarse "las pruebas que van a rendirse", pero en la proposición de medios concretos de prueba está implícita necesariamente la petición de apertura del proceso a prueba.

B) Apertura a prueba y término de prueba

a) Apertura a prueba

Es un acto del juzgador por el que se determina la realización de prueba en el proceso. La resolución del juez abriendo a prueba el proceso depende de una circunstancia esencial: de que después de los escritos de alegaciones o introducción de las partes (demanda y contestación, y reconvención y contestación a la misma) existan hechos controvertidos.

b) Término de prueba

Legalmente se denomina término de prueba al período de tiempo en que ha de realizarse la práctica de aquélla. Dicho término (en realidad es un plazo, y así lo determina el Artículo 206 de la Ley del Organismo Judicial) se regula en el Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil distinguiendo:

b.1) Término ordinario

En la resolución en que se acuerda la apertura a prueba, tendrá el juez que conceder a las partes el término ordinario de prueba, que se fija en treinta días, si bien el mismo puede ampliarse a diez días más, cuando sin culpa del interesado no hayan podido practicarse las pruebas pedidas en tiempo, aunque la solicitud de prórroga debe hacerse, por lo menos, tres días antes de que concluya el término ordinario, tramitándose como incidente.

b.2) Término extraordinario

Inicialmente el juez concederá siempre el término ordinario, que empezará a correr sin más, a partir de la notificación a las partes, pero la parte que ha ofrecido pruebas que deben practicarse o recibirse fuera de la República y que procedan legalmente puede solicitar y el juez concederá el llamado término extraordinario, que no podrá exceder de 120 días; ese término (en realidad, plazo) debe ser concedido por el juez en el tiempo que estime suficiente y es siempre improrrogable.

C) Ofrecimiento de los medios concretos de prueba

Acto de las partes por el que precisan qué medios de prueba desean practicar en el proceso. Este acto, dado que los medios de prueba deben proponerse en la demanda y en la contestación de la demanda, se produce conjuntamente con el de petición de apertura del proceso a prueba, pero debe tenerse en cuenta que una cosa es que se pida que en el proceso exista prueba y otra que se diga qué medios deben practicarse.

D) Admisión de los medios de prueba

Acto del juez por el que, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, entre los propuestos por las partes, deben practicarse en el proceso. Aquí es donde surgen las facultades negativas y positivas del juez, quien puede rechazar o admitir un medio de prueba propuesto por una parte, pero además puede de oficio ordenar la práctica de medios de prueba, cuando para ello exista norma

expresa que así lo determine, como es el caso de los Artículos 172 (reconocimiento judicial), 183 (informes) y 191 (reproducciones y experimentos) (y ello aparte del auto para mejor fallar, Artículo 197).

La inadmisión de algún medio de prueba ha de basarse en alguna de estas razones generales, sin perjuicio de las razones específicas de cada medio:

- 1) Porque se refiere a hechos no controvertidos (o admitidos) (Artículo 123).
- 2) Porque se refiere a medios de prueba prohibidos por la ley (Artículo 127); y en el mismo sentido el Artículo 192 dice que podrán aportarse comunicaciones telegráficas, radiográficas, cablegráficas y telefónicas, siempre que se hayan observado las disposiciones de las leyes y reglamentos respectivos.
- 3) Porque se trata de medios propuestos con finalidad notoriamente dilatoria o con objeto de entorpecer la marcha regular del proceso (Artículo 127).
- 4) Porque el medio propuesto es impertinente: La impertinencia atiende a la pretensión de probar hechos que no tienen relación con el objeto del proceso
- 5) Porque el medio propuesto es inútil: La inutilidad se refiere a la inadecuación del medio respecto al fin que se persigue, es decir, respecto del hecho que se pretende probar (el reconocimiento judicial no servirá para probar las libras por centímetro

cuadrado que soportan las vigas de un edificio, aunque sí para observar que las mismas están desviadas).

E) Práctica de la prueba

Es aquí donde adquiere especial relevancia el procedimiento probatorio de cada uno de los medios de prueba, pero aún así puede hacerse mención de una serie de normas generales que se refieren a:

1) Presencia judicial; la Inmediación

El juez presidirá todas las diligencias de prueba, dice el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil y el Artículo 68 de la Ley del Organismo Judicial lo refuerza diciendo que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba. Si es posible que un Juez presida la práctica de las pruebas y otro pronuncie la sentencia; por traslado, cese o muerte del primero, por ejemplo; no cabe hablar de verdadera inmediación, pues el efecto principal de ésta, derivado de la oralidad es que un mismo Juez preside la prueba y dicta la sentencia.

2) Audiencia o contradicción:

Todas las pruebas se practican con intervención de las partes, debiendo al efecto ser citadas con dos días de antelación, por lo menos. La falta de citación debe suponer nulidad o, en palabras del Código, no se tomarán en consideración.

3) Publicidad:

La regla general es que todas las diligencias de prueba se practicarán en audiencia pública, esto es, con total publicidad. Excepcionalmente los jueces podrán disponer que se practiquen de manera reservada cuando por su naturaleza, el tribunal lo juzgare conveniente.

4) Lugar:

En principio las pruebas se practicarán en el local del órgano jurisdiccional, aunque cabe la posibilidad, en el reconocimiento judicial, de que el juez tenga que ir al lugar o terreno del caso, y aún caben otros supuestos en la confesión (Artículo 132 Código Procesal Civil y Mercantil y la prueba testifical (Artículos 155 y 156 del Código Procesal Civil y Mercantil). Sin embargo es posible que la prueba se practique en lugar distinto y ante juez diferente del que ha de dictar sentencia. El Artículo 170 de la Ley del Organismo Judicial admite, en general, que los magistrados pueden encomendar a los jueces de primera instancia y éstos a los jueces menores la práctica de las diligencias expresadas en el Artículo 68, esto es, los actos de prueba, cuando deban tener cumplimiento en el lugar que no sea el de su respectiva residencia.



5) Documentación:

Las pruebas se practican de un modo mixto oral y escrito, pero en todo caso el acto ha de ser documentado por el secretario que levantará acta, haciendo constar en ella su nombre, y siendo responsable solidariamente con el juez o magistrado del contenido de los mismos; Artículo 68 de la Ley del Organismo Judicial.²¹

²¹ Ibid. Págs. 47-49.



CAPÍTULO III



3. Prueba de documentos

Ha podido decirse con razón que el proceso civil es el reino del documento, mientras que el proceso penal lo es del testigo, hay que reconocer a continuación que lo paradójico es que no se sabe con exactitud lo que sea el documento o, por lo menos, que desde nuestro derecho positivo no es fácil precisar las fuentes de prueba que deben incorporarse al proceso por el medio de prueba que se denomina documental.

Las dificultades en torno a la determinación de lo que sea documento provienen de que el parece asumir implícitamente que documento es una forma de representación de algo que ocurrió en el pasado que se plasma por escrito y sobre papel, con lo que deja la duda abierta sobre las formas de representación escritas que tienen soporte distinto del papel; por ejemplo, el texto escrito en el disco duro de una computadora; y sobre las formas de representación no escritas; caso de las películas y las grabaciones fonográficas.

El problema se agrava si se tiene en cuenta que la doctrina tampoco se muestra unánime cuanto se trata de definir el documento, pues esas definiciones atienden unas veces a que es una cosa mueble, otras a la necesidad de la forma de representación por la escritura; sin atender al soporte y aún otras a lo que es todo objeto material que represente un hecho del pasado.

3.1 Definición

“La única manera de llegar a un concepto razonable de documento consiste en precisar, primero, cuáles son los elementos que hacen que; algo deba ser considerado tal. Los elementos a los que suele referirse la doctrina son:

a) Cosa:

El documento ha sido siempre una cosa mueble, capaz de ser transportada a presencia judicial, con lo que quedan excluidos los inmuebles. Como decía Nuñez Lagos, el documento es una cosa corporal, algo que se lleva consigo donde hace falta. Durante siglos esa cosa ha sido papel, pero ahora puede ser un disquete o un disco compacto o CD Rom. Los problemas empiezan a aparecer cuando se advierte que todas las operaciones de un banco o todos los movimientos de valores en la bolsa están incorporados a un disco duro, de modo que si bien algunas operaciones o movimientos pueden copiarse en un disquete o imprimirse en papel, la cosa en donde está incorporada la información no es ni uno ni otro, sino el disco duro, y éste ya no es algo que pueda llevarse consigo, aunque a su información pueda accederse desde las diversas terminales.

b) Contenido:

La cosa que es el soporte del documento representa un hecho o acto jurídico, no pudiendo confundirse entre una y otro. Como puso de manifiesto Carnelutti, hay que distinguir entre el hecho o acto jurídico y la cosa que lo representa; un contrato no es el papel en el que se plasma, sino el acto de declaración de voluntades que lo constituye. La distinción anterior es base de otra que distingue entre dispositivos y testimoniales. Los primeros incorporan una declaración de voluntad constitutiva, mientras que los segundos plasman declaración de conocimiento o un simple acontecimiento que consecuencias jurídicas. Los documentos dispositivos no suelen ser realizados atendiendo a su posterior utilización en un proceso, sino como medio para dar seguridad a las relaciones jurídicas materiales; los documentos testimoniales pueden o no realizarse sin finalidad procesal o con ese fin.²²

"Esta distinción tiene grandes consecuencias en lo que se refiere a la eficacia probatoria de los documentos; los que pueden tener valor establecido por la ley son los dispositivos, por cuanto en ellos se plasma una declaración de voluntad que constituye o altera la relación material; los documentos testimoniales sólo excepcionalmente pueden tener valor legal, pues en ellos se incorporan declaraciones de conocimiento que, por el mero hecho de que se documenten, no pueden tener más eficacia que la propia. El que un testigo exponga su conocimiento de los hechos ante un notario, no puede hacer que el testigo y su conocimiento de los hechos tenga valor de prueba legal.

22 Montero A., Juan y Chacón C. Mauro R. Ob. Cit. Págs. 151-155.

c) Forma de la representación

Este es el aspecto clave en la actualidad para definir el documento, por cuanto aquí la alternativa es si la forma de representación ha de ser la escritura o si puede ser cualquier otra manera de representar el hecho o acto, como pueden ser la imagen o el sonido.²³

“No entra aquí en cuestión si las fuentes de prueba que reproducen la imagen o el sonido han de poder incorporarse al proceso; esto es algo que no se discute. La controversia surge en torno a dos aspectos:

1) Según nuestro derecho positivo una torna de representación que no sea escrita (en todas sus variantes: manuscrita, mecanografiada, impresa, taquigrafiada, pero también sea cual fuere su soporte: papel, disquete, compacto) no es un documento. Esto es algo que hay que admitir guste o no guste y que se impone al intérprete, a no ser que éste no sea vinculado por la ley.

2) Asumido lo anterior, hay que preguntarse a continuación si el medio de la prueba documental puede ser el cauce adecuado para introducir en el proceso formas de representación del hecho o del acto distintas de la escritura, y aquí sí puede contestarse afirmativamente, aunque habrá luego que matizar cuando una forma de representación no escrita es más adecuado que entre en el proceso por el medio de prueba documental o por el medio de prueba del reconocimiento judicial. El Código

²³ Ibid, Pág. 155

Procesal Civil y Mercantil al regular la actividad que es el medio de prueba documental, está pre ordenada al documento, es decir, a la cosa mueble que representa de modo escrito un hecho o acto jurídico, pero si los medios son *numerus clausus* y las fuentes *numerus apertus*; hay que resolver por qué medio tienen que acceder al proceso las fuentes que representan por la imagen o el sonido los hechos y actos jurídicos.²⁴

d) Autor

Si el documento es una cosa mueble que representa un hecho o acto de forma escrita, es evidente que tiene que tener autor; como decía Carnelutti, representar el hecho de un hombre quiere decir representar un hombre que hace. Cosa distinta es cómo se establece la autoría del documento. Lo normal es que sea mediante la firma, pero también puede ser por la huella digital, por el sello comercial o por una contraseña. Los avances técnicos están haciendo aparecer nuevos sistemas de establecer la autoría, piénsese en el fax o el correo electrónico.

e) Fecha

Los hechos y actos ocurren en el tiempo y de ahí la trascendencia de la fecha en el documento que los representa. No puede llegarse a afirmar que sin fecha no existe el documento, por cuanto aquella puede ser establecida por otras fuentes-medios de prueba, pero sí debe afirmarse que la eficacia probatoria del documento puede sufrir perturbaciones si en él no consta la fecha.

²⁴ Ibid. Pág. 156



3.2 Clases

"Doctrinalmente se realizan muy variadas clasificaciones de los documentos y con base en criterios muy diferentes. Legalmente el criterio más importante es el del autor del documento, y así se clasifican en públicos y privados, si bien luego, y ya dentro de cada una de las dos clases, se hacen otras sub clasificaciones.

De entrada lo que importa es el contenido del Artículo 176 del Código Procesal Civil y Mercantil según el cual podrán presentarse en el proceso toda clase de documentos, así como fotografías, fotostáticas, fotocopias, radiografías, mapas diagramas, calcos y otros similares; es evidente que en esta enumeración abierta se han mezclado cosas muy distintas, pues una cosa es la reproducción de un documento, que eso es la fotocopia, por ejemplo, y otra distinta la radiografía o el mapa, que es discutible si son documentos, al no ser sistemas de representación por medio de la escritura, pero luego atenderemos a estos otros sistemas.

Sin embargo, el mismo Artículo 178 dice que no serán admitidas como medio de prueba las cartas dirigidas a terceros; esto es, no se trata ya de que esas cartas no tienen valor probatorio pleno, sino de que ni siquiera debe el juez admitirlas. Esta disposición quiere basarse en la inviolabilidad de la correspondencia privada, aunque si una parte envió una carta a un tercero esa carta no puede decirse que es inviolable para el que la remitió

Al mismo tiempo se excepcionan, en el sentido de que sí se admitirán como medio de prueba en los procesos relativos al estado civil de las personas, la ejecución colectiva y los procesos de o contra el Estado, las municipalidades o entidades autónomas o descentralizadas, y no es comprensible ni porqué se prohíbe su admisión como medio de prueba, se establecen esas excepciones."²⁵

a) Públicos

"El Artículo 186, párrafo 1.º, del Código Procesal Civil y Mercantil contiene casi una verdadera definición: Son documentos públicos los autorizados por notario o por funcionario o por empleado público en ejercicio de su cargo y, habrá de entenderse, con las solemnidades establecidas por la ley; lo que es especialmente trascendente cuando se trata de los documentos notariales.

Como puede comprobarse han de concurrir tres requisitos para que un documento sea público: 1) Estar autorizado o expedido por quien tiene facultad para ello, 2) Dentro de su competencia o en el ejercicio de sus funciones, y 3) Con las formas o solemnidades establecidas por la ley.

La comprensión de lo que es un instrumento público pasa por la de la fe pública, esto es, por la distinción entre quién realiza el acto y quién da fe del mismo. El Estado en un momento de la historia asumió en exclusiva la función de dar fe de la existencia de los hechos y actos jurídicos y se la atribuyó a las personas que estimó conveniente.

²⁵ Ibid. Pág.155.

Aparecieron así los documentos heterógrafos, es decir, aquellos en que un tercero ajeno al hecho o acto realiza la representación del mismo.

b) Privados

Definidos los públicos de modo positivo, los documentos privados sólo pueden definirse negativamente: lo son todos los que no sean públicos, incluida las escrituras públicas defectuosas. A esta falta de definición se llega ante la imposibilidad de caracterizar positivamente la gran variedad de documentos que han de incluirse en esta clase. Ahora bien, esa gran variedad es, a su vez, clasificable en:

- 1) Documentos suscritos por las dos partes que han intervenido en los mismos, y que son el continente de un negocio o acto jurídico; se trata de los documentos dispositivos.
- 2) Documentos realizados exclusivamente por una parte y que, aunque en ocasiones contienen actos jurídicos dispositivos y, por tanto, han de ser firmados por esa parte otras muchas veces son documentos testimoniales, que ni siquiera precisan estar firmados.

Una especie de los documentos privados la consituyen los libros de contabilidad y de comercio a que se refiere el Artículo 189 del Código Procesal Civil y Mercantil, con remisión a los Artículos 368 y siguientes del Código de Comercio.²⁶

²⁶ Ibid. Págs. 165-167



3.3 El medio de prueba

Si los medios de prueba consisten en la actividad que hay que realizar para que una fuente de prueba acceda al proceso, tratándose de los documentos esa actividad consiste en:

3.3.1 Presentación de los documentos

Se refiere a los documentos materiales que deben acompañarse a la demanda; Artículos 107 y 108, así como a los documentos materiales que deban acompañarse a la contestación de la demanda; Artículo 118 todos los Artículos del Decreto Ley 107, con lo que ya se ha hecho mención del momento de la presentación, hay que atender ahora a otros aspectos. Los documentos pueden presentarse en original, en copia fotográfica, fotostática, o fotocopia o mediante cualquier otro procedimiento similar, que tienen que ser claramente legibles, dice el Artículo 177. Esto supone que:

- "1) No es necesaria la presentación del original del documento, tanto sea público como privado, y
- 2) Los documentos notariales puede presentarse en copia simple legalizada, salvo que la ley exija expresamente testimonio.

La presentación de todos los documentos por cualquier sistema de copia o reproducción de los mismos obliga a resolver los problemas que pueden derivarse de la

correspondencia de la copia con el original. A esos problemas se refieren las siguientes disposiciones:

- a) El juez, de oficio o a petición de la parte contraria, puede pedir que sea exhibido el documento original; Artículo 177, párrafo segundo.
- b) En cualquier momento del proceso, el juez, también de oficio o a solicitud de parte, puede disponer el cotejo de la copia con el original, lo que puede hacer él personalmente o por medio de peritos. En este caso, y como excepción, podrá disponer que se lleven a su presencia los registros, archivos o protocolos. La parte a quien interese la diligencia, o ambas si lo dispone el juez de oficio, deberán sufragar los gastos que origine el traslado y que el juez fijará prudencialmente de modo inapelable.
- c) Cuando se pida certificación parcial de un documento, puede cualquiera de las partes interesadas pedir que, a su costa, se haga la transcripción o relación íntegra del documento o de la parte que le interese. En cualquier caso, la transcripción ha de ser íntegra cuando la autoridad o funcionario que la expida considere que la parte omitida afecta o complementa al hecho o actuación de que se requiere tener constancia.²⁷

3.3.2 Disponibilidad de los documentos

“Lo dicho antes sobre el momento de la presentación y sobre la manera de hacerlo presuponen que la parte que hace la proposición de la prueba tiene la

²⁷ Ibid. Págs. 157-158

disposición del documento o, por lo menos, que el mismo se encuentra en archivo, oficina pública o protocolo. El problema siguiente se refiere a la presentación de documentos de los que la parte no tiene disponibilidad, lo que puede ocurrir en dos supuestos:

a) Documentos en poder del adversario:

La parte que deba servirse de un documento que, según su manifestación, se halle en poder de su adversario en el proceso, deberá presentar copia del mismo o, cuando menos, los datos que conozca acerca de su contenido y también probar que el documento lo tiene o lo ha tenido ese adversario.

Hecha la petición consiguiente, el juez dispondrá que se prevenga a la parte que dispone del documento la entrega del mismo, dentro un plazo que le señalará, con apercibimiento de que puede producirse alguna de estas declaraciones:

1) Si el documento no es entregado y no se produce contra información por parte del tenedor del mismo, el juez resolverá el punto declarando: Que se tendrá por exacto el texto del documento mencionado por la parte que solicitó, o que los datos suministrados acerca del contenido del documento por la parte que pidió la diligencia se tendrán por exactos en la sentencia.

2) Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder de la parte fuera contradictoria, el juez se reservará el pronunciamiento para el momento del fallo definitivo, en cuya oportunidad podrá extraer de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.

Supuesto especial es el relativo a los libros de contabilidad y de comercio. Si la parte pretende utilizar como medio de prueba los libros de la parte contraria el procedimiento para aportarlos, dice el párrafo último, que será el previsto en el Artículo 100 que regula como prueba anticipada la exhibición de los libros de contabilidad y de comercio.

b) Documentos en poder de tercero

Cuando la parte pretenda servirse de documentos que, según su manifestación se hallen en poder de tercero, deba empezar por recordarse que no pueden tratarse de cartas; atendido lo dicho en el Artículo 178, párrafo segundo, y con relación a cualesquiera otros documentos atender a lo dispuesto en el Artículo 181, según el cual la parte, que tenga interés, pedirá al juez que intime al tercero a los efectos de que entregue el original del documento o copia por cualquier sistema de reproducción autorizada por notario, aunque a cargo del peticionario. Si el juez hace esa intimación al tercero, caben dos posibilidades:

1) Que el tercero se niegue a entregar el documento, alegando que tiene derechos exclusivos sobre el mismo, ello no le perjudicará. La norma parece referirse sólo al caso de que el tercero sea el propietario del documento, como causa justificada de su negativa a entregarlo, pero en realidad debe concluirse que la causa justificada ha de referirse también a otras posibilidades, como que el documento afecte su derecho al honor, o a la intimidad personal o familiar.

2) Que el tercero se niegue a entregar el documento, sin que concurra justa causa, caso en el que queda sujeto al pago de los daños y perjuicios que pueda irrogar a la parte interesada en aportar la prueba. La determinación de la existencia de los daños y perjuicios y de su importe, no se hará en el proceso en que se pide la prueba, sino en el proceso correspondiente que dirigirá el perjudicado contra el tercero, con base en el Artículo 1645 del Código Civil.²⁸

3.3.3 Autenticación del documento privado

El Artículo 186, párrafo primero, parte de la regla de que los documentos públicos son auténticos, dejando siempre a salvo la posibilidad de que sean redargüidos de nulidad o de falsedad, como veremos después. Respecto de los documentos privados el Artículo 186, párrafo establece una norma de gran trascendencia: los documentos privados firmados por las dos partes se tienen por auténticos, salvo prueba en contrario. El Código, con todo, estima que puede

²⁸ *Ibíd.* Pags. 158-160.

convenirle a la parte que proceda a establecer la autenticación de un documento privado presentado por ella, y a ese fin establece "dos sistemas:

a) Reconocimiento enjuicio

El Artículo 184 regula quién debe proceder al reconocimiento del documento y el Artículo 185 regula la diligencia. Respecto de la primera cuestión debe tenerse en cuenta:

- 1) El reconocimiento del documento debe hacerlo su autor y, en su caso, sus sucesores o herederos; si bien el documento reconocido por un heredero no perjudica a los coherederos.
- 2) Puede hacerse por medio de apoderado, con facultad especial.
- 3) Cuando el documento fue suscrito por apoderado o representante legal, puede citarse indistintamente al representante o al representado.
- 4) Cuando un documento fue firmado por una persona, a ruego de otra que no sabe o no puede firmar, las dos harán el reconocimiento, aunque siempre bastará que el reconocimiento lo haga el obligado. Para la diligencia de reconocimiento, el que deba reconocer habrá de ser citado a no más tardar dos días antes del señalado para la diligencia, y bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa se

tendrá el documento por reconocido, a solicitud de parte. Debe advertirse que: 1) El reconocimiento en juicio puede practicarse conjuntamente con la diligencia de declaración de la parte, siendo entonces una posición la relativa al documento. 2) La negación de una firma que luego se demuestra ser verdadera, hace incurrir a su autor en la responsabilidad prevista en el Código Penal para el delito de perjurio. Debe recordarse aquí que cuando interese que un documento sea reconocido por un tercero, el Artículo 150 del Código Procesal Civil y Mercantil permite hacerlo en la declaración de testigos por medio de la pregunta correspondiente.

b) Cotejo de letras

“Este cotejo consiste realmente en una prueba pericial, pues se trata de determinar que una persona es la autora de un documento para lo cual debe estarse a la comparación entre las letras (o de la huella digital), lo que precisa de conocimiento científicos. El cotejo puede partir de dos hipótesis: 1) Que exista un documento indubitado con el que pueda realizarse la comparación. La parte que pidiere el cotejo debe señalar los documentos indubitados con los que deba hacerse la confrontación por los peritos, pero el Código no dice qué documentos deben considerarse indubitados, lo que supone que ha de ser el juez el que decida si existen o no estos documentos. 2) Que no exista ese documento indubitado. Faltando ese documento hay que proceder a la formación del mismo, para poder hacer la confrontación, y a ese efecto el juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá requerir a la persona a quien se atribuye el documento para que escriba y firme lo que el juez le dicte en el acto para

que estampe su huella dactilar, y si se negare a ello se estimará como auténtico el documento discutido. En los dos casos estamos ante una prueba por peritos o expertos, pues con el documento indubitado o con el formado en presencia judicial, aquellos deben proceder a realizar la confrontación. El dictamen que presenten se apreciará, en todo caso, conforme a las reglas de la sana crítica.²⁹

3.3.4 Documentos otorgados en el extranjero

El Artículo 190 se refiere a los documentos otorgados en el extranjero, diciendo que para que produzcan efectos en Guatemala han de reunir los siguientes:

- 1) Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país de donde procedan o hayan sido otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares, de conformidad con las leyes de esa República, y
- 2) Que el acto o contrato no sea contrario a las leyes de Guatemala. A estos requisitos todavía deben añadirse otros dos que se establecen en la Ley del Organismo Judicial según el Artículo 37 de ésta, la admisibilidad de estos documentos exige: 1) Su legalización por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y 2) Su traducción al español, si están redactados en cualquier idioma extranjero, lo que se hará bajo juramento por traductor autorizado en la República o, no encontrándose traductor, por dos personas que hablen y escriban ambos idiomas con legalización notarial de sus firmas.

29 *Ibíd.* Págs. 160-162.

CAPÍTULO IV



4. El documento electrónico

"Las expresiones *documento informático*, *documento electrónico* y *documento digital* han sido a menudo empleadas indistintamente para referirse a aquellos documentos en cuya creación ha intervenido la tecnología electrónica o telemática. Se han ensayado numerosas definiciones de documento informático o electrónico. La Ley modelo de comercio electrónico de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) por sus siglas en inglés, de 1966, incluía un concepto demasiado amplio de documento electrónico al abarcar no sólo a los materializados en documentos informáticos sino los telemáticos, y en concreto los e-mail, telex, fax y telegramas. Existen definiciones que se acercan a la definición legal que se encuentra en la Ley española número 59/2003, de 19 de diciembre del año 2003, de firma electrónica. Así, el Diccionario Instructivo de Ciencias Sociales³⁰ lo define como "el instrumento particular legible y disponible, generado por medios electrónicos, que facilitan un método para identificarlo, y aseguran razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento."³¹ El documento electrónico ha sido definido, de una manera similar, como el instrumento particular legible y disponible, generado por medios electrónicos, que facilitan un método para identificarlo, y aseguran razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.

³⁰ <http://www.dicciobibliografia.com>.

³¹ Carlos Barriuso Ruiz, *La contratación electrónica*, Pág.257

"En sentido amplio, por documento electrónico podemos entender aquel documento formado por el computador, o aquel documento formado por medio del computador. En el primer caso, el «*elaborador*», conforme a una serie de datos y parámetros, y según un adecuado programa, decide en un supuesto concreto el contenido de la regulación de intereses, objeto de un determinado contrato. De esta forma nos encontramos ante un contrato concluido mediante ordenador o entre ordenadores. Si bien, esto actualmente puede ser difícil de encontrar en la contratación a pequeña escala, ésta es la tendencia lógica hacia la que nos movemos. El ordenador, en este caso, y cada vez de una forma más pronunciada, no se limita a documentar una voluntad, sino que determina el contenido de dicha voluntad. Pero no debemos olvidar que es una máquina, y que responde a previas instrucciones, teniendo en cuenta que esas instrucciones pueden ser más o menos concretas."³²

"En sentido estricto, los documentos electrónicos forman una clase aparte dentro de los documentos electrónicos, la de aquellos que documentan unas declaraciones de voluntad previamente manifestadas."³³ Se encuentra relacionado y a veces identificado con los llamados documentos multimedia, pues incluyen sonidos, escritura, imágenes e imagen sonido. Dentro de la doctrina, se ha dado al concepto de documento multimedia un sentido más global que el otorgado al concepto de documento electrónico. "Se ha definido el documento multimedia como aquel que se genera a través de la voz o de la imagen y sus combinaciones, incluyendo la escritura, quedando registrado,

32 Carrascosa López, M A Pozo Arranz, E. P. Rodríguez de Castro, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Pág.60

33. *Ibid.* Pág.61

almacenado y disponible mediante un proceso tecnológico con el fin de constatar la realidad jurídica existente." ³⁴ Una de las diferencias más importantes entre estos dos tipos generales de documentos es que en los electrónicos la forma de representación es la escritura y en los otros los sonidos, la imagen, la combinación entre ambos o la escritura.

El documento electrónico ha de ser distinguido del simple documento generado electrónicamente, es decir, de aquel documento elaborado electrónicamente mediante una máquina y un programa con el fin de exteriorizarlo en papel por medio de una impresora.

4.1 Concepto jurídico en la legislación española

"Por documento informático cabe entender la representación informática de un dato, hecho o acto jurídicamente relevante. Desde el punto de vista jurídico, por documento electrónico cabe entender cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes que pueden ser comprendida por el hombre. En tanto que documento, es un objeto físico que refleja hechos de trascendencia jurídica, aunque su soporte no sea papel. Es electrónico el documento si se encuentra representado en datos electromagnéticos o informáticos y soportado en un contenido físico de esa naturaleza; disco duro, disquete, tarjetas de almacenamiento, DVD, etc. De algunos textos legales se desprende un concepto legal de documento electrónico. Se ha intentado deducir un concepto a partir de los Artículos 299.2 y 812.1.1º de la Ley

³⁴ Miguel Angel Moreno Navarrete, DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico. Pág. 138

de Enjuiciamiento Civil española. El Artículo 299, dedicado a los medios de pruebas admitidos para ser usados en juicio, en su apartado 2º no utiliza la expresión documento electrónico, sino una más amplia, la de instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas. El Artículo 812, sobre casos en los que procede el proceso monitorio, en su apartado 1.1º, emplea el término documento en un sentido amplio. Admite cualquier forma o clase y soporte físico y señal (firma). Los documentos con señal o firma electrónica son los documentos electrónicos.

El Grupo Parlamentario Catalán, en una de las enmiendas al Proyecto de Código Penal de 1994, con el que pretendía adicionar nuevo Artículo; el 376 bis; al capítulo de las falsedades, se contenía una definición de documento electrónico como aquel constituido por cualquier soporte electromagnético, óptico o de otra naturaleza, que incorpore datos originales por un proceso informático. Del Artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre de 2003, de firma electrónica se sigue un concepto legal documento electrónico como aquel tipo de documento redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente. Se trata de un concepto válido a efectos procesal civil que, evidentemente, sólo se extiende a una pequeña parte de los documentos informáticos o digitales. Sólo los documentos electrónicos entendidos de esa forma son admisibles como prueba documental en juicio. En el concepto legal de documento electrónico pueden distinguirse tres elementos: 1.º el soporte, que tiene que ser de tipo electrónico, aunque parte de la doctrina prefiera en vez de este término la utilización de las palabras informático o digital. 2.º los datos o

información contenida en el soporte, que participa de la naturaleza de los escritos. Sobre este aspecto del documento electrónico hay discrepancias doctrinales. 3.º la firma electrónica de los datos. Este último elemento permite identificar al autor del documento y conocer su autenticidad.

4.2 Características y requisitos para su validez jurídica

Una de las cualidades más significativas del documento electrónico es su intangibilidad o imperceptibilidad inmediata por los sentidos. Sólo puede percibirse si es convertido mediante instrumento técnico y un programa informático adecuados y se incorpora a un soporte material mueble. Aunque en su origen sea inmaterial, precisa para su existencia de un soporte material duradero (disco duro del ordenador, disquete, CD, DVD, etc.). El documento electrónico posee unas características que conllevan una serie de inconvenientes frente al documento tradicional³⁵. “Estar escrito en un lenguaje sólo comprensible por una máquina. - Estar archivado en formatos y soportes concretos no siempre utilizables por otro ordenador. - Ser descifrable y utilizable con el auxilio de un ordenador. - Ser de fácil alteración. - Carecer de certeza en orden a su autoría y datación. - No distinguirse de una eventual copia. La doctrina se ha cuestionado el carácter de documento, entendido éste en un sentido jurídico, del documento electrónico o informático. Su naturaleza intangible, su imperceptibilidad inmediata por los sentidos, llevan a concluir que no puede, desde el punto de vista jurídico, ser considerado documento Si manejamos un concepto restringido y

35 G. TARIZZO, “Firma elettronica: poche illusioni”, en el sitio Web: <http://www.diritto.it>.

tradicional de documento, identificado éste con la escritura y el soporte material de papel, el documento electrónico o digital no puede ser considerado como tal. Parte de la doctrina sostiene que puede ser considerado documento por ser una percepción representativa utilizable como medio probatorio.

El medio representativo más utilizado en estos documentos es la escritura, cumpliendo con una de los elementos esenciales de la connotación del concepto clásico de documento. Aunque en su origen sea inmaterial o intangible, el documento electrónico puede unirse a un soporte inseparable para desplegar de esa manera efectos jurídicos. Tiene también, en tanto unido a un soporte duradero, una naturaleza mueble, pues puede ser transportado, almacenado o guardado; también puede tener un carácter probatorio, sirve para constatar una realidad jurídica preexistente. Además de poder ser revelado por el procedimiento tecnológico adecuado, puede transformarse en formato escrito en papel. Para su validez jurídica, se ha exigido a los documentos tres requisitos fundamentales: la legibilidad, la inalterabilidad y el reconocimiento. La doctrina mayoritaria (Rocco Borgini) sostiene que el documento electrónico puede equipararse al papel porque cumple con los requisitos anteriores.

Los documentos electrónicos pueden cumplir los criterios de seguridad para constituirse en documento (Y. Poulet): inalterabilidad, legibilidad, identificabilidad local (nombre y dirección) y temporal (fecha de creación, de envío y de recepción). Parte de la doctrina cuestiona que sea posible por ahora el cumplimiento por parte de estos

documentos de los requisitos de la forma ad solemnitatem exigidos para la formalización de determinados negocios jurídicos.

4.3 El documento electrónico y la firma electrónica

Uno de los obstáculos que tuvo que salvar el documento electrónico para quedar asimilado procesalmente al documento ha sido la falta de seguridad jurídica con que se le ha asociado. Numerosos documentos generados por vía informática han tenido problemas para ser aceptados y valorados por el órgano judicial. Se ha dudado de la originalidad, de la estabilidad de su contenido y de la identidad del autor de este nuevo tipo de documentos. La imagen mental que se formó del documento electrónico y de los otros nuevos medios probatorios, los audiovisuales, incluía su fácil manipulación y su falta de perdurabilidad. El problema está en fijar la autoría y la autenticidad del documento. La autenticidad consiste en la coincidencia entre el autor aparente y el autor real del documento (Carnelutti). La autenticación del documento consiste en la actividad de identificar al autor de un mensaje y verificar que dicho autor se obliga legalmente con el mismo (E. Amory). Incluso parece conveniente establecer una distinción entre autenticación e identificación.³⁶

La fijación de la autoría y de la autenticación del documento entendido en un sentido tradicional no plantea problemas. Mediante la firma se conoce la identidad del autor del documento y el acuerdo de éste sobre el contenido del acto. Desde el punto

³⁶ Carrascosa López, M A Pozo Arránz, E. P. Rodríguez de Castro, *Ob. Cit.* Pág. 72

de vista formal, la firma es un signo personal o distintivo de la persona, unido al animus signandi, que es la voluntad de asumir el contenido de un documento. Desde un punto de vista funcional, la firma tiene una función identificadora (relaciona el acto y la persona firmante) y una función de autenticación (el autor la misma expresa su consentimiento sobre un acto y hace propio el mensaje). En los documentos tradicionales, la firma es puesta de puño y letra del firmante. En el documento electrónico no es posible esta firma autógrafa. La problemática de la fijación de la autoría del documento electrónico ha sido también otro obstáculo que ha sido salvado mediante la posibilidad de firmarlo electrónicamente. El Tribunal Supremo en dos Sentencias de 3 de octubre y 3 de noviembre de 1997 consideró que un soporte magnético puede producir efectos de giro, si bien condicionalmente, al exigir que las características del documento permitan establecer la autenticidad y autoría y, en especial, la firma de quien sume su contenido y la efectividad de su clausulado.

En cuanto al requisito de la firma en particular, declaró que el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido. La firma electrónica, equivalente a la autógrafa, garantiza la seguridad de la autenticidad y de la procedencia del documento electrónico. La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica la define como el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con

ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. La firma electrónica ha surgido como respuesta a la necesidad de conferir seguridad a las comunicaciones por Internet, ya que constituye un instrumento capaz de permitir una comprobación de la procedencia y de la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones. Los denominados prestadores de servicios de certificación, personas físicas o jurídicas que expiden certificados electrónicos o prestan otros servicios en relación con la firma electrónica, son los que hacen posible el empleo de la firma electrónica mediante la expedición de certificados electrónicos. Estos consisten en documentos electrónicos que relacionan las herramientas de firma electrónica en poder de cada usuario con su identidad personal, dándole así a conocer en el ámbito telemático como firmante.

Los certificados electrónicos denominados reconocidos, fundamento de la firma electrónica avanzada, son aquellos expedidos cumpliendo requisitos cualificados en lo que se refiere a su contenido, a los procedimientos de comprobación de la identidad del firmante y a la fiabilidad y garantías de la actividad de certificación electrónica. La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, cuyo objeto es la regulación de la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación de servicios de certificación, otorga a la firma electrónica reconocida la equivalencia funcional con la firma manuscrita respecto de los datos consignados en forma electrónica. Esta es una de las novedades en relación con la anterior normativa sobre firma electrónica, contenida en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. Se constató que no bastaba con la firma electrónica avanzada para la equiparación con la firma manuscrita,

sino que era preciso que la firma electrónica avanzada se base en un certificado reconocido y fuera creada por un dispositivo seguro de creación. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados; está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control. La firma electrónica reconocida, que es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, adquiere con la ley, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

La Ley contiene las garantías que deben ser cumplidas por los dispositivos de creación de firma para que puedan ser considerados como dispositivos seguros y conformar así una firma electrónica reconocida y establece un marco de obligaciones aplicables a los prestadores de servicios de certificación, en función de si éstos emiten certificados reconocidos o no, y determina su régimen de responsabilidad, teniendo en cuenta los deberes de diligencia que incumben a los firmantes y a los terceros destinatarios de documentos firmados electrónicamente. Otra novedad de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica es el acogimiento explícito que se efectúa de las relaciones de representación que pueden sub yacer en el empleo de la firma electrónica, dotando de seguridad jurídica la imputación a la esfera jurídica del representado las declaraciones que se cursan por el representante a través de la firma electrónica. Se establece para ello que en la expedición de certificados reconocidos



que admitan entre sus atributos relaciones de representación, ésta debe estar amparada en un documento público que acredite fehacientemente dicha relación de representación así como la suficiencia e idoneidad de los poderes conferidos al representante. También se prevén mecanismos para asegurar el mantenimiento de las facultades de representación durante toda la vigencia del certificado reconocido. Siguiendo la pauta marcada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica incluye dentro de la modalidad de prueba documental el soporte en el que figuran los datos firmados electrónicamente, dando mayor seguridad jurídica al empleo de la firma electrónica al someterla a las reglas de eficacia en juicio de la prueba documental.



CAPÍTULO V



5. El régimen procesal de los documentos electrónicos

El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ha sido reconocido en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República con rango de derecho fundamental. Este derecho subjetivo fundamental es instrumental del derecho de defensa del que son titulares, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los sujetos que han adquirido la condición de parte en cualquier tipo de proceso judicial y no sólo penal. Como derecho fundamental está garantizado constitucionalmente, pues goza de una tutela jurisdiccional subsidiaria mediante la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El derecho a la prueba es un derecho de configuración legal cuyo ejercicio ha de sujetarse a los condicionantes y exigencias impuestos por la normativa procesal, aunque ésta debe interpretarse por parte de los tribunales de una forma extensiva o flexible, que deben hacerlo efectivo sin obstaculizarlo ni desconocerlo. En la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes interviene activamente el legislador, por lo que necesariamente, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad. Es un derecho que no es ilimitado, absoluto o incondicionado, sino que se encuentra circunscrito a la actividad probatoria que resulte pertinente a los fines del proceso. El derecho a la prueba comprende, en

primer lugar, el derecho a proponer, conforme a los cauces procesales legalmente establecidos, la prueba tendente a lograr la acreditación de los hechos constitutivos que fundamentan la pretensión del actor y los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que sostienen, a su vez, la pretensión de la parte demandada, así como, en su caso, la costumbre y el derecho extranjero alegado por cual quiera de ellas. El derecho a la prueba también confiere a sus titulares el derecho a que, por parte del Juzgado o Tribunal que esté conociendo del pleito, sean admitidos todos aquellos medios de prueba que, propuestos en tiempo y forma, se declaren pertinentes. Junto con este derecho se encuentra el derecho a la práctica de las pruebas admitidas. La inadmisión de la prueba debe estar motivada por el órgano judicial en una resolución que debe contener un juicio acerca de la impertinencia, la inutilidad o la ilicitud de la prueba inadmitida.

5.1 Valor probatorio del documento electrónico

“La importancia de la firma electrónica está dada por la posibilidad de vincular el contenido o declaración de un documento con una determinada persona y, en tal sentido, por el deseo de obligarse con lo que dicho instrumento consigna.

Lo anterior asociado a la posibilidad de determinar con mayor o menor grado de certeza a la persona que suscribe el documento y la posibilidad de repudiar el mismo, llevó al legislador a reconocer un diferente valor probatorio atendiendo la naturaleza de la firma que fue utilizada para la suscripción del documento.

Se establece en la legislación chilena que los documentos electrónicos podrán ser presentados en juicio, y en el caso de que se busque hacerlos valer como medios de prueba, se estará a las reglas que a continuación se señalan. Con ello el legislador robusteció la equivalencia entre el soporte de papel y el electrónico y, adicionalmente, dio una clara pauta al juez para que valore esta clase de documentos que se incorporan con plena eficacia en nuestro sistema jurídico.

Para consagrar el valor probatorio de los documentos electrónicos el legislador optó por seguir el tradicional esquema previsto en la ley común, sin perjuicio de innovar en lo relacionado a los instrumentos privados suscritos por medio de firma electrónica avanzada.

En efecto, los instrumentos públicos, de conformidad con la Ley harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales. En tal sentido, debemos hacer presente que el documento electrónico público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.

Que haga prueba plena quiere decir que es suficiente para decidir, consecuentemente, que por sí solo basta para acreditar el hecho al que se refiere, sin que sea necesario, para que produzca convicción, el auxilio de otros medios probatorios.³⁷

37 ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. "Tratado de Derecho Civil", Pág. 428

Siguiendo en el análisis, es necesario distinguir entre el valor para las partes y los terceros, como así mismo, en lo que dice relación con el otorgamiento mismo del documento, su fecha y a la verdad de las declaraciones que contiene.

a) Valor probatorio entre las partes:

En cuanto al otorgamiento hace plena prueba del hecho de haberse otorgado por las personas y de la manera que en el instrumento se expresa. En lo que dice relación con las declaraciones de las partes y las que emite el funcionario, hay que tener presente que las primeras se presumen sinceras, no hacen fe pública, ya que ésta se concede en atención al funcionario y no a las partes. A su vez, no todas las declaraciones del funcionario hacen plena prueba, habrá que distinguir:

Hacen plena prueba:

- Las que se refieren a hechos propios suyos.
- Las que aseveran hechos que el funcionario percibe por sus sentidos.
- Las que se refieran a hechos que haya comprobado por medios que la propia ley le suministra.

No hacen plena prueba:

- Las declaraciones que hace confiando en el dicho de otra persona.

- Las declaraciones que importan meras apreciaciones, sea porque los hechos a que se refieren no puede percibirlos por sus propios sentidos, sea porque no puede legalmente comprobarlos.

Respecto a las declaraciones de las partes, el Artículo 1700 del Código Civil chileno dispone que en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el documento han hecho los interesados, no hacen plena fe sino en contra de los declarantes. Dichas declaraciones pueden ser dispositivas o enunciativas. Las primeras son las que las partes tienen en consideración al momento de contratar y representan el objeto del acto o contrato; expresan la voluntad y especifican el objeto sobre el cual recae. Las enunciativas son aquellas en que las partes, simplemente, relatan enunciativamente hechos o actos jurídicos anteriores. Respecto a las declaraciones enunciativas, de acuerdo con el Artículo 1700 del Código Civil chileno, el documento que las contiene no hace plena prueba de la verdad de los hechos a que la declaración se refiere. Sin embargo, deben presumirse verdaderas en atención al principio del *onus probandi* en virtud del cual lo normal se presume y lo excepcional se debe probar, y lo normal es que el contenido de las declaraciones dispositivas sea veraz y no falso, por lo que deberá ser probada la falsedad de las declaraciones de este tipo.

En lo tocante a las disposiciones enunciativas la sinceridad de las declaraciones no se presume, ya que las partes no prestan a ellas la misma atención que a las dispositivas. Sin embargo, el mérito probatorio de estas disposiciones está en función de la confesión extrajudicial o de testimonio, según sea el caso.

No obstante lo anterior, hay ciertas declaraciones enunciativas que el legislador equipara a las dispositivas, y son las que tienen relación directa con éstas. Para tal efecto el Artículo 1706 del Código Civil dispone que el instrumento público hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

b) Valor probatorio respecto de terceros:

Respecto al otorgamiento y fecha el instrumento público produce la misma plena prueba que respecto de los contratantes. El Artículo 1700 del Código Civil no ofrece dudas al respecto.

"En cuanto a las declaraciones, es necesario distinguir entre las declaraciones dispositivas y enunciativas. Respecto de las primeras se presumen verdaderas por el principio básico del *onus probandi*, descrito con anterioridad."³⁸ Las declaraciones enunciativas no tienen mérito alguno contra terceros, pero el tercero sí podrá invocarlas contra el que las ha hecho y la declaración tendrá en contra de éste el mérito de la confesión extrajudicial, y de esta manera servirá de base a una presunción judicial que acredite los hechos confesados, de conformidad con el Artículo 398 del Código de Procedimiento Civil.

Tratándose de los instrumentos privados la Ley introduce un distingo atendiendo a si el documento electrónico fue suscrito con firma electrónica avanzada o no. En el

³⁸ Alessandri, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Ob. Cit.* Pág. 435

evento que se haya generado por medio de la primera, el instrumento privado tendrá el mismo valor probatorio de un instrumento público. En caso de que se haya generado por medio de firma electrónica, no calificada como avanzada, tendrá el valor que corresponda de conformidad con las reglas generales.

El distingo señalado, si bien innovador, tiene toda lógica, toda vez que la firma electrónica avanzada tiene la particularidad de identificar fehacientemente al autor de un documento, haciendo a éste no repudiable y garantizando la integridad del mismo. Consecuentemente, carecería de sentido dotar al suscriptor del documento de la posibilidad de desconocer su actuar documental, ya que las características técnicas de la firma electrónica avanzada dan un alto grado de certeza respecto de la titularidad e integridad del documento signado. Con todo deben subsistir las posibilidades de objeción que prevé el Código de Procedimiento Civil.

El documento privado electrónico suscrito con firma electrónica, que no sea calificada como avanzada, no prueba su origen, a diferencia del público o del privado signado por medio de una firma electrónica avanzada, ya que hay ausencia de garantías que aseguren que quien aparece como signatario lo haya firmado realmente.

En cuanto al valor probatorio que tiene el documento privado electrónico, se hace necesario distinguir si se encuentra reconocido o mandado a tener por tal, y en tal sentido el principio general que aplica es que este tipo de documentos no tiene valor probatorio alguno con respecto a todas las personas en forma absoluta, pero en caso



que sea reconocido o mandado tener por reconocido, adquiere valor de escritura pública respecto de las partes que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han traspasado las obligaciones y derechos de éstos.

Con relación a las declaraciones que en él se hacen, y de conformidad con la Ley, el documento privado electrónico reconocido, al igual que el instrumento público electrónico y el instrumento privado firmado con firma electrónica avanzada, hace plena prueba entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

Finalmente, nos parece importante relevar una deficiencia que presenta la Ley, toda vez que por aplicación de lo preceptuado en el Artículo 5º los documentos electrónicos privados suscritos mediante firma electrónica avanzada harán plena prueba respecto de la fecha de suscripción. Sin embargo, la forma técnica en que opera la firma electrónica avanzada no es capaz de garantizar dicho hecho, razón por la cual estimamos que se hace necesaria la tramitación de un proyecto de Ley destinado a modificar en ese aspecto del Artículo 128 del Código Procesal Civil Mercantil Guatemalteco.



5.2 Reconocimiento e impugnación de los documentos electrónicos en juicio

La Ley Chilena no regula en forma especial el reconocimiento de los instrumentos privados electrónicos ni la impugnación de los instrumentos públicos electrónicos. En consecuencia, las reglas generales contenidas en nuestra legislación sobre el reconocimiento de los instrumentos privados y sobre la impugnación del valor probatorio de los instrumentos públicos son aplicables a los documentos electrónicos. Sin embargo, la naturaleza especial de los documentos electrónicos nos obliga a analizar la legislación general aplicable en esta materia en relación a la naturaleza del documento electrónico y teniendo especial consideración de las nuevas reglas sobre el valor probatorio establecidas en la Ley.

5.2.1 Impugnación de los instrumentos públicos electrónicos

"A diferencia de los instrumentos privados que deben ser reconocidos previamente para tener eficacia probatoria, los instrumentos públicos están revestidos de una presunción de autenticidad por el hecho de intervenir en su otorgamiento un funcionario público. Por esa razón, el instrumento público hace plena prueba de aquellos hechos de los cuales puede dar fe el funcionario público que interviene en su otorgamiento de la fecha, el hecho de haberse otorgado, las partes que lo otorgaron y que las declaraciones en él contenidas son las que efectivamente hicieron las partes. En relación con tales hechos, el instrumento público hace plena fe incluso respecto de terceros.

En consecuencia, la parte que presenta en juicio un instrumento público no tiene la carga de probar la autenticidad del mismo, sino que se presume que éste tiene pleno valor probatorio y en el evento que la parte contra quien se hace valer lo objete, será ésta la que tendrá la carga de probar los hechos que motiven la impugnación o falta de fuerza probatoria del instrumento.

Las vías para reclamar la falta de fuerza probatoria del instrumento público son: la nulidad, por omisión de uno o más de los requisitos legales del funcionario público o del instrumento en sí mismo; la falta de autenticidad, esto es, no haberse otorgado o autorizado por la persona o de la manera que en él se expresa; y la falsedad de las declaraciones efectuadas por las partes. En este último caso, la parte no impugna la su calidad de instrumento público (éste puede ser válido y auténtico), sino que pretende desvirtuar el valor probatorio del mismo mediante la impugnación de la veracidad de las declaraciones de las partes en él contenidas.

Si una parte presenta un documento público electrónico, deberá acompañarlo con citación, el tribunal deberá dar traslado por tres días y la parte contra quien se hace valer podrá impugnarlo o no. Se entiende por impugnación "el empleo de los procedimientos o medios que la ley señala para privar a un instrumento público de la fuerza probatoria que ella misma le ha asignado". Si esa parte nada dice, se entiende que el documento público electrónico tiene pleno valor probatorio.



Si la contraparte impugna el valor probatorio del documento público electrónico, deberá alegarla, sea por vía de i) nulidad, ii) falta de autenticidad, o iii) la falsedad de las declaraciones en él contenidas. Es la parte que impugna la que tiene la carga de probar los hechos en que sustenta su alegación; por ejemplo; la incompetencia del funcionario público que autoriza el instrumento o la falta de solemnidades del mismo.

Cabe destacar que, de acuerdo al Artículo 4 de la Ley 19.799, los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firme electrónica avanzada. En consecuencia, dicha suscripción es un requisito de validez del documento público electrónico y la omisión acarrea su nulidad absoluta. "La falta de firma electrónica avanzada podría ser el fundamento de la impugnación del documento público electrónico por la vía de la nulidad del mismo por ausencia de los requisitos legales establecidos para su validez."³⁹

Si se impugna el instrumento público por falta de autenticidad; o falsedad; la parte que lo impugna deberá acreditar los hechos en que se funda y podrá usar cualquiera de los medios de prueba legal que la ley autoriza para la prueba del fraude, incluido el cotejo de instrumentos y el cotejo de letras para los instrumentos públicos que carezcan de matriz. Sin embargo tratándose de la impugnación de la autenticidad de una escritura pública, la ley establece restricciones y requisitos especiales para el uso de la prueba testimonial, según lo prescrito en el Artículo 429 del Código de Procedimiento Civil. El juez apreciará la prueba rendida en la objeción del instrumento público sujeto a las reglas generales de apreciación de la prueba del Título XI el Libro II

39 Casarino Viterbo, Mario. "Manual de Derecho Procesal", Pág.112

del Código de Procedimiento Civil y especialmente a su párrafo 8°, según el cual entre dos o más pruebas contradictorias y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad.

En términos generales, tanto las partes que han otorgado el instrumento público como terceros, pueden impugnar la eficacia probatoria del instrumento público sea por vía de nulidad, por vía de falta de autenticidad o por la falsedad de las declaraciones en él contenidas. Sin embargo, existe discusión doctrinaria en materia civil; respecto de la posibilidad de las partes que han otorgado un instrumento público para luego impugnarlo por falta de veracidad en las declaraciones en él contenidas. Parte de la jurisprudencia lo ha aceptado basado en la idea que mediante otros medios de prueba plena se puede acreditar la falta de sinceridad en las declaraciones, por ejemplo, mediante la confesión judicial, sin embargo otra parte de la doctrina señala que ello no es posible porque de acuerdo al Artículo 1700 del Código Civil chileno, el instrumento público hace plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones respecto de las partes que lo hayan otorgado.

Desde un punto de vista procedimental, y aplicando las reglas generales, la impugnación del documento público electrónico puede hacerse valer por vía incidental cuando una parte acompaña el documento público y dentro del plazo de citación se impugna el documento, sea por vía de nulidad, falta de autenticidad o falta de sinceridad en las declaraciones contenidas en él; o bien por la vía principal, cuando una persona inicia un juicio cuyo objeto principal es la declaración de nulidad, falta de

autenticidad o bien la falta de sinceridad de las declaraciones contenidas en un documento público.

5.2.2 Reconocimiento de los instrumentos privados electrónicos

A diferencia de lo señalado anteriormente respecto de los instrumentos públicos, los instrumentos privados sólo tiene valor probatorio pleno cuando han sido reconocidos o mandados a tener por reconocidos. Esto es, la parte que lo presenta tiene la carga de probar su autenticidad y de obtener el reconocimiento del documento en conformidad a la ley.

De acuerdo al Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, podemos distinguir los siguientes tipos de reconocimiento del instrumento privado:

- a) Reconocimiento expreso y judicial del documento por la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer.
- b) Reconocimiento expreso y extrajudicial (en un instrumento público o en otro juicio diverso) por la persona que ha otorgado el instrumento o de la persona contra quien se hace valer.
- c) Reconocimiento tácito del documento, cuando, puesto en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad; falsificación de la firma, falsificación del contenido o falta de integridad; falta parte del documento; dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir a aquella parte con el

reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo. Se estima que para que opere este reconocimiento, el instrumento debe ser presentado bajo el apercibimiento legal, debe haber transcurrido el plazo de impugnación sin que haya sido objetado y luego se debe solicitar al tribunal que dicte una resolución judicial que haga efectivo el apercibimiento y que por consiguiente se entienda que el documento es auténtico.

d) Reconocimiento judicial que opera cuando habiéndose presentado el instrumento, la parte contra la que se hace valer lo objeta dentro del plazo legal y el tribunal entonces da traslado de la impugnación a la parte que presentó el instrumento y ésta hace valer sus defensas, el tribunal recibe el incidente a prueba, analiza las pruebas y finalmente resuelve el incidente declarando la autenticidad del instrumento.

La forma en que se acompañan los instrumentos privados está determinada por el hecho de que producen efectos una vez reconocidos o mandados a tener por reconocidos. Así, si el instrumento emana de la parte contra la cual se hace valer, se acompaña con citación y bajo apercibimiento. Si el instrumento privado emana de una tercera persona, se deberá acompañar con citación. Y para que el documento sea reconocido por este tercero, será necesario que sea citado al tribunal y declare como testigo sobre la autenticidad e integridad del documento. Para la impugnación de un instrumento privado, todos los medios de prueba legal que sirvan para acreditar el fraude son permitidos, incluido el cotejo de letras. Se entiende por cotejo de letras la diligencia judicial destinada a comprobar si la letra del documento privado impugnado es la misma que la estampada en un documento indubitado.

La parte que pide el cotejo de letras deberá presentar los documentos indubitados. Si existe incluso discusión sobre cuáles serían los documentos indubitados, la ley señala cuáles documentos se entienden indubitados. Esta diligencia se lleva a cabo por peritos designados por el tribunal, ya que el cotejo supone conocimientos de una ciencia o arte, en este caso del arte caligráfico.

El tribunal examinará el valor probatorio del cotejo de letras. Esto, no constituye medio de prueba pleno por sí solo, sino sólo base de presunción judicial. En consecuencia, el juez puede no acatar el dictamen de los peritos caligráficos y desestimar el cotejo como medio de prueba efectivo para acreditar la autenticidad o falsedad del documento privado.

5.3 Inclusión del documento electrónico como medio de prueba en el artículo 128 del código procesal civil y mercantil guatemalteco.

Luego del recorrido que se hace en el derecho comparado tanto en el español, como en el chileno así como lo que para el efecto regulan la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), nos damos cuenta pues la inminente urgencia que existe en Guatemala, de que los legisladores empiecen a trabajar en la adecuada legislación moderna a efecto de que el documento electrónico sea catalogado como único y no se incluya como algo que es parte ya de una legislación no solo obsoleta sino que también, no acorde a la actualidad tecnológica, cuenta de ello es pues que nos proponemos que sea una llamada de atención a

nuestros diputados a efecto de que tomen en cuenta que la Ley chilena le ha dado la fuerza probatoria de escritura pública a los documentos privados electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada. Esta innovación introducida por el legislador nos lleva a analizar la forma en que este tipo de documentos deben ser acompañados en juicio, si es procedente o no hablar de reconocimiento de este tipo de instrumentos y la forma en que debe operar a su respecto la impugnación. A nuestro juicio, el legislador deberá regular esta materia en forma expresa ya que las categorías y regulaciones actualmente vigentes y que hemos resumido anteriormente no nos permiten determinar claramente si este tipo de documento deberá ser acompañado con citación o bajo apercibimiento legal y cuáles serían las causales de impugnación.

En efecto, desde el punto de vista de su naturaleza este es un instrumento privado y por lo tanto no debería tener eficacia probatoria mientras no haya sido reconocido o mandado a tener por reconocido, sin embargo esto se contradice con lo establecido en la Ley 19.799 que le da el valor de plena prueba de una escritura pública, que como revisamos no requiere de reconocimiento para tener dicho valor probatorio. De la misma forma, si no hay certeza sobre la forma de acompañar este tipo de documento tampoco existe certeza sobre cuáles serían las causales de impugnación, si las de un documento público o privado. El legislador deberá regular en forma especial esta materia y señalar claramente cómo se deberán acompañar este tipo de documentos, y las causales de impugnación aplicables.

En nuestra opinión, para mantener la intención del legislador de promover el uso de este tipo de instrumentos con firma electrónica avanzada nos inclinamos a pensar que desde un punto de vista de política legislativa, deberá establecerse que estos documentos se acompañarán con una citación de 3 días (como los documentos públicos) y que la parte contra la cual se hacen valer podrá objetarlos por vía de nulidad, falsedad y falsedad de las declaraciones en él contenidas. De esta manera este tipo de instrumento tendrá realmente el valor probatorio de escritura pública que la ley le ha otorgado al no someterlo a ningún apercibimiento ni reconocimiento previo, el que sólo sería aplicable a los documentos privados electrónicos que no han sido suscritos por medio de firma electrónica avanzada y que están sujetos a las reglas generales. Para la impugnación del documento privado electrónico con firma electrónica avanzada, todos los medios de prueba legal deberán ser admisibles, incluidos los cotejos de letras, instrumentos y demás peritajes que la parte pueda solicitar, teniendo siempre en consideración que será la parte que impugne la que tendrá la carga de probar que el documento es nulo, falso o las declaraciones contenidas en él, lo son.

Por lo que imperante resulta que nos pongamos al día en legislación internacional para estar a la par del concierto de naciones, a efecto de que cuando se presenten controversias por el tráfico internacional de comercio; encontremos ya en nuestra legislación, un espaldarazo a los ciudadanos que tengan que dirimir sus diferencias en nuestro país; que resulten de los documentos electrónicos que se



celebren a través no solo de la Internet si no del diario vivir de los comerciantes y ciudadanos en general.

CONCLUSIONES



1. El derecho de defensa es sagrado; y que el documento electrónico no se encuentre como un medio de prueba dentro de la legislación, trae como consecuencia el que este derecho se vede y no se equipare con otros medios al alcance de las partes.
2. La necesidad de estar a la vanguardia legislativa no se alcanza, ya que esta se ve coartada por leyes casuísticas; con intereses mezquinos en los legisladores que no legislan acorde a las necesidades de quienes los eligieron.
3. La disponibilidad del documento electrónico como medio de prueba es inoperante; toda vez que este por razones que aún a la fecha no existe en ninguna ley que regulen su inclusión como medio de prueba en el proceso civil y en especial mercantil.
4. El documento electrónico en la mayoría de legislaciones latinoamericanas ya es objeto de análisis así como de incorporación y en algunos casos de equiparación legal a efecto de gozar la calidad de medio de prueba en un proceso principalmente civil, sin embargo en Guatemala el documento electrónico no existe como medio de prueba.



RECOMENDACIONES



1. Es indispensable la introducción en la legislación guatemalteca, el término documento electrónico, a través de un anteproyecto de ley presentado en el Congreso de la República de Guatemala, por medio de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Con esto se dará el fiel cumplimiento del precepto constitucional de derecho de defensa, y de igual forma la connotación que este llevaría dentro de este mundo globalizado. Para que de esta manera se esté a tono con la legislación internacional.
2. Se hace imperativo de parte del Organismo Legislativo guatemalteco, crear una comisión, que estudie y analice en el medio la necesidad de regular al documento electrónico no solo como medio de prueba sino para revestirlo de certeza jurídica en cualquier ámbito legal para que los legisladores guatemaltecos aprueben la inclusión del documento electrónico como un medio de prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil.
3. En este momento histórico, en el que existe una globalización, masificación de medios, comercio electrónico, compras por Internet; es imperativo que los legisladores guatemaltecos, actúen acorde a las circunstancias del momento, a efecto de estar al día en legislación contemporánea y no seguir arrastrando los fantasmas del pasado, por lo que la Universidad de San Carlos de Guatemala

debe presentar ante el Organismo Legislativo un anteproyecto de ley para que el documento electrónico sea incluido como medio de prueba.

4. La Universidad de San Carlos de Guatemala debe solicitar la existencia de una normativa, inmediata de parte del Congreso de la República, y que amplíe el código procesal civil y mercantil, que regule lo relativo a la prueba del documento electrónico por los fenómenos de masificación y globalización del comercio y en sí por la sistematización así como de equiparación internacional en materia de documentos electrónicos.



BIBLIOGRAFÍA

- BONNACASE, Julien. **Biblioteca clásicos del derecho Vol. I. Tratado elemental derecho civil**. Editorial pedagógica Iberoamericana. México, 1998.
- BORASSI, Ludovico. **Instituciones del Derecho Civil**. Editorial José Bósela, Barcelona España, 1985.
- BORRELL y Soler. **Derecho Civil Español**. Editorial Casa Editorial Bosh. Barcelona. España. 1955
- BRAÑAS, Alfonso. **Derecho Civil Guatemalteco**. Editorial Estudiantil Fénix Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala C. A. 2004.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual**. Editorial Heliasta S.R.L. Llava. Edición Buenos Aires, Argentina, 1976.
- Diccionario Jurídico ESPASA. Editorial Escalpe, S.A., Madrid, España 2,001.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. 1984.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1981.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. **Curso introductorio al derecho registral**. Zavallía. Buenos Aires. Argentina. 1983.
- MOLINARIO, Ángel E. (dir.). **Curso de Derecho Registral Inmobiliario**. Registro de la Propiedad Inmueble. Buenos Aires Argentina. 1971.
- MUSTO, Néstor Jorge. **Derechos Reales**. Editorial Asrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires. Argentina. 2000.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1981.

PLANIOL Marcel y RIPERT George. **Biblioteca Clásicos del Derecho Volumen VIII. Derecho Civil**. México, 1997.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente. **Introducción al Estudio del Derecho Nociones de Derecho Civil, curso Práctico y Gráfico**. Editorial Limusa, México. 1975.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106. 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 106. 1964.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 2-89. 1989.