



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

Jose Pablo Pacheco Samayoa

Introducción al derecho probatorio

142

2017

iiij

Instituto de investigación y estudios superiores
en ciencias jurídicas y sociales



VRIP

VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN Y PROTECCIÓN

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROBATORIO

Jose Pablo Pacheco Samayoa

Cuaderno de estudio 142

Guatemala, 2017



Instituto de investigación y estudios superiores
en ciencias jurídicas y sociales



VICEIRECTORIA DE
INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

Pacheco Samayoa, Jose Pablo

Introducción al derecho probatorio /

Guatemala: Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ/URL) 2017.

76 páginas. (Cuaderno de estudio; 142)

ISBN: 978-9929-584-61-7

Introducción al derecho probatorio

Jose Pablo Pacheco Samayoa

Cuaderno de estudio 142

Primera edición, Guatemala, 2017

Universidad Rafael Landívar

Vicerrectoría de Investigación y Proyección (VRIP)

Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ)

D.R. © Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ)

Universidad Rafael Landívar, Campus Central,

Vista Hermosa III, zona 16, Edificio «O»,

2.º nivel, oficina O-214

Apartado postal 39-C, Ciudad de Guatemala,

Guatemala, 01016

Teléfono: (502) 2426-2626, extensión 2551

Fax: (502) 2426-2595

Correo electrónico: ijj@url.edu.gt

Página electrónica: www.url.edu.gt

Se permite la reproducción total o parcial de esta publicación siempre que su uso no tenga fines comerciales, citando la fuente original, y sus contenidos no sean modificados con base en la versión inicial.

Comité Editorial:

Dr. Otilio de Jesús Miranda Espinosa, S. J.

Lcdo. Miguel Alberto Santizo Hernández

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

ÍNDICE

Presentación	VII
Introducción	1
Capítulo I	
Derecho probatorio	3
1.1 Concepto	3
1.2 Evolución histórica	4
1.2.1 Grecia	4
1.2.2 Roma	5
1.2.3 Derecho germano	7
1.2.4 Derecho moderno	8
1.3 Definiciones	9
1.4 Las ciencias reconstructivas	13
1.5 El método reconstructivo	14
1.6 Fuentes del derecho probatorio	16
1.7 Principios del derecho probatorio	17
1.7.1 Principios constitucionales	18
1.7.1.1 Derecho de defensa y debido proceso	18
1.7.1.2 Igualdad de las partes	19
1.7.2 Principios generales	20
1.7.2.1 Principio de necesidad de la prueba	20
1.7.2.2 Principio de unidad de la prueba	21
1.7.2.3 Principio de comunidad de la prueba	21
1.7.2.4 Principio de concentración	22
1.7.2.5 Principio de inmaculación	23

1.7.2.6	Principio de contradicción de la prueba	23
1.7.2.7	Principio de publicidad	24
1.7.2.8	Principio de intermediación	25
1.7.2.9	Principio de licitud de la prueba	26
1.7.2.10	Principio de carga de la prueba	26
1.7.2.11	Principio de originalidad o mismidad	27
1.7.2.12	Principio de favor probationes	28
1.7.2.13	Principio de la duda o <i>in dubio</i>	29

Capítulo II

Fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso 31

2.1	Doctrina	31
2.1.1	Producción y obtención de la prueba	31
2.1.2	Averiguación o investigación de la prueba	31
2.1.3	Aseguramiento o defensa de la prueba	32
2.1.4	Proposición y presentación de la prueba	33
2.1.5	Admisión, ordenación y decreto de la prueba	33
2.1.6	Recepción o práctica de la prueba	34
2.1.7	La asunción de la prueba	35
2.1.8	Valoración o apreciación de la prueba	35
2.1.8.1	Sistemas de valoración de la prueba	36
2.2	Guatemala	37
2.2.1	Ofrecimiento de prueba	37
2.2.2	Proposición de la prueba	38
2.2.3	Diligenciamiento de la prueba	39
2.2.4	Valoración de la prueba	40
2.3	Sujetos y órganos de la actividad probatoria	41
2.4	Requisitos intrínsecos y extrínsecos de los actos de prueba	43
2.4.1	Requisitos intrínsecos	44
2.4.1.1	Conducencia del medio	44

2.4.1.2	La pertinencia o relevancia del hecho objeto de la prueba	44
2.4.1.3	Utilidad de la prueba	44
2.4.1.4	Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho	45
2.4.2	Requisitos extrínsecos	46
2.4.2.1	Oportunidad procesal o ausencia de preclusión	46
2.4.2.2	Formalidades procesales para la validez de la prueba	46
2.4.2.3	Legitimación y postulación para la prueba	47
2.4.2.4	Competencia del juez de la causa o del comisionado, según el caso	48
2.4.2.5	Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos	49

Capítulo III

Medios de prueba

3.1	Relevancia de los medios de prueba	51
3.2	Admisibilidad de los medios de prueba	51
3.3	Tipos de pruebas	53
3.3.1	Pruebas directas e indirectas	53
3.3.2	Pruebas positivas y negativas	54
3.3.3	Pruebas orales	55
3.3.3.1	Testigos	55
3.3.3.2	Las partes como fuentes de prueba (declaración de parte/confesión)	56
3.3.4	Pruebas documentales	57
3.3.5	Pruebas informáticas	59
3.3.6	Pruebas periciales	61
3.3.7	Pruebas reales y circunstanciales	62

3.4 Medios de prueba en Guatemala	63
3.4.1 Declaración de parte	64
3.4.2 Declaración de testigos	65
3.4.3 Dictamen de expertos	67
3.4.4 Reconocimiento judicial	68
3.4.5 Documentos	69
3.4.6 Medios científicos de prueba	71
3.4.7 Presunciones legales y humanas	72
Conclusiones	73
Referencias	75

PRESENTACIÓN

Hay varios puntos que se desea resaltar sobre la obra *Introducción al derecho probatorio*, del licenciado Jose Pablo Pacheco Samayoa.*

En primer lugar, se está ante una investigación cuyo autor es un joven profesional del derecho, con potencial para llegar a ser un jurista de gran valor para la sociedad guatemalteca. En el Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IJ), adscrito a la Vicerrectoría de Investigación y Proyección de la Universidad Rafael Landívar, se ha promovido el trabajo de investigadores jóvenes y prometedores como el licenciado Pacheco y continuaremos con esta tarea, tan importante para el desarrollo académico de las ciencias jurídicas y sociales.

En segundo lugar, el investigador proviene de uno de los campus regionales que la Universidad Rafael Landívar ha establecido en distintos puntos del país, específicamente el Campus de Quetzaltenango. Es de gran importancia apoyar a la investigación que se desarrolla fuera del Campus Central de la URL y el IJ está comprometido por ser parte de estos esfuerzos.

El tercer punto que se desea destacar se refiere a aspectos de fondo. Esta investigación no se limita a un análisis descriptivo sin

* Jose Pablo Pacheco Samayoa, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado y notario por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, actualmente inscrito en la maestría en Derecho Constitucional de la misma casa de estudios; estudios en derecho comparado de los derechos humanos, derecho probatorio, argumentación jurídica, derecho constitucional comparado y derechos humanos y derecho internacional humanitario en la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia; asesor técnico en Consejo de la Carrera Judicial del Organismo Judicial (2015); oficial en Cámara de Amparos y Antejudicios de la Corte Suprema de Justicia (2015-2016); oficial en Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2016); actualmente letrado de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.

mayor aporte original, sino que propone un cambio integral en la forma de ver la prueba dentro del sistema jurídico guatemalteco; se trata de un giro encaminado a reducir la impunidad y aumentar la fiabilidad del sistema de justicia; una justicia basada en la razón y en evidencias, no en prejuicios, suposiciones e influencias. En ese sentido, esta publicación constituye un aporte considerable en el proceso de creación de bibliografía nacional sobre un tema que lamentablemente no se ha discutido lo suficiente en este país.

Por estas razones, en el IJJ se tomó la decisión de apoyar y difundir esta obra, que esperamos sea bien recibida y cause incidencia en la sociedad.

Asimismo, alentamos a jóvenes estudiantes y profesionales de las ciencias jurídicas y sociales a pensar en la investigación como lo que puede ser: una herramienta para generar cambios sustanciales en el sistema de justicia y en la sociedad.

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Investigador

Guatemala de la Asunción, agosto de 2017.

INTRODUCCIÓN

La prueba, sin duda uno de los elementos principales en la consecución de la verdad histórica y, por ende, en la resolución de litigios, ha surgido como tal en los tiempos de la antigua Grecia, y su uso y evolución data de los orígenes de las civilizaciones más importantes de la antigüedad, por lo que se ha constituido como el eje central de las ciencias reconstructivas y como el andamiaje *sine qua non* en el éxito de los procesos judiciales; así entonces, los juristas han descubierto su potencial y analizado las incidencias relativas a esta ciencia, pero ello dio pie a que (debido a la estrecha relación entre la prueba y el derecho procesal) diversos autores de las ciencias jurídicas planteasen la controversia (aunque mínima) relativa a si la ciencia probatoria configura una rama autónoma e independiente del derecho o bien, es un apéndice dentro del fenómeno de lo procesal.

Para ello debe analizarse, en primer grado, si el derecho probatorio (el cual integra las pruebas judiciales, las pruebas sustanciales y la verificación social de hechos) ofrece una sustantividad propia e independiente en la utilización por parte del juez y, partiendo de ello, determinar que la prueba no consiste en averiguar, sino en verificar, porque la función del juez no es averiguar.

En tanto se tiene establecida la gran importancia del derecho probatorio (que verifica todo lo actuado dentro de un proceso) como una ciencia independiente del derecho procesal y autónoma dentro de las ciencias jurídicas, se debe diferenciar en cuanto a su uso, pues como toda rama del derecho, establece formalidades y reglas de las pruebas, así como doctrinas, instituciones, normas y principios que deben ser observados y que están separados por completo de los propios del derecho procesal, para así lograr arribar a su uso auténtico y estudio exhaustivo, tanto en las universidades como en los procesos judiciales.

Es determinante, pues, establecer que el derecho probatorio es una rama autónoma de las ciencias jurídicas y que subsiste por sobre

lo procesal, pues un proceso sin prueba no puede arribar a ninguna verdad histórica, ni mucho menos a una conclusión lógica de lo acontecido, sino a meras falacias; así pues, sobra decir que dentro del marco jurídico guatemalteco no se encuentra la diferencia e importancia que se debe dar a lo probatorio sobre lo procesal, lo que a través de la presente investigación se pretende constatar, y que sí sucede en países como Colombia, entre otros.

En lo que atañe a la presente investigación, se pretende introducir al lector en el derecho probatorio a través de un estudio profundo; así también, ampliar el repertorio de obras guatemaltecas en relación con la ciencia de las pruebas, pues se considera una materia esencial para la realización de los fines del derecho; en la misma, se pretende demostrar la importancia y, a su vez, la independencia del derecho probatorio como una rama autónoma de la ciencia del derecho, y contrastar el estudio y la relevancia que se le da al derecho probatorio y a sus instituciones en legislaciones de otros países y por parte de autores internacionales, resaltando el hecho de que el derecho probatorio en Guatemala ha sido descuidado en general, pues la falta de legislación y actualización ha formado una errónea tesis de que este último forma parte del derecho procesal, cuestión que está fuera de toda realidad y pretende ser desmentida a través de la presente investigación.

En países vecinos y en la región, la práctica del derecho probatorio, sus principios e instituciones han venido evolucionando junto al derecho, por lo que se hace imperante actualizarse en la materia, tanto académicamente como en materia legislativa a través de reformas a las leyes procesales del país.

CAPÍTULO I

DERECHO PROBATORIO

1.1 Concepto

Cuando se hace alusión a un concepto de derecho probatorio, han sido muchos los autores que encuentran una relación directa con lo procesal y en ocasiones han mezclado estas ramas subordinando la importancia del primero, cuestión que otros no comparten pues el derecho probatorio posee todas las características tales como normas, principios, doctrinas e instituciones propias como para ser considerado un apartado diferente y una rama autónoma del derecho procesal. Sentís Melendo examina dicha controversia con estas palabras:

«Si llegamos a la conclusión de que lo probatorio es una rama independiente del derecho, ello se deberá a que previamente hayamos establecido que la prueba, con independencia de su utilización por el juez, ofrece una sustantividad propia, que la separa de los demás elementos que el juez maneja en su función de hacer, administrar o impartir justicia. En definitiva, el derecho probatorio existirá o no según lo que la prueba consideremos que es; el derecho probatorio, de admitirse su existencia autónoma, estará constituido por el conjunto de normas reguladoras de las pruebas. Resulta, pues, necesario, que exponamos lo que la prueba es, para llegar a determinar si el derecho probatorio puede existir con independencia de las ramas jurídicas que hoy aparecen absorbiendo, en la legislación y en la doctrina».¹

Tal y como hace referencia el citado autor, el derecho probatorio se configura dependiendo de la importancia que la legislación o doctrina de cada país le dé; es así, que en Guatemala no se le da la prevalencia ni la importancia que merece, pues ni la legislación, que es realmente escueta, ni los estudios doctrinarios de autores guatemaltecos, han

1 Sentís Melendo, Santiago, "Introducción al derecho probatorio", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1965, p. 637.

sido lo suficientemente relevantes como para darle la categoría autónoma de rama del derecho, cuestión que vemos reflejada en los pensa universitarios al momento de no encontrar ninguna materia en la carrera de Derecho que imparta el derecho probatorio; se incluye en las materias procesales como un mero accesorio del proceso y no como parte fundamental dentro del sistema judicial.

Por otra parte, atendiendo a los conceptos básicos del derecho, se puede establecer –como una definición personal– que el derecho probatorio es aquel conjunto de normas, principios, doctrinas e instituciones que regulan las pruebas judiciales, las pruebas sustanciales y la verificación social de hechos, su producción, reglas para su incorporación, sus características, su procedimiento de diligenciamiento y su evaluación y valoración.

1.2 Evolución histórica

1.2.1 Grecia

A través de la historia los griegos se han caracterizado por ser los pioneros en los estudios de la filosofía y pensamientos más abstractos y precisos; también se destacaron por desarrollar corrientes doctrinarias de todo tipo y la prueba como tal no estuvo exenta de ese estudio.

Los griegos vieron la prueba desde dos ángulos distintos: la práctica jurídica y, posteriormente, elaboraron la averiguación de la verdad desde lo puramente filosófico, viéndose influenciados, como en todo origen, por la magia y la religión. El primer testimonio de la investigación de la verdad en un procedimiento judicial (en este caso, el griego) se remonta a la *Iliada*, en donde se relata una carrera entre Antíloco y Menelao. Encontramos cómo se configura en primer plano la prueba:

«se produce una irregularidad y cuando Antíloco llega primero, Menelao eleva una queja y dice al juez o al jurado que ha de dar el premio que Antíloco cometió una irregularidad. Curiosamente, en este texto de

Homero no se apela a quien observó el hecho, el famoso testigo que estaba junto a la baliza y que debía atestiguar qué había ocurrido. Solamente se plantea la querrela entre los dos adversarios, Menelao y Antíloco, de la siguiente manera: después de la acusación de Menelao –“tú cometiste una irregularidad”– y de la defensa de Antíloco –“yo no cometí una irregularidad”–, Menelao lanza un desafío: “Pon tu mano sobre la cabeza de tu caballo: sujeta con la mano izquierda tu fusta y jura ante Zeus que no cometiste irregularidad”. En ese instante, Antíloco, frente a ese desafío, que es una prueba, renuncia a ella, no jura y reconoce así que cometió irregularidad».²

Desde ese momento se puede notar cómo los testimonios que se exigían como prueba estaban atados a una deidad o a una consecuencia religiosa, tal y como pasa en la actualidad en algunos sistemas judiciales en los que los testigos antes de prestar su testimonio, juran decir la verdad con la mano sobre una Biblia; se encuentra entonces la primera vez en que se exige la protesta de un testigo para darle valor a su testimonio.

1.2.2 *Roma*

Es bien sabido para todos los jurisconsultos que Roma es la cuna de muchas ramas del derecho, pero aún más lo es del derecho procesal, aunque también se basó en la magia y la religión para establecer los procedimientos.

Los romanos crearon un sinnúmero de instituciones. Entonces, al hablar de Roma y de la prueba, esta debe ser examinada desde el punto de vista del proceso civil romano; en el primer periodo de la historia romana las características más sobresalientes se pueden resumir en la división del proceso en dos fases, tal y como lo explica Falcón en su obra:

2 Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 40.

«una, ante el magistrado, o etapa de derecho, y otra, ante el juez, o etapa de los hechos. En la primera etapa, procedimiento llamado *in iure* (ante el magistrado en derecho), las partes hacen su presentación al magistrado exponiendo los puntos de la controversia; se establece la naturaleza del derecho alegado, cuya protección se solicita y se provee el nombramiento de un juez sobre la base de un contrato arbitral. Esto último es la *litiscontestatio* (traba de la litis, o del proceso); que importa que las partes se sometan al fallo o laudo que emita el juez. En la segunda parte del juicio, procedimiento *apudiudicem* (*in iudicio*, ante el juez, en juicio), se señala el cese de la actividad del magistrado con la intervención de un juez árbitro particular, designado por los litigantes, para admitir las controversias».³

Los romanos tuvieron importantes avances –como se puede observar– en materia procesal, dividiendo el proceso en dos etapas para darle mayor autonomía a las partes para reclamar sus derechos y probarlos, fuera ante un magistrado en derecho o ante un árbitro que ellos eligiesen.

Pero el tema que atañe la presente investigación es la prueba y todo lo que se sumerge en ella, y en el primer periodo de Roma, empezó siendo exclusivamente testimonial, sometiendo juramento ante los dioses, otro hallazgo que refresca el juramento que hoy en día se hace en muchos juicios en el mundo. Poco a poco, se incorporan los documentos y el reconocimiento personal del juez, que hoy en día se traduciría al reconocimiento judicial que realizan los jueces; también se le dio valor a los indicios, todo para que al final la apreciación se diera según la convicción del juez. Otro avance a destacar fue en el proceso penal, donde el acusado no podía declarar contra sí mismo. Además, se permitía la tortura de esclavos –y algunas veces, de ciudadanos– y también el registro domiciliario, que hoy se traduciría en el allanamiento y el secuestro.

3 Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba: civil, comercial, laboral, penal, administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 41.

En el segundo periodo romano los avances fueron aún mayores, dando más facultad al juez para interrogar y propiciando mejores controles para la seguridad en la actividad jurisdiccional; estos controles hicieron que apareciera por primera vez la prueba tarifada o prueba legal. Posterior a esto, en materia penal, la apreciación de la prueba pasó de la libre convicción del juez a la apreciación en conciencia o la certeza moral (un modo primitivo de la sana crítica).

En conclusión, los romanos, como padres del derecho procesal, impusieron sendos avances y crearon instituciones y facultes que hoy en día se usan ampliamente en varios sistemas jurídicos, como por ejemplo, los medios de prueba que incorporaron y los métodos de valoración de estos, cuestiones que más adelante se afinarían y con una mezcla de garantías fundamentales y debido proceso, darían vida a las actuaciones judiciales de nuestros tiempos.

1.2.3 *Derecho germano*

Con la caída del Imperio romano, todos los avances en derecho que se habían alcanzado se redujeron a un estado primitivo, en pueblos que quedaron desolados. Sin embargo, la Iglesia –ya consolidada– llevaría ese desarrollo del derecho y de la prueba; a raíz de estos sucesos el derecho germánico surge y, como todos los anteriores, está inspirado en las pruebas mágico-religiosas, llamadas «ordalías», por las que se creía que la divinidad se pronunciaría en el veredicto acerca de aquellos casos en los que era consultada, consultas que se hacían con base en los duelos, juramentos, pruebas de agua y fuego, etc.

Así pues, como señala Falcón, de la confluencia del proceso romano y el germánico surge el *derecho procesal canónico*, que tiene marcada preeminencia romana. Esto no se realizó en un solo acto ni de un modo orgánico. Representó un extenso periodo traumático de la humanidad y lo fue también en la concreción del proceso. Vencedores que impusieron sus reglas a los vencidos, tal vez conquistados luego

por la mayor cultura de los últimos, dieron lugar a un extraordinario mosaico en los distintos reinos de toda Europa.⁴ Luego de toda esta mezcla de instituciones y procedimientos que históricamente se venían usando por muchas culturas, cada una empezó a formar su propia legislación, condensando e influyendo entre sí para penetrar en el proceso canónico que va a ir del procedimiento ordinario y general a los procedimientos especiales o sumarios; pero el dilema iniciaba porque los jueces no estaban bien preparados y con el sistema de la libre apreciación se corría el riesgo de caer en injusticias; entonces se formó la prueba legal, haciéndose aconsejable la determinación previa por el legislador eclesiástico y luego por el civil, pero a todo esto, en el proceso penal no pasó lo mismo y se creó el Tribunal del Santo Oficio, más conocido como la «Inquisición», que llevó a cabo prácticas inhumanas para la averiguación de la verdad.

1.2.4 *Derecho moderno*

Luego de la evolución del derecho canónico y religioso a través del tiempo y de la Edad Media, comienza a aparecer la época moderna dentro del derecho, es así como el proceso civil fue avanzando cada vez más, superando muchos aspectos, sobre todo en el proceso ejecutivo y en la oralidad, que fue introducida y empezó a ser de gran ayuda y muy útil dentro de la inmediación, aunque por su parte el proceso penal se fue superando mucho más tarde, dejando atrás el sistema inquisitivo y dando paso al sistema mixto.

Al respecto de la evolución del proceso y de la prueba –tanto civil como penal– en la Edad Moderna, se puede resaltar que el derecho que se desarrolla en la región viene del derecho español, que dio el gran salto a la codificación con la sanción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que sirvió de base para recopilación de las normas principales sobre las instituciones del proceso civil, y junto a las disposiciones

4 *Ibidem*, p. 48.

vigentes para las Indias, configuraron el panorama de lo que se llamó «derecho indiano», basado en el derecho romano y con los medios probatorios que se desarrollaron y evolucionaron durante la Edad Media, dando así la base para nuestros códigos procesales.

Falcón nos relata que la prueba en el proceso penal español durante la Edad Moderna se desarrolla sobre la base de que el juez debe averiguar la verdad, admitir la prueba de confesión, los testimonios, los documentos y las presunciones (aunque en este último caso no se permitía la condena por simples sospechas, excepto por adulterio). Pero debido a que en la indagatoria no podía estar el abogado, se usaba el tormento para obtener la confesión, determinándose el uso de la tortura salvo algunos supuestos en que la excepción se hacía en razón de la persona. Incluso, aunque el duelo había sido excluido, este se permitía como prueba entre hijosdalgo. Este sistema, naturalmente, había abandonado la iniciación del sistema acusatorio, denuncia o de oficio (pesquisa).⁵ De esta manera el proceso español se fue codificando para dar base a las legislaciones de América Latina; interesante fórmula que dio como resultado el uso de medios de prueba creados en la Edad Media y recurría a tratos inhumanos, pero a su vez permitidos, para la averiguación de la verdad.

1.3 Definiciones

Al momento de hablar y estudiar la prueba, siempre ha existido cierta dificultad por la diversidad de acepciones con las que se define la misma, ya que se trata de definir desde el sentido de los medios de prueba, o sea para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, o desde el sentido de la etimología de la palabra prueba, como acción de probar y de hacer la prueba.

5 *Ibidem*, p. 55.

Para tal efecto de disparidad en la definición de la prueba, varios autores han vertido sus pensamientos en definiciones, unas aceptables y otras no tanto, pero al final definiciones. Dellepiane ilustra, mencionando que en el sentido ordinario prueba es sinónimo de ensayo, de experimentación, de revisión, realizados con el fin de aquilatar la bondad, eficacia o exactitud de algo, trátase de una cosa material o de una operación mental traducida o no en actos, en resultados.⁶ La definición de Dellepiane retrata a la prueba como un mero instrumento que no sirve más que para confrontar la teoría con la realidad práctica, para desentrañar la comprobación y confirmación de las afirmaciones que se tienen enfrente, pero al final el autor brinda un concepto básico, sencillo y eficaz de la prueba, mencionando que en el sentido de acción de probar, es la confrontación de la versión de cada parte con los elementos o medios producidos para abonarlas,⁷ definición que se comparte en el sentido procesal y judicial, dejando clara la misión de la prueba.

Por otra parte, el autor Sebastián Midón hace alusión a que la prueba es la verificación de afirmaciones formuladas en el proceso, la demostración de tales proposiciones, lógicamente, con el propósito de convencer o persuadir al juez de que los hechos afirmados y controvertidos se corresponden con la realidad,⁸ regresando a la antigua afirmación que hacen otros autores, que mencionan que la prueba es verificación y no averiguación. Además, el autor trae a colación un elemento importantísimo dentro de un proceso: el convencimiento del juez, pues las partes plantean sus tesis y estas son cotejadas y apoyadas según las pruebas que acompañen y la averiguación que ellas mismas realizaron, para que el juez, mediante la intermediación que debe ser pura y sin factores que influyan en ella, cree él mismo su tesis, dando o no la razón a alguna de las partes.

6 Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 1989, p. 8.

7 *Ibidem*, p. 9.

8 Sebastián Midón, Marcelo, *Derecho probatorio: parte general*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2007, p. 29.

Como ya se ha mencionado, la prueba tiende a confundirse o se tiende a darle diferentes acepciones y significados; en ocasiones se le usa para indicar los medios con que las partes van a probar ante el juez sus pretensiones, en otras ocasiones, como el simple acto de probar que está aparejado a la pretensión de una persona ante un órgano jurisdiccional, y en otras, como la acepción que el juez hace luego de finalizado el proceso; en lo que respecta, la prueba requiere de una operación mental compleja, no solo para usarla, sino para definirla.

Respecto a este dilema en cuanto a la definición correcta de la prueba, Alsina la entiende como 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,⁹ entendiendo que el autor menciona una comprobación y no una verificación, es decir, que en algunos casos los hechos que existen y dieron paso al litigio son tales, que las partes alegan sobre ellos proponiendo sus respectivas tesis, dejando al juez la tarea de comprobar cuál de ellas se acerca más a la verdad histórica. Por otra parte, también hay definiciones que inmiscuyen la prueba como una actividad específica del ámbito procesal. Para tal efecto Palacio define la prueba como la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones.¹⁰

Devis Echandía brinda una definición más abierta para la interpretación, ya sea judicial o de verificación de hechos; define la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los

9 Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1942, p. 171.

10 Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 331.

medios aportados se deducen.¹¹ El autor separa la noción de la prueba como medio o instrumento procesal, situándola como la operación mental que genera acercamiento a la verdad, dotando de un grado de convencimiento a quien conoce los hechos controvertidos.

En otro aspecto de la prueba, es decir, la prueba judicial, existen definiciones como la de Couture, quien dirá que en su sentido procesal, la prueba es un método jurídico de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio y se asemeja a la prueba matemática: una operación de verificación de la exactitud o el error de otra operación anterior.¹² El autor enfoca claramente la prueba desde el punto de vista de un proceso o en un juicio, llevando la concepción de esta tal cual al inicio se mencionaba, como una operación mental de verificación, de ensayo y error, de contrastar y comparar, hasta encontrar lo más apegado a la verdad histórica, es decir, a la certeza, pues es a lo más que se puede aspirar en la búsqueda de la verdad.

Luego de haber repasado algunas de tantas definiciones que brindan los autores más importantes en derecho procesal y probatorio, el profesor Jorge Kielmanovich formula una definición, la cual sin duda alguna es de las más completas, citando que la prueba judicial es un procedimiento para la fijación de hechos de interés para la litis no admitidos expresamente o admitidos pero indisponibles, a partir de las concretas fuentes (personas o cosas) que el ordenamiento determina o autoriza en la especie, con abstracción de que el mismo hubiese alcanzado o no para formar la convicción del juez acerca de su probable existencia o inexistencia, según reglas de la sana crítica o libre convicción, o las reglas de la prueba legal, tasada o tarifada.¹³

11 Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Zavalía, 1988, p. 25.

12 Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 219.

13 Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 77.

Después de analizar las definiciones de diversos autores se puede llegar a una acepción y una definición propia, en la cual la prueba tiene diversas facetas y puede ser vista desde varios puntos, ya sea como una simple operación mental, hasta como un medio para formar convicción en el juez. Lo cierto es que la prueba es aquel conjunto de circunstancias que vienen siendo huellas, vestigios y rastros dejados por la realización de un hecho, que se materializan y se recolectan mediante la investigación y averiguación, para luego convertirse en medios y formas que legalmente sean incorporadas a una actuación judicial o no, y así formar una tesis de los hechos que se reconstruyen a través de tal actuación, tesis que el encargado de dicha actuación, ya sea el juez o árbitro, estudie, valore y posteriormente le dé la calidad de certera.

1.4 Las ciencias reconstructivas

La reconstrucción de los hechos dentro de un proceso es una tarea fundamental a la que se encamina toda una serie de actuaciones que son llevadas a cabo, tanto por las partes como por el mismo juez. Dichas actuaciones procesales involucran a la prueba como su eje fundamental, que a su vez, toma de las investigaciones su esencia; las investigaciones, ya sea para un proceso o en otras ciencias, siempre van encaminadas a encontrar indicios, conformados por las huellas, vestigios y rastros que quedan luego del acaecimiento de un hecho, porque al final, un hecho que no deja huellas, vestigios y rastros, nunca existió.

El hombre a través de la historia ha sido curioso; eso ha formado la cultura investigativa y de desarrollo que con el tiempo ha llevado a grandes descubrimientos tecnológicos y científicos. Este afán por conocer más y tratar de investigar la verdad y el origen de las cosas, no solo ha creado métodos investigativos para nuevas ciencias y teorías, sino que ha generado también la necesidad de saber de dónde vienen ciertas cosas, el pasado de las culturas y lo que atañe al presente estudio: la verdad histórica.

Como se ha mencionado con anterioridad, los sujetos de la actividad procesal están llamados a ser los investigadores y los descubridores de las verdades de los hechos que se alegan en un juicio. Dicho llamado atañe sobremanera al juez, que con su calidad especial de contralor de la investigación, recibe las tesis de las partes y las examina, pero no es todo su trabajo, pues como menciona Dellepiane, se tiene sentado que probar un hecho es establecer su existencia, es demostrar que existió antes o que existe en la actualidad.

Resulta evidente que esta primera tarea del juez se confunde con la del historiador, en cierto sentido. La analogía entre la misión del historiador y la del juez, entre la prueba judicial y la historia, radica, desde luego, en la identidad de fines, dado que la última se propone también establecer hechos pretéritos, mostrar y explicar cómo pasaron las cosas en el pasado. Y si los fines son idénticos, no lo son menos los medios, en uno y otro caso, en cuanto el juez y el historiador utilizan, bajo nombres distintos, los mismos rastros, vestigios o huellas dejados por los hechos al producirse (medios de prueba, fuentes de la historia), y en cuanto ambos siguen los mismos procesos lógicos para esa reconstrucción.¹⁴ Por ello no se debe apartar la verdad histórica de la historia en sí, pues para obtener la realidad de ciertos acontecimientos se debe observar la certidumbre histórica tanto como la certidumbre jurídica, pues tienen muchos rasgos comunes, sus fines y sus medios son símiles y buscan el mismo objetivo: la verdad.

1.5 El método reconstructivo

Todas las ciencias reconstructivas recurren al mismo método para establecer las verdades que les conciernen; todas ellas tratan de ir de los rastros dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas.¹⁵ Esto no quiere decir que cada ciencia aplique

14 Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, op. cit., nota 6, p. 14.

15 *Ibidem*, p. 23.

procedimientos o formas propias para aplicar el método reconstructivo a su modo.

El método reconstructivo es muy compuesto y busca la verdad a través de silogismos, tales como los del método deductivo de composición o construcción, teniendo en cuenta siempre que todas estas acciones van encaminadas a encontrar las causas que han podido producir un efecto complejo. A juicio de Dellepiane, el método reconstructivo comprende las siguientes operaciones:

- Búsqueda de rastros.
- Recolección de los mismos, directamente o con el auxilio de peritos, e inspección *in situ*.
- Conservación de los rastros.
- Descripción o representación figurada de los mismos.
- Descripción del lugar y reproducción figurada por medio de la fotografía, etc.
- Observación y estudio de los rastros directamente o auxiliándose con peritos *ad hoc*.
- Formación de inferencias e hipótesis basadas en los rastros recogidos.
- Crítica de las mismas para establecer su valor.
- Comparación y combinación de inferencias para investigar el acuerdo o desacuerdo de los hechos (aplicación del principio de confirmación).
- Exclusión de hipótesis contradictorias (de intervención del azar, de la falsificación de prueba, etc.).¹⁶

¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

Esta serie de pasos planteados por Dellepiane y que conforman el método reconstructivo, son un reflejo de formalidades que toda investigación en el campo judicial debería tener, y en efecto, la mayoría de pasos o actos están inmersos en las actuaciones judiciales que se tienen hoy en día. Sin embargo, cabe mencionar que en el método reconstructivo planteado por el autor, la prueba (huellas, vestigios y rastros) toma un papel central, que hoy en día en Guatemala no se tiene, pues al proceso se le da un carácter formalista y no idealista. Así pues, queda claro que lo más esencial dentro de los procesos judiciales es la búsqueda de la verdad y la correlativa impartición de justicia, debe entonces recordarse que un sistema procesal puede o no ser eficiente en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos, en la medida que este base sus operaciones en la búsqueda misma de los hechos, que son la verdad absoluta, a través de la prueba, que es la verdad retratada en el tiempo, y no mediante formalidades procesales, robustas de legalidad pero efímeras, que dependiendo del uso sagaz que las partes les den, desvirtúen la esencia del derecho mismo, la justicia y la verdad.

1.6 Fuentes del derecho probatorio

Como toda materia o rama del derecho, el derecho probatorio también tiene fuentes, que son aquellas variantes de donde emana su estudio, los pilares sobre los cuales puede surgir y configurarse por sí mismo, pero como a menudo ha pasado dentro del estudio de esta materia dejada de lado por muchos tratadistas, se ha confundido la acepción de fuentes, dándole el tinte de medios de prueba a las fuentes y viceversa.

Una fuente es algo que da origen; por ende, las fuentes de la prueba son aquellas indicaciones que antes del proceso ya tienen una independencia y ya existen propiamente, a diferencia de los medios de prueba, que son los regulados estrictamente por la ley como actuaciones para ser incorporadas al proceso.

Se podría argumentar entonces que los medios de prueba son, como su nombre lo dice, el medio o la forma en que un elemento de prueba es incorporado al proceso, pero entonces, no se pueden conceptualizar puntualmente las fuentes de la prueba, sino a través de un ejercicio sencillo se observa qué son. Por ejemplo, si se habla de un testigo, tal figura es el medio de prueba que establece la ley, así como su testimonio es el elemento de prueba, pero la fuente de dicha prueba es el derecho mismo que tiene para declarar. En otro ejemplo, la fuente de prueba en un reconocimiento judicial es el derecho que se tiene a solicitar que el juez se constituya en el lugar de los hechos para que compruebe con la inmediación correspondiente los extremos que la parte alega. De esta manera el medio de prueba es el reconocimiento judicial y el elemento de prueba lo constituye el acta que se levanta según lo que tuvo conocimiento el juez.

Por lo anterior es que se hace dificultoso tratar de definir claramente las fuentes de prueba, pues debe desmenuzarse la prueba en sí, separando elemento de prueba, medio de prueba y su fuente.

Las fuentes se originan del derecho mismo, y retrotrayendo al estudio de este, se puede llegar a la conclusión desde un punto de vista legalista, de que las fuentes de la prueba son:

- La ley.
- La jurisprudencia en materia probatoria.
- La costumbre.
- Los principios generales del derecho.

1.7 Principios del derecho probatorio

Toda ciencia está apoyada en principios que informan su funcionamiento y así mismo complementan las actuaciones dentro de la misma, desarrollando su espíritu y manteniendo un orden en el sentido

de su uso. El derecho probatorio no es la excepción ya que separado de la concepción que tienen algunos tratadistas, existen principios propios, diferentes a los principios procesales, los cuales sientan bases para la aplicación de esta rama en específico; dichos principios pueden separarse en dos categorías: principios constitucionales y principios generales.

1.7.1 Principios constitucionales

1.7.1.1 Derecho de defensa y debido proceso

El derecho de defensa es fundamental, por ello su rango constitucional y su íntima relación con el debido proceso, que más allá de un principio se vuelve un derecho, establecido en la mayoría de constituciones latinoamericanas y en las convenciones y normas internacionales. Al respecto, en Guatemala el artículo 12 de la Constitución establece lo siguiente:

«Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. 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. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente».¹⁷

El derecho de defensa y el debido proceso, aparte de ser garantías fundamentales y eficaces, engloban otra serie de derechos, algunos establecidos –y otros no– en la misma Constitución, como el acceso a la justicia, el derecho de petición, etc. Todos estos derechos forman un importante andamiaje que garantiza la libertad de prueba y la defensa en contra de pruebas ilícitas o ilegales.

17 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

1.7.1.2 *Igualdad de las partes*

La igualdad es un derecho humano establecido en la mayoría de las cartas de derechos en el mundo que se ha logrado a través de una constante lucha. La igualdad configura un triunfo no solo para el derecho, sino para la humanidad, pues reconociéndola pueden todos llegar a tener las mismas oportunidades de desarrollo, la libertad de hacer lo que la ley no prohíbe, sin importar su estado civil, sexo, raza, religión o condición socioeconómica.

Tal lucha aún es latente y en muchas partes del mundo todavía hay discriminación y menoscabo a la dignidad humana, consecuencia de la falta de tolerancia y la desigualdad. El derecho no ha escapado de esta lucha y a medida que los Estados son más democráticos exigen más y mejores garantías para todos. La igualdad en Guatemala como derecho constitucional se consagra en el artículo 4:

«Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí».¹⁸

La consagración constitucional de la igualdad en Guatemala afecta de esta manera al derecho, pues mezclando las garantías procesales (debido proceso), el derecho de defensa y la igualdad de las personas en todo ámbito, se puede afirmar que este derecho es base constitucional del derecho probatorio, tal y como se establecen en los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, la libertad de prueba, la libertad de acción, el libre acceso a los tribunales de justicia y el derecho de hacer todo hasta donde la ley permite, deja claro que

18 *Idem.*

la igualdad de las partes es un principio fundamental en el derecho probatorio.

1.7.2 Principios generales

1.7.2.1 Principio de necesidad de la prueba

Tal y como su nombre lo dice, existe una necesidad de prueba en todos los procesos. Esto se tiene por concluido y derivado de la misma prohibición de condenar sin pruebas y de la presunción de inocencia, es decir, que deben existir medios suficientes para creer que la persona a quien se acusa en su caso, o el derecho que se pretende hacer valer, son congruentes y reales.

Este principio es de suma importancia, pues sitúa a la prueba como una necesidad y no una opción, ya que la prueba también tiene un camino o una razón de ser que debe ser validada, de forma congruente y no antojadiza. Por ello menciona Nisimblat que el *iter* o camino es el sendero que debe recorrer la prueba para que pueda ser valorada en la sentencia o en la providencia, pues si bien se admite que la decisión debe fundarse en medio de prueba, también se admite que la valoración no es el resultado del capricho del juez,¹⁹ haciendo alusión a que si bien existe la necesidad de que los hechos sean probados, el juez debe seguir reglas para que estas pruebas sean soporte suficiente de una decisión racional.

En concordancia con la necesidad de la prueba, se presentan según el mismo autor las siguientes reglas:

- No podrá valorarse la prueba que no fue pedida en tiempo, decretada legalmente y practicada en debida forma.

19 Nisimblat, Nattan, *Derecho probatorio. Principios y medios de prueba en particular actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011*, Colombia, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2011, p. 129.

- No podrá practicarse la prueba que no fue legalmente decretada.
- No podrá decretarse la prueba que no fue oportunamente pedida o aportada o que, además, sea inconducente, impertinente o inútil.
- No podrá pedirse o aportarse la prueba en oportunidad distinta que la prevista en la ley.²⁰

Estas reglas responden a las fases o etapas de la prueba, cada una de las reglas se enfoca en una etapa o fase respectivamente: la petición, la práctica, el decreto y la valoración.

1.7.2.2 *Principio de unidad de la prueba*

La unidad de la prueba como principio está relacionada con la sana crítica como medio de persuasión racional o método de valoración de prueba, ya que este método de valoración ordena que la prueba debe valorarse en su conjunto para poder llegar a obtener una certeza de los hechos que se afirman, mencionando que difícilmente se lograría obtener este estatus si se valorara individualmente, ya que un hecho por probado por sí solo, o más bien, una prueba tratando de fundamentar una tesis por sí sola, es hasta cierto punto débil, a diferencia de una valoración en conjunto, donde todas las pruebas en su conjunto den cuenta de indicar la existencia o no de un hecho alegado en un litigio o proceso.

1.7.2.3 *Principio de comunidad de la prueba*

También es llamado principio de la adquisición procesal, debido a que menciona que la prueba que se recauda en un proceso pertenece a este último y no a la parte que lo ofreció o incorporó, aunque dicho elemento de prueba no favorezca a quien lo presentó. Tal y como menciona Nisimblat, el principio de comunidad impide, entonces, que una vez la prueba haya entrado válidamente al proceso pueda

²⁰ *Ibidem*, p. 129.

ser retirada por las partes, salvo que su eficacia o poder de convicción estén garantizados,²¹ es decir, salvo que mediante la inmediación del juez, la prueba o elemento que pretende ser retirado ya haya dejado huella en su convencimiento y haya causado alguna motivación irreversible, la cual, aunque sea retirado el elemento que la causó, no pueda borrarse de la argumentación en la valoración y decisión final del juez en cuanto al litigio.

1.7.2.4 *Principio de concentración*

La concentración de actuaciones es de vital importancia tanto en lo procesal como en lo probatorio, pero hay que saber diferenciar, pues la concentración procesal trata de llevar las actuaciones del proceso en la menor cantidad de audiencias posibles, cuestión que se comparte en la concentración probatoria, con la gran diferencia de que en esta última rama se vuelve vital, pues para la inmediación del juez dentro del juicio, es decir, para que se empape de los alegatos de las partes y las pruebas en que se fundamentan, se deben recibir y practicar las pruebas en la menor cantidad de audiencias posible y a su vez estas deben realizarse de manera consecutiva o con un tiempo de separación mínimo, pues la inmediación que el juez realiza y los hechos que va creando en su mente se vería afectada si se desconcentra en la prueba, aunado a la unidad con la que se debe valorar la misma.

Nisimblat ilustra el principio de concentración citando la ley procesal colombiana de la siguiente manera:

«En igual sentido se pronuncia el artículo 424 de la Ley 906 de 2004, que determina: “La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión. El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y

21 *Ibidem*, p.142.

deba hacérsele comparecer coactivamente. Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez”». ²²

De tal manera se observa cómo en este caso la concentración probatoria se hace importantísima y sobrelleva reglas claras y efectivas para evitar incluso que la memoria del juez no se vea afectada.

1.7.2.5 *Principio de inmaculación*

La inmaculación, como su nombre lo relata, es aquella consigna de la no manipulación de alguna cosa u objeto, aplicada a la prueba o elementos probatorios. La inmaculación como principio probatorio se demuestra y a la vez se exige con el avance en las tecnologías para identificar, recolectar, embalar, transportar y manipular los elementos de prueba que se tienen, pues estos, siendo aún evidencias, deben llegar al proceso de una forma pura, no manipulada, en su estado original o el que más se le acerque a este. El derecho procesal moderno admite en este principio el mayor avance de la ciencia jurídica probatoria, en la medida en que incorpora los adelantos tecnológicos a las reglas de valoración que tradicionalmente han servido a los jueces para determinar con mayor o menor grado de certeza la ocurrencia de un hecho. ²³

1.7.2.6 *Principio de contradicción de la prueba*

La contradicción es uno de los principios más importantes en el derecho probatorio y en el derecho procesal, pues en él descansa la legalidad de las actuaciones dentro de un proceso, puesto que una

22 *Ibidem*, p. 142.

23 *Ibidem*, p. 143.

prueba no controvertida es una prueba incompleta; por lo tanto, una prueba no controvertida es una prueba nula.

Esto se establece en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala en su artículo 129 de la siguiente manera: «Las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria; y sin este requisito no se tomarán en consideración».

En la contradicción como principio encontramos dos formas diferentes en donde se manifiesta; una es la contradicción concentrada, que es aquella que se da directamente en las audiencias o diligencias donde se practica la prueba, es decir, en donde la otra parte está presente personalmente y realiza la contradicción *in situ*; la otra forma de contradicción que aparece es la contradicción difusa, que es aquella que realizan las partes en actos procesales independientes, es decir, por ejemplo en la demanda, luego se da la contestación de demanda, esta contradicción existe pero es difusa porque no es realizada en el mismo acto.

1.7.2.7 Principio de publicidad

Como ha venido avanzando el derecho a través de la historia, la publicidad se ha vuelto un carácter obligatorio para los procesos y las pruebas también, así se ha ido eliminando la prueba secreta que tanto daño hacía en los procesos inquisitivos. La publicidad, como garantía del derecho de defensa, exige que las pruebas, tanto las aducidas como las practicadas, sean conocidas por las partes, quienes tienen derecho a controvertirlas mediante mecanismos legales y oportunos.²⁴ Aunque la misma ley faculta en determinados casos que la prueba se mantenga en secreto o resguardo para guardar su inmaculación, haciéndose pública más tarde, socializándola con las partes para que se tenga la oportunidad de utilizar su derecho de contradicción. También implica el principio de publicidad, oportunidades, como el sistema de

24 Nisimblat, Nattan, *op. cit.*, nota 19, p.140.

audiencias públicas, donde se recepcionan los medios y se practican las demostraciones,²⁵ para que públicamente se dé la contradicción de cada elemento de prueba presentado.

1.7.2.8 Principio de inmediación

Este principio es fundamental como pilar en la actividad probatoria y procesal; por ende, pretende que el juez esté en contacto directo con los elementos de prueba que se practican y se diligencian en el proceso, para que así pueda empaparse del conocimiento de los hechos que alegan las partes y luego pueda crear su propia versión de los hechos; tal contacto entre prueba y juez hace que este último vaya aclarando las dudas que le surgen en proceso, también permite que el juez establezca una relación directa con los testigos, peritos y demás personas que intervienen en la resolución del caso, para después poder valorar los testimonios o dictámenes. También en cuanto a los litigantes, este principio provee mayor seguridad jurídica, pues estos pueden estar seguros de que el proceso se lleva a cabo con base en los medios aportados por ellos mismos, sin menoscabo a su derecho de contradicción, ya que el juez personalmente puede dirigir el proceso y las actuaciones hacia un rumbo claro y objetivo.

La doctrina analiza la relación que tiene la inmediación con otros principios y cómo esta brinda eficacia a la prueba. Nisimblat en su obra dice que el principio de inmediación obliga al juez a estar en permanente contacto con la prueba, a recaudarla personalmente, a presenciarla, a controlarla. La inmediación garantiza que el juez se familiarice con el medio, que se permee del hecho que antes le era desconocido, para así poder valorarlo.²⁶ Esta argumentación recuerda la acepción que menciona al juez como un ignorante de los hechos,

25 Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 2006, p. 30.

26 Nisimblat, Nattan, *op. cit.*, nota 19, p. 141.

que mediante la intermediación con la prueba se empapa de hechos y crea su versión de los mismos.

1.7.2.9 Principio de licitud de la prueba

La licitud o ilicitud de la prueba es un examen previo que se debe hacer de los medios y elementos de prueba que se pretenden incorporar al proceso, examen que debe realizarse desde antes de aportado el medio, hasta que se aporta o practica, con el hecho de que se determine el *iter* o camino que recorrió la prueba hasta el momento en que se encuentra, y si este camino fue o no lícito, pues como bien cita Devis Echandía, la libertad absoluta de medios de prueba, que no excluyera los que atenten contra esos principios, degeneraría en una especie de anarquía jurídica y convertiría al proceso en fuente de iniquidad y en instrumento para la violación del derecho y la moral,²⁷ pues si bien es cierto la libertad probatoria es fundamental, también lo resulta que esta libertad no se sobrepase para volverse un desorden jurídico, violentando derechos y garantías con tal de obtener pruebas, pues no se puede dar justicia con injusticia de por medio.

También resalta Kielmanovich en su obra, que conviene destacar que la licitud o ilicitud de la prueba habrá de juzgarse en primerísimo término con arreglo a los derechos y garantías constitucionales, los tratados y las normas sustanciales y procesales que regulan el proceso en el que concretamente se la pretende o intenta hacer valer o producir (arts. 31 y 75 inc. 22, Const. Nac.),²⁸ todo con el afán de presentar ante el ignorante de los hechos y posterior decisor, o sea, el juez, pruebas saneadas, obtenidas legalmente, para respetar el debido proceso.

27 Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, op. cit., nota 11, p. 539.

28 Kielmanovich, Jorge L., op. cit., nota 13, p. 70.

1.7.2.10 *Principio de carga de la prueba*

La carga de la prueba ha pasado, según algunos autores, de ser un principio a ser toda una institución tanto del derecho procesal como del derecho probatorio mismo; más que todo en el proceso civil, esta institución o principio genera la obligación de las partes a fundamentar sus pretensiones en medios de prueba válidos y lícitos, previamente establecidos en la ley y con todo el apego y las formalidades necesarias.

La legislación guatemalteca, en el artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece la carga de la prueba de la siguiente manera:

«Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión».

La ley de Guatemala plantea una ecuación simple en cuanto a la carga de la prueba, pues remite a cada parte a probar lo que pretende. Sin embargo, la doctrina establece la carga dinámica de la prueba, acotando que la verdadera carga de la prueba surge al momento de que no hubieren medios ni elementos suficientes para probar los extremos del litigio, pues cuando llegado el momento de dictar sentencia, el juez debe valorar y encontrar los medios de prueba que cada parte planteó y qué hechos le correspondía probar a cada una de ellas para evitarse consecuencias desfavorables, entonces el juez decidirá conforme a qué debía probar cada quien. Ahora bien, si las partes logran acreditar y lograr el convencimiento del juez, no surge el problema de la carga de la prueba y determinar a qué parte le corresponde cada hecho.

1.7.2.11 *Principio de originalidad o mismidad*

Este principio actúa como un depurador ante el proceso, pues la originalidad de la prueba se basa en la relación directa de los medios de prueba o elementos que pretenden ser aportados, con los hechos

acaecidos o alegados en el litigio. Esta relación debe ser estrictamente para probar los hechos de una manera idónea, siendo el medio para probar, el correcto y el idóneo para hacerlo. Por ejemplo, para probar una relación contractual en donde el medio idóneo son los documentos, un testigo vendría a ser no idóneo y por lo tanto no original, pues como ya se mencionó, el medio de prueba debe originarse del hecho mismo.

Nisimblat ilustra de mejor manera la originalidad como principio básico de la prueba al relatar que en el proceso judicial se debe procurar por que la prueba que se ofrezca sea aquella que tenga una relación directa con el hecho y no la que lo indique (la misma). Por lo tanto, en desarrollo de este principio se preferirá el documento original que el autenticado, el testigo a quien le consta, que el testigo de referencia (*ex auditur*), el archivo digital que la impresión de su contenido;²⁹ entiéndase pues que la relación directa debe ser concreta y real, dándole el juez preeminencia a los medios de prueba directos y originales u originarios sobre los que solamente indican.

1.7.2.12 Principio de favor probationes

Es un principio básico, de conciencia, el cual supone que cuando haya duda en un medio de prueba o elemento probatorio, deberá estarse a favor de la prueba o a favor de probar, flexibilizando la admisibilidad y las reglas que permitan incorporar las pruebas al proceso, debido a que la controversia surge con las reglas de admisión de algunos medios de prueba, los cuales la ley considera innecesarios, abundantes, etc., debe estarse a favor de estos.

Al momento de existir una duda acerca de algún medio de prueba, la cual sea dificultosamente superada con los controles que ofrece la ley para admitir pruebas, debe recurrirse al favor probatorio, pues hay que recordar que en la etapa probatoria de la admisibilidad, el juez contralor solamente hace un examen de requisitos, no de fondo de la

²⁹ Nisimblat, Nattan, *op. cit.*, nota 19, pp. 143 y 144.

prueba; entonces, si hay una duda no superable debe favorecerse a la prueba. Respecto a las *difficilioris probationis*, enseña Muñoz Sabate que la cuestión habrá de resolverse a favor de la prueba cuando el hecho histórico no encuentre en su realizarse ninguna circunstancia apta para recibir su huella; por ejemplo, dificultades de impresionabilidad o cuando ello acontezca en el proceso de su transmisión o representación judicial; dificultades de traslatividad, sea por causa del tiempo (v.g., muerte del testigo), de la distancia (prueba documental a producirse en países en guerra o que se halla en poder de un Estado con el cual no se mantienen relaciones diplomáticas), por obra de terceros (destrucción de la prueba), o por obra de la parte contraria (ocultamiento de pruebas).³⁰

1.7.2.13 Principio de la duda o in dubio

La duda es algo muy común dentro de los procesos, aunque no es el fin máximo, pues los procesos y el derecho buscan la justicia, la averiguación de la verdad y la impartición de dar a cada quien lo que corresponde. De todas formas, la duda es una figura que se hará manifiesta para un juez en varios casos diferentes, llevándolo a fallar, por ende, de diferentes formas. En todo caso, la duda es la falta de certeza, ya sea porque las partes no pudieron probar suficientemente los hechos que alegaban en el litigio o porque hay demasiadas pruebas y el juez no está seguro por cuál versión inclinarse.

Cuando ocurre una circunstancia tal en la que el juez se encuentra ante dos hipótesis que fueron probadas pero no sabe cuál de las dos es la más cercana a la verdad, debe guiarse, según Nisimblat, por las siguientes reglas:

- a) A favor de la hipótesis que resulte, además de posible, más probable (escala probabilística de 0 a 1 según la probabilidad prevalente o preponderante).

30 Muñoz Sabate, Luis, "Técnica probatoria", en *Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, Praxis, 1967, p. 149.

- b) A favor del demandado si se trata de proceso civil, salvo que, a partir del cálculo de probabilidades, la carga se invierta por razón de la hipótesis fáctica del demandante.
- c) A favor del demandante, si se trata de proceso laboral, siempre que el demandante sea el trabajador.
- d) A favor del sindicado si se trata de proceso penal.
- e) A favor del administrado si se trata de proceso fiscal (tributario).³¹

Notable se hace entonces que el principio de la duda, además de ser un bastión fundamental en todo el derecho –pues el juez debe ser celoso de la verdad y buscarla con ahínco– también se inclina a favor del menos protegido en su caso, dejando claro que es un principio clave en el derecho probatorio, pues dicta reglas justas, apegadas a los principios generales del derecho de equidad y justicia.

31 Nisimblat, Nattan, *Derecho probatorio*, op. cit., nota 19, p. 150.

CAPÍTULO II FASES Y ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO

2.1 Doctrina

2.1.1 Producción y obtención de la prueba

Para que las pruebas puedan ser valoradas y tomadas en cuenta dentro de un proceso y así surtir los efectos sustanciales y legales que pretenden, estas deben ser producidas y obtenidas con requisitos esenciales, los cuales son intrínsecos y extrínsecos; entre los primeros, están la conducencia del medio de prueba, la pertinencia o relevancia del hecho u objeto de prueba, la utilidad del medio probatorio y que no haya prohibición legal de investigar el hecho. Estos requisitos rigen la fase de producción de la prueba para luego revisar su cumplimiento en la valoración de la misma. Por otro lado, están los extrínsecos, que rigen la producción pero deben revisarse antes de ser valorados; entre ellos, la oportunidad procesal o bien la ausencia de preclusión, todas las formalidades procesales, la competencia del juez y su capacidad, así como de los órganos de la prueba (testigos, peritos, intérpretes, etc.) y la ausencia, lógicamente, de impedimentos legales; todos los anteriores de una manera eminentemente formalista y los primeros sometidos a un examen de conciencia por parte del juez contralor, quien debe ser cuidadoso de aceptar y rechazar medios según su producción u obtención.

2.1.2 Averiguación o investigación de la prueba

En esta fase se puede resaltar que la producción de la prueba tiene una importancia muy grande en el proceso penal, tanto antes como durante la investigación. El ente encargado de ella debe observar todos los requisitos que ya se mencionaron. Pero también en el proceso civil es importante la investigación previa de la prueba, a pesar de que

corresponde exclusivamente a las partes y de que se realiza por estar fuera del proceso e inclusive antes de este.³²

2.1.3 *Aseguramiento o defensa de la prueba*

Esta fase está íntimamente relacionada con la investigación de la prueba, pues si se halla una prueba vital pero no se asegura, se podría perder el resultado de la investigación; así entonces, son de vital importancia las medidas que se toman para asegurar la prueba, a efecto de evitar que se pierda o bien se desvirtúe el sentido que tiene la prueba. Es también necesario conservar las cosas, circunstancias u objetos que probarán los hechos que ameritan cada una de ellas.

Devis Echandía relata en su obra tres clases de medidas para el aseguramiento o defensa de la prueba:

- a) Apoderamiento material preventivo de cosas, en calidad de custodia o secuestro, e inclusive retención de personas, para su conservación y presentación posterior al proceso, autorizado generalmente en lo penal, pero desusado en lo civil, aun donde rige el principio inquisitivo.
- b) Recepción anticipada o extraproceso de la prueba, como testimonios o inspecciones para futura memoria y pruebas practicadas por la policía judicial antes de iniciarse el sumario por el juez investigador.
- c) Coerción oficial para la práctica, que puede ser física, como en los allanamientos de inmuebles o incautación de objetos (lo segundo en el proceso penal) y en la conducción de los testigos ante el juez por la fuerza o mediante consecuencias jurídicas (presunción de ser cierto el hecho de existir el documento, pérdida de un derecho procesal), o económicas, como multas.³³

32 Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la Prueba Judicial. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 136.

33 *Ibidem*, p. 136.

Las medidas de aseguramiento son vitales para garantizar no solo el debido proceso, sino la seguridad jurídica de las partes, que tendrán plena certeza del garantismo procesal dentro del juicio.

2.1.4 Proposición y presentación de la prueba

La proposición y presentación de la prueba, de medios de prueba, elementos o investigaciones que conlleven prueba, están exclusivamente remitidas a los sujetos que integran la actividad probatoria. Dichos sujetos, es decir, las partes principales y secundarias, iniciales e intervinientes, así como el mismo juez en la medida que la ley se lo permite, tienen el derecho procesal de presentar o proponer pruebas.

La proposición o presentación de la prueba está sujeta a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar, esto es, oportunidad y consecuente preclusión, idioma y forma oral o escrita, concentración en audiencia o en un periodo o término para la presentación de los memoriales petitorios, según el sistema oral o escrito del proceso. Pero también está sujeta a condiciones intrínsecas: legitimación para el acto en el peticionario, y competencia y capacidad en el funcionario.³⁴

Lo anterior responde nuevamente al debido proceso que debe seguirse en lo probatorio.

2.1.5 Admisión, ordenación y decreto de la prueba

En todo proceso, para que la prueba que se pretende practicar sea legal y válida, debe admitirse, ordenarse o decretarse previamente, esto es, en palabras simples, que el juez contralor de la investigación acepte las pruebas que se están presentando para ser practicadas. La admisión se da cuando las partes proponen sus pruebas, entonces es el juez quien revisa y examina en primera persona la viabilidad de estas

34 *Ibidem*, p. 138.

conforme a las reglas procesales que establecen las leyes para el efecto. Omitir la admisión sería omitir los principios de lealtad, contradicción, publicidad y formalidad de las pruebas; en otras palabras, sin la admisión, la prueba presentada o practicada carece de valor legal y no puede ser tenida en cuenta para la decisión de la causa.

Sin embargo, cuando el juez decreta oficiosamente pruebas, ese acto implica, obviamente, su admisión, y si tal cosa ocurre en el curso de una diligencia de inspección judicial, de secuestro o de entrega de bienes u otra similar, su práctica implica el decreto y la admisión.³⁵ Por ello se reitera que la admisión de la demanda, o contestación en su caso, no vinculan al juez a admitir las pruebas, sino en el momento procesal oportuno es cuando este toma la decisión, de nueva cuenta basándose en que si una prueba es dudosa, debe admitirla.

2.1.6 Recepción o práctica de la prueba

La recepción de la prueba se resume en agregarla al proceso cuando la parte la acompaña, y la práctica, cuando la parte solamente la solicitó, es decir, el procedimiento para llevar a cabo el medio probatorio solicitado.

Por ejemplo, cuando la prueba es un testimonio, la práctica de la misma vendría a ser escuchar el mismo y tomar nota de él; si la prueba es un reconocimiento judicial, la práctica consistiría en el apersonamiento del juez para observar lo que la parte solicitó, y así según sea el medio de prueba. Se entiende, pues, por práctica o recepción de la prueba, los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos o solicitados se incorporen o ejecuten en el proceso.³⁶

35 *Idem.*

36 Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, op. cit.*, nota 32, p. 140.

2.1.7 La asunción de la prueba

Frecuentemente se confunde la asunción de la prueba con la recepción de la prueba, pues si se resumen los dos conceptos, se dan en el mismo momento que el juez recibe la prueba ya sea para incorporarla o para practicarla, ahí mismo la asume.

Sin embargo la asunción de la prueba no se refiere al hecho material o físico del momento de recepción o práctica de la prueba, sino que a la comunicación subjetiva del juez con el medio de prueba (testigo, perito, lugar de los hechos, etc.), o sea que el juez, cuando tiene frente a él un medio de prueba y se alista para practicarlo o recepcionarlo, su mente se prepara mediante operaciones de lógica y sensoriales, que lo llevan a saber cuál es el contenido del medio de prueba y qué aporta al proceso, sin que en esta fase proceda a valorar sino simplemente realice una percepción sensorial y aprehensión mental de la prueba.

2.1.8 Valoración o apreciación de la prueba

Esta etapa o fase de la prueba es de suma importancia, pues es acá donde se establece la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. Todo hecho que se presenta en el litigio que se discute en el juicio debe ser probado por medios de prueba y apoyar su veracidad en ellos. Por ello, el juez debe hacer razonamientos no solo jurídicos, sino también psicológicos y racionales para formar una dinámica mental que lo pueda llevar a la acepción de que los hechos enunciados han sido –o no– suficientemente probados.

En la valoración y apreciación de la prueba ya no participan las partes del proceso, pues es una tarea exclusiva del juez. En este momento culmina toda la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, y es entonces que se determina si la prueba cumple o no su fin procesal, que es llevar al juez a la convicción de que los hechos

sucedieron de cierta manera, y así este pueda decidir sobre ellos de la mejor manera.

Taruffo refiere los enunciados de las partes sobre cada hecho del litigio y explica que la valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado,³⁷ siempre con la consigna de sopesar entre qué debía probar cada parte y en qué grado lo hizo, y así emitir una decisión congruente.

2.1.8.1 *Sistemas de valoración de la prueba*

- *Prueba legal*

Este sistema de valoración fue usado comúnmente durante la Edad Media y posteriormente, basándose en presupuestos y valores preestablecidos que en algunos casos los legisladores y juristas le daban a determinados medios de prueba o bien a todos, entonces el juez pasaba de ser un ente racional que decidía sobre los hechos, a sumar básicamente los valores que tenía cada prueba, tanto positivos y negativos, para después dictar un resultado matemático. Resultaba un sistema eficaz que fue usado por mucho tiempo, pues su creación fue influenciada por la Iglesia, ayudando a evitar las decisiones discrecionales de jueces mal preparados en dicha época y simplificando la toma de decisiones complicadas en situaciones complejas e inciertas.

- *Libre valoración de la prueba*

A medida que se fue debilitando la prueba legal como sistema de valoración de jueces, después de la Ilustración y colapsando con la Revolución francesa, surge el sistema de la libre valoración de la prueba, pues ya no existía la desconfianza hacia los jueces como en el pasado, puesto que ahora los jueces eran funcionarios entrenados

37 Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008. p. 132.

y parte de un gobierno democrático, lo que los llevaba a que fueran decisores neutrales y responsables.

El método de una valoración basada en un cálculo de valores numéricos predefinidos fue abandonado y reemplazado por una concepción completamente diferente de la valoración de la prueba. El juzgador ya no está obligado a seguir reglas abstractas: tiene que determinar el valor probatorio de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esa valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto de litigio, sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles.³⁸

2.2 Guatemala

2.2.1 *Ofrecimiento de prueba*

En Guatemala la prueba se regula mediante cuatro fases principales que aglutinan a las demás; el ofrecimiento de prueba, la primera de ellas, es aquel acto procesal en el cual las partes, como su nombre lo indica, ofrecen las pruebas de las que van a servirse para probar los extremos que alegan en el litigio; en el proceso civil el ofrecimiento de prueba se da en el escrito inicial, en donde las partes consignan en rasgos generales los medios de prueba que van a utilizar, tomando de la ley procesal de la materia los medios que pueden utilizar y enumerándolos en el escrito inicial. Aunque al final no se utilicen todos, el ofrecer dichos medios deja abierto el derecho de que luego se puedan proponer las pruebas individualizadas, o bien no hacerlo. El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala establece en su artículo 106: «En la demanda se fijarán con claridad y precisión los hechos en que

38 *Ibidem*, p. 135.

se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición».³⁹

El ofrecimiento de prueba en materia penal tiene otro rumbo, pues existe una audiencia específica para el efecto. En dicha audiencia las partes comparecen con las pruebas que están ofreciendo para ser diligenciadas en el debate oral y público; en el desarrollo de la misma, cada parte lee y hace alusión a las pruebas que posee y luego se da la oportunidad respectiva para que cada uno rebata las pruebas de las demás partes, pudiendo señalarlas de impertinentes o abundantes. Posteriormente el juez contralor, o sea, el juez de primera instancia, es quien decide sobre la viabilidad de las pruebas ofrecidas y decreta su admisión para que sean conocidas por el tribunal respectivo en el debate oral y público.

2.2.2 *Proposición de la prueba*

En la mayoría de ocasiones se confunde o se distorsiona y hasta se llega a omitir la proposición de la prueba, confundiéndola con el ofrecimiento, cosa que está fuera de lugar y que es evidentemente incorrecta, pues como ya se explicó, el ofrecimiento de prueba es el acto procesal en el que solamente se enumeran los medios de prueba que se van a utilizar, es decir, se toman los medios de prueba que la ley establece y se enumera los que posiblemente se usarán. En cambio, la proposición de la prueba es aquel momento procesal en donde se individualizan los medios de prueba. Por ejemplo, si se va a presentar testigos, en el ofrecimiento de prueba se ofrece solamente el medio de prueba genérico, es decir, «testigos». En cambio, en la proposición, que es el momento de individualizar, se indica «declaración testimonial de...»; así, se tiene por sentado que la proposición de la prueba es individualizar los medios de prueba, cada uno con sus características y con los extremos que pretenden probar.

39 Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, Guatemala, 1963.

En el proceso civil la proposición de la prueba se da dependiendo del medio de que se trate, pues en el escrito inicial se deben acompañar los documentos en que funda su pretensión, individualizados, mientras que dependiendo del tipo de proceso o bien el medio de prueba de que se trate, solamente se señalan los que se pretenden usar de manera genérica, para ser individualizados en el momento procesal oportuno; al respecto, el artículo 107 del ordenamiento procesal civil menciona lo siguiente:

«El actor deberá acompañar a su demanda los documentos en que funde su derecho. Si no los tuviere a su disposición los mencionará con la individualidad posible, expresando lo que de ellos resulte, y designará el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales».⁴⁰

En el proceso penal la proposición de la prueba se realiza en la misma audiencia de ofrecimiento de prueba, en donde cada parte acude ante el juez contralor, para ofrecer y a la vez proponer e individualizar cada medio de prueba que pretende sea admitido.

2.2.3 Diligenciamiento de la prueba

Esta fase de la prueba sin duda debe tenerse muy en cuenta en cuanto a su realización por la delicadeza que merece, pues del diligenciamiento de la prueba depende, por lo menos en Guatemala, la acepción que el juez tenga acerca de los extremos que las partes pretenden probar y qué tan eficaces han sido las pruebas rendidas. En esta fase el juez debe tener mucho cuidado de respetar las normas legales y los procedimientos de diligenciamiento de las pruebas, para que después no exista forma de señalar que la decisión es parcializada y no apegada a derecho.

El diligenciamiento –o en otras palabras, la *práctica* de la prueba–, también se va a dar dependiendo del medio del que se trate, pues por

40 *Ibidem.*

ejemplo, los documentos en el proceso civil se tienen por recibidos junto al escrito inicial, pero no hay una audiencia para practicarlos ni para leerlos, pues son de conocimiento de las partes; ahora bien, en el reconocimiento judicial, el juez debe apersonarse al lugar de los hechos que indique la parte quien lo solicitó y constatar con base en los extremos que esta indicó. Por ello se hace importantísimo y vital que el juez esté presente en todas las diligencias de prueba, pues es él quien tiene que empaparse de los hechos y fundar en su mente, con apoyo de las pruebas, la hipótesis que crea más certera, dando valor entonces a cada medio de prueba y decidiendo sobre el hecho en litigio de una manera imparcial y responsable.

Al respecto el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala establece en su artículo 129:

«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 deben 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».⁴¹

En el proceso penal el diligenciamiento de la prueba se da exclusivamente en el debate oral y público, cuando cada parte presenta sus respectivas pruebas y se tiene el derecho de alegar sobre ellas, con excepción de los anticipos de prueba, que se dan en casos singulares y por motivos ajenos al proceso mismo.

2.2.4 Valoración de la prueba

La valoración es la etapa más importante de la actividad probatoria, tanto doctrinariamente como en la legislación guatemalteca; debido a ella, se dan las decisiones de los jueces y se acredita que una parte

41 *Ibidem.*

tiene la razón u otra, o bien se decide sobre la libertad o la vida de una persona.

En la fase de la valoración de la prueba el juez echa mano de todos los procesos mentales que realizó y de la intermediación que tuvo con cada medio de prueba, del contacto sensorial que logró y la credibilidad que le otorgó al momento de su práctica. En la valoración, como su nombre lo dice, el juez le otorga el nivel de validez a cada medio de prueba que estuvo frente a él, para luego valorar en su conjunto y cotejar las hipótesis de hechos que se le plantearon, estableciendo la certeza de las afirmaciones de cada parte y decidiendo en conjunto qué valor tendrá la prueba que se diligenció.

En el proceso civil, el método de valoración de la prueba es a través de las reglas de la sana crítica, mientras que en el proceso penal es la sana crítica razonada. Para el efecto, el párrafo tercero del artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala establece:

«Los tribunales, salvo texto de ley en contrario, apreciarán el mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Desecharán en el momento de dictar sentencia, las pruebas que no se ajusten a los puntos de hecho expuestos en la demanda y su contestación».⁴²

La valoración legal de la prueba en Guatemala también remite a la plena prueba o prueba tasada en el caso concreto de la confesión prestada legalmente –la cual se tiene como plena prueba– o los documentos autorizados por notarios, que si bien es cierto producen plena prueba, admiten prueba en contrario si son redargüidos de nulidad.

2.3 Sujetos y órganos de la actividad probatoria

La prueba, siendo un medio que sirve para dilucidar posiciones y comprobar hechos en un proceso, por su naturaleza y delicadez

42 *Ibidem.*

necesita siempre de un sujeto y la intervención de este para presentarse (en ocasiones, necesita de varios sujetos, frecuentemente quien o quienes la solicitan y en otras solamente el juez, cuando decreta de oficio); también participan terceros sujetos en la prueba; por ejemplo, cuando es un testimonio, el testigo; cuando es un informe pericial, el perito, y así respectivamente. Además, claro, interviene la contraparte, quien la contradice y contrainterroga.

En la actividad probatoria no existen sujetos activos o pasivos, pues todos por igual participan de ella y colaboran con su actuar, aun cuando hay autores que citan que la parte contraria de quien pide o presenta la prueba es el sujeto pasivo; no es así, pues la prueba no es dirigida en contra de dicha parte, sino al juez, quien es su único destinatario.

Según Devis Echandía, quien brinda una amplia definición de sujetos y órganos de la actividad probatoria, afirma que:

Por **sujetos** entendemos las personas que desempeñan algunas de las actividades procesales probatorias, de presentación o solicitud, admisión o decreto, práctica, recepción o asunción, contradicción o discusión y valoración o apreciación de la prueba; esto es, el juez y las partes principales y secundarias del proceso.

Por **órganos**, las personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria, como testigos actuarios de las inspecciones que exigen algunos Códigos de Procedimiento, o a suministrarle el conocimiento del objeto de la prueba, como los peritos, intérpretes, testigos comunes, funcionarios judiciales o administrativos o de policía que expiden copias o certificados, las partes que confiesan en interrogatorios y que no son las autoras de documentos allegados al proceso, y aun los detectives y funcionarios de policía o de laboratorios forenses y que investigan los hechos para suministrar indicios, huellas digitales, pruebas de otro orden y cualesquiera otros experimentos

científicos que tengan algún valor probatorio; por lo tanto, los órganos de prueba son generalmente los terceros no intervinientes y las partes solo cuando son autores del medio de prueba, confesión o documento; nunca el juez.⁴³

Por lo anteriormente expuesto por el autor, se puede deducir entonces que existen diversos sujetos en la actividad probatoria, así como órganos por igual. En ocasiones un sujeto puede ser órgano y viceversa, pero más específico aún es que existan sujetos para cada fase o etapa de la actividad probatoria, aunque estos sean los mismos. Entonces se tiene por sentado que en la proposición de la prueba los proponentes son los sujetos; claro está que depende del sistema del cual estemos tratando para observar quiénes están legitimados para ser sujetos (proponentes) y quiénes no. En la ordenación y admisión de la prueba también existen sujetos diversos, conocidos como los ordenadores; en la mayoría de casos solamente puede ser el juez, aunque en algunas diligencias este delega la función a alguien más. Para la recepción de la prueba es la misma historia, los receptores son los sujetos, pero se debe observar quiénes pueden ser, pues la recepción se confunde con la práctica de la prueba, en tanto receptores de la prueba solamente pueden ser el juez o algún comisionado que nombre este para el efecto.

2.4 Requisitos intrínsecos y extrínsecos de los actos de prueba

Estos requisitos, como ya se ha mencionado en alguno de los principios probatorios y en alguna fase de la actividad probatoria, son de vital importancia para todo el derecho probatorio en sí. Los requisitos intrínsecos afectan al medio mismo utilizado en cada caso y los extrínsecos refieren circunstancias separadas del medio de prueba, pero que se relacionan con él y lo afectan o complementan.

43 Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, nota 32, p. 126.

2.4.1 *Requisitos intrínsecos*

2.4.1.1 *Conducencia del medio*

En palabras concretas se puede decir que la conducencia de la prueba es la aptitud legal o jurídica que tiene la misma para convencer al juez sobre el hecho a que se está refiriendo o que pretende probar, volviéndose entonces un requisito intrínseco puesto que busca evitar un gasto innecesario de tiempo, tratando de dilucidar un medio que es ineficaz desde el inicio, y proteger la actividad probatoria en su conjunto, evitando que se retrase el proceso con medios de prueba que no aportarán nada al proceso.

Para ser conducente, la prueba debe ser un medio autorizado por la ley, encontrándose regulado legalmente y que no exista prohibición para su utilización, y que la misma ley no excluya o le reste valor probatorio a dicho medio, por exigir que tal hecho se debe probar con otro medio y no con el utilizado.

2.4.1.2 *La pertinencia o relevancia del hecho objeto de la prueba*

El examen que debe realizarse sobre los requisitos de la prueba, sin duda debe ser encaminado a verificar que estos se cumplan, para que la prueba sea eficaz al momento que se necesite. En ese sentido, se ha confundido la pertinencia y la relevancia con la conducencia, pero son cosas distintas; la segunda busca establecer relación del hecho por probar con el litigio o la materia del proceso, mientras que una prueba impertinente o irrelevante es aquella que se presenta para tratar de convencer al juez sobre hechos que ni siquiera se relacionan con el litigio o materia del proceso.

2.4.1.3 *Utilidad de la prueba*

La prueba tiene como uno de sus requisitos principales ser útil, pues debe prestar un servicio de convicción al juez de la causa para decidir de una manera justa y apegada a los hechos reales, aunque

si bien es cierto en algunos casos la prueba simplemente puede ser necesaria, o en otras palabras, no ser completamente inútil.

Algunos autores han unificado el requisito de la utilidad de la prueba con el de pertinencia y conducencia, pues mencionan que la prueba inconducente o impertinente es inútil, en el sentido que pierde su eficacia en cualquiera de los dos casos, pero la posible utilidad debe apreciarse con un criterio más amplio, de suerte que debe aceptarse cuando exista alguna posibilidad de que la prueba, por sí sola o en concurrencia con otras, pueda servir para apreciar o aclarar cualquier detalle de los hechos principales o accesorios que tengan alguna relación con el proceso,⁴⁴ entrando a escena el principio del *favor probationes* o el principio de la *in dubio*, además del principio de la unidad de la prueba.

2.4.1.4 Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho

La ausencia de prohibición establecida en la ley para investigar un hecho y por ende recabar pruebas del mismo, muchas veces se mezcla o incluye de nueva cuenta en la conducencia de la prueba, pues se hace mucho más fácil para el juzgador depurar las pruebas desde el punto de vista de la inconducencia, pero para efectos del presente estudio, se hace viable estudiar la ausencia de prohibición legal para investigar, como un requisito separado de la prueba.

Tal requisito debe ser observado desde el punto de vista de la legalidad, es decir, que aunque la ley procesal no establezca que tal prueba es inadmisibles, debe recurrirse a la norma que establece la prohibición para investigar dicho hecho, o bien la prohibición para realizar determinada diligencia sin autorización o por motivos complejos preestablecidos, como por ejemplo las escuchas telefónicas o la interceptación de correspondencia.

44 *Ibidem*, p.162.

2.4.2 *Requisitos extrínsecos*

2.4.2.1 *Oportunidad procesal o ausencia de preclusión*

Entrando en materia con los requisitos extrínsecos de la prueba, es decir, los requisitos de forma y procesales, se encuentra el requisito de que la prueba sea presentada en la oportunidad procesal correspondiente y que no exista preclusión cuando se aduzca un medio de prueba, debido que para ser respetuosos del debido proceso y los principios probatorios y procesales, se deben respetar todas las normas que rigen al proceso que se esté ventilando; por ello, las pruebas deben presentarse o aducirse en la etapa oportuna, solo así entonces se podrá llevar un orden del juicio y llegar a una decisión apegada en el debido procedimiento.

También existen los casos, dependiendo el juicio que se esté ventilando, que a la parte quien aduce la prueba extemporáneamente o fuera de la oportunidad procesal se le rechace su petición, pero posteriormente, según las facultades que tenga el juez, pueda solicitar tal medio de oficio, por su importancia para dilucidar la causa.

2.4.2.2 *Formalidades procesales para la validez de la prueba*

La prueba, como todo acto procesal, debe estar revestida de ciertas formalidades de tiempo, modo y lugar, que lejos de ser limitación al derecho de probar, son una preciosa garantía para las partes y un requisito para que se hagan efectivos los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la igualdad de oportunidades, la imparcialidad del juez, la inmaculación del medio y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del funcionario;⁴⁵ todo ello configura el respeto al debido proceso y a la lealtad procesal.

45 *Ibidem*, p. 166.

En cuanto al tiempo, la prueba debe aducirse e incorporarse al proceso en días y horas hábiles para que surta efectos plenos y pueda ser contradicha, aunque como siempre, hay excepciones. En algunos procesos, como el penal o el oral, la prueba puede recibirse en horas o días inhábiles, pero la petición debe haberse hecho en hábiles. También existe el caso en que la ordenación puede ser emitida en horas y días inhábiles, pero la notificación debe ser en días y horas hábiles. En cuanto a los juzgados de turno, que resuelven situaciones en horas y días inhábiles, puede establecerse que las actuaciones, incluyendo las relativas a las pruebas, quedan dentro del rango de la jurisdicción, siendo válidas ante cualquier circunstancia.

Respecto al lugar donde ocurre la prueba, debe ser un lugar determinado por la ley, comúnmente en los despachos judiciales, salas de audiencias o lugares donde se practicare la diligencia, debido a que si la prueba fuere en cualquier lugar, las partes tendrían una continua incapacidad para contradecirla.

En cuanto al modo, la ley siempre va a ser la que dicte cómo se consagrarán las pruebas ante el proceso. Comúnmente el modo en que se reciban, aduzcan o decreten las pruebas siempre será cuestión del juez y de la observancia de la ley por parte de este. Debido a ello, para impugnar de la actuación del juez en cuanto al modo que recibió, practicó u ordenó la prueba, las partes están en su derecho de presentar la nulidad de las actuaciones que consideren viciadas; estas tres formalidades encaminan al total respeto del debido proceso y de los principios fundamentales del derecho probatorio y procesal.

2.4.2.3 Legitimación y postulación para la prueba

Se sabe a través del análisis que se ha realizado que no toda persona tiene derecho a solicitar pruebas en un proceso, sino que, por el contrario, ese derecho está reservado a las partes principales y secundarias, originarias o intervinientes, sean permanentes o

incidentales, pero con la limitación, respecto a las últimas, de que esas pruebas valen únicamente para el incidente o la cuestión específica que motiva su intervención y deben referirse a esta.⁴⁶ Tal legitimación puede ser relativa en algunos casos, como por ejemplo, cuando la parte legitimada para presentar o aportar pruebas tiene que estar asesorada y dirigida por un abogado. También el juez debe ser el legitimado para recibir las pruebas en el proceso; el juez contralor o bien el juez con competencia específica para la comisión de esa prueba, están legitimados.

2.4.2.4 *Competencia del juez de la causa o del comisionado, según el caso*

Puede que parezca una redundancia hablar de la legitimación de los sujetos de la actividad probatoria, y luego hablar de la competencia del juez de la causa o del comisionado según el caso, pero aunque parezca que tal requisito es el mismo, se encuentra la diferencia en que un juez puede estar legitimado por las partes al aceptar que él dirija las audiencias y las diligencias, mientras que la competencia se divide por razones diversas: por territorio, por cuantía, por materia, etc., y no son las partes las que lo legitiman, sino un mandato constitucional.

Depende en muchas ocasiones de las leyes procesales que se manejen, la aceptación que tengan los actos realizados por un juez incompetente, pues si bien es cierto, en algunos países al momento de dictar sentencia se validan las actuaciones, mientras que en otros existen recursos que las partes pueden usar para desconocer tal fallo.

Es por eso que la competencia es tan importante como requisito de la prueba, pues hasta en las actuaciones fuera del proceso se debe tener, tanto un mandato legal para realizarlas, como un consentimiento de las partes.

46 *Ibidem*, pp. 170 y 171.

2.4.2.5 *Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos*

Retomando la capacidad, pero ahora desde el punto de vista de las partes y los auxiliares en la actividad probatoria, ya no solo el juez, por eso mismo, los sujetos y en sí todas las partes que participen dentro del proceso, deben tener capacidad procesal, o sea, gozar de sus facultades mentales. Por otro lado, no debe haber impedimentos legales para que las partes se desarrollen con respecto a la prueba dentro del proceso, puesto que los órganos, auxiliares y sujetos probatorios deben gozar de los atributos que establece la ley para ser sujeto en un proceso; por ejemplo, los menores de edad tienen impedimento y así también los mentalmente incapaces o inhabilitados. Por ello se hace importantísimo el control de la capacidad de todos los sujetos y órganos que tengan contacto con la actividad probatoria.

CAPÍTULO III MEDIOS DE PRUEBA

3.1 Relevancia de los medios de prueba

Los medios de prueba, como ya se ha mencionado en la presente investigación, son de vital importancia, aunque en este capítulo ya no se basará el estudio en la relevancia de las pruebas como órganos, sino en la relevancia de los medios de prueba como formas generales de hacer llegar el convencimiento al juzgador. Por ello se afirma que la relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador, son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos.⁴⁷

Los medios de prueba se vuelven indispensables, no solo al momento de ser admitidos para el proceso, sino cuando son adquiridos, cuando se practica y sobre todo cuando se valoran. Por ello, entonces, los medios de prueba no son simples formas de hacer llegar los órganos de prueba al proceso, son figuras un tanto más complejas que permiten al juzgador, desde el inicio cuando se solicitan, se adquiere o se presentan, formar un razonamiento hipotético en el cual se preparara o, más bien, asumirá que los medios ofrecidos lograrán el propósito para el cual las partes los ofrecieron, encontrando en tal razonamiento el propósito intrínseco del medio de prueba en general y las reglas que posee cada uno y de qué manera la parte que lo adujo lo posicionó dentro de tales reglas.

3.2 Admisibilidad de los medios de prueba

En el capítulo anterior se mencionó la admisibilidad como requisito de la prueba en sí; esto es en un carácter intrínseco de la prueba, que debe reunir requisitos para que pueda ser admisible legalmente.

⁴⁷ Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 37, p. 38.

Pero cuando se habla de admisibilidad de los medios de prueba, se remonta el estudio a aquellas reglas generales que den por sentada la admisibilidad jurídica de un medio de prueba.

Hay que recordar, entonces, que prueba son aquellos vestigios de los hechos o aquellas situaciones o elementos que las partes reúnen y presentan para reconstruir un hecho, pero los medios de prueba son las formas mediante las cuales se encuadran las pruebas para presentar en un proceso; por ello se debe observar por aparte la admisibilidad en cuanto a los medios de prueba, que aunque sean relevantes, también deben llenar los criterios jurídicos de la admisibilidad, debido a que un medio de prueba relevante puede ser excluido por razones jurídicas que denieguen su admisibilidad. Por ello, aun cuando todos los sistemas procesales incluyen normas sobre la admisibilidad de las pruebas, comúnmente se reconoce que el ámbito de la prueba corresponde a la lógica y la epistemología, más que a la reglamentación jurídica; es decir, el juez debe usar la conciencia y además, como se dijo anteriormente, debe crear una referencia hipotética de lo que el medio de prueba pueda causar en el proceso, para analizar si puede o no admitirse con base en su encuadramiento dentro de las formas legales que tiene para incorporarse.

Dado que, en su mayoría, los sistemas procesales del mundo incluyen reglas probatorias para admitir las pruebas e incorporarlas mediante los medios de prueba establecidos en la ley, se deja ver la discusión de la admisión de las pruebas atípicas, es decir, aquellas pruebas que por alguna u otra razón no encuadran en ningún medio de prueba ordinario establecido en ley para que pueda ser incorporado al proceso. Muchos teóricos y estudiosos del derecho probatorio resuelven este problema aplicando la relevancia de la prueba que se ha mencionado, o bien los principios del *favor probationes* o el *in dubio probationes*, y cabe decir que muchos países en la práctica han optado por ser garantistas de los principios probatorios, pero algunos no lo han hecho, apeándose a la legalidad y dejando de lado pruebas por

no poder encuadrarlas dentro de las figuras de los medios de prueba e incorporarlas al proceso de esa manera.

3.3 Tipos de pruebas

Conforme la doctrina y los estudiosos de la ciencia del derecho, las pruebas están divididas en rangos generales, conocidos como tipos. Estos tipos de pruebas puede que engloben a diversos medios de prueba. A continuación se desglosarán los tipos de pruebas más amplios para poder hacer una diferenciación, la cual es necesaria no solo para el encuadramiento de la prueba en el medio de prueba, sino para la revisión de los requisitos de admisibilidad de la misma.

Son diversos los autores que refieren la clasificación de los medios de prueba, debido a la complejidad del asunto. Por ejemplo, Falcón reitera que sin pretender alcanzar una clasificación final de los medios, podemos decir que estos se clasifican en medios documentales (como un instrumento, un objeto), medios por información (como los datos brindados por vía de informe), medios por declaración (como la declaración de partes o de testigos) o medios por investigación (puede ser *directa*, como el reconocimiento judicial, la reconstrucción del hecho, o *indirecta*, como la pericia). Por último, debemos decir que, si bien los indicios pueden constituir elementos que pueden integrarse como pruebas, requieren una operación lógica que no es un medio de prueba, sino que lleva a la presunción.⁴⁸ Esta clasificación bastante simplificada comparte la mayoría de puntos en los que se desenvuelven los medios de prueba; sin embargo, para efectos de la presente investigación se compartirá la siguiente clasificación:

3.3.1 Pruebas directas e indirectas

Esta distinción de las pruebas está presente en todos los sistemas probatorios y básicamente el elemento esencial de dicha distinción

48 Falcón, Enrique M., *op. cit.*, nota 3, p. 29.

es la conexión entre los hechos principales en litigio y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba. Cuando los dos enunciados tienen que ver con el mismo hecho, las pruebas son directas, puesto que atañen directamente a un hecho relevante o principal: el enunciado acerca de ese hecho es el objeto inmediato de la prueba. Cuando, por el contrario, los medios de prueba versan sobre un enunciado acerca de un hecho diferente, a partir del cual se puede extraer razonablemente una inferencia acerca de un hecho relevante, entonces las pruebas son indirectas o circunstanciales.⁴⁹ Como bien se puede observar, las pruebas directas son extraídas de los mismos hechos y se relacionan, como su nombre lo dice, directamente y, por el otro lado, las indirectas tienen relación directa con un hecho diferente, pero aun así pueden aportar nociones de convicción al juzgador para elaborar la hipótesis de los hechos que él considere que es la más cercana a la verdad histórica.

3.3.2 Pruebas positivas y negativas

Para hacer una mejor distinción en cuanto a los tipos de medios de prueba en la presente investigación, también se deben mencionar las pruebas positivas y las negativas, que en cuanto a su explicación, se pueden deducir de una manera muy simple: las pruebas positivas son aquellas que tienen por objeto demostrar, a través de lo que aportan, la verdad del enunciado fáctico o bien, del hecho que se está alegando; es decir, tienen relación directa con el hecho, pues lo soportan y lo fundamentan, revistiéndolo de verdad. Por su parte, las pruebas negativas son aquellas que aunque tienen relación directa también con el hecho o enunciado fáctico, tienden a probar o demostrar que dicho enunciado o hecho es falso, apoyando la contradicción del mismo, pues como su nombre lo dice, son negativas, también llamadas contrapruebas.

49 Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 37, p. 60.

3.3.3 Pruebas orales

Las pruebas orales suelen incluir una gran cantidad de medios de prueba; entre ellos, los testigos, la declaración de parte, etc., pero para fines de la presente investigación y clasificación de los tipos de pruebas, se abordarán en una sola categoría como las pruebas orales.

Este tipo de prueba, como su nombre lo dice, está encaminada al aspecto de tratarse de una declaración oral, obviamente respondiendo a un interrogatorio o una serie de preguntas *ad-hoc*, hechas por una persona legalmente facultada para dicha acción, ya sea la parte contraria, su abogado o el mismo juez.

3.3.3.1 Testigos

En todos los sistemas procesales, un testigo es una persona de quien se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso y a quien se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que ella conoce sobre tales hechos.⁵⁰

Para el medio de prueba de los testigos, varias son las características y requisitos que deben existir, pues históricamente y aun hoy en día el testigo no puede ser sujeto en el proceso que se ventila y también debe contar con capacidad en todo el sentido de la palabra.

Al medio probatorio de testigos en diferentes ocasiones se le llama también declaraciones de terceros, que en todos los sistemas procesales –o al menos, en la mayoría– se exige un interrogatorio por escrito presentado con anterioridad a la diligencia de la prueba, ya sea en un escrito o en sobre sellado, a diferencia de otras pruebas orales. En el mismo sentido, cita Vescovi que la gran mayoría de nuestros códigos (refiriéndose a los códigos civiles latinoamericanos) fijan un límite de testigos por cada juicio, o más comúnmente, por cada hecho;

50 *Ibidem*, p. 62.

a veces, también, un número máximo de preguntas, etc., en un exceso de reglas inconvenientes de establecer por anticipado y como norma general.⁵¹

3.3.3.2 *Las partes como fuentes de prueba (declaración de parte/confesión)*

Dentro de un proceso, independientemente de cuál sea su naturaleza o causa que lo invoca, las partes son las que mejor conocen los hechos que lo motivaron. Por ello es que se debe tomar muy en cuenta el testimonio o la declaración de las mismas, aunque a través de la historia los jueces han sido advertidos del peligro de hacerlo, pues lógicamente cada parte brindará la declaración que más le convenga para sostener los enunciados fácticos en los cuales se apoya. Por ello, en determinado momento histórico, la máxima tradicional *nemo testis in causa propria*⁵² evitó que las partes fueran tomadas como testigos dentro del proceso, pues se hacía la pregunta de qué tan fiables puede ser consideradas y si merece o no valor su dicho.

Como ya se ha mencionado, la prueba oral en donde las partes tienen participación se traduce en el medio de prueba de la declaración de parte, que explica Nisimblat, afirmando que la declaración es la deposición que sobre un hecho realiza un sujeto procesal denominado «parte». Es parte quien pide y contra quien se pide una pretensión. No es parte, por lo tanto, quien no ostente la calidad de demandante o demandado, incidentante o incidentado. La declaración de parte puede tener dos fines, según el momento procesal en que se practique y según quien solicite y practique la prueba. Así, si quien solicita la prueba es la contraparte, la declaración de parte busca el fin de la confesión. Si, por el contrario, quien ordena la prueba es el juez, la declaración tendrá fines meramente aclarativos de la controversia.⁵³

51 Vescovi, Enrique, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1978, p. 83.

52 Significa «Nadie puede ser un testigo en su propia causa».

53 Nisimblat, Nattan, *op. cit.*, nota 19, p. 192.

Es de resaltar que la confesión es una forma de ponerle fin al proceso y por lo tanto debe permitirse, antes identificando la legalidad de la misma dependiendo del proceso, pues existe confesión espontánea o confesión provocada, que afecta la resolución judicial según la que se trate y el momento procesal en que se preste.

3.3.4 Pruebas documentales

Las pruebas escritas o documentales se han venido usando desde la Edad Media, con el fin de dar certeza a las transacciones que se realizaban, todo encaminado por el creciente comercio y relaciones mercantiles que empezaron a crecer más con el paso del tiempo; todo lo anterior creó la necesidad de documentos fiables en los cuales se pudiera apoyar una relación contractual y que luego servirían de pruebas en los procesos judiciales.

En algunos sistemas se mantiene una definición muy amplia, según la cual un documento es «cualquier cosa que represente un hecho», independientemente de la naturaleza de la «cosa» que tenga esa función. Por el contrario, en algunos sistemas el concepto de documento es mucho menos inclusivo y equivale al concepto tradicional de documento escrito.⁵⁴

En consonancia con lo acordado por Taruffo acerca de sistemas inclusivos en cuanto a los documentos, Nisimblat define los mismos como: «Toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera». Es documento el que ha sido creado por el ser humano, lo demás no tendrá el carácter de documento⁵⁵; y por ende clasifica los mismos en una rama bastante fácil de estudiar para los fines de la presente investigación:

1. Por su procedencia: públicos o privados.

54 Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 37, p. 75.

55 Nisimblat, Nattan, *op. cit.*, nota 19, p. 213.

Los documentos públicos, como su nombre explícitamente lo cita, son aquellos que están autorizados o bien redactados por un funcionario público o una persona que ostente funciones públicas en determinado momento; en la mayoría de los casos se les otorga plena validez y solo pueden ser redargüidos de nulidad legalmente, pues se presumen válidos.

Los documentos privados son aquellos obviamente opuestos a los públicos, es decir, que no son autorizados por funcionario en ejercicio de sus funciones.

2. Por su contenido: declarativos o representativos.

Los documentos declarativos son aquellos que por obvias deducciones, buscan declarar una situación que surta efectos frente a terceros, esta consecuencia no necesariamente debe aparejar una obligación, pues solo es una declaración, como por ejemplo, los pagarés, las confesiones, etc.

Los documentos representativos son los que plasman una expresión de voluntad, un hecho o la versión de uno a través de una expresión, como por ejemplo, los cuadros reproductivos o de impresión, las fotografías no editadas o bien las cintas magnetofónicas.

3. Por la certeza de su procedencia: auténticos o no auténticos.

Un documento auténtico básicamente es aquel del que se tiene certeza por la persona que lo ha firmado o redactado, es decir, que se ha creado por una persona la cual goza de autenticidad ya sea ella misma por ser funcionario público o actuar con fe pública, o bien su firma poseer la autenticidad requerida; mientras que los no auténticos son aquellos que necesitan ser autenticados, es decir, aquellos que no son originales y se necesita la ordenación para que sean autenticados, que no es lo mismo que auténticos.

4. Por su originalidad: originales, copias o falsos.

5. Por el mérito probatorio: *ad substantiam actus* y *ad probationem*.

Los primeros son aquellos requisitos o documentos mismos que son exigidos para la validez de un acto; por ejemplo, un contrato de arrendamiento, el cual es el requisito *sine qua non* del negocio jurídico y a su vez es la prueba de la existencia del mismo; mientras que las pruebas *ad probationem* son aquellas que únicamente existen con el fin de probar cierto acto, mas su ausencia o validez no prejuzgan sobre la legalidad o ilegalidad del mismo.

3.3.5 Pruebas informáticas

Los avances de la informática y la telemática, así como el uso cotidiano de ordenadores en un número creciente de dominios, tienen un amplio abanico de efectos sobre la experiencia jurídica y sobre la práctica del derecho. Algunos de estos efectos tienen que ver con las pruebas en el proceso civil; cada vez con más frecuencia las transacciones se estipulan o documentan por medio de ordenadores, y los registros informáticos y las copias impresas se suelen usar como pruebas.⁵⁶ Pero entonces surge la duda y el singular problema de establecer la admisibilidad de estas pruebas y hasta qué grado son creíbles y pueden tomarse en cuenta, pues desde el inicio de su existir presentan problemas debido a que la recolección y presentación no son como cualquier medio común.

En algunos casos no presentan dificultades, cuando factores externos intervienen en ellos, convirtiéndolos en documentos comunes; por ejemplo, cuando la prueba se imprime y las partes la firman, esto equivale a una ratificación y puede tomarse como un documento común y corriente y ser presentado de esa manera; en el otro caso sí surgen problemas, pues cuando las pruebas están almacenadas dentro de los ordenadores y deben presentarse dentro de un proceso judicial, ocurre la discrepancia de que en ocasiones no están todos los registros o

⁵⁶ *Ibidem*, p. 85.

pruebas en el mismo servidor. También hay controversia cuando estos se imprimen, pues prácticamente no constituyen un documento escrito tradicional, ni una copia fiel, pues no están firmados ni ratificados, cuestión que deja sendos abismos para que quepa la falsificación, haya errores o se dé un mal uso de las pruebas que se pretende aportar; otro caso es, pues, cuando los documentos informáticos están cifrados, protegidos y en ocasiones hasta ocultos.

Por todo lo anteriormente expuesto, las pruebas electrónicas o informáticas se hacen cada vez más utilizables pero de mayor riesgo para el proceso judicial, por ello deben existir regulaciones en esta materia para que la forma de aportar y peritar cada elemento de prueba informática que se presente, sea apegada a los principios del derecho probatorio y se respete la cadena de custodia; en la mayoría de procesos se recomienda que para presentar y aportar pruebas informáticas, sean las partes quienes aseguren su presentación y su originalidad, en el caso de correos electrónicos impresos y datos obtenidos de ordenadores, en los cuales se debe presentar el ordenador o los datos en discos que hagan posible su peritaje y su correcta observancia. Además, cuando se trata de documentos electrónicos impresos, estos deben estar impresos a todo color y si se pudiere –con mayor razón en el proceso penal–, que estén autenticados por notario; también, por otro lado, que se presenten en formatos que no permitan su modificación para no afectar la cadena de custodia, como por ejemplo en PDF,⁵⁷ pues así se garantiza que no han sido alterados de su contenido original.

También se puede resaltar el uso de la firma electrónica, que ha formado parte del avance en las relaciones comerciales y mercantiles. Por ello Guatemala ha avanzado en cuanto a su implementación y dotación de características de seguridad jurídica, que a los procesos y al derecho probatorio le brindan un soporte más en su funcionamiento, pues cada vez son más las empresas que amparan sus relaciones

57 PDF: Portable Document Format (“formato de documento portátil”).

comerciales con la firma electrónica, garantizando el cumplimiento de las obligaciones contraídas en contratos informáticos y dotando a los procesos de este tipo de validez.

3.3.6 *Pruebas periciales*

Ni los jueces ni los jurados son omniscientes, y este es un problema en todos los sistemas probatorios. Esta limitación tiene consecuencias muy diversas, la más importante de las cuales es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico que se requiere para establecer y evaluar algunos hechos en litigio. Por otra parte, cada vez con más frecuencia las materias de litigio civil involucran hechos que van más allá de las fronteras de una cultura común o promedio, que es el tipo de cultura no jurídica típica de un juez o de un jurado. Cuando la cultura del juzgador no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla. Por ello, todos los sistemas procesales tienen que utilizar algunas formas de prueba pericial. Esto significa que hay que recurrir a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso.⁵⁸

En ese sentido, los peritos y los expertos que intervienen como órganos de prueba dentro del proceso que se esté ventilando fungen como enriquecedores del mismo, aportando conocimientos a todas las partes y principalmente al juez, para que, relacionando los hechos en litigio con las explicaciones técnicas y científicas de los expertos, pueda llegar a un grado de convencimiento pleno acerca de una situación que está fuera de sus conocimientos naturales.

La pericia es una declaración de ciencia que realiza un tercero que, teniendo conocimientos específicos sobre una materia, no percibió el hecho directamente. El dictamen pericial, por lo tanto, es la opinión consulta de quien, habiendo analizado un conjunto de pruebas, arriba

58 Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 37, p. 90.

a una conclusión, la cual es ofrecida al juez para determinar si existe certeza o no sobre una determinada hipótesis procesal. El perito no juzga las consecuencias del hecho sobre el cual emite su opinión, pues tal labor le está reservada al juez, quien por mandato legal debe tener una preparación básica acerca de la ciencia o del arte materia del experticio.⁵⁹

Por ello cuando se está frente a la valoración de las pruebas periciales, el juez no solo debe observar el informe y la ratificación del mismo por parte del perito, sino que debe observar la idoneidad de él, tanto científica y técnica como moral; también debe tener en cuenta el grado de claridad y exactitud en las respuestas que da, los instrumentos y principios que utilizó para realizar el dictamen y la consistencia en las afirmaciones que emite al ser interrogado y conainterrogado; todo ello hace que el perito no solo valga por el dictamen o informe que emite, sino por sus rasgos personales, pues pasa a formar parte de la prueba misma y no solo queda como un órgano de ella.

3.3.7 *Pruebas reales y circunstanciales*

Las pruebas reales o demostrativas, como se conocen comúnmente, son todas aquellas pruebas que tratan de sucesos, comportamientos, situaciones u objetos que son o pueden ser directamente percibidos por el juzgador, es decir, que no requieren que sean explicados en extremo. Estas pruebas engloban una gran cantidad de medios de pruebas que pueden ser, por ejemplo, fotografías, grabaciones, retratos, etc., todas ellas como cuestiones de fácil percepción por parte del juzgador. Aunque según el sistema probatorio y procesal que se tenga en cada legislación, variará la forma en que se presenten y hasta se valoren dichas pruebas, pues se puede observar en sistemas como el guatemalteco, en el cual estas pruebas se admiten como medios científicos de prueba y son percibidas por el juez en un momento procesal oportuno, mientras que en sistemas como el anglosajón,

59 Nisimblat, Nattan, *op. cit.*, nota 19, p. 275.

que es frente a un jurado, tales pruebas, que tienen el fin de ilustrar, demostrar o denotar una situación real, son presentadas ante el jurado frente a todos los sujetos del proceso y se contradicen en ese mismo momento por las partes intervinientes.

Cuando las inferencias acerca de la verdad de un enunciado sobre un hecho principal se obtienen asumiendo otro hecho como premisa, este último se considera un medio de prueba indirecto sobre aquel hecho principal. Esta clase de prueba es la que se denomina «prueba circunstancial».⁶⁰

A veces solo existe un único medio de prueba circunstancial, a partir del cual se puede extraer una conclusión cognitiva sobre un hecho litigioso. En la mayoría de casos, sin embargo, la prueba basada en medios circunstanciales está compuesta de varias inferencias extraídas de distintas circunstancias que convergen consistentemente en la misma conclusión.

Cuando se llega a la valoración de las pruebas circunstanciales el juzgador se encuentra en un terreno de discrecionalidad, pues debe valorar según su propia estimación, aunque esta valoración puede ser incierta y peligrosa, pues por tratarse solo de circunstancias inferidas de otros hechos, pueden conducir a conclusiones inconsistentes o contradictorias y en casos puede el juzgador llegar a darle un valor sobreestimado o subestimado a circunstancias relevantes o irrelevantes en su caso.

3.4 Medios de prueba en Guatemala

En Guatemala, la legislación procesal establece medios de prueba específicos para poder invocar en los procesos y así incorporar las pruebas. En la legislación penal la libertad probatoria deja al margen y criterio del juzgador la denominación y presentación de las pruebas,

60 Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 37, p. 104.

pues existe un juez contralor que decreta la admisión, por ello se omitirá su estudio en concreto. En la legislación civil se detallan los medios de prueba que las partes pueden utilizar concretamente, adecuando las pruebas a cada medio; tomando en cuenta que dichas normas son supletorias en la mayoría de procesos, se analizarán los medios de prueba en particular de la legislación civil guatemalteca.

3.4.1 Declaración de parte

La declaración de parte, como ya se ha mencionado, es la forma en que las partes participan como prueba en el proceso, pues en ella se realiza un interrogatorio de parte-contraparte y viceversa, a diferencia de los testigos, que son terceros que ayudan a la resolución del litigio. Al respecto, la legislación procesal guatemalteca determina que todo litigante está obligado a declarar, en cualquier estado del juicio en primera instancia y hasta el día anterior al de la vista en la segunda, cuando así lo pida la parte contraria, sin que se suspenda por esa razón el curso del proceso. Además, se establece que la declaración se realice ante juez competente y con citación de la parte contraria, quien es la que formulará las posiciones o preguntas para el absolvente, a quien no puede pedírsele más de una vez posiciones sobre los mismos hechos.

La ley guatemalteca establece requisitos para la citación de la parte que absolverá las posiciones (responderá las preguntas), a quien debe hacerse el llamado a más tardar dos días antes del día señalado para la diligencia. El absolvente, quien es el obligado a contestar las posiciones (preguntas), debe absolver las posiciones de forma personal, cuando así lo exija el articulante, aunque la ley también permite articular preguntas al mandatario que tenga cláusula especial para absolver posiciones; también cuando se trate de menor de edad, deberá ser el representante legal quien absuelva las posiciones, pero si es mayor de dieciséis, podrá absolverlas él mismo con acompañamiento de su representante legal.

En cuanto a las posiciones, que básicamente son afirmaciones que hace el articulante para que el absolvente responda «sí» o «no», la ley establece que estas deben versar sobre hechos personales del absolvente, tratarse sobre un mismo hecho y estar dirigidas en sentido afirmativo. Por otro lado, las posiciones deberán acompañarse en un pliego que se presentará en sobre sellado en plica, el cual quedará en resguardo en la secretaría del juzgado y será abierto en el momento de la diligencia, momento en el cual el juez procederá a calificar las posiciones, descalificando las que no tengan los requisitos antes mencionados. La diligencia empezará con la juramentación del absolvente, posteriormente con la calificación de las posiciones y luego se procederá a formularlas, cuestión a la que el absolvente responderá en sentido afirmativo o negativo solamente, pudiendo el articulante, al término de las posiciones, articular nuevas con previa calificación del juez.

El valor probatorio de la declaración de parte es vital dentro de un proceso. A excepción del proceso penal, la confesión prestada legalmente produce plena prueba, es decir, que las aseveraciones se tomarán como ciertas, con la excepción del declarado confeso, quien es la parte que no se presenta a la diligencia; este podrá rendir prueba en contrario. En el caso de confesión extrajudicial o prestada fuera de la diligencia, esta se tendrá como principio de prueba y no como plena prueba. Como ya se mencionó, el proceso puede terminar por confesión legalmente prestada, dictando el juez sentencia a solicitud de parte sin más trámite. También existe la figura de la confesión sin posiciones, la cual ocurre cuando la parte en la demanda o en otro estado del proceso ha confesado; la parte interesada la solicitará, decretándose la ratificación y quedando perfecta la confesión, poniendo fin al proceso.

3.4.2 Declaración de testigos

La declaración de testigos dentro de los procesos en general en Guatemala, ha pasado de ser la prueba reina a ser una prueba usada

con malas intenciones, pues en más de una ocasión se ha tratado de convencer con dichos falsos a los juzgadores, cuestión que ha debilitado el valor probatorio que los mismos le dan a este medio de prueba. A pesar de ello sigue siendo un medio de prueba indispensable, en que las partes presentan a terceras personas que tienen conocimiento de los enunciados a los que las partes se refieren, para apoyar la tesis de hechos que presentan y esperando que sea tomada en cuenta por el juez. Además de eso, la ley guatemalteca establece la obligación que tienen de declarar las personas que tengan conocimientos de los hechos y sean requeridas, apremiándolas el juez al momento de no declarar sin justa causa.

En cuanto a los requisitos que establece la ley guatemalteca para los testigos, se encuentra que cada parte puede presentar hasta un máximo de cinco testigos por cada hecho que deba ser acreditado; también se establece el requisito para la edad, el cual establece que puede ser testigo toda persona que haya cumplido dieciséis años de edad.

Atendiendo a la igualdad, también existen excepciones en las personas que pueden ser testigos, dejando fuera a los parientes consanguíneos o afines de las partes, así como al cónyuge, aunque esté separado legalmente; pero en todo caso existe la excepción, según la cual se pueden recibir las declaraciones de tales personas cuando las dos partes las propongan y, a su vez, en los procesos de edad, filiación, estado, parentesco o derechos de familia que se litiguen entre parientes.

En cuanto al procedimiento, se puede resaltar que la parte que solicite o proponga la prueba de testigos deberá acompañar el interrogatorio dentro de la solicitud, señalándose posteriormente la audiencia para el efecto, para la cual deben ser notificados por lo menos con tres días de anticipación. Llegado el momento de la audiencia, los testigos declararán bajo juramento, de igual manera que en la diligencia de la declaración de parte. Posterior a esto se les preguntarán las «generales de ley», que son preguntas que se refieren

a sus datos de identificación, parentesco con las partes o interés en el litigio. También se permite la posibilidad de hacer repreguntas a los testigos, las cuales deben versar sobre los hechos que el mismo ha relatado, y cuando los dichos de dos testigos se contradigan, los mismos pueden ser careados entre sí.

La valoración de los testigos, conforme la ley guatemalteca, se realizará bajo la sana crítica, debiendo el juez observar las tachas que se pongan sobre unos, o bien las condiciones físicas al momento de declarar. Los movimientos o rasgos de nerviosismo restarán credibilidad a los testigos y formarán que el juez dude de su dicho, cuestión que no queda ahí, pues si las declaraciones del testigo ofrecieren indicios graves de perjurio, el juez ordenará lo conducente por tal delito, para que se procese como corresponde.

3.4.3 Dictamen de expertos

Este medio de prueba surge cuando existe un hecho dentro del proceso en el cual se necesita la consulta de un experto en la materia, pues como anteriormente se ha mencionado, ni las partes ni los jueces son omniscientes, por lo que necesitan de la intervención de un tercero experto cuando se necesite explicar una cuestión que resulte fuera del conocimiento de ellos.

Para el efecto, la ley guatemalteca establece el dictamen de expertos, que básicamente se solicita por las partes, debiendo establecer con claridad y precisión los puntos sobre los cuales versará el mismo, encontrando entonces que las partes propondrán en la solicitud del dictamen al experto que deseen que sea quien redacte el mismo, pudiendo el juez adherirse y solicitar otros puntos para redactar, aunque en el caso de que las partes no se pusieren de acuerdo, cada una nombrará un experto y el juez nombrará un tercero. Posteriormente el juez, como con cualquier otro medio de prueba, señalará la audiencia oportuna, dándole un plazo razonable para que el o los expertos

remitan el informe respectivo, pudiendo remitirlo con legalización de firmas o concurriendo al tribunal a ratificarlo. También menciona la legislación guatemalteca que el juez podrá dirigir preguntas por escrito o verbalmente al experto para que aclare puntos del dictamen, y en consecuencia dotarlo de un mayor conocimiento.

Por último, se encuentra dentro de la ley que al dictamen de un experto, aunque sea concorde, no obliga al juez a otorgarle pleno valor probatorio, quien, formando su convicción, debe tener presentes hechos por aparte a los cuales les haya atribuido certeza, para que luego, con base en todo lo anterior, otorgue o no valor probatorio al dictamen del experto.

3.4.4 Reconocimiento judicial

El reconocimiento judicial, como su nombre lo dice, es el apersonamiento que el juez hace en el lugar de los hechos para verificar él mismo cosas o personas que las partes le indiquen, con el fin de crear en su mente la percepción de lo que pudo haber pasado en realidad y dotarse de conocimiento del caso, por lo que es un medio de prueba de suma importancia, pues facilita que las partes indiquen al juez el tiempo, modo y lugar de los hechos. Por ello la legislación guatemalteca le otorga un valor especial, haciéndolo junto a la declaración de parte, un medio de prueba que se puede solicitar en cualquier estado del proceso, hasta el día antes de la vista; además, faculta al juez para practicarlo de oficio cuando lo considere conveniente o en diligencia para mejor fallar.

Para la legislación de Guatemala, pueden ser objeto de reconocimiento las personas, lugares y cosas que interesen al proceso. Otro rasgo interesante del reconocimiento judicial y que lo hace especial, es que a la diligencia puede el juez ser acompañado por las partes y sus abogados, además de los peritos de su confianza, quienes pueden indicarle y expresarle las cuestiones en las que se tenga duda,

mientras que también los testigos pueden ser examinados en el acto si hubieren hechos que tengan íntima relación con su dicho; por ello, la ley remite a que el juez levantará la correspondiente acta, que será firmada por él mismo, el secretario, testigos, peritos y por los demás asistentes que quisieren hacerlo.

El reconocimiento judicial es un medio de prueba clave en la dilucidación de litigios, pues permite al juez, a través de la unidad de la prueba, condensar las pruebas que ha recibido hasta el momento y adecuar lo que cada una le informó, a los hechos motivo del litigio, y así empezar a darle forma a una versión de los hechos que le aportará la certeza para una decisión atinada.

3.4.5 Documentos

Los documentos son fundamentales dentro de los procesos, pues en ellos quedan plasmadas situaciones y circunstancias que han pasado y que necesitan ser demostradas y puestas ante los ojos del juez. Por ello, la ley guatemalteca regula ampliamente la prueba de los documentos, estableciendo reglas básicas para su aportación dentro del proceso.

La primera es que los documentos que se adjunten a los escritos o aquellos cuya agregación solicite a título de prueba, podrán presentarse en su original, en copia fotográfica, fotostática, fotocopia o mediante cualquier otro procedimiento similar. La segunda es que los documentos expedidos por notario podrán presentarse en copia simple legalizada, a menos que la ley exija expresamente testimonio.

También establece que las copias fotográficas y similares que reproduzcan un documento y sean claramente legibles se tendrán por fidedignas, salvo prueba en contrario o con la salvedad de que si el juez o la parte contraria solicitare el original, deberá ser exhibido, además de la regla general que establece que el documento que una parte presente como prueba siempre probará en su contra.

Cuando se trata de documentos, se encuentra una gran gama de los mismos; por ello, la ley procesal establece que se podrá presentar toda clase de documentos, dejando libertad para este medio de prueba. También es de resaltar que en cualquier momento del proceso el juez puede de oficio o a solicitud de parte disponer el cotejo del documento original con una copia, haciéndolo él mismo o con la ayuda de peritos. En cuanto a los documentos incompletos, estos no hacen fe. Cuando se da el caso en que los documentos están en poder de terceros o de la parte adversaria, la parte interesada puede solicitar al juez para que intime y fije un plazo a dicha parte para que haga llegar el documento, advirtiéndole que se tendrán por exactos los datos del documento que no se quiera entregar; también existe la posibilidad de realizar reconocimientos en documentos.

Otra característica importante de la prueba de documentos dentro de la ley guatemalteca, es que a los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, se les brinda la calidad de plena prueba, pues producen fe, pero también establece el mecanismo y el derecho de la otra parte para redargüir de nulidad o falsedad mediante la vía de los incidentes y dentro del plazo de diez días a la notificación de la resolución que admita la prueba. Sin embargo, aun y cuando la parte no redarguya de nulidad el documento en el tiempo oportuno, cuando se tratare de documentos privados, estos admiten prueba en contrario.

Por último, la ley procesal establece los requisitos para que los documentos otorgados en el extranjero produzcan sus efectos en Guatemala:

1. Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país de donde proceden o hayan sido otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares, de conformidad con las leyes de esta República.

2. Que el acto o contrato no sea contrario a las leyes de Guatemala.

En conclusión, los documentos son pruebas que pueden ser utilizadas de muchas formas, mientras produzcan un convencimiento en el juez según su grado de autenticidad, pues con la tecnología de hoy en día se hace fácil la falsificación, cuestión que solo se podrá desvirtuar si existe una parte contraria activa dentro del litigio y un juez atento y diligente para otorgar valor probatorio a la prueba que realmente lo merece.

3.4.6 Medios científicos de prueba

En este medio de prueba regulado por la ley guatemalteca se engloba una serie de pruebas para las cuales la ley, en el momento de su creación, no tenía una regulación específica, pues con la tecnología y la ciencia cambiante eran posibles nuevos medios de prueba basados en fotografías de distintos tipos, cintas magnetofónicas y análisis de sustancias. Todo ello significaba algo incierto al momento de legislar y los legisladores dejaron la puerta abierta al avance, permitiendo así que hoy en día pruebas como la del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN), en los casos de paternidad y filiación, puedan ser incorporadas ante el juez sin mayor formalidad.

Para la valoración de los medios científicos de prueba, establece la ley como requisito para su validez que estén certificados de autenticidad, ya sea por el secretario o por notario; el juez podrá, aun así, proponer el dictamen de expertos sobre dichos medios, es decir, que en estos casos de prueba los dos medios de prueba se complementan si el juez lo requiere para tener una mejor visión y claridad en cuanto a los puntos y enunciados que se pretenden probar a partir de los primeros.

En conclusión, los medios científicos de prueba forman un apartado para el cual se requiera la intervención de una prueba muy técnica que necesite la utilización de la ciencia en ella, entendiendo por ciencia, estudios o análisis basados y aprobados por el método científico y por expertos en la materia.

3.4.7 *Presunciones legales y humanas*

Las presunciones son aquellas conjeturas que surgen a partir de un hecho que fue probado, es decir, son aquellos hechos que se consideran probados en consecuencia de otro hecho. La legislación guatemalteca establece dos tipos de presunciones: las legales y las humanas, las cuales dependerán de su validez y admisión de prueba en contrario, así como de su interpretación, dependiendo de qué hecho surjan y si no contravienen la misma ley.

Las presunciones legales conforme la ley, llamadas también presunciones de derecho, son aquellas que la misma ley establece o remite; estas admiten prueba en contrario a menos que la ley lo prohíba. Básicamente, las presunciones legales en Guatemala se dan cuando la misma ley opta por darle valor a un hecho derivado de la probación de otro hecho; por ejemplo, cuando se prueba que existe un vínculo matrimonial entre dos personas, la ley establece la presunción que el hijo nacido dentro del matrimonio es hijo del esposo. Nótese entonces que a raíz de probar el primer hecho, que era la relación conyugal o de matrimonio entre dos personas, surge la presunción legal de que los hijos nacidos durante dicha relación son hijos del padre. Claro está que como dicha presunción admite prueba en contrario, el presunto puede iniciar el proceso legal correspondiente, pero en primer plano la ley presume una situación de derecho.

Las presunciones humanas son aquellas que surgen de la mera lógica del juez, es decir, son las que surgen en el examen lógico y análisis que realiza el juez derivadas de otros hechos que ya han sido probados. Así lo explica la ley, que establece que la presunción humana solo produce prueba si es consecuencia directa, precisa y lógicamente deducida de un hecho comprobado; también establece que para que la presunción humana pueda ser tomada en consideración, debe ser grave y concordar con las demás pruebas rendidas en el proceso.

CONCLUSIONES

El derecho probatorio es una rama independiente del derecho procesal, pues posee principios propios que la informan para su funcionamiento, así como de suma importancia para la ciencia del derecho, pues coadyuva a la función judicial en la realización y concretización de los fines del proceso y la búsqueda de la paz a través de la resolución de litigios.

Por ello, se puede resaltar que la legislación procesal guatemalteca (Código Procesal Civil y Mercantil, Código Procesal Penal) contempla únicamente las pruebas en su más básica expresión, inobservando principios de aplicación e instituciones eficientes que mejorarían la tarea judicial, pues como se ha reiterado, el derecho probatorio está apegado a principios constitucionales y de derechos humanos que garantizan el debido proceso y promueven la efectiva tutela judicial, por lo que legislarlos no contravendría ninguna norma de mayor categoría, sino que complementaría la tarea del debido proceso y el derecho de defensa.

Es importante resaltar la manera en que otros países de Latinoamérica, como Colombia, Uruguay, Perú, Chile, Argentina, entre otros, utilizan el derecho probatorio, sus principios y formalidades de una manera amplia, regulando sus legislaciones y apegando sus procesos a dicha rama, lo que permite que tengan procesos saneados y economicen actuaciones. Por ello, la incorporación del derecho probatorio en las leyes guatemaltecas se hace necesaria para garantizar la observancia de principios básicos del debido proceso y derecho de defensa, así como también se hace necesario profundizar el estudio del derecho probatorio a nivel universitario (pregrado), impartiendo una materia para el efecto, pues es una rama del derecho que se ha descuidado y que ayudaría a la formación de mejores profesionales.

Luego de haber profundizado en la importancia de esta rama de las ciencias jurídicas, se hace necesaria la promoción de reformas a las

leyes procesales guatemaltecas, en las cuales se cree el andamiaje legal, suficiente y coherente con el derecho probatorio, y así, se promueva su aplicación en los diversos procesos, ya sean penales, civiles o administrativos, para que se familiarice y socialice la materia, a fin de que se haga énfasis en su estudio y aplicación, llegando a mejores resultados en los procesos.

Por último, es imprescindible dotar a los jueces y operadores judiciales de estudios que abarquen la rama del derecho probatorio, para que, a través de la especialización en la materia, puedan coadyuvar en garantizar una justicia pronta y cumplida, que sea consecuencia de fallos basados en los principios constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, garantizando la efectiva tutela judicial, para luego promover la actualización del sistema procesal y probatorio del país, creando, como se ha hecho en otros países, un instituto de derecho procesal que sea capaz de actualizar nuestros códigos conforme a los avances del derecho en la región y el mundo.

REFERENCIAS

- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1942, tomo II.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República de Guatemala*, 1985.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.
- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 1989.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*. Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- _____, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Zavalía, 1988, tomo I.
- FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la prueba: civil, comercial, laboral, penal, administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2009.
- JEFE DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, 1963.
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MUÑOZ SABATE, Luis, "Técnica probatoria", en *Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, Praxis, 1967.
- NISIMBLAT, Nattan, *Derecho probatorio. Principios y medios de prueba en particular actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011*. Colombia, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2011.

- PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, tomo IV.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Colombia, Décimo quinta edición, 2006.
- RAMÍREZ G., José F., "Mixtura de la prueba trasladada", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, volumen 3, Bogotá, 1985.
- SEBASTIÁN MIDÓN, Marcelo, *Derecho probatorio: parte general*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Cuyo, 2007.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, "Introducción al derecho probatorio", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1965.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- VESCOVI, Enrique, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978.
- _____. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 2006.



Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Editorial Serviprensa, S.A. en el mes de octubre de 2017. La edición consta de 800 ejemplares en papel bond beige 80 gramos.

Esta investigación no se limita a un análisis descriptivo sin mayor aporte original, sino que propone un cambio integral en la forma de ver la prueba dentro del sistema jurídico guatemalteco; se trata de un giro encaminado a reducir la impunidad y aumentar la fiabilidad del sistema de justicia; una justicia basada en la razón y en evidencias, no en prejuicios, suposiciones e influencias. En ese sentido, esta publicación constituye un aporte considerable en el proceso de creación de bibliografía nacional sobre un tema que lamentablemente no se ha discutido lo suficiente en este país.

Jose Pablo Pacheco Samayoa es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado y notario por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, actualmente inscrito en la maestría en Derecho Constitucional de la misma casa de estudios. Posee estudios en derecho comparado de los derechos humanos, derecho probatorio, argumentación jurídica, derecho constitucional comparado y derechos humanos, y derecho internacional humanitario en la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia; ha sido asesor técnico en el Consejo de la Carrera Judicial del Organismo Judicial (2015), oficial en Cámara de Amparos y Antejudicios de la Corte Suprema de Justicia (2015-2016) y oficial en Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2016). Actualmente se desempeña como letrado de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.

ISBN: 978-9929-584-61-7

