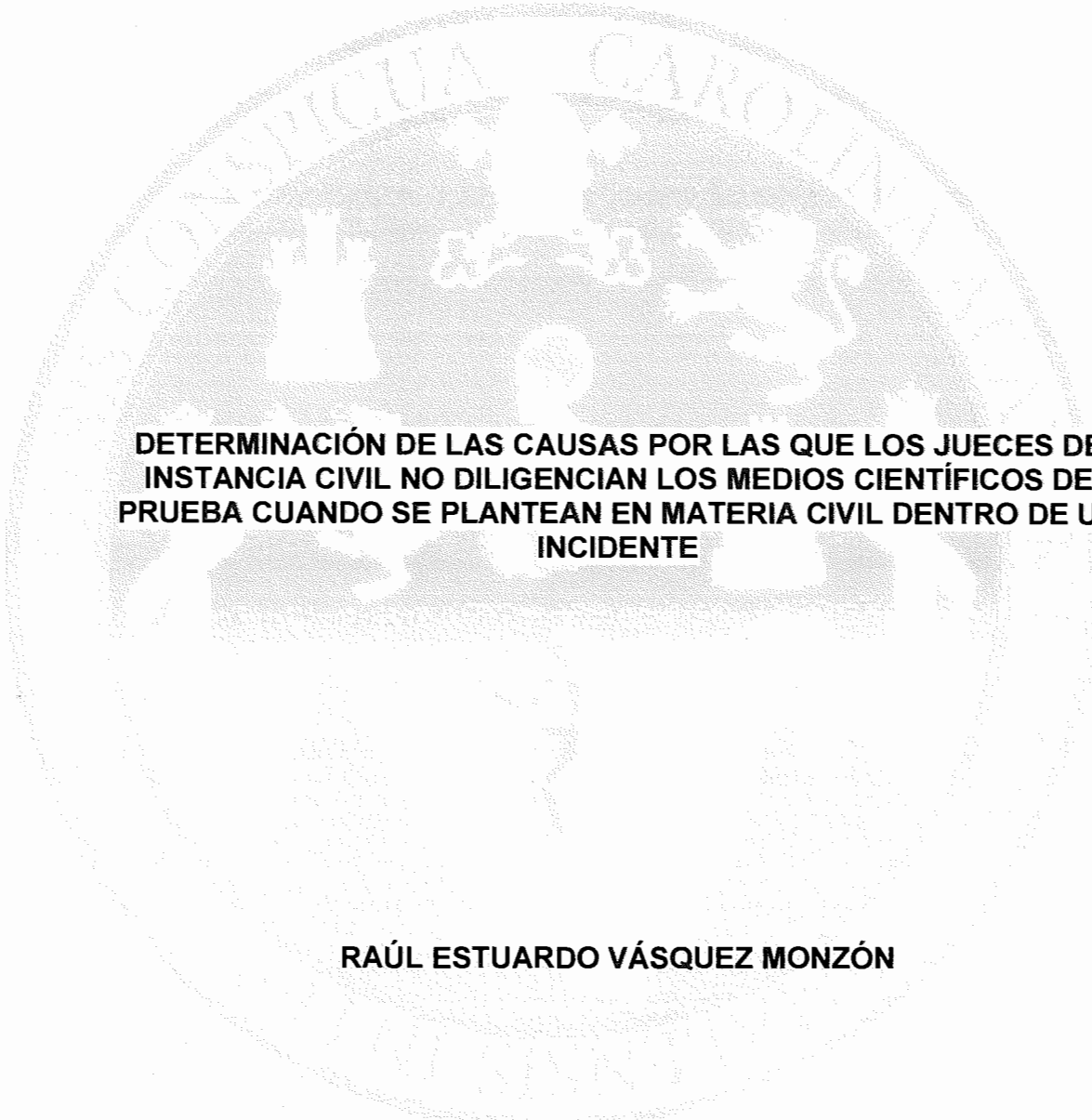


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**DETERMINACIÓN DE LAS CAUSAS POR LAS QUE LOS JUECES DE
INSTANCIA CIVIL NO DILIGENCIAN LOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE
PRUEBA CUANDO SE PLANTEAN EN MATERIA CIVIL DENTRO DE UN
INCIDENTE**

RAÚL ESTUARDO VÁSQUEZ MONZÓN

GUATEMALA, JUNIO DE 2010

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

**DETERMINACIÓN DE LAS CAUSAS POR LAS QUE LOS JUECES DE
INSTANCIA CIVIL NO DILIGENCIAN LOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE
PRUEBA CUANDO SE PLANTEAN EN MATERIA CIVIL DENTRO DE UN
INCIDENTE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RAÚL ESTUARDO VÁSQUEZ MONZÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Y LOS TÍTULOS PROFESIONALES DE ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, junio de 2010.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo Leon Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Alfredo González Rámila
Secretario: Licda. Hilda Margarita Franco Hernández
Vocal: Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora

Segunda Fase:

Presidente: Licda. María del Carmen Mancilla Girón
Secretario: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la Tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Licda. Lucrecia Alonso de Orellana

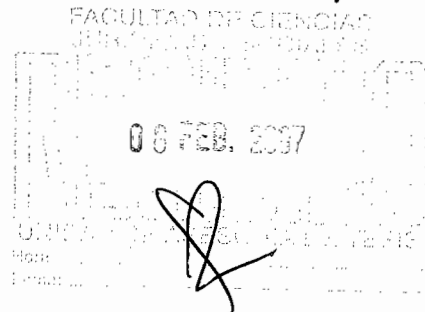
Abogada y Notaria

Colegiado 6398



Guatemala, 30 de febrero de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria
Guatemala



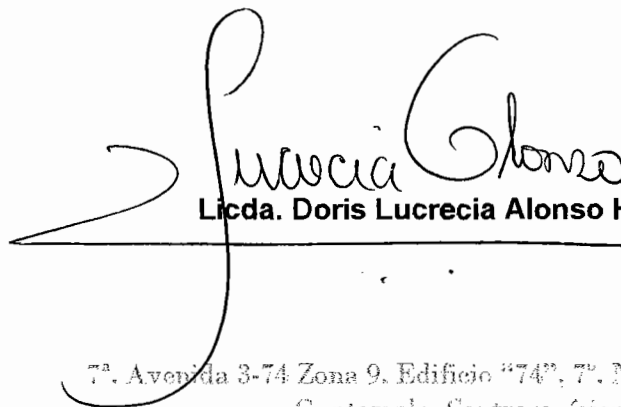
Respetable Licenciado Castillo:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Jefatura, el día nueve de octubre de dos mil seis, en el que se me faculta como Asesor para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar el trabajo de investigación del Bachiller Raúl Estuardo Vásquez Monzón, intitulado "DETERMINACIÓN DE LAS CAUSAS POR LAS QUE LOS JUECES DE INSTANCIA CIVIL NO DILIGENCIAN LOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE PRUEBA CUANDO SE PLANTEAN EN MATERIA CIVIL DENTRO DE UN INCIDENTE", procedo a emitir el siguiente dictamen:

Del trabajo de tesis presentado por el Bachiller **Vásquez Monzón**, se establece que el trabajo de investigación realizado brinda una gran contribución técnica y científica a los estudiosos del Derecho.

El presente trabajo de Tesis cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis previo a optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, así como del Examen General Público. Se concluye indicando que el Bachiller **Raúl Estuardo Vásquez Monzón**, en su trabajo de investigación ha utilizado la metodología pertinente, y la forma de redacción ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector.

Por lo anteriormente expuesto, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis del Bachiller **Vásquez Monzón** continúe su trámite.


Licda. Doris Lucrecia Alonso Hidalgo

Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Abogada y Notaria

7ª. Avenida 3-74 Zona 9, Edificio "74", 7º. Nivel, Oficina 700
Guatemala, Centroamérica
Teléfonos 2331 9042, 2332 4494 y 2334 0088. Fax: 2331 4655
lucrecia_alonsodeorellana@hotmail.com



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, doce de febrero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) EDDY GIOVANNI ORELLANA DONIS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **RAÚL ESTUARDO VÁSQUEZ MONZÓN**, Intitulado: **"DETERMINACIÓN DE LAS CAUSAS POR LAS QUE LOS JUECES DE INSTANCIA CIVIL NO DILIGENCIAN LOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE PRUEBA CUANDO SE PLANTEAN EN MATERIA CIVIL DENTRO DE UN INCIDENTE"**.

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.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
Abogado y Notario
7ª. Av. 3-74 Zona 9 Edificio "74" Oficina 700
Teléfonos: 2334 0088, 2331 9042, 2332 4494



Guatemala, 06 de Marzo de 2007.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho.

Licenciado Castillo Lutín:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, el día lunes doce de febrero de dos mil siete, en el que se dispone nombrarme como Revisor del trabajo de tesis del Bachiller **RAUL ESTUARDO VASQUEZ MONZON**, para lo cual rindo el siguiente dictamen: El trabajo de tesis presentado por el Bachiller RAUL ESTUARDO VASQUEZ MONZON que se intitula "**DETERMINACIÓN DE LAS CAUSAS POR LAS QUE LOS JUECES DE INSTANCIA CIVIL NO DILIGENCIAN LOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE PRUEBA CUANDO SE PLANTEAN EN MATERIA CIVIL DENTRO DE UN INCIDENTE**".

De la revisión practicada, se establece que el trabajo de tesis relacionado contribuye en gran manera, de una forma técnica y científica con los estudiosos del Derecho Procesal Civil, además de resaltar que la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental- bibliográfico, así como consultas con el Derecho comparado.

La presente tesis cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Graduación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y el Bachiller Vásquez Monzón ha utilizado la metodología pertinente, así como su redacción ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector.

En tal virtud y después de haber satisfecho las exigencias del suscrito revisor, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis del Bachiller **RAUL ESTUARDO VASQUEZ MONZON**, continúe su trámite, a efecto se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público.

Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
Colegiado 4,940





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinte de septiembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RAUL ESTUARDO VÁSQUEZ MONZÓN, Titulado "DETERMINACIÓN DE LAS CAUSAS POR LAS QUE LOS JUECES DE INSTANCIA CIVIL NO DILIGENCIAN LOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE PRUEBA CUANDO SE PLANTEAN EN MATERIA CIVIL DENTRO DE UN INCIDENTE" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh





DEDICATORIA

- A Dios: Por haberme guiado y proveído de sabiduría, sin la ayuda de Él no hubiese sido posible.
- A mis padres: Raúl Vásquez Gonzalez y Lucila Monzón de Vásquez, como fruto de sus esfuerzos de toda su vida.
- A mis hermanos: Vilma, Ana, Lisandro, Marilú, Sonia, Floriselda, Morel y Selvin. Por ese apoyo incondicional.
- A mis hijos: Yarelis, Jordan y Gisel. Como un ejemplo para ellos; que comprendan que poniendo las cosas en manos de Dios "todo es posible". Los quiero mucho.
- A mi esposa: Por su colaboración y motivación en mis metas alcanzadas. La Amo.
- A la universidad de San Carlos de Guatemala: Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A mis amigos: Sinceramente gracias.

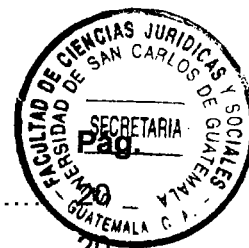
ÍNDICE



Introducción	
--------------------	--

CAPÍTULO I

1. La prueba	1
1.1 Concepto	1
1.2 Objeto de la prueba	3
1.3 Fuente de la prueba	4
1.4 Medios de prueba	4
1.5 Prueba de los hechos negativos	5
1.6 Prueba que no puede recibirse.....	6
1.7 Carga de la prueba (onus provandi).....	7
1.8 Principio de inversión de la carga.....	9
1.9 Clasificación de las pruebas.....	9
1.9.1 Prueba directa e indirecta.....	9
1.10 Procedimiento probatorio.....	11
1.10.1 La proposición, admisión, práctica y recepción de la prueba	11
1.10.2 Los métodos de valoración de la prueba.....	13
1.11 Ordenación lógica de los medios de prueba.....	14
1.11.1 Prueba por percepción.....	14
1.11.2 Prueba por representación.....	14
1.11.3 Prueba por deducción e inducción.....	15
1.12 Sistemas de valoración de la prueba.....	15
1.12.1 Prueba legal o tasada.....	15
1.12.2 Sana crítica.....	16
1.12.3 Libre convicción.....	16
1.13 Clases de prueba.....	17
1.13.1 Declaración de parte	17
1.13.2 Declaración de testigos.....	17
1.13.3 Prueba pericial.....	18
1.13.4 Reconocimiento judicial.....	19
1.13.5 Prueba instrumental.....	19



1.13.6 Presunciones.....	20
1.14 Pertinencia, conducencia o idoneidad de la prueba.....	20

CAPÍTULO II

2. Principios procesales y aplicables a la prueba.....	23
2.1 Principios procesales.....	23
2.1.1 Principio dispositivo.....	23
2.1.2 Principio de oralidad y escritura.....	24
2.1.3 Principio de inmediación y concentración.....	25
2.1.4 Principio de igualdad.....	26
2.1.5 Principio de bilateralidad y contracción.....	26
2.1.6 Principio de economía.....	27
2.2 Principios aplicables a la prueba.....	27
2.2.1 Principio de la necesidad de la prueba.....	28
2.2.2 Principio de la unidad de la prueba.....	28
2.2.3 Principio de adquisición de la prueba.....	28
2.2.4 Principio de contradicción de la prueba.....	29
2.2.5 Principio de publicidad de la prueba.....	29
2.2.6 Principio de preclusión de la prueba.....	30

CAPÍTULO III

3. Medios científicos de prueba.....	31
3.1 Generalidades.....	31
3.2 Concepto.....	32
3.2.1 Prueba pericial.....	32
3.2.2 Naturaleza jurídica.....	33
3.2.3 Necesidad de la prueba pericial.....	33
3.3 Pruebas científicas más comunes.....	39
3.4 Procedimiento probatoria de la prueba pericial en la legislación guatemalteca.....	42
3.4.1 Fuerza probatoria.....	43
3.4.2 Honorario de los expertos.....	44

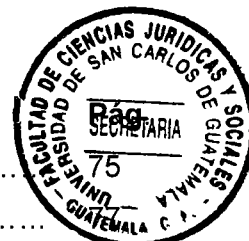


CAPÍTULO IV

4 Incidentes.....	45
4.1 Antecedentes.....	45
4.1.1 Proceso y procedimiento.....	45
4.1.2 Naturaleza del proceso civil.....	47
4.1.3 Naturaleza del proceso mercantil.....	48
4.1.4 Clases de procesos civiles y mercantiles.....	49
4.2 Definición de incidente.....	52
4.3 Incidente de hecho.....	55
4.3.1 Esquema del incidente por cuestión de hecho.....	56
4.4 Incidente por cuestión de derecho.....	57
4.4.1 Esquema del incidente por cuestión de derecho.....	58
4.5 Incidentes en procesos orales.....	59
4.6 Efectos de los incidentes.....	60
4.6.1 Incidentes por cuestión de hecho dentro del juicio oral.....	61

CAPÍTULO V

5 Facultad del juzgador para ordenar el diligenciamiento de las pruebas.....	63
5.1 Práctica del diligenciamiento de la prueba.....	63
5.2 Facultades del juzgador para admitir y ordenar el diligenciamiento de pruebas.....	66
5.3 Práctica y tramitación de los medios científicos de prueba en incidentes.....	68
5.4 Ventajas y desventajas que ofrecería la tramitación de los medios científicos de prueba.....	69
5.5 Estadísticas de la investigación con jueces.....	70
5.5.1 Resultado de la encuesta.....	71
5.5.2 Análisis del resultado de la encuesta.....	73
5.5 Estadísticas de la investigación con abogados litigantes.....	74



5.5.1 Resultado de la encuesta.....	75
5.5.2 Análisis del resultado de la encuesta.....	77
5.6 Análisis de la investigación.....	78
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN



En materia civil, y de conformidad con el principio dispositivo que en este punto con algunas excepciones, todavía impera en nuestro código civil, corresponde a las partes la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho, de allí que el problema fundamental se refiere a la prueba de los hechos, que son las afirmaciones o realidades que deben de ser probadas en el proceso, según el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, que regula que las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho y, quien pretenda algo, ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión o contrariamente, en tal sentido y según la reglamentación de los códigos, se han distinguido los juicios de hecho y los de puro derecho, siendo en los primeros de prueba necesaria, en tanto que en los segundos no.

Ante lo anterior es importante anotar que no existe la menor duda que es objeto de la prueba los juicios de hecho, de igual manera resulta con los incidentes planteados dentro de los procesos civiles, ya que de conformidad con la Ley del Organismo Judicial, se pueden plantear incidentes de hecho e incidentes de derecho; los primeros son objeto de prueba y los segundos no; sin embargo, como es de conocimiento general, el plazo para el diligenciamiento de la prueba en los incidentes de hecho, es de ocho días; para el mismo no existe un procedimiento específico. Debido a esta situación y otras que analizaremos, en los incidentes, en muchas ocasiones no se diligencian algunos medios de prueba, como los son los medios científicos de prueba.

Es por lo referido anteriormente que la presente investigación tiene por objeto determinar las causas por las que los jueces de instancia civil no diligencian los medios científicos de prueba cuando se plantean en materia civil dentro de un incidente.

Para tal efecto, es necesario conocer detalladamente la prueba, cuales son sus elementos, su naturaleza y su función tanto dentro de un proceso principal, como

dentro de un proceso accesorio; asimismo, es importante conocer con claridad la definición y naturaleza del incidente, su procedimiento y su fundamento, al igual que los medios científicos de prueba, sus principios, y en general, las formas de diligenciamiento.



Para el eficiente desarrollo del presente trabajo de investigación se ha estructurado la misma de la siguiente manera: El primer capítulo se refiere a la prueba, sus antecedentes históricos, elementos y características; el segundo capítulo se circunscribe específicamente a los principios procesales y a los principios aplicables a la prueba; en el tercer capítulo se hace un breve estudio sobre los medios científicos de prueba, sus orígenes, su objeto, su forma de aplicarlos y de valorarlos; el cuarto capítulo trata sobre los incidentes, conceptos, diligenciamientos y su regulación legal; en el quinto y último capítulo, hago una referencia de la facultad que tiene el juzgador de diligenciar las pruebas, especialmente los medios científicos de prueba.



CAPÍTULO I

1. La prueba

1.1 Concepto

La prueba en sentido jurídico-procesal es el método de buscar la verdad o falsedad de las proposiciones de juicio. Según el autor Couture citado por Nájera Farfán la prueba es: “un método de averiguación y un método de comprobación, ya que la prueba civil es normalmente comprobación, demostración, corroboración de la verdad, falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio...”¹ Nájera Farfán citando a Carnelutti señala que: “Probar significa la preposición de una verdad afirmada de los hechos controvertidos de las partes. La prueba en sentido común puede como acción y efecto de probar. Probar: Es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. En sentido procesal, la prueba se analiza desde dos puntos de vista: a) como método de averiguación: propio de la prueba penal y en la cual, la misma lo que persigue es la averiguación de los hechos y b) como un método de comprobación, propio de la prueba civil y por la cual al juez se le demuestra o comprueba las proposiciones de hecho, por lo anteriormente descrito podemos definir a la prueba como el medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”.² Finalmente podemos decir que probar es por tanto y en definitiva, tratar de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a su decisión.

Para Alsina, citado por Aguirre, la prueba es: “La comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende”³. Para Guasp citado por Manuel Ossorio, probar es “tratar de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a su decisión”⁴.

¹ Nájera Farfán, Mario Efraín, **Derecho procesal civil**, pág. 420

² **Ibid.** pág. 420

³ Aguirre Godoy, Mario, **Derecho procesal civil**, pág. 560.

⁴ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág 782.



Por aparte se puede señalar que prueba proviene del latín probo, honesto y probandum, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

Por extensión también se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas, con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Así se habla de la prueba confesional, prueba testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc.

Tal como lo señala Aguirre, "De conformidad con el principio dispositivo que en este punto con algunas excepciones, todavía impera en nuestro código, corresponde a las partes la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho"⁵.

Indica Aguirre Godoy que "Según la posición que adoptan algunas legislaciones, cuando el actor y demandado están de acuerdo sobre la forma en que los hechos se han producido, el juez debe aceptarlos a menos que sean inverosímiles o contrarios al orden natural de las cosas; se dice entonces que la cuestión es de puro derecho y el juez prescinde de la apertura a prueba, limitándose a aplicar el derecho. En el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, no se decía cuándo no era necesaria la apertura a prueba del juicio. Sin embargo, algunos Artículos del código dejaban traslucir situaciones en que el juez podía prescindir del periodo probatorio. Así sucedía, por ejemplo en el juicio ordinario de menor cuantía,

⁵ Ob. Cit. pág. 559



porque según el Artículo 536 del Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil “contestada la demanda y contra-demanda, en su caso, el juez abrirá el juicio de prueba si hubiere hechos que justificar y para ello señalará el término de quince días, que podrán prorrogarse a seis más, en los casos establecidos para el juicio ordinario escrito”. En el Código Procesal Civil y Mercantil, en su Artículo 123, párrafo primero, se establece que si hubiere hechos controvertidos, se abrirá a prueba el proceso por el término de treinta días”⁶ (sic.)

1.2. Objeto de la prueba.

El problema fundamental se refiere a la prueba de los hechos, que son las afirmaciones o realidades que deben ser probadas en el proceso, según el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, que regula que en los términos siguientes: las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho... quien pretenda algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión o contrariamente. Según la reglamentación de los Códigos, se han distinguido los juicios de hecho y los de puro derecho, siendo en los primeros como ya dijimos de prueba necesaria, en tanto que en los segundos no. Por lo que es importante anotar de que no existe la menor duda de que es objeto de la prueba los juicios de hecho, sin embargo existen ciertas excepciones tales como: a) solo los hechos controvertidos son objeto de prueba; b) los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y como consecuencia fuera de la prueba; c) no necesitan prueba los hechos presumidos; d) están fuera de la prueba los hechos evidentes; e) no es motivo de prueba los hechos notorios. Por otro lado los juicios de derecho no son objeto de prueba; sin embargo, a criterio de Eduardo Couture, citado por Aguirre, “El derecho se prueba en los siguientes casos: a) existencia o inexistencia de las leyes; b) la costumbre (cuando es fuente del derecho), c) el derecho extranjero”⁷.

6 Aguirre Godoy. **Ob Cit.** pág. 560

7 **Ibid.** pág. 561



1.3. Fuente de la prueba

Esta puede ser: directa o indirecta y real o personal: La prueba directa es cuando el hecho es percibido y conocido directamente por el juez (como en el reconocimiento judicial). Hay prueba indirecta cuando el hecho a probar, se percibe o se deduce a través de otro hecho intermedio (como la prueba testimonial). En la prueba directa, basta la percepción, mientras que en la indirecta se necesita además, la deducción, por tanto, en el proceso probatorio concurren dos factores: La actividad del juez, y el acto que sirve para procurar el hecho a probar. Son reales si el medio probatorio por una cosa u objeto. Personales: si se da por una persona que puede ser la propia parte (confesión) o por quien es ajeno al proceso como el testigo.

1.4 Medios de prueba

Entre los medios de prueba unos tienen carácter directo, por cuanto suponen contacto inmediato del magistrado con los motivos de la prueba, en otros a falta de ese contacto directo, se acude a una especie de reconstrucción o representación de los motivos de la prueba; y otros finalmente, se apoyan, a falta de comprobación directa o de representación, en un sistema lógico de deducciones e inducciones. Con base al anterior razonamiento, se puede deducir que existen tres formas de producirse la prueba a la que también podríamos llamar ordenación lógica de los medios de prueba, para comprender con mayor facilidad lo que es la prueba, se ordena como sigue: a) prueba por percepción, atendiendo a que esta llegue a conocimiento del juez de modo directo, como en la inspección ocular; b) prueba por representación que puede hacerse documentalmente (representación mediante cosas, prueba instrumental), o mediante relatos (prueba testimonial) y c) por deducción o inducción, cuando se infieren de los hechos conocidos los desconocidos, lo que hace el juez mediante presunciones; y así también la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren a través de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos, siendo este caso el examen pericial, que es el modo de diligenciarse la prueba científica.



1.5 Prueba de los hechos negativos:

El hecho negativo sí necesita prueba, esto ocurre por ejemplo cuando se alega la omisión o la inexistencia de un hecho como fundamento de una acción o de una excepción, porque en la omisión, en realidad, se afirma la inejecución de una presentación debida y en la inexistencia se afirma la ausencia de un hecho constitutivo o la falta de un requisito esencial en el mismo. En la simple negativa de un hecho, el que niega sí está relevado de prueba, aunque la prudencia le aconseje producirla, para desvirtuar la rendida por el actor.

La negativa en la acción o en la excepción, puede ser de derecho, de cualidad o de hecho.

La negativa del derecho, se da cuando se alega que determinada cosa no corresponde con las normas legales, como sucede en el ejemplo citado por Alsina: cuando se sostiene que una persona no puede ejecutar determinado acto por impedírselo la ley.

La negativa de la cualidad se produce cuando se niega a una persona una cualidad determinada. (Ejemplo: cualidad profesional)

La negativa de un hecho puede ser simple o calificada. Simple es aquella que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna, como por ejemplo, no haber contraído una obligación o no haber ejecutado un acto y la negativa calificada consiste en que la negación importa una afirmativa, por ejemplo cuando se alega que no se renunció o no se contrajo espontáneamente la obligación, porque se afirma implícitamente un hecho: la violencia, el dolo, el error, esto es lo que ocurre cuando el demandado se excepciona alegando un hecho impeditivo, modificativo o extintivo.



1.6 Pruebas que no pueden recibirse:

El principio sobre que la prueba no debe admitirse cuando sea **contra** derecho, no despierta mayores dudas.

Con respecto a la prueba extemporánea debe hacerse una diferenciación. En primer término con respecto a aquellos casos en que se pretende aportar prueba cuando ya ha transcurrido el término probatorio. En segundo lugar, y ésta es la más importante situación, cuando se pretende aportar prueba (especialmente documental) que no se ha ofrecido en la demanda o contestación, o bien, que no se acompañó en su oportunidad (documentos en que el actor funde su derecho o el demandado su excepción). En ambos casos la prueba debe rechazarse por haber pasado la oportunidad de proponerla y acompañarla.

El Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que los jueces podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso.

Para Couture, siempre citado por Aguirre, "el problema radica en diferenciar la admisibilidad de la pertinencia de la prueba"⁸. Sostiene que la prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de la prueba; y la prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. En cambio cuando se alude a prueba admisible o inadmisibile se vincula este concepto a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho; no se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla, así puede sostenerse que es prueba inadmisibile por ejemplo, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte u oficio determinado, etc.

⁸ **ibid**, pág. 563

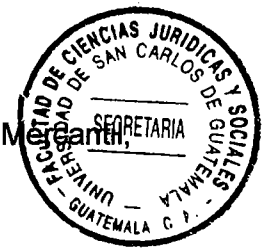
1.7 Carga de la prueba (onus probandi). teorías sobre la carga de la prueba



La prueba constituye una carga procesal para las partes por cuanto que, sino la producen estarán sometidas a las consecuencias que se deriven de su opinión, cuando según los principios que se expondrán les corresponda aportarla. La prueba no es más que una condición para la admisión de las pretensiones de las partes sin que constituya para éstas una obligación. Por lo que la carga de probar las afirmaciones de hecho supone saber a quien de las partes, al actor o al demandado, les toca hacerlo.

En el ámbito procesal, la carga de la prueba significa la conducta impuesta al litigante para acreditar la verdad de los hechos enunciados en la demanda o su contestación e incluso, cuando se produce la contrademanda, y toca indistintamente al actor o al demandado. La carga de la prueba presenta algunos aspectos interesantes de los cuales se detalla que: a) la carga en materia de obligaciones, impone al actor la prueba de los hechos que suponen la existencia de la obligación reclamada y al demandado que pruebe los hechos que la extinguen y apartan de ella; b) la carga de prueba en materia de hechos y actos jurídicos, impone que tanto el actor como el demandado prueben sus respectivas proposiciones de hechos y c) la carga de probar en materia de afirmaciones y negaciones supone que tanto el actor como el demandado han de probarlas. La carga de la prueba en este caso se reparte entre ambos litigantes, porque ambos deben convenir al juez de la verdad de sus afirmaciones o negaciones, ya que los hechos no probados se tienen por inexistentes. En síntesis, las partes tienen la carga de probar sus respectivas proposiciones de hecho; pues si pretenden algo, deben probar plenamente los hechos constitutivos de su pretensión y si contradicen la pretensión del adversario, han de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión. Los jueces, en estos casos, apreciarán las pruebas de acuerdo con lo establecidos en las reglas de la sana crítica. "De conformidad con la teoría de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos, se darían las siguientes reglas: a) respecto del actor, b) respecto del demandado, c) inversión de la prueba"⁹.

⁹ *Ibid.* pág. 570



De conformidad con el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, corresponde a las partes la prueba de sus afirmaciones.

Cuando las partes han aportado todo el elemento probatorio, no se presenta ningún problema, por cuanto que el juez fallará de conformidad con lo probado. El problema en cambio surge, cuando las partes han omitido aportar prueba, porque entonces el juez, con base en ciertos criterios, debe apreciar a quien correspondía probar. Según Aguirre, este es el problema que se conoce con el nombre de “distribución de la carga de la prueba”¹⁰ (sic).

a) Respecto del actor

Tal como lo señala nuestro ordenamiento jurídico, al actor incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende, el demandado puede adoptar una mera actitud negativa, desconociendo la pretensión de aquél. En este caso toda la prueba corre a cargo del demandante. En otros casos, el actor además de probar el hecho constitutivo del derecho, debe probar la violación del derecho.

Se puede mencionar que un hecho impeditivo o modificativo o extintivo, puede ser el fundamento de la pretensión del actor, ésto se da generalmente en las acciones declarativas. El actor deberá probar en ese caso el hecho que impidió la constitución de una relación jurídica o la modificó o la extinguió. Al que pide la nulidad de un acto jurídico corresponde la prueba del error, dolo, violencia o simulación en que funda su demanda.

¹⁰ *Ibid*, pág. 572



b) Respetto del demandado

- a. En el caso de allanamiento, el actor no deberá probar absolutamente nada y por eso la ley, impone que previa ratificación se dicte el fallo sin más trámite, que es lo mismo, que no es necesaria la apertura a prueba del juicio. Artículo 115 y 140 Código Procesal Civil y Mercantil.
- b. Cuando el demandado, sin desconocer la relación jurídica que invoca el actor, se opone a la pretensión del demandante, excepciones substanciales, entonces le corresponde probar el hecho impeditivo, modificativo o extintivo en que funda su excepción.

1.8 Principio de inversión de la carga

En ciertos casos la ley regula la carga de la prueba, atribuyéndola, no a quien afirma el hecho (constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo), sino a quien niega su existencia. Ello ocurre siempre que en la ley se establece una presunción *iuris tantum*, que consiste en dar por existente o inexistente un hecho si concurre con otro antecedente. El efecto de la presunción es librar de la carga de la prueba a quien ella beneficia, dando por existente el hecho presumido, pero siempre que se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente. Ejemplo: Justificado el matrimonio, se presumen hijos concebidos durante el matrimonio, los comprendidos en los incisos 1º. y 2º. del Artículo 222 del Código Civil.

1.9 Clasificación de las pruebas

A continuación enumeraremos y definiremos los distintos medios de prueba que la legislación y la doctrina señalan, siendo las siguientes:



1.9.1 Prueba directa e indirecta

La primera es cuando el hecho es percibido y conocido directamente por el juez (como en el reconocimiento judicial). Hay prueba indirecta cuando el hecho a probar, se percibe o se deduce a través de otro hecho intermedio (como la prueba testimonial). En la prueba directa, basta la percepción, mientras que en la indirecta se necesita además, la deducción, por tanto, en el proceso probatorio concurren dos factores: La actividad del juez, y el hecho que sirve para procurar el hecho a probar; **b) Pruebas preconstituídas y por constituir:** La primera es preconstituída cuando ya existe en sí antes del juicio, generalmente toma la forma de documento tomando en cuenta los requisitos legales. La segunda prueba por constituirse, es la que se produce en el proceso con las formalidades que le están señaladas; **c) Pruebas históricas y críticas:** Las primeras reproducen de algún modo el hecho que se trata de probar mientras que las críticas, sólo se llega al conocimiento de ese hecho, mediante inducciones o inferencia, son pruebas históricas los testigos, los documentos, las fotografías, el cine, etc. Las presunciones y el juicio de peritos deben de concluirse dentro de las críticas; **d) Pruebas reales y personales:** Las pruebas reales las suministran las cosas, las personales las personas por medio de sus actividades tales como la confesión, las declaraciones de los testigos y los dictámenes de los periciales, sin embargo un individuo puede ser considerado como objeto de la prueba misma en cuyo caso se obtendrá de él una prueba real; **e) Confesión:** Es cualquier declaración o manifestación de las partes que desempeñe una función probatoria esto es, porque tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado; **f) Documentos.** El documento es el objeto o materia en que consta por escrito una expresión del pensamiento ... en sentido más amplio, documento es todo lo que encierra una representación de un pensamiento, aunque no sea por escrito, y aún más una representación cualesquiera (fotografías, cintas, tallas, etc.), pero tales documentos en sentido amplio no se someten a las reglas de los documentos según la ley, sino que son objeto del procedimiento judicial o del examen del perito; **g) Dictamen pericial;** Es el documento o la declaración verbal que el perito produce ante el juez que conoce del litigio, y en el que consta su juicio sobre los puntos que le fueron sometidos... son los trabajos y conclusiones de los expertos, el cual deberá ser muy preciso en cuanto a los puntos que han sido objeto del mismo y deberá entregarse por escrito con



legalización de firmas, o concurriendo al tribunal a ratificarlo, el juez, a solicitud de parte o de oficio, podrá pedir a los expertos, verbalmente o por escrito, las aclaraciones que estime pertinentes sobre el dictamen y contra lo que resuelva no cabe ningún recurso; **h) Testimonio (testigos):** La prueba testimonial se caracteriza esencialmente por ser una prueba circunstancial, porque el testigo generalmente conoce los hechos de modo accidental ocasional y no de propósito (nos referimos al testigo corriente y no al que interviene con una determinada significación probatoria.); **i) Declaración de parte (posiciones):** Las posiciones son el medio para producir la confesión del modo normal), de obtener estas declaraciones que integran la prueba de confesión sería sin duda, el de plantear ante el confesante una serie de preguntas cuyas respuestas constituiría precisamente la declaración (de ciencia) que interesa obtener. De la importante significación que tales preguntas asumen en la prueba actual se deriva de este figura que se le puede dar el nombre de interrogatorio de las partes; **J) Presunciones (legales y humanas):** Es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos por ellos es que se supone una doble operación mental inductiva y deductiva. **Legales:** Es la actividad razonadora de que se vale el juez para descubrir ciertos hechos que no aparecen demostrados en el proceso. **Humanas:** Llamadas también presunciones judiciales y son las que el juez establece por el examen de los indicios según su ciencia, vale decir su sujeción a ningún criterio legal; sin embargo, los peligros que esta prueba entraña han hecho que algunos Códigos sean establecen determinadas condiciones para acortarlos fuerza probatoria, pero no con el propósito de condicionar las facultades del juez en la apreciación de los indicios sino de suministrarle un criterio de valuación, pues, en general, se admite para que esa apreciación se hará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

1.10 Procedimiento probatorio

Para que una prueba pueda ser considerada como tal y valorada por el juzgador, debe cumplir con lo que procesalmente se conoce el procedimiento probatorio, integrado de las siguientes etapas:



1.10.1 El ofrecimiento, la proposición, práctica y recepción de la prueba

a) Ofrecimiento: Que es un anuncio de la prueba, realizada por el actor en la demanda y por el demandado en la contestación o al interponerse un incidente o al evacuar el mismo; **b) Proposición o petitorio:** Que se realiza durante el período de prueba, y es la solicitud de admisión del medio de prueba oportunamente ofrecido; **c) Diligenciamiento:** Actividad del órgano jurisdiccional, por la cual el medio de prueba ofrecido y propuesto es diligenciado e incorporado al expediente.

En términos generales el procedimiento probatorio no es sino una manifestación particular del contradictorio, en virtud del cual, le es permitido a cada parte controlar la prueba del adversario.

Como quedó establecido, en el procedimiento probatorio se pueden establecer tres fases: el ofrecimiento, el petitorio y el diligenciamiento.

a. El ofrecimiento: Es la primera fase, y consiste en que la prueba debe ofrecerse en la demanda y en la contestación de ésta, lo encontramos regulado en los Artículos 61, 107, 108 y 118 del Código Procesal Civil y Mercantil.

b. Petitorio o solicitud de admisión: Es el segundo momento de la prueba, la solicitud de admisión de uno o varios medios probatorios. Responde al concepto de que la prueba se obtiene siempre por mediación del juez.

Corresponde a cada parte elegir los medios idóneos para producir prueba que le conviene dentro de los procedimientos señalados por la ley. El juez decide acceder o no a los petitorios que se le hagan, efectuando la fiscalización sobre la regulación del procedimiento elegido para la producción de la prueba.

c. Diligenciamiento o práctica de la prueba: Hecha la petición por la parte interesada y accedido el petitorio por el juez, se inicia la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación al proceso.



El diligenciamiento de la prueba consiste, entonces, en el conjunto de actos procesales que son necesarios cumplir para incorporar al expediente procesal los distintos elementos de convicción propuestos por las partes.

También se puede contar con pruebas producidas en otro juicio, ya que es la que surge cuando se trata de juzgar una prueba producida en un juicio penal cuyas consecuencias patrimoniales se hacen efectivas en el proceso civil. Las pruebas del juicio penal pueden ser válidas en el juicio civil, si en el primero la parte tuvo la oportunidad de ejercer contra esas pruebas todas las formas de impugnación que el procedimiento penal contempla.

Las pruebas de otro juicio civil, pueden ser válidas si en el anterior la parte tuvo la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley otorga en el juicio donde se produjeron.

Las pruebas producidas con todas sus garantías, son eficaces para acreditar los hechos motivo del debate en el juicio en el que se produjeron y mantienen su eficacia si vuelven a utilizarse en el nuevo proceso. No son eficaces, en cambio, si no han podido ser debidamente fiscalizadas en todas su etapas de diligenciamiento o cuando se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba en el juicio.

1.10.2 Los métodos de valoración de la prueba

A través de la valoración de la prueba, se trata de señalar, como gravitan y que influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión que el juez debe expedir, siendo tres los sistemas de valoración: **1) Prueba legal o tasada:** Por el cual la ley señala por anticipado el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado medio de prueba. **2) Libre convicción:** El juez a través de este sistema de valoración adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún en contra de la prueba de autos. **3) Sana crítica:** sistema de valoración basado en las reglas del correcto entendimiento humano, existiendo una relación entre las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia.



1.11 Ordenación lógica de los medios de prueba

La manera de agrupar los distintos medios de prueba no es uniforme en la doctrina. Se pueden destacar dos posiciones fundamentales que obedecen a un distinto enfoque.

Couture razona en el sentido de que entre los medios de prueba, unos tienen carácter directo, por cuanto suponen contacto inmediato del magistrado con los motivos de la prueba; y a otros les falta ese contacto directo, se acude a una especie de reconstrucción o representación de los motivos de la prueba; y otros finalmente, se apoyan, a falta de comprobación directa o de representación, en un sistema lógico de deducciones e inducciones.

1.11.1 Prueba por percepción

Consiste en el contacto directo e inmediato que tiene el juez con los objetos o hechos que habrán de demostrarse en el juicio. La prueba más eficaz es la que se realiza sin intermediarios; en este sentido y, desde el punto de vista de su eficacia, la prueba idónea es el reconocimiento judicial.

1.11.2 Prueba por representación

Que puede hacerse documentalmente (representación mediante cosas -prueba instrumental-), o mediante relatos (prueba testimonial)

a) Mediante documentos: un documento representa un hecho pasado o un estado de voluntad. En estos sentidos, la prueba escrita se preconstituye en previsión de posibles discrepancias futuras o desvanecimiento de hechos o actos.



b) Mediante relatos

b.1) Relato efectuado por las partes: Se da cuando se presta declaración ante el juez bajo juramento o amonestación de decir la verdad, lo que hacen es representar en el presente una situación o circunstancia ausente.

b.2) Relato prestado por terceros: Este se produce cuando la representación del suceso es proporcionada por terceros, a quienes no les mueve ningún interés personal. La representación, en este caso, es la prueba de testigos o el dictamen de expertos o peritos.

1.11.3 Prueba por deducción e inducción:

La prueba por deducción o inducción se produce en el caso del relato imposible; existe, sin embargo, la posibilidad de reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas infiriendo de los hechos conocidos hechos desconocidos. La conclusión la obtiene el juez por el sistema de presunciones.

La presunción se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros. Cuando la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros, a través de la ciencia, los hechos escondidos de los hechos escasamente conocidos, aparece por medio de la prueba de expertos o peritaje.

1.12 Sistemas de valoración de la prueba:

A continuación daremos algunas definiciones de los sistemas de valoración de la prueba:



1.12.1 Prueba legal o tasada:

El sistema señala por anticipado al juez el grado de eficacia que se le debe atribuir a un medio de prueba. Este tipo de prueba legal se encuentra regulada en nuestro Código Procesal, ya que en algunos de ellos se norma con singular acentuación. Ejemplo es el principio que señala que una escritura pública hace plena prueba en ciertos aspectos, la confesión del inculpado hace plena prueba en su contra, o el principio que señala cómo se priva eficacia la declaración de un testigo. Las normas regulan de antemano, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba.

1.12.2 Sana crítica:

Este concepto se encuentra ubicado en una categoría intermedia entre la prueba legal o tasada y la prueba de la libre convicción.

No posee la excesiva rigidez de la primera ni la excesiva incertidumbre de la segunda, ya que se ajusta a una feliz figura, fórmula elogiada alguna vez por la doctrina, que regula la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

La sana crítica es ante todo, la regla del correcto entender humano. En ella participan las reglas de la lógica y la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el juez pueda analizar la prueba con arreglo a la razón y al conocimiento experimental de las cosas. Es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual pero, sin olvidar los procedimientos legales y una higiene mental que tiendan a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. El sistema permite que el juez sea libre de razonar a voluntad discrecional o arbitrariamente.



1.12.3 Libre convicción:

Este es el modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que dentro del proceso se le presenta al juez. Tampoco se apoya en los medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

El sistema permite al juez adquirir el convencimiento de la verdad con la prueba que se encuentra en el proceso, fuera de la prueba incorporada al proceso y aún más, en contra de la prueba que está aportada al proceso. La falta de prueba existente en la causa y aún en contra de lo que se haya podido recoger, faculta al juez declarar como probados algunos hechos, porque así es su convicción moral y así se lo dicta su conciencia.

La libre convicción no se apoya en hechos probados, pero puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez cuando su conocimiento sea en forma privada; no es menester, entonces, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada posteriormente. Es suficiente que el juez afirme que tiene la convicción moral de que los hechos ocurrieron de esa manera, sin que exista necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida y dictar sentencia.

1.13 Clases de prueba

También es importante hacer una enumeración de las clases de medios de prueba existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

1.13.1 Declaración de parte

La confesión es cualquier declaración o manifestación de las partes que desempeñen una función probatoria, esto que tienda a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado



Con referencia a lo indicado anteriormente, se puede deducir que la confesión, cuando se considera como prueba, es la declaración que una de las partes en algunas ocasiones hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo.

1.13.2 Declaración de testigos

Este medio de prueba, no obstante ser uno de los más usados en el proceso, es de los más discutidos. El testigo declara fundamentalmente sobre hechos de terceros, a cuyas consecuencias jurídicas no se halla vinculado. Esto quiere decir, que el testigo es ajeno a la litis o ajeno al proceso.

La prueba testimonial se caracteriza esencialmente por ser una prueba circunstancial, porque el testigo generalmente conoce los hechos de modo incidental, ocasional y no de propósito. Claro que nos referimos al testigo corriente y no a aquél que interviene con una determinada significación probatoria, como ocurre con los testigos instrumentales.

El testimonio, según Alsina, citado por Aguirre Godoy, “se funda especialmente en una doble presunción: Primero, la presunción de la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad; y Segundo, en un fundamento moral, que tiene su base en el hecho de que se supone que el testigo no pretende engañar al Juez, sino que relata la realidad como la vio y como la apreció”¹¹. Por eso se ha dicho que el testimonio no es una declaración de voluntad, puesto que no se pretende crear o modificar situaciones atribuyéndoles especiales efectos jurídicos. Se trata de una declaración de ciencia, del conocimiento que el testigo tiene de ciertos hechos y nada más. Precisamente por ese fundamento ético sobre el cual se apoya el testimonio, y que en algunos casos puede faltar, es que ha perdido su predominio este medio de prueba, con relación a la prueba documental. Alsina cita la frase de Montesquieu, quien refiriéndose a la ventaja que tiene la prueba

¹¹ *Ibid*, pág. 585



documental sobre el testigo, dice que "una escritura es un testigo que difícilmente corrompe"¹².

Claro que la prueba testimonial se rodea de una serie de garantías, que son, por una parte la publicidad de los actos; y por la otra, el contralor que ejerce la parte contraria. Existen otros controles, como por ejemplo la protesta de decir verdad y el juramento.

1.13.3 Prueba pericial

La prueba pericial es el medio de prueba que consiste en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba por lo que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos.

Este tipo de prueba es procedente cuando el juez no se encuentra en condiciones de conocer o apreciar un hecho por sus propios medios.

1.13.4 Reconocimiento judicial

"Reconocimiento judicial es diligencia que el Juez practica, para examinar u observar por sí mismo, la cosa objeto del litigio y cuyas circunstancias o accidentes constituyan materia de prueba"¹³; esta diligencia, como quedó señalado es practicado por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, esto es realizado mediante el examen y la observación directa del juez, con sus propios sentidos, de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción.

¹² **Ibid.**

¹³ Nájera Farfán **Ob. Cit.**, pág. 513.



1.13.5 Prueba instrumental

Esta denominación, la empleamos para referirnos solamente a la prueba por documentos, sino también a otros elementos de prueba que reconoce nuestro Código Civil, tal como la prueba fotográfica y la cinematográfica.

Es bastante generalizada la idea que identifica el documento con algo que por escrito exterioriza cierto pensamiento humano mediante signos permanentes del lenguaje.

Existe la corriente que lo concibe como un objeto representativo, o sea un objeto que intencionalmente reproduce o refleja el dato a probar a que se refiere.

La prueba instrumental es toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal. Estos últimos son propiamente las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica y para las cuales se reserva el nombre de instrumentos. En cambio los otros documentos materiales (marcas, signos contraseñas, etc.) debe demostrarse su existencia por medio de otro tipo de prueba como la pericial y la inspección ocular.

1.13.6 Presunciones

Las presunciones, como dijera Najera Farfán, “son como clásicamente se les define, las consecuencias o deducciones que la ley o el Juez sacan de un hecho conocido”¹⁴.

Se puede decir que es la actividad razonadora que realiza el juez para descubrir ciertos hechos que no parecen demostrados en el proceso.

¹⁴ *Ibid*, pág. 556



La presunción como prueba, constituye un silogismo, en el que la premisa mayor es el principio general y la premisa menor el hecho conocido, siendo la conclusión el hecho que se desea conocer.

1.14 Pertinencia, conducencia o idoneidad de la prueba:

Para Couture, citado por Aguirre, el problema radica en diferenciar la *admisibilidad* de la *pertinencia* de la prueba. Sostiene que la “*prueba pertinente* es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de la prueba”¹⁵.

Prueba impertinente, “es por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. Por ejemplo: una prueba sobre un hecho no articulado en la demanda o en la réplica por el actor o en la contestación y en la duplica por el demandado, es prueba impertinente”.¹⁶

En cambio, cuando se alude a la prueba *admisible* o *inadmisible* se vincula este concepto a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla. Por ejemplo puede decirse que es prueba inadmisibile, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte u oficio determinado.

Lo que debe reservarse par el momento de dictar sentencia es la apreciación sobre la pertinencia o impertinencia de la prueba, no su admisibilidad.

Por su parte el Artículo 127 Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Los jueces podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso. Las resoluciones que se dicten en este sentido son inapelables

¹⁵ Aguirre Godoy, **Ob. Cit** pág-567

¹⁶ **ibid**

pero la no admisión de un medio de prueba en oportunidad de su proposición no obsta a que, si fuere protestada por el interesado, sea recibida por el tribunal que conozca en segunda instancia, si fuere procedente.



CAPÍTULO II



2. Principios procesales y principios aplicables a la prueba

Los principios procesales son los que por disposición especial se encuentran regulados en nuestra legislación y son aplicables a los diferentes tipos de procesos establecidos en nuestra legislación y los principios aplicables a la prueba son aquellas series de postulados con base en los cuales se integra a cabalidad la institución que se conoce como procedimiento probatorio.

2.1 Principios procesales

Como quedó señalado son los que por disposición especial se encuentran regulados en nuestra legislación y son aplicables a los diferentes tipos de procesos establecidos en nuestra legislación; de los que haremos un breve análisis, basándonos en los criterios del autor Mario Gordillo, aunándolos con la legislación guatemalteca.

2.1.1 Principio dispositivo

Gordillo señala que “Conforme a este principio, corresponde a las partes la iniciativa del proceso”¹⁷, este principio asigna a las partes, mediante su derecho de acción y no al juez, la iniciación del proceso. Son las partes las que suministran los hechos y determinan los límites de la contienda. Conforme a este principio se aplican los aforismos romanos **nemo iudex sine actore y ne procedat iure ex officio**, no hay jurisdicción sin acción. Contrario al sistema inquisitivo cuyo impulso le corresponde al juez y a él también la investigación. En el sistema dispositivo

¹⁷ Gordillo, Mario, **Derecho procesal civil guatemalteco**, pág. 80

únicamente se prueban los hechos controvertidos y aquellos que no lo son o son aceptados por las partes, el juez los fija como tales en la sentencia.



Contienen este principio entre otras las siguientes normas procesales:

- El juez debe dictar su fallo congruente con la demanda y no podrá resolver de oficio sobre excepciones que sólo pueden ser propuestas por las partes. (Artículo 26 Código Procesal Civil y Mercantil)
- La persona que pretenda hacer efectivo un derecho, o que se declare que le asiste, puede pedirlo ante los jueces en la forma prescrita en este Código. (Artículo 51 Código Procesal Civil y Mercantil)
- La rebeldía del demandado debe declararse a solicitud de parte (Artículo 113 Código Procesal Civil y Mercantil)
- El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil obliga a las partes a demostrar sus respectivas proposiciones de hecho.

2.1.2 Principio de oralidad y escritura:

Gordillo señala que “En virtud del principio de escritura la mayoría de actos procesales se realizan por escrito”¹⁸. Este principio prevalece actualmente en nuestra legislación procesal civil. El Artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil regula lo relativo al escrito inicial. Es importante recordar que no existe un proceso eminentemente escrito, como tampoco eminentemente oral, se dice que es escrito cuando prevalece la escritura sobre la oralidad y oral cuando prevalece la oralidad sobre la escritura.

Asimismo, aclara que más que principio de oralidad “se trata de una característica de ciertos juicios que se desarrollan por medio de audiencias y en los que prevalecen los principios de contradicción e inmediación”¹⁹. En el proceso civil guatemalteco el Artículo 201 establece la posibilidad de plantear demandas verbalmente ante el juzgado, caso en el cual es obligación del secretario levantar el acta respectiva. Conforme a las disposiciones del título II, capítulo I, Artículos del

¹⁸ *Ibid*, pág. 10

¹⁹ *Ibid*



199 al 228 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el proceso oral, prevalece la oralidad a la escritura, circunstancia que permite, que la demanda, su contestación, interposición de excepciones, ofrecimiento y proposición de los medios de prueba e interposición de medios de impugnación, pueda presentarse en forma verbal. Es importante recordar que en los procesos escritos no se admiten peticiones verbales, únicamente si estuviere establecido en ley o resolución judicial.

2.1.3 Inmediación y concentración:

En cuanto al principio de inmediación, Gordillo señala que a su criterio “es uno de los principios más importantes del proceso, de poca aplicación real en nuestro sistema, por el cual se pretende que el juez se encuentre en una relación o contacto directo con las partes, especialmente en la recepción personal de las pruebas”²⁰. De mayor aplicación en el proceso oral que en el escrito.

El Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil contiene la norma que fundamenta este principio, al establecer que el juez presidirá todas las diligencias de prueba, principio que de aplicarse redundaría en la mejor objetividad y valoración de los medios de convicción. La Ley del Organismo Judicial lo norma también al establecer en su Artículo 68 que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba.

Al referirse al principio de concentración indica que por este principio se pretende que el mayor número de etapas procesales se desarrollen en el menor número de audiencias, se dirige a la reunión de toda la actividad procesal posible en la menor cantidad de actos con el objeto de evitar su dispersión. “Este principio es de aplicación especial en el juicio oral regulado en el título II del libro II del Decreto Ley 107. Efectivamente conforme a lo estipulado en el Artículo 202 del Código Procesal Civil y Mercantil si la demanda se ajusta a las prescripciones legales el juez señala día y hora para que comparezcan a juicio oral y conforme a los Artículos 203, 204, 205 y 206 las etapas de conciliación, contestación de la demanda,

²⁰ **Ibid.**

reconvención, excepciones, proposición y diligenciamiento de prueba, se desarrollan en la primera audiencia, relegando para una segunda o tercera audiencia únicamente el diligenciamiento de aquella prueba que material o legalmente no hubiere podido diligenciarse²¹.



2.1.4 Principio de igualdad:

También llamado de contradicción, se encuentra basado en los principios del debido proceso y la legítima defensa, es una garantía fundamental para las partes y conforme a este, los actos procesales deben ejecutarse con intervención de la parte contraria, no significando esto que necesariamente debe intervenir para que el acto tenga validez, sino que debe dársele oportunidad a la parte contraria para que intervenga. Todos los hombres son iguales ante la ley, la justicia es igual para todos (Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial). Este principio se refleja entre otras normas en las siguientes:

- El emplazamiento de los demandados en el juicio ordinario (Artículo 111 del Código Procesal Civil y Mercantil) así como en los demás procesos.
- La audiencia por dos días en el trámite de los incidentes (Artículo 138 de la Ley del Organismo Judicial).
- La recepción de pruebas con citación de la parte contraria (Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil)
- La notificación a las partes, sin cuyo requisito no quedan obligadas (Artículo 66 del Código Procesal Civil y Mercantil)²².

Asimismo, el Artículo 12 de la Constitución Política de la República establece que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

²¹ *Ibid*, págs. 8-9.

²² *Ibid*, págs. 10-11.



2.1.5 Principio de bilateralidad y contradicción:

Como se indicó anteriormente Mario Gordillo lo equipara al principio de igualdad, así como también lo hace Mario Aguirre Godoy, quien señala que el principio de igualdad es una garantía procesal por excelencia y unas veces se le llama también principio de contradicción o de bilateralidad de la audiencia. Couture citado por Aguirre dice que: “se resume en el precepto **audiatur altera pars** (óigase a la otra parte)”²³.

2.1.6 Principio de economía:

Tiende a la simplificación de trámites y abreviación de plazos con el objeto de que exista economía de tiempo, de energías y de costos, en nuestra legislación es una utopía, aunque algunas reformas tienden a ello, las de la Ley del Organismo Judicial que establecen que la prueba de los incidentes se recibe en audiencias y que el auto se dicta en la última podría ser un ejemplo de economía procesal²⁴.

Asimismo, Orellana Donis señala que “este principio lo que busca es que el proceso sea más barato, que las partes sufran el menor desgaste económico en el proceso y mantener un equilibrio en que prevalezca que no sea más costoso un proceso que el costo de la litis. Este principio va a determinar al final del proceso la condena en costas procesales”²⁵.

2.2 Principios aplicables a la prueba

No obstante los principios procesales, existen otros principios que le son aplicables a la prueba, y son aquellas series de postulados con base en los cuales se integra a cabalidad la institución que se conoce como procedimiento probatorio, lo que a continuación desarrollaré.

²³ Aguirre, **Ob.Cit.** pág. 266.

²⁴ Gordillo, **Ob.Cit.** pág. 11.

²⁵ Orellana Donis, Eddy Giovanni, **Derecho procesal civil I**, pág. 85.



2.2.1 Principio de necesidad de la prueba

Consiste en que los hechos sobre los cuales deban fundarse la decisión judicial necesitan ser demostrados por las pruebas aportadas por las partes y prohíben al juez aplicar sus conocimientos sobre los hechos objeto de litis. El juez no puede aportar medios de prueba aunque tuviere conocimiento de los hechos.

2.2.2 Principio de unidad de la prueba:

En un proceso no sólo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad de estudiar la prueba como un todo, salta a la vista, estudio que se debe hacer buscando las concordancias y divergencias, a fin de lograr el propósito indicado.

Tiene dicho la doctrina del derecho procesal que la apreciación conjunta de la prueba consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios y a través de la cual llega a un convencimiento homogéneo sobre el cual habrá de edificar su fallo estimativo o desestimativo; que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones o el demandado sus defensas o no lo son.

2.2.3 Principio de adquisición de la prueba:

De conformidad con este principio la prueba, una vez rendida, pertenece al proceso y no a la parte que la propuso, a la cual puede indistintamente perjudicar o favorecer. Este principio se encuentra específicamente desarrollado en lo que se refiere a la prueba de documentos, en el Código Procesal Civil y Mercantil, al preceptuar en el Artículo 177 último párrafo: “El documento que una parte presente como prueba, siempre probará en su contra.”



2.2.4 Principio de contradicción de la prueba:

La parte en contra de la cual se postula, opone o aporta una prueba debe conocerla y ella (la prueba) no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia, cono conocimiento, de esa parte. Al proceso no puede ingresar pruebas en forma subrepticia, escondida, o a espaldas de la contraparte.

El Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 129 expresa que las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria; y sin este requisito no se tomarán en consideración.

Para la diligencia de prueba se señalará día y hora en que deban practicarse y se citará a la parte contraria, por lo menos con dos días de anticipación. La prueba se practicará de manera reservada cuando, por su naturaleza, el tribunal lo juzgare conveniente. El juez presidirá todas las diligencias de prueba.

2.2.5 Principio de publicidad de la prueba:

La prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter social: hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma en que se puedan reconstruir los hechos. Tiene mucho que ver, además con el prestigio de los tribunales.

Todas las diligencias probatorias y el procedimiento probatorio en general son, al igual que todo el proceso civil, público, y cualquier persona tiene acceso al conocimiento de las actuaciones del mismo. En relación a lo apuntado, Nájera Farfán expresa: "Con respecto a la publicidad, debemos recordar que toda diligencia es pública entre las partes y sus abogados. En el Código Procesal Civil y Mercantil no existe ningún precepto general que prohíba la presencia de terceras personas, y antes bien, se supone que no la prohíbe porque de otra manera, no se explica el por qué, en el párrafo tercero del Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil,



se dice que la prueba se practicará de manera reservada cuando por su naturaleza el tribunal lo juzgue conveniente.²⁶

2.2.6 Principio de preclusión de la prueba:

Cada una de las etapas de la prueba deber ser realizada en el momento procesal oportuno, fuera del cual no puede realizarse. En cuanto a este principio Nájera-Farfán señala que es cuando: “Las partes deben hacer uso de sus poderes, facultades o derechos procesales, dentro de los términos o plazos que las leyes señalan para la realización de los actos procesales y en armonía obligada con cada una de las fases a través de las cuales se desarrolla el proceso. De lo contrario pierden el derecho y la oportunidad de hacerlo²⁷”.

En concordancia con este principio el Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Si hubiere hechos controvertidos, se abrirá a prueba el proceso por el término de treinta días. Este término podrá ampliarse a diez días más cuando sin culpa del interesado no hayan podido practicarse las pruebas pedidas en tiempo...”. Como se puede observar, en esta norma legal están claramente establecidos los términos y plazos para la proposición y diligenciamiento de la prueba, por lo que con base al principio objeto de este análisis el no cumplir con esos términos, dicho derecho precluye.

²⁶ Nájera Farfan, **Ob. Cit.**, pág 454.

²⁷ **Ibid**, pág. 236

CAPÍTULO III



3. Medios científicos de prueba

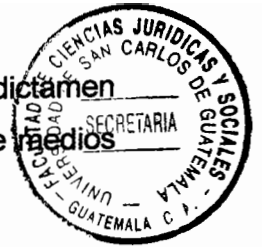
3.1 Generalidades

Los medios científicos de prueba se apoyan estrictamente en la ciencia, por lo que tendrán que ser medio dotados de mayor efectividad, ya que se trata de poner a la ciencia al servicio del derecho procesal y de la justicia. En la resolución de los hechos controvertidos dentro del proceso, la prueba se construye o produce con datos, objeto y fuentes que proporciona la ciencia, la técnica y el arte.

En cuanto a la naturaleza de los medios científicos hay que mencionar que pretenden una objetividad más depurada, mediante la imparcialidad que sólo la ciencia puede proporcionar, en contraposición a los medios de prueba tradicionales que se ven afectados por la subjetividad que deriva de la apreciación de un individuo. Esta es la diferencia básica entre los medios de prueba tradicionales y los científicos, aunque hay que aclarar que la objetividad de estos últimos no es absoluta, porque aunque la ciencia proporciona cierta garantía, la interpretación y valoración de los mismos se da mediante el sistema de la sana crítica, en la cual interviene la subjetividad del juez.

El Artículo 191 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que de oficio o a petición de parte, pueden disponerse calcos, relieves, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares. Regula también que es permitido, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo y que si el juez lo considerare necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o cinematográfica. El Artículo 192 del mismo cuerpo legal regula que certificada su autenticidad por el secretario del Tribunal o por un notario, las partes pueden aportar fotografías y sus copias, cintas cinematográficas y cualesquiera otras producciones fotográficas y similares; registros dactiloscópicos y fonográficos; versiones taquigráficas, siempre que se acompañe la traducción de ellas y se exprese el sistema empleado; y cualesquiera otros medios científicamente reconocidos; y el Artículo 193 regula que si el juez lo

considerare necesario para la apreciación de esta prueba, podrá requerir el dictamen de expertos. Asimismo, regula que los gastos que ocasione la rendición de medios científicos de prueba, serán a cargo de quien los proponga.



3.2 Concepto:

Los medios científicos de prueba son aquellos medios crediticios que aportan conocimiento al juzgador, mediante el empleo de productos de la evolución científica y técnica respecto a los hechos controvertidos en el proceso. Los medios científicos de prueba, son el resultado de grandes descubrimientos o inventos, que en un momento dado se le presenta al juzgado con el objeto de que éste pueda apreciar y verificar la inexistencia o existencia de hechos que se discuten.

Para cumplir su tarea de descubrir y verificar científicamente la verdad, esta prueba emplea los principios de la biología, la física y la química, por ser ciencias básicas, y es realizado por expertos en cada materia, quienes al emitir un dictamen se convierten en peritos, que auxilian a los juzgadores, siendo en tal sentido que la prueba científica, tiene una gran relación con la prueba pericial, por lo que con el objeto de comprender mejor el diligenciamiento de la prueba científica, desarrollaré en el siguiente apartado la prueba pericial.

3.2.1 Prueba pericial

Según Miguel Fenech citado por Aguirre: "Es el medio de prueba que consiste en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba por lo que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos"²⁸.

²⁸ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.**, pág. 374

Este tipo de prueba es procedente cuando el juez no se encuentra en condiciones de conocer o apreciar un hecho por sus propios medios.



Es un medio de prueba fundado en la técnica y la ciencia que se concreta a través de la actuación de peritos, como el juicio que un tercero emite por encargo judicial sobre datos de hechos del proceso par cuyo esclarecimiento se necesita de conocimientos especiales que no son del dominio del juez.

3.2.2 Naturaleza jurídica:

Es de carácter instrumental o científico porque es el medio para determinar la existencia o no de un hecho. Está fundado en la técnica y en la ciencia.

Es un medio de prueba porque su utilización sirve para la verificación o esclarecimiento de ciertos hechos que no son deducibles por el común de las personas y es un medio de prueba personal porque se utiliza a terceros.

3.2.3 Necesidad de la prueba pericial:

Según Alsina, citado por Aguirre, "Para la comprobación de un hecho en el cual no es necesario que omitan opinión; y para la determinación de las causas de un hecho aceptado por las partes pero con respecto al cual controvierten"²⁹. Aclara que normalmente los peritos desempeñan ambas funciones para auxiliar al juez, o sea que no sólo comprueban el hecho, sino que también contribuyen a su apreciación.

Como se dice, no solo comprueban el hecho sino que también contribuyen a su apreciación; se trata de simples colaboradores del juez que salvan una imposibilidad física o suplen una insuficiencia técnica de un tribunal.

²⁹ **Ibid**, pág. 665



C) Concepto de perito:

De conformidad con Alsina, citado por Mario Aguirre, "Es la persona que a través de sus conocimientos técnicos auxilia al juez en la constatación de los hechos y en la determinación de sus causas y efectos, cuando media una imposibilidad física o se requieran conocimientos especiales en la materia"³⁰.

Guasp también citado por Aguirre expresa el concepto de perito diciendo que es "la persona que, sin ser parte, emite con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su captación"³¹.

En el aspecto relativo a los requisitos que deben reunir los expertos para poder desempeñar su cometido. En el Código Procesal Civil y Mercantil no se exigen determinados requisitos, por lo que a falta de norma y de prohibiciones expresas debe resolverse esta situación con amplitud. En el Código si se regula la materia relativa a la recusación de los expertos, a la que aludiremos más adelante.

D) Requisitos del peritaje

- a. Que la prueba haya sido ordenada en forma legal, si no lo es. Existirá un dictamen pero carecerá de valor.
- b. La pertinencia y utilidad de la prueba.
- c. Que el perito reúna idoneidad para realizar el cometido que le sea encomendado.
- d. Los estudios deberán ser realizados personalmente por el perito, lo cual no obsta o que éste, para una mejor comprensión de los hechos y circunstancias, pueda hacerse asesorar por otros expertos.
- e. La pericia, tampoco debe estar afectada por causales de nulidad para conservar su validez pudiendo, éstas viciar el proceso en el cual fue ordenado el dictamen.

³⁰ **Ibid.** pág. 666

³¹ **Ibid.**

- f. Que el perito sea una persona física, titulada en la materia o especializado en conocimientos científicos, artísticos o prácticos, para poder apreciar la fuente de la prueba.
- g. No existe obstáculo para que las labores preparatorias puedan ser encomendadas a otras personas por el perito, pero lo que resulta indelegable es la formulación del juicio técnico.
- h. La presentación del dictamen en forma legal, debe estar ajustada a los términos prescritos por la ley.



En nuestro Código Procesal Civil y Mercantil no se establecen específicamente requisitos para la validez del dictamen, pero se regula en el Artículo 166 que existe recusación a los peritos, y que son las mismas causales que las de los jueces, las cuales se encuentran contenidas en los Artículos 122 y 123 de la Ley del Organismo Judicial. Es necesario tomar en cuenta que únicamente la parte que nombró a su perito, lo puede recusar luego de su nombramiento.

E) Objeto de la pericia

El examen pericial versa sobre los datos procesales con respecto a los cuales el juez necesita cierta apreciación o enjuiciamiento. Este examen debe ser producido, ya sea a instancia del propio juez o bien a petición de la parte a quien interese que se lleve a cabo, pero en uno y otro caso es el juez quien encarga a los peritos llevar adelante el examen. Toda pericia extra-procesal no tiene ningún valor de prueba; ejemplo: la declaratoria de incapacidad.

La legislación mexicana señala que el dictamen pericial es el informe que rinde un perito o experto en cualquier arte, profesión o actividad, en el que da a conocer sus puntos de vista o resultados respecto del examen o análisis que haya hecho de una cuestión sometida a sus conocimientos, sobre una materia específica.

El dictamen pericial en materia jurídica puede ser libre o estar sujeto a determinadas reglas o condiciones impuestas por la autoridad judicial que lo solicita o difiere. En el primer caso, el perito examina las cuestiones respecto de las cuales



ha de emitir opinión fundada y que son sometidas a su criterio, experiencia o conocimientos, sin sujetarse a orientaciones u órdenes precisas, realiza por su parte las investigaciones que estima procedentes, acude a las actuaciones de un proceso si ello resulta indispensable, solicita informes, realiza inspecciones, estudia documentos y puede inclusive pedir alguna instrucción o la realización de una diligencia específica; todo ello con la finalidad de obtener los elementos que le sean útiles para llegar a una conclusión, que según su leal saber y entender, considere a la correcta. En el segundo caso, es la autoridad judicial quien le indica sobre cuáles temas en particular o cuestiones profesionales o técnicas de una controversia, es en los que requiere auxilio, para estar en condiciones de pronunciar una sentencia justa y correcta.

Ejemplos de lo anterior los tenemos en los siguientes dictámenes periciales: en problemas grafoscópicos, en los que precisa identificar plenamente una grafía o una firma: o en cuestiones de índole medica, en las que el examen de una persona a necesario para determinar su estado de salud o un padecimiento cualquiera, por exigencias del conflicto de intereses que se dirima, el perito actúa en función de sus conocimientos exclusivamente. En materia civil o penal el dictamen pericial procede cuando son necesarios los conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria o cuando lo ordena la ley; pero sólo puede ofrecerse cuando se expresen los puntos sobre los hechos que versarán, sin cuyo requisito no debe admitirse. Como puede apreciarse en estos últimos casos el perito no puede salirse de unas instrucciones rígidas sobre cuyas especificaciones debe producir el dictamen.

Por otra parte, cuando el dictamen judicial deba ajustarse a las disposiciones legales para que tenga eficacia probatoria y permita a la autoridad judicial apoyarse en él al adoptar una determinación respecto de las cuestiones técnicas, científicas o jurídicas que hayan sido planteadas por las partes, su contenido se ajustará a los siguientes capítulos.

Por aparte se puede indicar que la prueba pericial es planteamiento de la cuestión sobre la que ha de pronunciarse un criterio profesional, técnico o científico. Al ofrecerse la prueba pericial se indicara su objeto y la naturaleza del ofrecimiento, esto es la finalidad que se persigue con ella. Si de lo que se trata es de ilustrar al

juez respecto de hechos o circunstancias del juicio o la autoridad judicial es que decide se le asesore en determinados aspectos de una controversia, será que indique la forma en que tal asesoría le es útil o necesaria.



Alcance de la controversia: En el dictamen pericial se fijaran con precisión los puntos en que se oponen las partes a efecto de distinguir las distintas posiciones en que se hayan ubicado. En todo caso deben reproducirse textualmente los términos de ofrecimiento de la prueba para partir de ellos en el examen de los aspectos controvertidos tal como lo haya dispuesto la autoridad y sólo respecto de aquéllos habrá de pronunciarse juicio. Examen de cada punto sobre los cuales se exige estudio. En el dictamen no sólo se formularán las aclaraciones conducentes sino que se incluirán los documentos o instructivos que complementen la opinión que se sustente y que sirvan para mejor ilustrar las cuestiones sometidas a examen pericial. Éstas se estudiarán por separado.

Se puede señalar que el dictamen debe terminar proponiendo soluciones, las cuales deben estar fundamentadas en el análisis que se haga de los puntos controvertidos, con expresión de las causas o motivos, si los hubiere, que hayan permitido llegar a determinadas propuestas. Las conclusiones serán precisas y sin lugar a dudas.

El dictamen pericial es, en suma, un auxiliar eficaz para el juzgador, que no puede alcanzar todos los campos del conocimiento técnico o científico y quien debe resolver conflictos que presentan aspectos complejos que exigen una preparación especializada, de la cual carece. Puede o no vincularse a la resolución que se pronuncie, pero en cualquiera de los extremos que se adopten, la valoración que se haga constituye un apoyo para una más completa aplicación de la justicia.

Por su parte, para Alcalá-Zamora citado por Cabañellas, “el dictamen pericial presenta varias deficiencias tanto desde el punto de vista de su contenido como en la apreciación del juzgador; lo primero porque a pesar del desarrollo de la ciencia y de la técnica en nuestros días, el perito no deja de ser humano y por lo mismo susceptible de que priven sus sentimientos sobre sus conocimientos esto es, debe atender no sólo al interés de quien cubre sus honorarios, sino al objetivo que se

persigue con la prueba, pues raro es el caso del perito que ajusta su análisis a un criterio imparcial que debiera imperar en el examen de hechos positivos. Lo segundo porque el juzgador, a sabiendas de que está impedido de alcanzar todos los ámbitos del saber científico y técnico, se inhibe de otorgar al dictamen pericial el valor probatorio que en muchas situaciones comprende, por lo que no otorga eficacia jurídica a su contenido³².



Sin embargo, reconoce por otra parte que algunos conflictos han de resolverse si no con apoyo total en un dictamen pericial, sí al menos con la aportación probatoria que del mismo se desprenda, por resultar imposible que el juez tenía capacidad para la comprensión de la totalidad de las materias que se someten a su examen y decisión, a menos que sólo pretenda resolver en conciencia, como hoy se pretende en algunos procedimientos en los que las pruebas son elementos de inducción y escasamente de deducción. Cree que a pesar de todo esto la prueba pericial se va imponiendo y logrará con el tiempo un cambio en su naturaleza jurídica, no obstante su actual carácter subjetivo en cuanto a su valoración, pues tendrá que alcanzar necesariamente, si se desea que el dictamen pericial no carezca de eficacia, un mayor nivel de objetividad.

Para evitar las deficiencias encontradas en el ofrecimiento de la prueba pericial y más aún en los dictámenes producidos, en el proceso moderno se acostumbra que si cada parte propone un perito, cada uno estudiara las cuestiones sobre las que habrá de versar su dictamen; pero ambos concurrirán a una diligencia en la que formularán ante el juez y las partes ese dictamen, al cual podrán hacerse las observaciones que se deseen. De ahí el cambio de disposiciones legales recientes en el sentido de obligar a los peritos a concurrir a una diligencia que fijara el juez siendo sancionados con multa de 15 a 30 días del importe del salario mínimo vigente en el lugar de celebración del juicio, de no concurrir a la misma.

Cuando los dictámenes periciales de las partes no concuerden y resulte indispensable un tercer dictamen, el juez nombrará un perito en discordia como se le

32 Cabañellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 265



llama en el lenguaje procesal, quien deberá concurrir asimismo a la diligencia sea sólo o asociado con los otros dos conforme lo determine el juez, a efecto de que después de una deliberación que se abra entre ellos, produzcan un solo dictamen de ser posible, o uno por mayoría al menos, que cubra los objetivos del ofrecimiento de la prueba respectiva. La autoridad judicial podrá otorgar o negar valor probatorio a dicho dictamen pericial, pero no podrá dejar de examinarlo y deberá apreciarlo en relación con las demás pruebas y constancias que obren en los autos.

3.3. Pruebas científicas más comunes

a) Análisis: De conformidad con el diccionario de la Real Academia, “dependiendo al campo de aplicación nos da diferentes conceptos de este tipo de prueba: a) Distinción y separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos; b) Examen que se hace de una obra, de un escrito o de cualquier realidad susceptible de estudio intelectual; c) Tratamiento psicoanalítico; d) Examen de los componentes del discurso y de sus respectivas propiedades y funciones; e) Estudio, mediante técnicas informáticas, de los límites, características y posibles soluciones de un problema al que se aplica un tratamiento por ordenador; f) Parte de las matemáticas basada en los conceptos de límite, convergencia y continuidad, que dan origen a diversas ramas: cálculo diferencial e integral, teoría de funciones, etc.; g) Análisis clínico; examen cualitativo y cuantitativo de ciertos componentes o sustancias del organismo según métodos especializados, con un fin diagnóstico; Resultado de este examen; el que tiene por objeto descubrir y aislar los elementos o ingredientes de un cuerpo compuesto; el que se emplea para determinar la cantidad de cada elemento o ingrediente; h) Método que se ocupa del análisis de las dimensiones de las magnitudes físicas, y que permite establecer directamente relaciones entre las que intervienen en un proceso, sin necesidad de realizar un análisis completo y detallado. Método de análisis químico cualitativo, y en algunos casos cuantitativos, mediante técnicas espectroscópicas; i) Método estadístico

usado para cuantificar la importancia de cada uno de los factores actuantes en un fenómeno³³.



“b) Bacteriológico: Es parte de la bacteriología. -(De bacteria y -logía)- y parte de la microbiología que tiene por objeto el estudio de las bacterias.

c) Hematológico: Perteneciente a la hematología. (De hemato- y -logía), y que comprende el estudio de la sangre y de los órganos que la producen, en particular el que se refiere a los trastornos patológicos de la sangre.

d) Telefónica: Esta prueba tiene que relacionarse forzosamente con la prueba testimonial, ya que en sí misma no constituye un medio autónomo de prueba. Algunos autores señalan que se han propuesto dos soluciones: hacer una derivación de la línea para que la conversación pueda ser escuchada por otras personas, pero que no podrían establecer así la identidad de los interlocutores, o haciendo intervenir testigos por ambas partes que puedan luego reproducir lo expresado por cualquiera de ellas. En cualquier caso, se trataría de una prueba imperfecta y, a lo sumo, no tendría otro valor que el de la testimonial.

e) Fotográfica: La prueba fotográfica sí puede llevar evidencia ante un Juez, no obstante los peligros que encierra, por la gran cantidad de trucos fotográficos que pueden lograrse a través de las cámaras, ya que fotografías tomadas de diferentes ángulos pueden dar una impresión distinta de la realidad fotografiada. Por eso, esta prueba se admite con algunas reservas y siempre debe comprobarse su autenticidad por algún otro medio. Sin embargo, sí puede ser útil en juicio para establecer la identidad de las personas, y en los juicios de divorcio para probar causales de infidelidad o bien para identificar a los cónyuges.

f) Telegráfica: La prueba telegráfica tiene mayor importancia, porque por lo general se conservan los originales durante cierto tiempo, con los cuales puede acreditarse por lo menos que el telegrama fue enviado, y si consta su envío, existe la presunción de que fue recibido. En realidad siempre se presentará el problema de la negativa de recepción, porque el hecho a probar es que un determinado

³³ Real Academia de la Lengua Española, **Diccionario**, pág. 250



telegrama con cierto contenido, fue recibido. Por eso, en algunos otros sistemas se formulan reservas para el telegrama simple, pero se acepta el telegrama colacionado, que se expide con mayores garantías en cuanto a su contenido y destino. Así la oficina receptora confirma el contenido del telegrama con el emisor, y se entrega recogiendo constancia del recibo en el domicilio del destinatario. La copia que se entrega al emisor y la constancia de recibo firmada por el empleado o funcionario que corresponda, es aceptada como prueba de su envío y recepción, mientras no se pruebe lo contrario.

g) Fonográfica: En esta clase de prueba, la dificultad consiste en identificar la voz de una persona que habla a través de una grabación. Sin embargo, no es imposible obtener su reconocimiento por expertos o bien por confesión, y en algunos casos por testigos, presentes en la grabación.

h) Espectro (Del lat. spectrum). Es la imagen obtenida por un espectroscopio, y que en física es la distribución de la intensidad de una radiación en función de una magnitud característica, como la longitud de onda, la energía, la frecuencia o la masa, también es la representación gráfica de cualquiera de estas distribuciones.

i) Espectroscopia: Es el conjunto de conocimientos referentes al análisis espectroscópico; o sea la imagen obtenida por un espectroscopio.

j) Espectrografía: Es la imagen obtenida a través de un Espectrógrafo, consistente en un Espectroscopio dispuesto para la obtención de espectrogramas; que obtiene el espectro de un sonido complejo descomponiéndolo en sus elementos³⁴.

Otras pruebas científicas

Rayos X

Radiografía

Planimetría

Dactiloscopia

³⁴ Diccionario de consulta virtual, **Microsoft Encarta**.



3.4 Procedimiento probatorio de la prueba pericial en la legislación guatemalteca

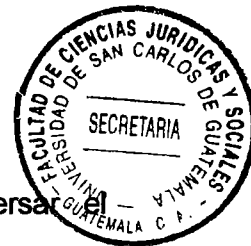
Se encuentra regulado de los Artículos 164 al 170 Código Procesal Civil y Mercantil, el cual se encuentra esquematizada de la siguiente manera:

El Artículo 164 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que la parte a quien interese rendirla, expresará en su solicitud con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe versar el dictamen. Ante dicha solicitud el juez oír por dos días a la otra parte, pudiendo ésta adherirse a la solicitud, agregando nuevos punto o impugnando los propuestos. Se entiende que esta disposición anterior se refiere a la petición específica de la prueba, porque la proposición genérica de la prueba pericial debe hacerse en el memorial de demanda o en el de contestación, en su caso.

El Artículo 165 establece que cada parte designará un experto y el juez un tercero para el caso de discordia, a no ser que los interesados se pusieren de acuerdo respecto al nombramiento de uno solo. La designación de expertos por cada parte deberá hacerse al proponer la prueba y al contestar la audiencia a que se refiere el párrafo segundo del Artículo anterior. En caso contrario el juez hará los nombramientos de oficio. El juez dictará resolución teniendo por nombrados a los expertos designados por las partes, y a su vez, nombrará al que haya de actuar como tercero.

El Artículo 166 dispone que dentro de cinco días de notificados, los expertos aceptarán personalmente el cargo, en cuya oportunidad el juez se los discernirá. Si no comparecieren o no aceptaren dentro del mencionado término, la parte interesada deberá proponer por una sola vez nuevo experto dentro del término que le fije el juez bajo apercibimiento de hacer la designación de oficio.

Luego que se hubiesen designado los expertos y eliminado las incompatibilidades que pudieran existir, el juez dicta, una resolución que debe contener:



- a. Confirmación del nombramiento de los expertos;
- b. Fijación de los puntos sobre los que deberá versar el dictamen; y,
- c. Determinación del plazo dentro del cual deberán rendir su dictamen, pudiendo exceder del término ordinario de prueba.

Como la duración del plazo es facultad del juez, nada impide que, en caso de que los expertos que den su dictamen en un momento temporalmente próximo o inmediato.

El dictamen contendrá el relato de las actividades desarrolladas para arribar a las conclusiones que el dictamen tiene que expresar, a fin de que juez esté en capacidad de percibir claramente cuáles son los antecedentes del dictamen. El dictamen deberá ser muy preciso en cuanto a los puntos que han sido objeto del mismo.

3.4.1 Fuerza probatoria:

El dictamen de los peritos no es vinculante dentro del proceso, sino que es un medio para auxiliar al juez al momento de dictar sentencia, tal como lo establece el Artículo 170 del Código Procesal Civil y Mercantil: “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.”

3.4.2 Honorarios de los expertos:

Con respecto a los honorarios de los expertos, la ley lo regula en el Artículo 171 Código Procesal Civil y Mercantil que establece: “Los honorarios de cada experto serán pagados por la parte que lo nombró, o en cuyo nombre lo hubiere designado de oficio el tribunal, y los del tercero, por ambas partes en igual proporción”. Esto significa que cada parte que argumente un hecho controversial y aporta esta prueba, deberá pagar los honorarios del experto, no obstante si la

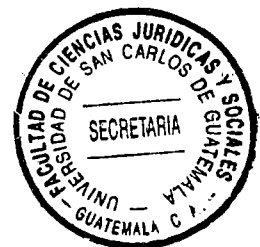


contraparte desea igualmente nombrar su propio experto, con el fin de asegurar el resultado, este deberá pagar el experto nombrado; sin embargo, si hay discrepancia entre los informes, el juez está facultado para nombrar un tercero, y los honorarios de este, deberán ser cubiertos por ambas partes.

El juez prevendrá a cada parte que deposite los honorarios correspondientes, así como la suma necesaria para gastos, los cuales calculará el juez prudencialmente, según la naturaleza del dictamen y trabajo que exija. En cuanto al tercero, la parte a quien interese la diligencia deberá hacer el respectivo depósito.

Lo dispuesto en este Artículo se entiende sin perjuicio de lo que se resuelva definitivamente sobre la condenación en costas.

CAPÍTULO IV



4 Incidentes

4.1 Antecedentes

Para Aguirre Godoy, “Los incidentes se encuentran dentro de la categoría de alteración del objeto procesal, porque precisamente significa que es una cuestión anormal”³⁵. Además señala el mismo autor que “En nuestra ley, según la clase de incidente, pueden también producir la suspensión del proceso o no producirla, pero por definición legal deben tener relación con el negocio principal, ya que caso contrario los jueces de oficio deberán repelerlos”³⁶.

El incidente es un proceso paralelo al principal que resuelve la incidencia, nunca el fondo del asunto principal y se utiliza cuando el asunto no tiene trámite específico o porque lo ordena la ley.

Los incidentes se tramitan no sólo en los juicios ordinarios sino en los especiales, ejecutivos, universales y aun en los procesos atípicos y de jurisdicción voluntaria; asimismo, se tramitan en los juicios orales, siendo entonces los incidentes procedimientos para resolver una cuestión accesoria dentro de un proceso, es necesario conocer los conceptos y naturaleza del proceso y del procedimiento, el cual a continuación desarrollaré.

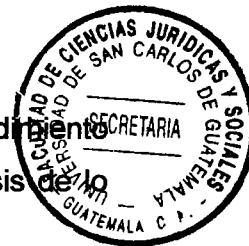
4.1.1 Proceso y procedimiento:

Como quedó anotado en líneas anteriores, el incidente es un proceso paralelo al principal, para otros autores es un proceso accesorio que puede resolverse dentro del mismo proceso principal o en cuerda separada, además nuestra legislación la regula con su propio procedimiento, tal como lo establece la Ley del Organismo

³⁵ Aguirre Godoy, *Ob. Cit*, pág. 530

³⁶ *Ibid.*

Judicial, en tal sentido y con el objeto de tener bien en claro el procedimiento regulado para los incidentes, en el presente apartado haré un breve análisis de lo que es proceso y procedimiento.



a) Proceso

Etimológicamente la palabra proceso, no en su significación jurídica sino en su simple acepción literal equivale a avance, a la acción o efecto de avanzar. En sentido propio, *cedere pro* significa el fenómeno de que una cosa ocupe el lugar o sitio de otra, es decir, una serie o sucesión de acaecimientos que modifican una determinada realidad.³⁷

Previo a conocer definiciones de los juristas sobre Proceso, es necesario conocer el concepto de litigio, el cual según **Alcalá-Zamora y Castillo**³⁸ es entendido como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución asimismo jurídica, en virtud de las tres vías posibles para dicha solución: proceso, auto composición y autodefensa³⁹.

Según David Lascano, citado por Aguirre “el proceso siempre supone una litis o litigio o conflicto, entendido éste no sólo como efectiva oposición de intereses o desacuerdo respecto de la tutela que la ley establece, sino a la situación contrapuesta de dos partes respecto de una relación jurídica cualquiera cuya solución sólo puede conseguirse con intervención del juez”⁴⁰.

Guasp define al proceso como “una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de órganos del Estado instituidos especialmente para ello.”⁴¹

³⁷ Guasp, Jaime, **Concepto y método de derecho procesal**, pág. 8.

³⁸ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.**, pág. 237.

³⁹ **Ibid.** pág. 242

⁴⁰ **Ibid.**, pág. 244

⁴¹ Guasp, **Ob. Cit.**, pág. 25.



Por su parte, Eduardo Couture citado por Gordillo lo define como "una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión".⁴²

De acuerdo a Camelutti citado por Aguirre, "no debe confundirse proceso con procedimiento, puesto que el primero es considerado como continente y el otro como contenido; explicándose así que una combinación de procedimientos (los de primera y segunda instancia, por ejemplo) pudiera concurrir a constituir un solo proceso"⁴³. Guasp señala que necesario "distinguir el proceso como tal del mero orden de proceder o tramitación o procedimiento en sentido estricto, de manera que el procedimiento es parte del proceso, en tanto que constituye una serie o sucesión de actos que se desarrolla en el tiempo de manera ordenada de acuerdo a las normas que lo regulan, sin que ello constituya el núcleo exclusivo, ni siquiera predominante, del concepto de proceso"⁴⁴.

b) Procedimiento:

Por aparte diremos que procedimiento en su enunciación más simple es "el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y las partes en la tramitación del proceso". Tales formalidades varían según sea la clase de procedimientos de que se trate (penal, civil, administrativo, etc.) y aún dentro de un mismo tipo de proceso, podemos encontrar varios procedimientos, como sucede en el de cognición, cuyo prototipo es el llamado juicio ordinario. Efectivamente existe un procedimiento para el denominado juicio ordinario de mayor cuantía y otro para el de menor cuantía.

⁴² Gordillo, **Ob.Cit.** pág. 28.

⁴³ Aguirre Godoy, **Ob.Cit.** pág. 239.

⁴⁴ Guasp, **Ob.Cit.** pág. 25.



4.1.2. Naturaleza del proceso civil:

Guasp afirma que: “la tesis unitaria del concepto de proceso debe ser enérgicamente afirmada: no se trata de una mera etiqueta común a realidades distintas en su esencia, sino de una sola e idéntica noción fundamental que puede predicarse sin trabajo todos las clasificaciones de procesos, todos los cuales revelan que son en su esencia, en efecto, instituciones destinadas a la actuación de pretensiones fundadas por órganos del Estado dedicados especialmente para ello”⁴⁵.

Desde el punto de vista lógico, el proceso civil no es sino una de las categorías o clases de procesos al mismo o semejante nivel que las demás: sin embargo, de hecho, no es dudoso que la rama jurídica que a él se refiere, por ser la que hasta ahora ha trabajado sus conceptos de una manera más intensa, “contiene en muchos puntos la base de la teoría general que podría servir no sólo de orientación, sino a veces, plenamente para el tratamiento de los problemas de los otros grupos de procesos”.⁴⁶

De acuerdo Guasp, “el proceso civil corresponde a la jurisdicción ordinaria o común. Es oportuno mencionar que según el citado autor hay dos categorías de procesos: *Comunes*, como el penal y el civil; y *Especiales*, los demás: administrativo, social o del trabajo, de los menores, militar, canónico, etc.”⁴⁷

La definición que da sobre el proceso civil es la siguiente: “Una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión conforme con las normas del derecho privado por los órganos de la Jurisdicción ordinaria, instituidos especialmente para ello”.

⁴⁵ *Ibid*, pág. 48

⁴⁶ *Ibid*, pag., 49.

⁴⁷ *Ibid*.



4.1.3. Naturaleza del proceso mercantil:

Nuestra legislación consagra la separación del derecho sustantivo civil mercantil, aunque tiene unificado el derecho adjetivo. Tenemos un Código Civil y un Código de Comercio que operan por separado; y a su vez hay un Código Procesal Civil y Mercantil. En el derecho sustantivo el Código de Comercio se encarga de establecer la interdependencia entre la ley civil y la ley mercantil, pues el Artículo 1 regula la supletoriedad del primero para con el segundo, bajo la estricta observancia de los principios del derecho mercantil.

En cuanto al derecho procesal, si bien está unificado, hay que hacer la salvedad de que, para la pretensión procesal en el terreno mercantil, el Código de Comercio señala las vías más rápidas para dar soluciones jurisdiccionales: juicios sumarios, ejecutivos o arbitrales. En pocos y muy especiales casos está prevista la vía del juicio ordinario. Esto en obsequio a la característica del derecho mercantil. "El comercio exige soluciones prontas para sus conflictos y por eso se prescriben los cauces más expeditos".⁴⁸

La legislación guatemalteca, tiene unificado su procedimiento civil y mercantil, por lo consiguiente. No es necesario mencionar la relación existente entre estas disciplinas, siendo notoria en todas las fases del proceso, en relación a la capacidad, a la legitimación, a los modos de extinguir las obligaciones, a la prueba de contratos, etc.

De manera que la naturaleza del proceso mercantil es la misma que la del proceso civil, con las observaciones hechas con anterioridad.

4.1.4. Clases de procesos civiles y mercantiles

Dice Guasp: "La clasificación verdaderamente importante del proceso civil hay que obtenerla, pues, a base del análisis de la actuación a que el proceso tiende (por

⁴⁸ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**, pág. 37.



su función); aquí se ha de repartir de una diferenciación esencial, pero esta connotación es fundamentalmente diversa según que lo pedido sea una declaración de voluntad del Juez o una manifestación de voluntad: el primer caso, en que lo pretendido es que el Juez declare algo influyendo en la situación existente entre las partes, de un modo simplemente jurídico, se diferencia fácilmente del segundo en que lo que se pide al Juez es una conducta distinta del mero declarar, puesto que se pide que intervenga entre las partes de una manera física: basta para afirmar esta diferencia comparar la distinta actividad del órgano jurisdiccional cuando emite una sentencia que cuando entrega un bien al acreedor: si lo pedido es una declaración de voluntad, el proceso civil se llama de cognición; si lo pedido es una manifestación de voluntad, el proceso civil se llama de ejecución⁴⁹ (sic).

El proceso civil de cognición comprende: a) proceso constitutivo: se tiende a obtener la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, llamándose a la pretensión que le da origen, pretensión constitutiva e igualmente a la sentencia correspondiente; b) proceso de mera declaración o proceso declarativo: se trata de obtener la constatación o fijación de una situación jurídica; la pretensión y la sentencia, reciben el nombre de declarativas; y c) Proceso de condena: normalmente se tiende a hacer que pese sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación determinada: la pretensión y la sentencia se denominan de condena.

El proceso civil de ejecución comprende: a) proceso de dación: si lo que se pretende del órgano jurisdiccional es un dar, bien sea dinero, bien otra cosa, mueble o inmueble, genérica o específica; y b) de transformación: si la conducta pretendida del órgano jurisdiccional es un hacer distinto del dar.

Por su parte, Manuel de la Plaza, citado por Villegas Lara, sostiene que: “al lado del proceso jurisdiccional de cognición y del de ejecución, se atribuye al proceso la misión de cumplir un fin más (el de prevención o aseguramiento de los derechos) y entonces se habla de un proceso preventivo o cautelar⁵⁰. Esta figura, con las del proceso de cognición y el ejecutivo, constituye un trinomio (clasificación que atiende a su función o finalidad), en cuya concepción vamos a apoyarnos, para

⁴⁹ Guasp, **Ob. Cit.**, pág. 52

⁵⁰ Villegas Lara, **Ob. Cit.**, pág. 40

construir la sistematización de nuestros procesos, parangonándolos en lo posible como decimos en la parte general, con los que no ofrecen los sistemas legales más progresivos.



Considerando el proceso desde el punto de vista unitario, estas tres fases del proceso, para algunos autores, configuran verdaderos procesos, aún cuando la opinión más generalizada no acepta todavía como verdaderamente definido el proceso cautelar. Pero de todas maneras, la influencia que esta clasificación de los procesos ha tenido en la estructuración de la sistemática del derecho procesal y de las legislaciones vigentes, desde este punto de vista, es muy sugestiva.

Asimismo, existen otras clasificaciones como *por su contenido*; que también desde el punto de vista del contenido del proceso, pero referido al área de nuestra disciplina, encontramos la división de los juicios en universales y singulares, distinción que se hace, según que afecten o no la totalidad del patrimonio. Esta distinción se señala, por las características especiales de los llamados juicios universales, como son: la existencia de una masa de bienes con personalidad propia, en ciertos casos y momentos; por el fuero de atracción (*vis atractiva*) o acumulación-absorción como se llama, y por la intervención de órganos parajudiciales (por ejemplo, síndicos y junta general de acreedores, albacea, juntas de herederos).

Siempre atendiendo al contenido, pero según la índole del proveimiento emitido por la autoridad judicial, encontramos los de jurisdicción contenciosa opuestos a los de jurisdicción voluntaria, no sin cierto equívoco, toda vez que como se ha señalado por la doctrina, a la jurisdicción contenciosa se le opone propiamente la jurisdicción no contenciosa (por ejemplo el juicio en rebeldía) y no la jurisdicción voluntaria. Frente a la natural dificultad en que coloca al jurista la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, cuya explicación e inclusión en Códigos no es del todo satisfactoria, al menos para algunas de sus instituciones.

Por su parte Aguirre Godoy señala: "Por su estructura. Alcalá-Zamora y Castillo señala que si tomamos el proceso en su estructura, pero no en el sentido de desarrollo o procedimiento, sino en el de arquitectura del proceso, encontramos



diferentes tipos procesales, por ejemplo procesos con contradicción y sin ella. El primero es lo normal; lo segundo, aún cuando constituye la excepción, podemos encontrar manifestaciones de tipos procesales sin contradictorio en el juicio contumacial o en rebeldía, en el juicio monitorio, en algunas fases de los embargos y en el juicio ejecutivo. Siempre dentro de la clasificación del proceso por su estructura, tenemos aquella determinada por el órgano jurisdiccional que substancie el proceso y decida el litigio, al cual Alcalá llama criterio judicial subjetivo y así distinguimos procesos desenvueltos ante jueces públicos o ante jueces privados”.⁵¹

Sigue señalando Aguirre que: “Desde el punto de vista de su estructura y de la finalidad, pero referidos a la materia obrero patronal, señala Alcalá la diferenciación entre el proceso colectivo del trabajo y el individual o proceso privilegiado clasista. Por la subordinación. En cuanto a la subordinación de un proceso a otro, se dividen los tipos procesales en incidentales y principales o de fondo, distinguiéndose entre aquellos los de simultánea y los de sucesiva sustanciación, -según que corran paralelamente al proceso principal o que interrumpen su curso hasta la decisión incidental”⁵².

4.2 Definición de incidente

Proviene del latín incidere, que significa sobrevivir, interrumpir, producirse. Procesalmente los incidentes son procedimientos que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo relacionadas inmediata y directamente con el asunto principal.

Algunas veces las partes o los órganos jurisdiccionales se apartan de las normas procesales aplicables al juicio que se ventila; surge entonces la posibilidad de que se planteen cuestiones adjetivas cuya resolución servirá para llevar el proceso a su fin normal, mediante incidentes en sentido propio. Otros problemas relacionados con un proceso surgen durante su preparación o desarrollo y se recurre al trámite incidental.

⁵¹ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.**, pág. 257.

⁵² **Ibid**, pág. 258.



Por otra parte, como el proceso no termina con la sentencia sino que la actividad jurisdiccional se extiende hasta satisfacer jurídicamente a la parte que obtuvo sentencia favorable, los incidentes son posibles aun en ejecución de sentencia con la idea de hacer posible la aplicación correcta de las normas procesales. En ambos supuestos, algunos autores niegan que se trate de verdaderos incidentes.

Los incidentes se tramitan no sólo en los juicios ordinarios sino en los especiales, ejecutivos, universales y aun en los procesos atípicos y de jurisdicción voluntaria; asimismo, se tramitan en los juicios orales; sin embargo, en estos procesos su tramitación en algunos casos es distinta, de los cuales haremos referencia más adelante.

La formulación de un incidente puede paralizar el juicio en lo principal o no paralizarlo, en el primer caso se trata de incidentes de previo y especial pronunciamiento que obligan a suspender el juicio en lo sustancial, mientras se tramitan y resuelven mediante resolución que no afecta el fondo del negocio.

En los incidentes que no tienen ese carácter se verifica el trámite, pero la resolución se deja para la sentencia definitiva que debe estudiar y resolver los problemas incidentalmente planteados.

Si se trata de incidentes en ejecución de sentencia, la interlocutoria debe pronunciarse al final del trámite; algunos incidentes se tramitan en el cuaderno principal y otros se siguen "por cuerda separada" o sea en un expediente especial.

Por regla general se establece que el juez debe rechazar de oficio todo incidente ajeno al negocio principal o notoriamente frívolo e improcedente. Con este precepto se corta la actuación de litigantes de mala fe que tratan de alargar el procedimiento.

En los procesos de carácter familiar los incidentes que se promuevan no suspenden el procedimiento aunque se respete el trámite de un escrito de cada



parte la posibilidad de pruebas y audiencia de desahogo, en la que se oirán a los abogados y se dicte sentencia.

Como quedó establecido, el incidente es un proceso paralelo al principal que resuelve la incidencia, nunca el fondo del asunto principal y se utiliza cuando el asunto no tiene trámite específico o porque lo ordena la ley.

De manera, que si se tramita un divorcio en el proceso principal, y se presenta una excepción, surge el proceso paralelo que sería el incidente; nunca podría éste resolver el fondo del asunto principal o sea el divorcio. Tiene que resolver la incidencia, la cuestión “accesoria” que surgió dentro del proceso principal. Siguiendo el ejemplo anterior, el incidente resuelve la excepción, nunca va a resolver el divorcio.

Es importante manejar que los incidentes que están regulados en la Ley del Organismo Judicial se aplican en forma supletoria cuando no existe trámite específico dentro del proceso. Si analizamos el trámite de las excepciones previas dentro del juicio ordinario su trámite es incidental.

La definición legal del incidente está regulada en el Artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial que establece que “Toda cuestión accesoria que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso que no tenga señalado por la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente. Cuando las cuestiones fueren completamente ajenas al negocio principal, los incidentes deben rechazarse de oficio. El auto que decida el incidente contendrá la condena en costas del que lo promovió sin razón, salvo evidente buena fe”.

El desarrollo del trámite se encuentra regulado en los Artículos 138, 139 y 140 de la misma ley que establece: “**Trámite.** Promovido un incidente, se dará audiencia a los otros interesados, si los hubiere, por el plazo de dos días. Los incidentes de nulidad carecerán de efectos suspensivos, excepto si el tribunal lo considera necesario así lo declara en forma razonada y bajo su responsabilidad. **Prueba.** Si el incidente se refiere a cuestiones de hecho y cualquiera de las partes pidiere que se abra a prueba o el juez lo considere necesario, el mismo se abrirá a prueba por el



plazo de ocho días. Las partes deben ofrecer las pruebas e individualizarlas al promover el incidente o al evacuar la audiencia. **Resolución:** El Juez resolverá el incidente sin más trámite dentro de tres días de transcurrido el plazo de la audiencia y si se hubiere abierto a prueba, la resolución se dictará dentro de igual plazo después de concluido el de prueba...”

Como quedo establecido, la ley regula dos procedimientos para la tramitación de los incidentes, ya que hace una diferenciación entre incidentes que se refiere a cuestiones de hecho o de derecho, los cuales analizaremos a continuación.

4.3 Incidente de hecho

La cuestión de hecho es todo aquello que no está regulado en la ley, por lo tanto deben probarse, de manera que la materia que no se encuentra regulada en la ley es cuestión de hecho y al plantearse un incidente, en donde el asunto no se encuentra regulado, deberán entonces presentarse los medios de convicción para probar los argumentos planteados.

Por lo anteriormente referido, se puede señalar que el esquema de los incidentes por cuestión de hecho, se basa en el Artículo 138 de la Ley del Organismo Judicial, que establece que: “interpuesto el incidente, se correrá audiencia a las partes por el plazo de dos días; asimismo, en el Artículo 139 de la misma ley que regula que si el incidente se refiere a cuestiones de hechos y cuales quiera de las partes pidiere que se abra a prueba o el juez lo considerare necesario, el mismo se abrirá a prueba por el plazo de 8 días”; y el Artículo 140 regula que “El Juez resolverá el incidente sin más trámite dentro de tres días después de concluido el de la audiencia de prueba” (sic).

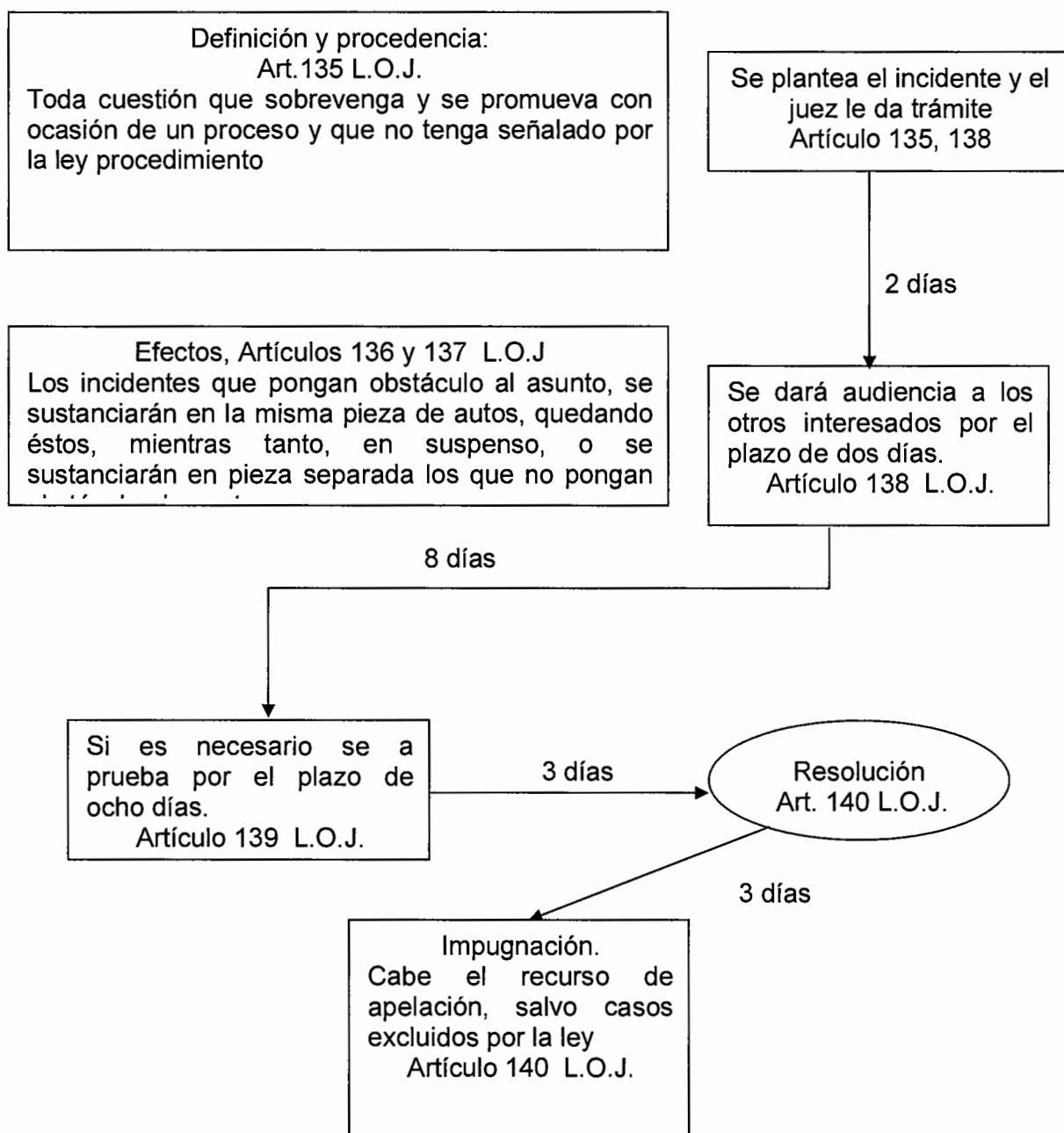
Es importante hacer notar que el único trámite de los incidentes que tiene audiencia de prueba es por cuestión de hecho, porque las cuestiones de hecho sí se prueban, sin embargo la Ley del Organismo Judicial establece que estos incidentes, y si cualquiera de las partes pidiere que se abra a prueba o el juez lo considere necesario, el mismo se abrirá a prueba; nótese que esta norma regula que si



cualquiera de las partes lo pidiere o el juez lo considere necesario, es decir, a petición de parte, fuera un incidente de hecho, pero si las partes no lo pidieren y el juez lo considere necesario, dichos incidentes no se abrirán a prueba, esto podría darse en los hechos notorios que no necesitan probarse.

4.3.1 Esquema del incidente por cuestión de hecho

Artículos 135 al 140 del Código Procesal Civil y Mercantil



Fuente: del sustentante, con base a la Ley del Organismo Judicial



4.4 Incidente por cuestión de derecho

La cuestión de derecho es todo aquello que está regulado en la ley, por ejemplo las excepciones previas, sólo con mencionar el Artículo 116 del Código Procesal Civil y Mercantil se tiene ya probado que existen. Esto quiere decir que las cuestiones de derecho no se prueban, ya que sólo con invocar el Artículo o su fundamento legal se tiene por probado. La excepción a esta norma lo constituye el derecho extranjero, lo que de conformidad con el Artículo 35 que quien invoque el derecho extranjero debe probarlo.

Partiendo de la diferenciación entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, puede manejarse el esquema del trámite de los incidentes que se encuentra regulado en los Artículos 138-140 de la Ley del Organismo Judicial. A continuación se tratará el esquema de los incidentes por cuestión de derecho:

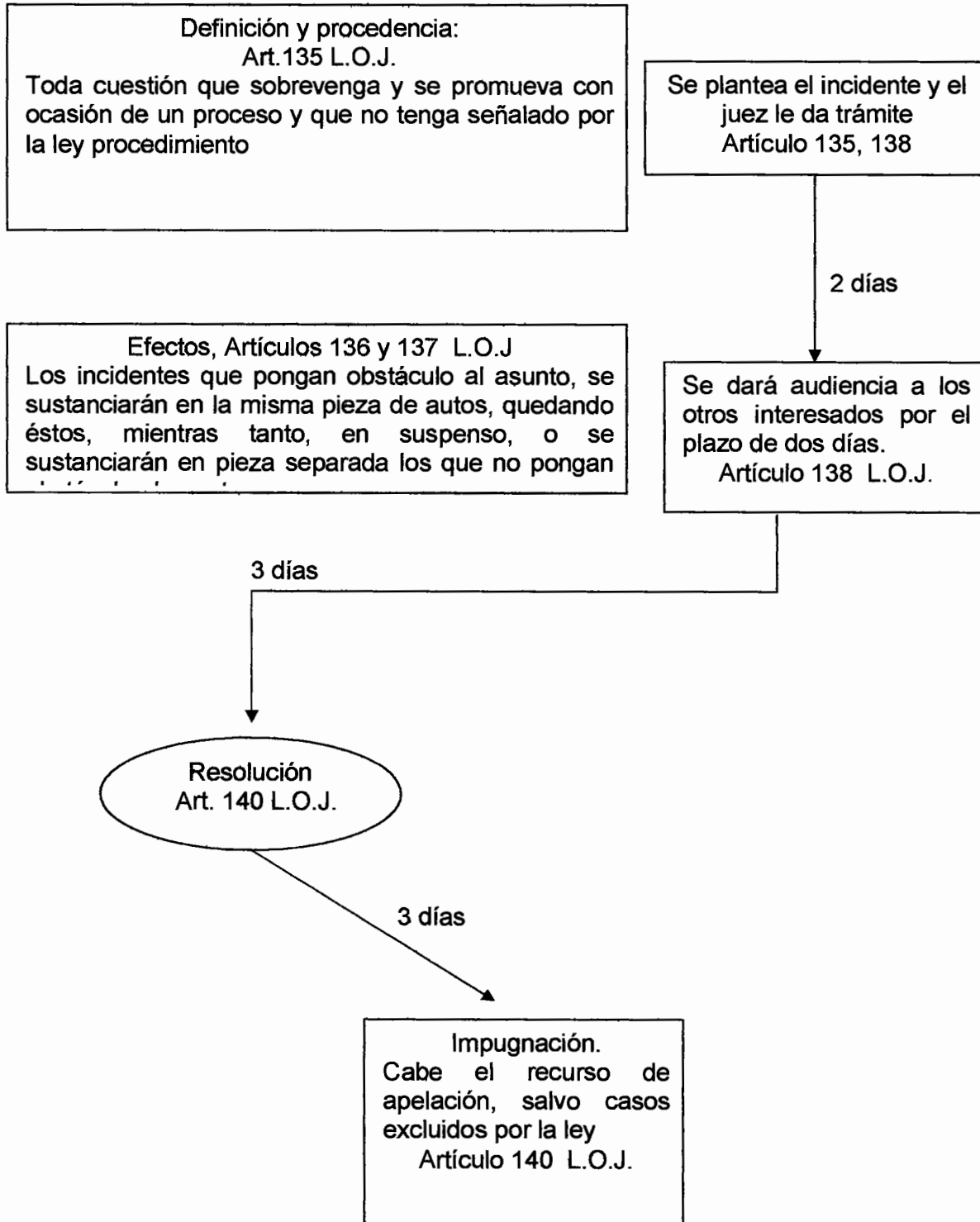
Establece el Artículo 138 de la Ley del Organismo Judicial que interpuesto el incidente, se dará audiencia por el plazo de dos días a las partes y el Artículo 140 señala que evacuada la audiencia se resolverá dentro del plazo de tres días, al que se refiere el Artículo 138. De manera que se tienen 2 días de audiencia y 3 para resolver.

En tal sentido, la tramitación del incidente de derecho debe ser más corta, toda vez que no hay apertura de prueba y se resuelve tres días después de evacuada la audiencia por la otra parte, tal como queda esquematizado en el siguiente cuadro.



4.4.1 Esquema del incidente por cuestión de derecho

Artículos 135 al 140 del Código Procesal Civil y Mercantil



Fuente: del sustentante, con base a la Ley del Organismo Judicial

En cuanto al momento oportuno para ofrecer la prueba en un incidente por cuestión de hecho, debe tomarse como base el Artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial, que establece que el interponente del incidente ofrece su prueba al plantear el incidente, y la otra parte ofrece su prueba al evacuar los dos días de audiencia a las partes.⁵³



4.5 Incidentes en procesos orales

El Artículo 207 del Código Procesal Civil y Mercantil establece lo siguiente: “Todos los incidentes que por su naturaleza no puedan o no deban resolverse previamente se decidirán en sentencia. En igual forma se resolverán las nulidades que se planteen. En todo caso se oirá por veinticuatro horas a la otra parte, salvo que el incidente o nulidad que se plantee deba resolverse inmediatamente. La prueba se recibirá en una de las audiencias que especifica el Artículo 206”.

Lo que se pretende con esta norma es obtener el mayor grado de celeridad en la tramitación del juicio oral y se deja al arbitrio judicial la consideración de la importancia que pueda revestir el incidente o nulidad que se plantee. En este sentido, si el incidente o nulidad tienen a juicio del juez, la gravedad necesaria que haga imprescindible su resolución inmediata, así debe hacerlo. Esto es lógico, porque, normalmente estos incidentes o nulidades se presentarán en el desarrollo de una audiencia, por lo que el juez tiene la posibilidad que le da este Artículo, para que actúe inmediatamente. También tiene el juez facultad para determinar si estos incidentes y nulidades deben resolverse previamente, porque si decide lo contrario los resolverá en sentencia. Lo mismo ocurre con aquellos incidentes o nulidades que por su complejidad no pueden resolverse previamente, ni sea necesario hacerlo así, en cuyo caso también se resolverán en sentencia. De todas maneras, la ley prevé que si no se resuelven inmediatamente debe darse audiencia por veinticuatro horas a la otra parte. También establece el Código que la prueba que se proponga

⁵³ Orellana Donis, **Ob. Cit.**, págs. 93-103.



en relación con estos incidentes o nulidades, se recibirá en una de las audiencias mencionadas en el Artículo 206, antes citado.

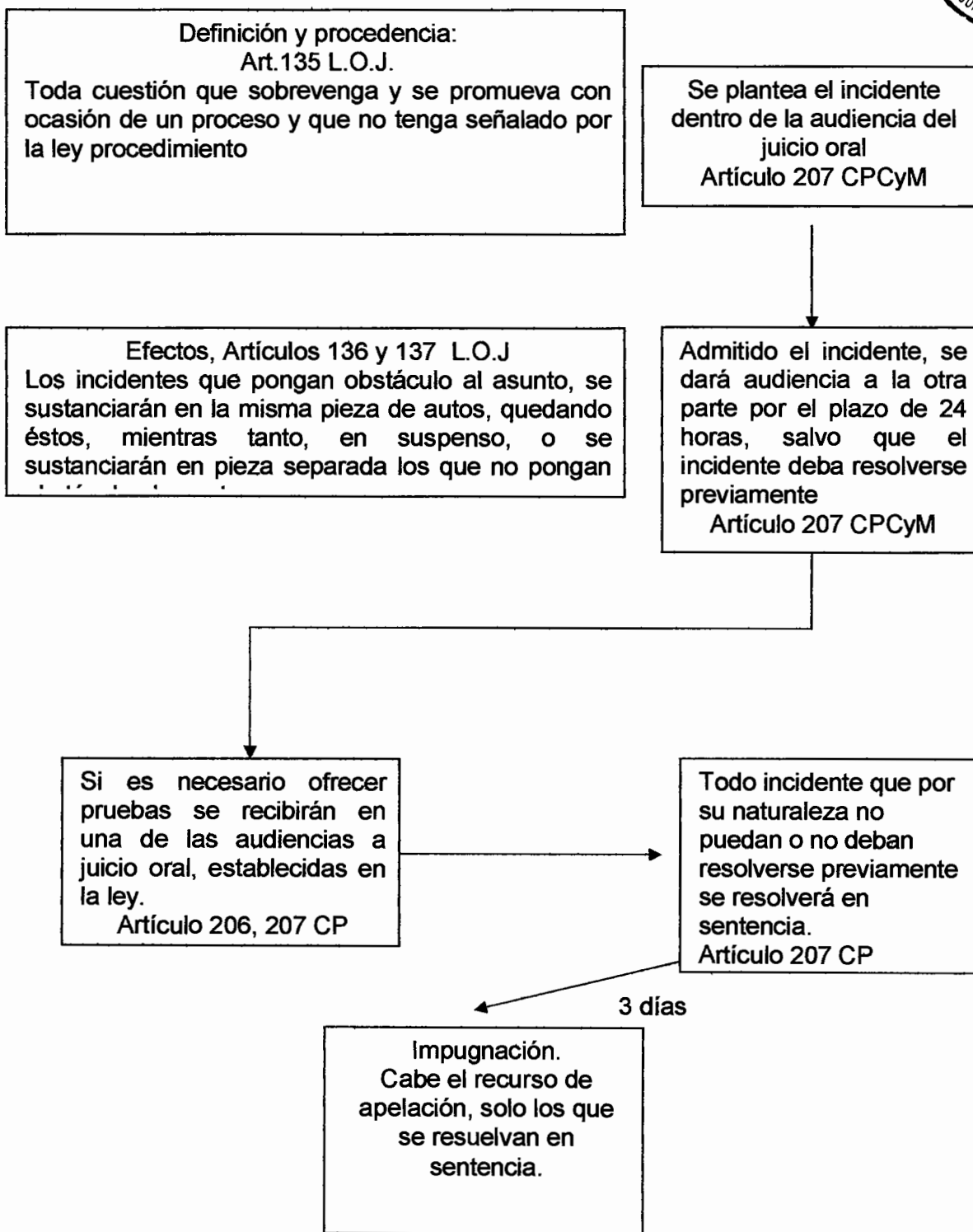
Señala Aguirre que: “Lo importante de hacer estas observaciones es que lo resuelto por el juez con respecto a estos puntos, si se lleva a cabo en el curso del proceso, no es apelable. En cambio, si se resuelven estas incidencias o nulidades en sentencia, la materia en los juicios orales sólo es apelable la sentencia”⁵⁴.

4.6 Efectos de los incidentes

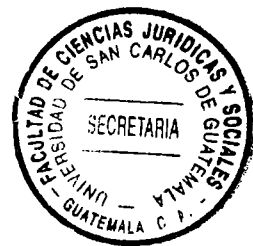
Tal como quedó anotado en líneas anteriores, el incidente es un proceso paralelo al principal que resuelve la incidencia, nunca el fondo del asunto principal y se utiliza cuando el asunto no tiene trámite específico o porque lo ordena la ley; y de conformidad con el Artículo 136 de la Ley del Organismo Judicial, Los incidentes que pongan obstáculos al curso del asunto, se sustanciarán en la misma pieza de autos, quedando éstos, mientras tanto, en suspenso, lo que significa que el incidente en este caso tiene efectos suspensivos, continua regulando el mismo Artículo que el incidente impide el curso del asunto sin cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho o de derecho, continuar sustanciándolo. En todo caso el tribunal deberá calificar la naturaleza del incidente para darle trámite, es decir que esta norma faculta al tribunal a tramitar el incidente en la misma pieza o en pieza separada.

⁵⁴ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.**, pag. 36

4.6.1 Esquema del incidente por cuestión de hecho dentro del juicio oral
Artículos 135 de la Ley del Organismo Judicial y 207 del Código Procesal Civil y Mercantil



Fuente: Del sustentante, Con base a la Ley del Organismo Judicial y del Código Procesal Civil.



CAPÍTULO V

5. Facultad del juzgador para ordenar el diligenciamiento de las pruebas



5.1 Práctica del diligenciamiento de la prueba

Tal como quedó señalado en líneas anteriores, el diligenciamiento y la práctica de la prueba en los procesos civiles, se da, cuando después de hecha la petición por la parte interesada y accedido el petitorio por el juez, se inicia la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación al proceso.

El diligenciamiento de la prueba consiste, entonces, en el conjunto de actos procesales que son necesarios cumplir para incorporar al expediente procesal, los distintos elementos de convicción propuestos por las partes.

También se puede contar con pruebas producidas en otro juicio, tal es el caso de las pruebas producidas en juicio penal cuyas consecuencias patrimoniales se hacen efectivas en el proceso civil. Las pruebas del juicio penal pueden ser válidas en el juicio civil, si en el primero la parte tuvo la oportunidad de ejercer contra esas pruebas todas las formas de impugnación que el procedimiento penal contempla.

Las pruebas de otro juicio civil, pueden ser válidas si en el anterior la parte tuvo la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley otorga en el juicio donde se produjeron.

Las pruebas producidas con todas sus garantías, son eficaces para acreditar los hechos motivo del debate en el juicio en el que se produjeron y mantienen su eficacia si vuelven a utilizarse en el nuevo proceso. No son eficaces, en cambio, si no han podido ser debidamente fiscalizadas en todas su etapas de diligenciamiento o cuando se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba en el juicio.



Con base en lo anterior y basándonos a lo regulado en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, se puede señalar que el diligenciamiento de la prueba comienza cuando el proceso se abre a prueba, ésto si hubieren hechos controvertidos, al igual que los distintos procesos civiles tienen procedimientos específicos, los incidentes tienen su propio procedimiento, y sus propios plazos, siendo en los incidentes el plazo para el diligenciamiento de las pruebas, de ocho días, sin embargo al hacer un análisis al Artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial, se puede establecer que este no regula prorroga alguna a dicho plazo y no existe término extraordinario, entonces que hacer si en el término de los ocho días regulados en el Artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial no se puede diligenciar todas las pruebas ofrecidas, especialmente si se ofrecen pruebas científicas, a mi propio parecer, considero que se puede aplicar supletoriamente lo regulado en el Artículo 123 del Código Procesal y Mercantil, la que establece que el período de prueba podrá ampliarse.

Por aparte y con respecto a la práctica de la prueba, el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria; y sin este requisito no se tomarán en consideración. Para las diligencias de prueba se señalarán día y hora en que deban practicarse y se citará a la parte contraria, por lo menos con dos días de anticipación. La prueba se practicará de manera reservada cuando por su naturaleza, el Tribunal lo Juzgare conveniente. El Juez presidirá todas las audiencias de prueba.” (sic)

En los incidentes regulados en la Ley del Organismo Judicial, no se encuentra un procedimiento específico para la práctica de la prueba, por lo que debe de aplicarse supletoriamente el procedimiento regulado en el Artículo citado anteriormente, a excepción de los incidentes planteados en los juicios orales, los cuales tienen su propio procedimiento, tal como quedó señalado en el capítulo V, de este trabajo y como lo establece el Artículo 207 del Código Procesal Civil y Mercantil: “Todos los incidentes que por su naturaleza no puedan o no deban resolverse previamente se decidirán en sentencia. En igual forma se resolverán las nulidades que se planteen. En todo caso se oirá por veinticuatro horas a la otra parte, salvo que el incidente o nulidad que se plantee deba resolverse

inmediatamente. La prueba se recibirá en una de las audiencias que especifica el Artículo 206”.

Como puede determinarse con esta norma, al plantearse un incidente dentro de un proceso oral, deberá oírse por veinticuatro horas a la otra parte, y el incidente debe resolverse en sentencia, salvo que por la naturaleza del mismo, deba resolverse inmediatamente, señala además que la prueba se recibirá en una de las audiencias que especifica el Artículo 206, es decir en una de las siguientes dos audiencias que se pueden señalar para el diligenciamiento de las pruebas.

A diferencia de los otros procesos, en el juicio oral se pretende obtener el mayor grado de celeridad en la tramitación del juicio oral y se deja al arbitrio judicial la consideración de la importancia que pueda revestir el incidente o nulidad que se plantee. En este sentido, si el incidente o nulidad tienen a juicio del juez, la gravedad necesaria que haga imprescindible su resolución inmediata, así debe hacerlo. Esto es lógico, porque, normalmente estos incidentes o nulidades se presentarán en el desarrollo de una audiencia, por lo que el juez tiene la posibilidad que le da este Artículo, para que actúe inmediatamente. También tiene el juez facultad para determinar si estos incidentes y nulidades deben resolverse previamente, porque si decide lo contrario los resolverá en sentencia. Lo mismo ocurre con aquellos incidentes o nulidades que por su complejidad no pueden resolverse previamente, ni sea necesario hacerlo así, en cuyo caso también se resolverán en sentencia. De todas maneras, la ley prevé que si no se resuelven inmediatamente debe darse audiencia por 24 horas a la otra parte. También establece el Código que la prueba que se proponga en relación con estos incidentes o nulidades, se recibirá en una de las audiencias mencionadas en el Artículo 206, antes citado.

Señala Aguirre que “Lo importante de hacer estas observaciones es que lo resuelto por el juez con respecto a estos puntos, si se lleva a cabo en el curso del

proceso, no es apelable. En cambio, si se resuelven estas incidencias o nulidad en sentencia, la materia en los juicios orales sólo es apelable la sentencia⁵⁵.



Como se puede observar, en la Ley del Organismo Judicial no se encuentra un procedimiento específico para el diligenciamiento y la práctica de la prueba, lo que hace que en la mayoría de las ocasiones, queda al arbitrio del juzgador, conceder o rechazar lo que las partes soliciten, a diferencia de los procesos orales, en donde sí se encuentra un procedimiento específico para tal diligenciamiento.

5.2 Facultades del juzgador para admitir y ordenar el diligenciamiento de pruebas

En la práctica judicial guatemalteca, el precepto que señala que no se admitirán pruebas contra derecho, extemporáneas o impertinentes, suscitó algunas dudas. El principio sobre que la prueba no debe admitirse cuando sea contra derecho, no despierta mayores dudas; sin embargo, con respecto a la prueba extemporánea debe hacerse una diferenciación. En primer término con respecto a aquellos casos en que se pretende aportar prueba cuando ya ha transcurrido el término probatorio. En segundo lugar, y ésta es la más importante situación, cuando se pretende aportar prueba (especialmente documental) que no se ha ofrecido en la demanda o contestación, o bien, que no se acompañó en su oportunidad (documentos en que el actor funde su derecho o el demandado su excepción). En ambos casos la prueba debe rechazarse por haber pasado la oportunidad de proponerla y acompañarla. Igual caso sucede con los incidentes, ya que al momento de plantearse, deberá ofrecerse las pruebas, asimismo la otra parte, al momento de evacuar la audiencia de dos días, deberá ofrecer sus medios de prueba, caso contrario, no se le podrá recibir ni diligenciar ninguna prueba, ya que su momento procesal oportuno ha precluido.

El Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que los jueces podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los

⁵⁵ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.**, pág. 36

notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso...



Para Couture citado por Aguirre, “el problema radica en diferenciar la admisibilidad de la pertinencia de la prueba”⁵⁶. Sostiene que la prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de la prueba; y la prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. En cambio cuando se alude a prueba admisible o inadmisibile se vincula este concepto a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho; no se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla, así puede sostenerse que es prueba inadmisibile por ejemplo, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte u oficio determinado, etc.

De la plaza, citado por Mario Aguirre Godoy, señala que “Aun en los sistemas inspirados en el principio dispositivo, se otorgan al Juez poderes especiales para rechazar aquellas en que no concurren la circunstancias de necesidad y de pertinencia; y así, que no versen sobre los hechos definitivamente fijados y las que sean impertinentes, es decir ajenas a la cuestión, e inútiles, esto es innecesarias, bien porque afecten a hechos que por reconocidos no hayan menester de prueba, bien porque no conduzcan directa ni indirectamente a los fines que el proceso persigue”⁵⁷ (sic)

Como se puede deducir, la ley faculta ampliamente al juzgador a admitir o rechazar las pruebas que las partes ofrezcan, solo que tal admisión o rechazo debe ser basado en lo que establece nuestra legislación, en el caso de los incidentes, igual situación ocurre, el juzgador, si considera necesario admitir las pruebas, así lo hará constar en la resolución que admita el incidente, caso contrario lo rechazará de plano, especialmente si la prueba se ofrece de forma extemporánea o que la misma sea impertinente.

⁵⁶ *Ibid*, pág. 540

⁵⁷ *Ibid*, págs. 565-566



Por aparte, si la prueba fue admitida, en su momento oportuno el juzgador deberá abrir a prueba el proceso, y las partes están obligadas a proponer sus medios de prueba, en este caso el juzgador ya no tiene facultad para rechazar o admitir tales medios de convicción, sino que en cumplimiento del debido proceso, deberá señalar día y hora para su diligenciamiento, a efecto de cumplir con lo preceptuado por las leyes de la materia.

5.3 Práctica y tramitación de los medios científicos de prueba en incidentes

Dado a su complejidad y a lo oneroso que resultan, los medios científicos de prueba no son muy utilizados en Guatemala, no obstante que en ciertos procesos en donde existe la necesidad de aplicarlos, se ofrece y se diligencia este tipo de prueba, la cual consiste en la disposición de oficio o a petición de parte calcos, relieves, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares, pero para que estos medios de prueba, tengan valor los mismos deben de certificarse su autenticidad por el secretario del tribunal o por un notario, también se puede disponer la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos u otros, y tal como lo establece el Artículo 191 del Código Procesal Civil y Mercantil, cualesquiera experimentos o pruebas científicas.

Como quedó señalado en capítulos anteriores, los medios científicos de prueba son aquellos medios crediticios que aportan conocimiento al juzgador, mediante el empleo de productos de la evolución científica y técnica respecto a los hechos controvertidos en el proceso. Los medios científicos de prueba, son el resultado de grandes descubrimientos o inventos, que en un momento dado se le presenta al juzgado con el objeto de que éste pueda apreciar y verificar la inexistencia o existencia de hechos que se discuten.

Para cumplir su tarea de descubrir y verificar científicamente la verdad, esta prueba emplea los principios de la biología, la física y la química, por ser ciencias básicas, y es realizado por expertos en cada materia, quienes al emitir un dictamen



se convierten en peritos, que auxilian a los juzgadores, siendo en tal sentido que la prueba científica, tiene una gran relación con la prueba pericial, conocido en nuestra legislación como dictamen de expertos, lo cual su diligenciamiento está regulado desde el Artículos 164 al Artículo 171 del Código Procesal Civil y Mercantil, en donde se establece desde su proposición, designación de expertos, aceptación y recusación de los mismos, plazos y entregas de dictámenes, valor probatorio del mismo y honorarios de los expertos.

Es muy importante señalar lo que el Artículo 170 setenta establece con respecto al valor probatorio de los dictámenes, ya que aunque el dictamen de los expertos, aun cuando sea concorde, **no obliga al juez**, quien debe formar su convicción teniendo presente todos los hechos cuya certeza se haya establecido en el proceso. Lo anterior deviene a que los medios científicos de prueba y el dictamen de expertos, no son los únicos medios de prueba existentes, por lo que el juzgador tiene la facultad de darles el valor probatorio, de acuerdo a su experiencia y conocimiento, pero sobre todo al emitir su fallo debe de estar basado y fundamentado en ley.

5.4 Ventajas y desventajas que ofrecería la tramitación de los medios científicos de prueba.

Podremos mencionar en este apartado que si bien es cierto, los medios científicos de prueba son muy importantes y útiles en la averiguación de la verdad, los mismos son poco utilizados, sobre todo en la vía incidental, debido a que Guatemala, no posee una tecnología avanzada y acorde a lo que se necesita, como en otros países, por lo que en muchas ocasiones, para realizar este tipo de prueba, se necesita contar con recursos económicos suficientes, ya que resulta demasiado oneroso, sobre todo cuando se necesita contratar expertos de otros países para que dictaminen sobre determinado análisis, esto provoca que en la mayoría de las veces se convierta en una práctica tardía, lo que hace que algunos litigantes desistan de diligenciarlo, o simplemente no lo aportan dentro de un proceso, siendo entonces su principal desventaja, la tardanza y lo oneroso que resulta su aplicación; sin embargo, hay que tomar en cuenta que este tipo de prueba da certeza y credibilidad dentro de



un proceso, toda vez que se obtiene por medio de la ciencia y de instrumentos confiables, de lo que podremos concluir que su mayor ventaja es la certeza y confiabilidad que reviste este tipo de prueba, pues como se mencionó es basado en ciencias que han sido desarrolladas y perfeccionadas a través del tiempo.

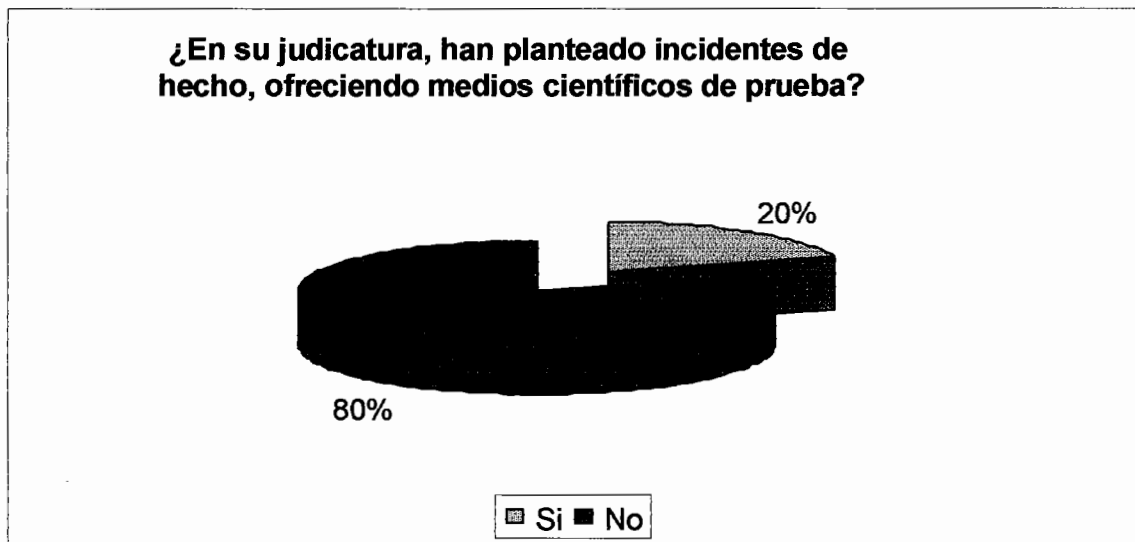
5.5 Estadísticas de la investigación con jueces

Siendo el tema principal de la presente investigación, establecer el motivo o las causas por las que los jueces de instancia civil no diligencian los medios científicos de prueba cuando se plantean en materia civil dentro de un incidente, decidí realizar una encuesta dirigida a jueces de Primera Instancia para establecer el criterio de ellos, ya que de acuerdo a toda la investigación teórica y documental recabada, podría concluir señalando que los jueces si diligencian los medios científicos de prueba dentro de un incidente, siempre y cuando cumplan con los requisitos indicados anteriormente, pero para tener una acertada opinión, con el objeto de llegar directamente a la fuente, realicé una encuesta dirigida a los jueces de instancia civil.

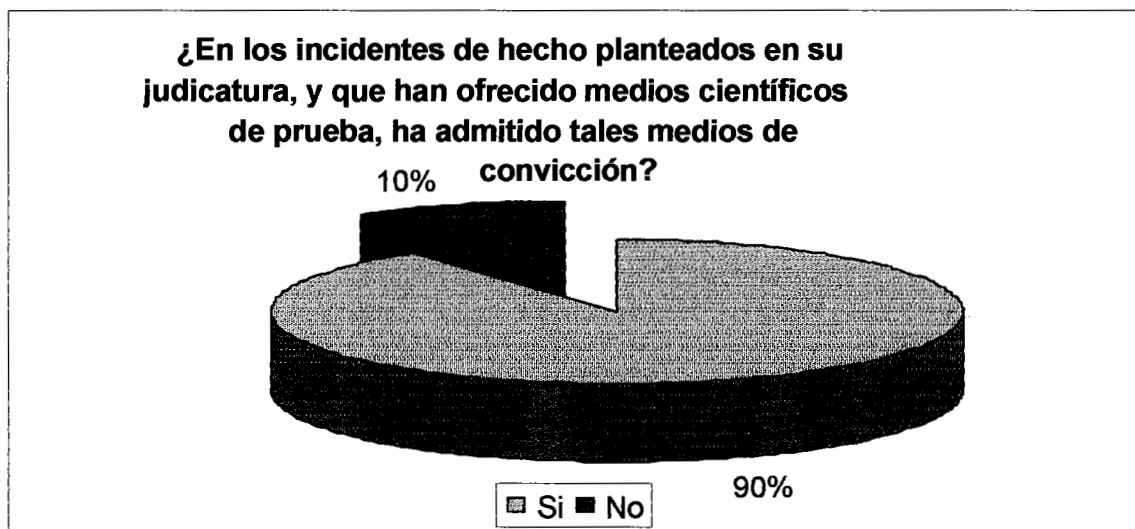
5.5.1 Resultado de la encuesta

Al terminar de recabar la información y tabular la misma, pude obtener una información amplia y veraz, la que, con el objeto de hacerla más comprensible, primero lo muestro a través de gráficas y al final haré un breve análisis de la misma.

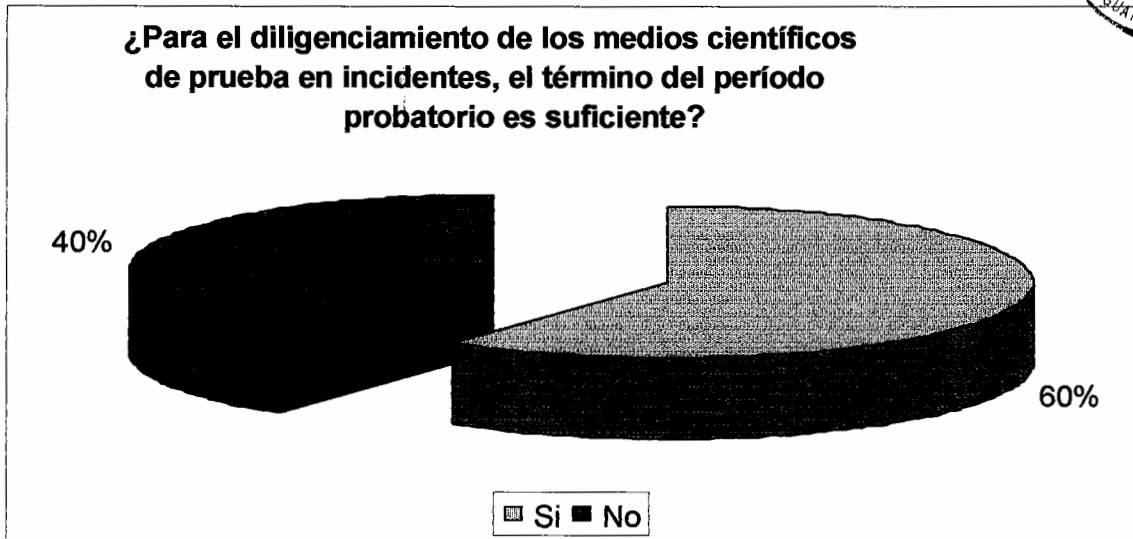
Gráfica uno



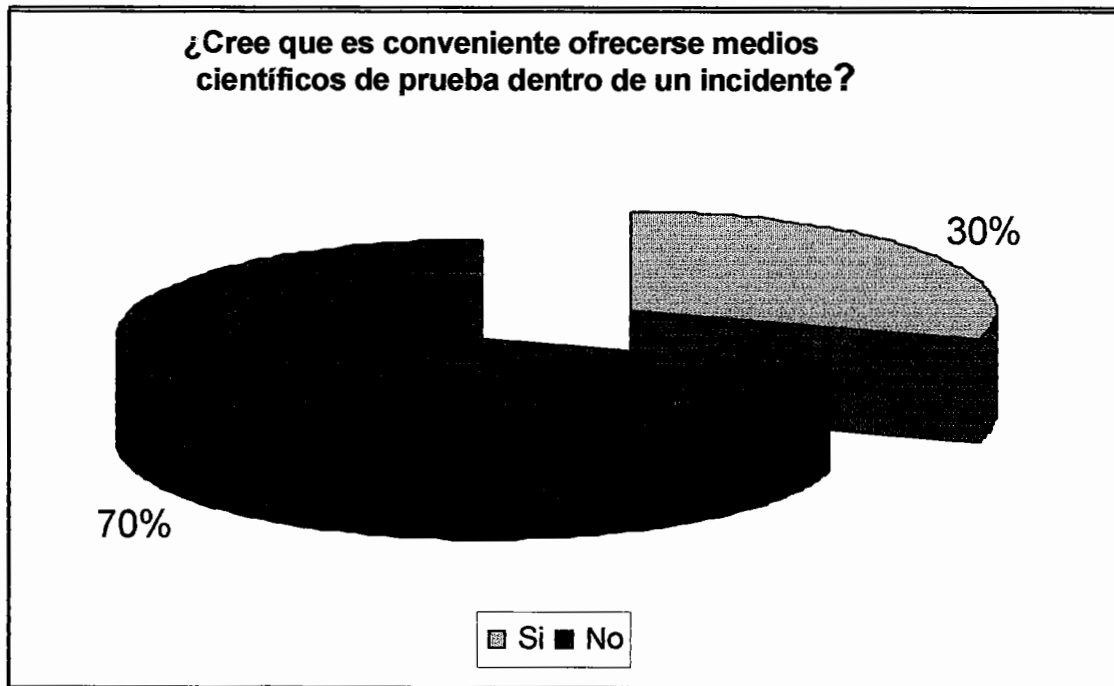
Gráfica dos



Gráfica tres



Gráfica cuatro



5.5.2 Análisis del resultado de la encuesta dirigida a los jueces de primera instancia del ramo civil



Como se puede observar en las gráficas anteriores, en la primera pregunta realizada a los jueces de primera instancia del ramo civil, la que se refiere a si en su judicatura han planteado incidentes de hecho, ofreciendo medios científicos de prueba, únicamente el 20% de los encuestados contestó que sí y el 80% contestó que no; asimismo, al contestar la pregunta dos, que versa sobre si los jueces han admitido los medios científicos de prueba que han ofrecido en los incidentes de hecho planteado en su judicatura, el 90% contestó que si los han admitido y el 10% contestó que no.

Al analizar las respuestas, en las primeras dos preguntas, la mayoría de jueces señalan que sí se ofrecen los medios científicos de prueba dentro de los incidentes de hecho y que ellos si admiten tales medios de prueba, y que para diligenciar tales medios de prueba, utilizan el procedimiento regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, sin embargo, y tal como se puede ver en la gráfica tres, señalan que el plazo o término para diligenciar tales medios de convicción no es suficiente, tal como lo muestra la gráfica, ya que el 60% dice que no es suficiente, y el 40% dice que sí, al preguntarles porqué indican que no es suficiente, manifestaron que debido a que en los incidentes, la Ley del Organismo Judicial regula que el término para diligenciar las pruebas es de 8 días y no establece prórroga alguna, por lo que es difícil que ese plazo se puedan diligenciar todas las pruebas, especialmente las científicas, dado a que las mismas son mas minuciosas y se necesitan ser examinadas por expertos en alguna ciencia, arte u oficio, por tal razón y tal como se muestra en la gráfica cuatro, los jueces a pesar de admitir tales medios de prueba, un 70% considera que no es conveniente ofrecer medios científicos de prueba dentro de un incidente de hecho y un 30% considera que si es conveniente, al preguntarles a los que consideran que no es conveniente, señalaron que dado a que el incidente es un proceso paralelo al principal que resuelve la incidencia, nunca el fondo del asunto principal, no es necesario ni conveniente ofrecer medios científicos de prueba, toda vez que siendo una incidencia, no es necesario obtener dictámenes especiales para probar los argumentos dentro de un



incidente, pues consideran que dentro del proceso principal, se pueden diligenciar los medios científicos de prueba y es en donde se hace necesario ofrecerlos; sin embargo, cuando alguna de las partes la ofrece dentro de un incidente planteado, los jueces si se admite tales medios de prueba, pero que al darles la audiencia de los 8 días para proponer su prueba, desisten en proponer dicho medio de prueba.

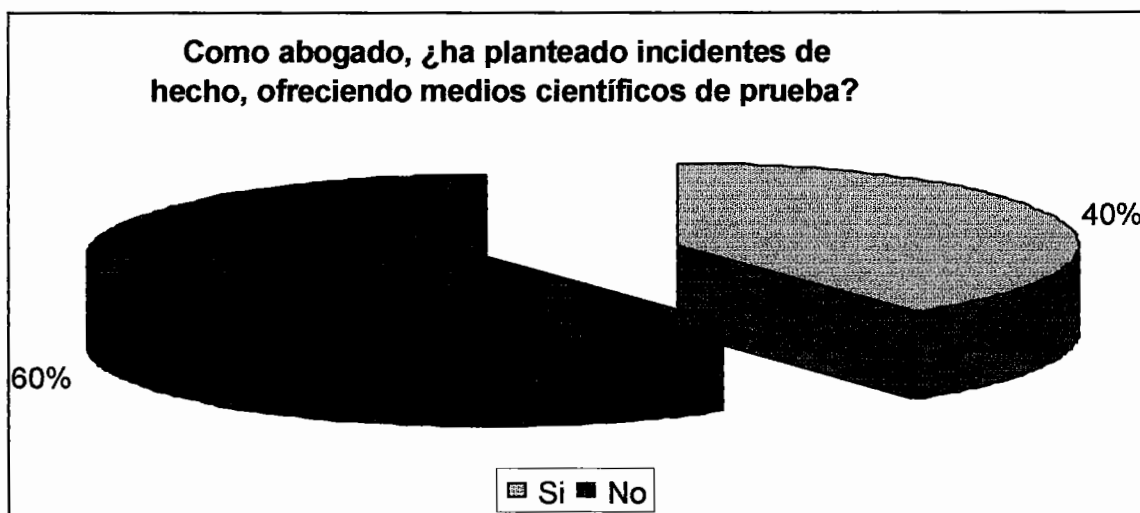
5.5 Estadística de la investigación con abogados litigantes

Para confirmar y estar seguro de la información anterior, es muy importante saber que opinan los Abogados litigantes, específicamente en materia civil, por lo que saber su criterio y sus actuaciones, levanté una encuesta con tales profesionales, siendo el cuestionario dirigido a ellos el siguiente:

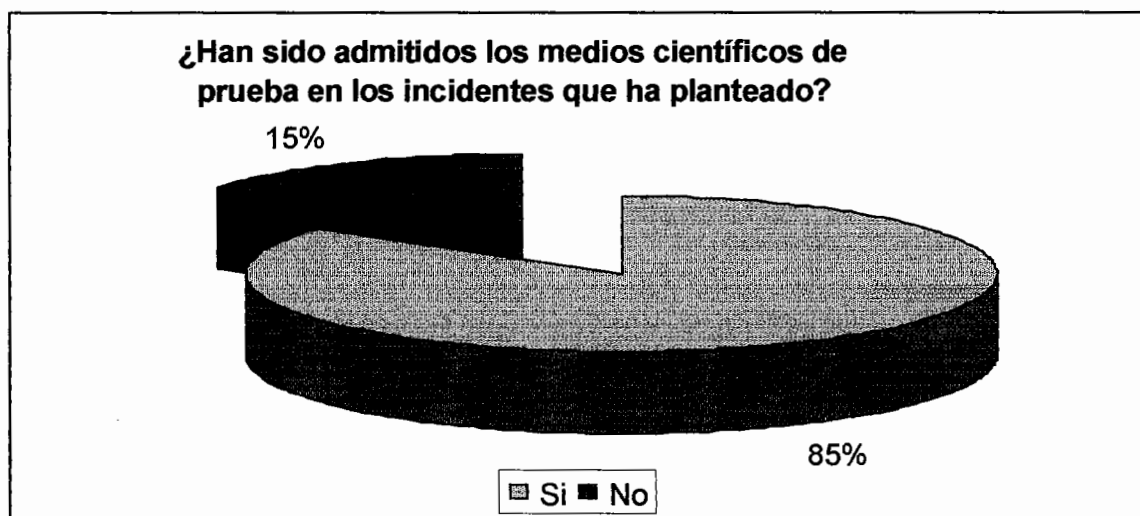
5.5.1 Resultado de la encuesta

Al terminar de recabar la información obtenida de los abogados litigantes y tabular la misma, pude obtener una información que al analizarla complementa la anterior, por lo que, con el objeto de hacerla más comprensible, también la muestro a través de gráficas y al final haré un breve análisis de la misma.

Gráfica uno



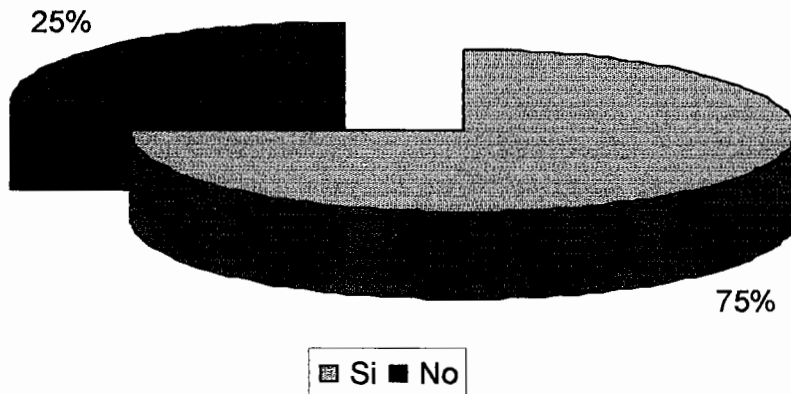
Gráfica dos



Gráfica tres

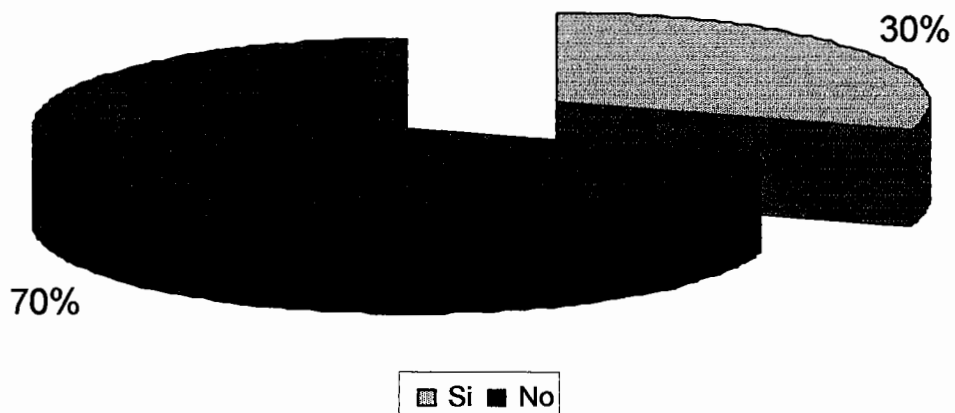


¿Para el diligenciamiento de los medios científicos de prueba en incidentes, el término del período probatorio es suficiente?



Gráfica cuatro

¿Cree que es conveniente ofrecerse medios científicos de prueba dentro de un incidente?

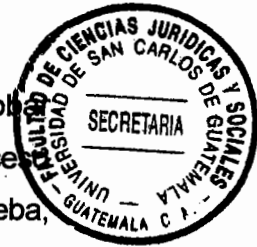


5.5.2 Análisis del resultado de la encuesta dirigida a los jueces de primera instancia del ramo civil



Como se puede observar en las gráficas anteriores, la primera pregunta realizada a los abogados acerca de que si han planteado incidentes de hecho, ofreciendo medios científicos de prueba, el 60% de los encuestados contestaron que no y el 40% contestaron que sí; también, al contestar la pregunta dos, que versa sobre si en los incidentes de hecho que han planteado y ofrecido medios científicos de prueba, han sido admitidos tales medios de convicción: el 85% contestaron que sí los han admitido y el 15% contestaron que no.

Al analizar las respuestas, en las primeras dos preguntas, los abogados litigantes, señalaron que casi no ofrecen los medios científicos de prueba dentro de los incidentes de hecho y que las veces que los han ofrecidos, los juzgados si han admitido tales medios de prueba, también se les preguntó sobre qué procedimiento utilizan los juzgados para diligenciar tales medios de prueba, contestando la mayoría que se utiliza el procedimiento probatorio regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil; sin embargo, y tal como se puede ver en la gráfica tres, señalan que el plazo o término para diligenciar tales medios de convicción no es suficiente, tal como lo muestra la gráfica, ya que el 75% dice que no es suficiente, y el 25% dice que sí. Al preguntarles por qué indican que el plazo no es suficiente, manifestaron que es debido a que en los incidentes, la Ley del Organismo Judicial regula que el término para diligenciar las pruebas es de ocho días y no establece prórroga alguna, por lo que es difícil que en ese plazo se puedan diligenciar todas las pruebas, especialmente las científicas, dado a que las mismas son más minuciosas y necesitan ser examinadas por expertos en alguna ciencia, arte u oficio, por tal razón y tal como se muestra en la gráfica cuatro, aunque los ofrezcan y los jueces las admitan para su diligenciamiento. Un 70% considera que no es conveniente ofrecer medios científicos de prueba dentro de un incidente de hecho y un 30% considera que si es conveniente, al preguntarles por qué consideran que no es conveniente, señalaron que dado a que el incidente es un proceso paralelo al principal que resuelve la incidencia, nunca el fondo del asunto principal, no es necesario ni conveniente ofrecer medios científicos de prueba, toda vez que



siendo una incidencia, no es necesario obtener dictámenes especiales para probar los argumentos dentro de un incidente, pues consideran que es dentro del proceso principal, en donde se pueden y deben diligenciar los medios científicos de prueba, ya que es en donde se hace necesario ofrecerlos; sin embargo, cuando han ofrecido dichos medios de prueba dentro de un incidente de hecho planteado, los jueces si las han admitido, pero que muchas veces en la audiencia de los 8 días para proponer su prueba, desisten por considerarla innecesaria, onerosa y tardía.

5.5 Análisis de la investigación

Tal como quedó señalado en capítulos anteriores, la prueba en sentido jurídico-procesal es el método de buscar la verdad o falsedad de las proposiciones de juicio. Según el autor Couture citado por Nájera-Farfán: "es un método de averiguación y un método de comprobación, ya que la prueba civil es normalmente comprobación, demostración, corroboración de la verdad, falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio..."⁵⁸ y Carnelutti, también citado por Nájera Farfán, señala que probar significa la preposición de una verdad afirmada de los hechos controvertidos de las partes. La prueba en sentido común puede como acción y efecto de probar, o sea demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. En sentido procesal, la prueba se analiza desde dos puntos de vista: a) como método de averiguación: propio de la prueba penal y en la cual, la misma lo que persigue es la averiguación de los hechos y b) como un método de comprobación, propio de la prueba civil y por la cual al juez se le demuestra o comprueba las proposiciones de hecho.

Por lo anteriormente descrito se puede definir a la prueba como "el medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio".⁵⁹ Finalmente podemos decir que probar es por tanto y en definitiva, tratar de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a su decisión.

⁵⁸ Nájera Farfan, **Ob. Cit.**, pág. 420

⁵⁹ **Ibid**, pág. 420



Dentro de los medios de verificación o sea las pruebas que nuestro ordenamiento jurídico acepta, se encuentran los medios científicos de prueba que son aquellos medios crediticios que aportan conocimiento al juzgador, mediante el empleo de productos de la evolución científica y técnica respecto a los hechos controvertidos en el proceso. Los medios científicos de prueba, son el resultado de grandes descubrimientos o inventos, que en un momento dado se le presenta al juzgado con el objeto de que éste pueda apreciar y verificar la inexistencia o existencia de hechos que se discuten.

Para cumplir su tarea de descubrir y verificar científicamente la verdad, esta prueba emplea los principios de la biología, la física y la química, etc., por ser ciencias básicas, y es realizado por expertos en cada materia, quienes al emitir su dictamen, se convierten en peritos, que auxilian a los juzgadores, siendo en tal sentido que la prueba científica, tiene una gran relación con la prueba pericial.

Como quedó señalado, la prueba civil es normalmente comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio, pero que pasa cuando se ofrecen estas pruebas dentro de un incidente, primero es importante recordar que el incidente es un proceso paralelo al principal que resuelve la incidencia, nunca el fondo del asunto principal y se utiliza cuando el asunto no tiene trámite específico o porque lo ordena la ley; sin embargo, no en todos los incidentes se ofrecen medios de prueba, ya que como quedó señalado anteriormente, existen incidentes de derecho e incidentes de hecho, y siendo que el derecho no se prueba, salvo casos especiales, es el incidente de hecho en donde se puede y debe ofrecerse medios de prueba, ya que la cuestión de hecho es todo aquello que no está regulado en la ley, por lo tanto deben probarse, de manera que la materia que no se encuentra regulada en la ley es cuestión de hecho y al plantearse un incidente, en donde el asunto no se encuentra regulado, deberán entonces presentarse los medios de convicción para probar los argumentos planteados, sin embargo en un incidente especialmente en el ramo civil, en donde se ofrecen medios de prueba y sobre todo los medios científicos. De conformidad con la opinión de los jueces y la de los abogados litigantes, en la mayoría de los casos si se ofrecen tales medios de convicción, los jueces la admiten y cuando en la audiencia de prueba, los litigantes las proponen, el juez está obligado a



diligenciarlas, y de acuerdo a la encuesta levantada, ellos si las admiten y diligencias, no obstante lo anterior, tal como consta con la información recabada mayoría de litigantes al momento de proponer sus medios de prueba, desisten de proponer los medios científicos de prueba, ya que consideran que el diligenciamiento de tales medios, se toma demasiado tardado, oneroso y desgastante.

Por las razones expuestas, se puede llegar a la conclusión que los medios científicos de prueba, aunque se ofrezcan y se admitan para su trámite, generalmente los mismos no se diligencian debido a que el plazo dentro de un incidente no es suficiente para dichos medios; asimismo, porque se toman a ser demasiados caros, pues como quedó establecido, en muchas ocasiones se necesita del auxilio de un perito experto en la materia y versada en alguna ciencia, también no se diligencian tales medios de prueba, porque en muchas ocasiones, los litigantes desisten de proponerlas, aunque las hayan ofrecido al momento de plantear el incidente, pero considero que la razón especial del porqué no se diligencian tales medios de convicción es que dentro de un incidente, solo se resuelve cuestiones accesorias, por lo que generalmente no se necesita demostrar puntos extremadamente controvertidos, ya que los incidentes no resuelven el juicio, sino solo las incidencias.

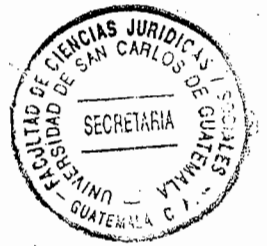
CONCLUSIONES



1. La prueba en sentido jurídico-procesal es el método de buscar la verdad y la falsedad de las proposiciones de juicio y constituye una carga procesal para las partes por cuanto que, sino la producen estarán sometidas a las consecuencias que se deriven de su opinión, cuando según los principios que se expondrán les corresponda aportarla.
2. Los medios científicos de prueba son aquellos medios crediticios que aportan conocimiento al juzgador, mediante el empleo de productos de la evolución científica y técnica respecto a los hechos controvertidos en el proceso; generalmente se basa en la prueba pericial, fundado en la técnica y la ciencia que se concreta a través de la actuación de peritos.
3. El incidente es un proceso paralelo al principal que resuelve una incidencia, nunca el fondo de un asunto principal, la definición legal del incidente está regulada en el Artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial que establece que toda cuestión accesoria que sobrevenga, y que se promueva con ocasión de un proceso no señalado por la ley, deberá tramitarse como incidente.
4. Nuestro ordenamiento legal, regula que las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria, sin este requisito no se tomarán en consideración. Regula además que para las diligencias de prueba se señalarán día y hora en que deban practicarse y se citará a la parte contraria, por lo menos con dos días de anticipación. El juez presidirá todas las audiencias de prueba.

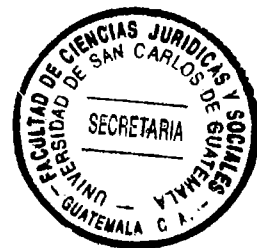
5. Los jueces de instancia civil no diligencian los medios científicos de prueba cuando se plantean en materia civil dentro de un incidente, debido a que los medios científicos de prueba, su fin principal es demostrar argumentos de fondo en donde se necesita la opinión de expertos y en los incidentes se dilucian cuestiones accesorias, y no de fondo.





RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los entes con iniciativa de Ley, especialmente el Organismo Ejecutivo, impulse una reforma a la Ley del Organismo Judicial, específicamente al Artículo 138, con el objetivo de regular un procedimiento específico para el diligenciamiento de pruebas dentro de los incidentes de hechos planteados en el ramo civil, estableciéndose además en dicha reforma el término extraordinario de prueba, específicamente cuándo sean planteados los medios científicos de prueba necesarios para demostrar los argumentos pronunciados.
2. Los litigantes que planteen medios científicos de prueba dentro de un incidente de hecho en el ramo civil, en la apertura a prueba, deben proponerlos y solicitar su diligenciamiento, colaborando para que el tiempo necesario para dicho diligenciamiento se adecue al plazo actualmente establecido en la Ley del Organismo Judicial.



BIBLIOGRAFÍA



- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1996.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, 1ª. y 2ª. Parte, Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1985.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1985.
- GUASP, Jaime. **Concepto y método de derecho procesal**. Madrid, España: 1997.
- GORDILLO, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1996.
- Microsoft Encarta. **Diccionario de consulta virtual**. Estados Unidos de América: Ed. Electrónica, Microsoft Corp., 2007.
- MONROY ORIZABA, Salvador. **Nociones de derecho civil**. 1 ed.; México, Ed. Pac, S.A. de C.V., 1995.
- NÁJERA-FARFÁN, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. 2 ed.; Guatemala: Ed. IUS 2006.
- ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Derecho procesal civil I**. 1t. Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 2002.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aire Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1987.
- PINEDA SANDOVAL, Melvin. **Fundamentos de derecho**. Guatemala: Ed. Serviprensa C.A. (s.f.)
- PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional**. 3 ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2003.
- Real Academia, **Diccionario de la lengua española**, Madrid, España: 10 ed. Ed. Espasa Calpe, S.A., 1980.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Introducción al estudio del derecho-Teoría General del Derecho**. 1ª. Parte. Guatemala: Ed. Universitaria. 1991.



Legislación:

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

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Código Civil, Decreto Ley 106, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

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