

LA PRUEBA DISPONIBLE A LA LUZ DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL VIGENTE

*MS.c. Diamantina Romero Cruz**

RESUMEN

En la recolección y presentación de prueba en el litigio civil, la delimitación de las funciones del tribunal y de las partes es un punto que ha sido objeto de discusión en muchos sistemas procesales. El objetivo de esta pequeña investigación es desarrollar el tópico de aquella prueba disponible desde el punto de vista del rol de las partes involucradas en el proceso, sin que, por ello, se pretenda agotar el tema. Se analizarán las características más significativas de la prueba disponible y la facilidad probatoria, desde una perspectiva doctrinaria y legal, con la cual estas podrían ser adecuadamente entendidas.

Palabras claves: prueba disponible, disponibilidad probatoria, facilidad probatoria, derecho a probar, Código Procesal Civil.

TITLE: THE AVAILABLE TEST IN THE LIGHT OF CURRENT CIVIL PROCEDURAL CODE

ABSTRAC

The delimitations of the functions of the court and the parts involved in the recollection and presentation of evidence in the civil litigation, are a subject that has been object of discussion in many processal systems. The objective of this brief investigation it's to develop the subject of the available evidence according to the role of the parts involved in the process. The most significative characteristics of the evidence and the ease of proof will be analyzed from a legal doctrine point of view, achieving the right understandment of these.

Keywords: available evidence, evidentiary availability, ease of proof, right to try, Civil Procedure Code.

Recibido: 18 abril 2022

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Máster en Derecho, jueza 5 en el Tribunal de Apelaciones de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: diamantinarom@yahoo.com y dromero@poder.judicial.go.cr

Sumario: *Introducción. Sección primera. Papel de las partes en el proceso civil. I.- La búsqueda de la verdad. II.- Un modelo para una producción probatoria equilibrada. III.- Prueba disponible. A) La disponibilidad probatoria. Alcance. B) La facilidad probatoria. Alcance. Sección segunda. Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba. I. Dificultad, imposibilidad y obstrucción de prueba. II. Doctrina de jurisprudencia española en la materia. Sección tercera. El aspecto de la disponibilidad en diferentes medios probatorios. I. Prueba documental. II. Reconocimiento judicial. III. Prueba pericial y testimonial. Conclusiones. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, se ha discutido el tema del rol activo del tribunal y el de las partes en el proceso, en cuanto a la actividad probatoria se refiere. En relación con las partes, se concibe la actividad probatoria como el medio de persuasión utilizado por las partes a efectos de convencer a la persona juzgadora que una versión de los hechos debe ser preferida a la otra.

En la sección primera, el presente estudio desarrollará el tema del papel de las partes en el proceso civil, la búsqueda de la verdad y el rol activo de las partes, así como la propuesta general de un modelo para una producción probatoria equilibrada.

En la sección segunda, se abordan la noción de prueba disponible y qué se entiende por

facilidad probatoria y sus alcances. A la persona juzgadora le corresponde hacer posible llegar al proceso la prueba útil y pertinente, por aplicación del principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba, distintos tópicos acerca de la dificultad, imposibilidad y obstrucción de prueba. Se expone una cita de doctrina jurisprudencial española en la materia.

Se culmina con el aspecto de la disponibilidad en algunos medios probatorios, la prueba documental, el reconocimiento judicial y, referente a este último, cuando la realización de dicha prueba está en manos de la parte contraria, tratándose de reconocimiento de personas, de cosas muebles o inmuebles y en poder de un tercero en la prueba testimonial y prueba pericial.

SECCIÓN PRIMERA: PAPEL DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

En el proceso civil, se provee a las partes, en primer término, de garantías procesales, entre las que sobresale el derecho a presentar la prueba disponible.

Para el jurista Michelle Taruffo¹, el derecho a la prueba conlleva el derecho a **producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal.**

1 Taruffo, Michelle. (Diciembre de 2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho. Valdivia. Vol. VX, pp. 205 a 213. El presente trabajo corresponde a una conferencia que el autor dictó en Beijing, China, en noviembre de 2002. El trabajo original fue escrito en inglés, y la traducción al castellano fue realizada por el profesor Juan Andrés Varas Braun de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. El primero es profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Pavia, Italia, y profesor visitante en la Universidad de California, Hastings College of Law, San Francisco, EE.UU.

El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y de defensa. No sería posible postular que las partes pueden ejercer estos derechos, pero no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas base de sus pretensiones y defensas.

Con todo, estas garantías no implican que solo las partes individuales tienen un papel que jugar en el proceso civil. De la normativa, se desprenden funciones importantes que deben ejecutar otros sujetos, tales como las organizaciones o asociaciones, públicas o privadas, por ejemplo, las asociaciones de consumidores u organizaciones para la protección del medio ambiente que pueden tomar parte en los procesos, aportando al tribunal información relevante para la decisión correcta del caso.

Por otra parte, el tribunal juega un rol significativo y activo en el manejo de los procedimientos, guiando las investigaciones apropiadas con el fin de conseguir una decisión informada y precisa.

I. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

En el proceso civil, la iniciativa de las partes en la presentación de prueba es muy importante, para asegurar el mayor grado de certeza en la construcción de los hechos. No hay duda de que las partes tienen un fuerte interés en presentar toda la prueba que esté a su alcance para cumplir con la carga de la prueba que se les atribuye.

Sin embargo, a veces la iniciativa de las partes no es suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes. Es una realidad humana que no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento

desinteresado y objetivo de la verdad. En la práctica, cada parte actúa a conveniencia de sus intereses, en cuanto a aportación de prueba se refiere.

Las partes pueden tener intereses convergentes para no desarrollar, respecto a los hechos relevantes, una aportación completa de pruebas o, incluso más, pueden esconder algunos hechos que no interesan darle a conocer al tribunal.

Por otra parte, los y las litigantes podrían no estar en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba podría no encontrarse en equilibrio con la inversión de la otra. En otros términos, podría haber una parte débil: la persona trabajadora, la consumidora, la pobre y las partes que no están en condiciones de realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en concreto, de su derecho a la prueba.

En los sistemas que confían solo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de estas podría impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, podría imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, podría provocar una desatinada decisión final. El peligro radica en que la verdad sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante y necesaria.

II.- UN MODELO PARA UNA PRODUCCIÓN PROBATORIA EQUILIBRADA

En la búsqueda de la verdad, se considera un conjunto de facultades procesales concernientes a la producción de prueba que

tienen que ser divididas entre el tribunal y las partes y hasta prestarse en colaboración.

Las garantías procesales de las partes requieren un completo y activo control por el tribunal a efectos de ser concretadas, así como para impedir su abuso. Por otro lado, las facultades activas del tribunal requieren fuertes garantías de las partes, para impedir la arbitrariedad y el abuso de poder.

En consecuencia, si la búsqueda de la verdad se concibe como un propósito importante del litigio civil, la solución ideal debería ser concretar al mismo tiempo los derechos de las partes y el rol activo del tribunal, con una interconexión de “frenos y contrapesos” que debería enfocarse a maximizar las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso².

En el artículo 41.3, nuestro Código Procesal Civil provee al tribunal con una muy amplia facultad de ordenar de propia iniciativa cualquier medio probatorio admisible. Sin embargo, no hay duda de que los y las litigantes tienen la carga y el derecho de presentar cualquier prueba relevante que esté disponible para ellos, según el artículo 41 y 41.3, *ibidem*.

El numeral 41.3 del CPC distribuye las cargas probatorias entre las partes, tomando en cuenta la disponibilidad y la facilidad de la prueba que le corresponden a cada parte, ya sea como actora o demandada en el proceso, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido:

41.1 Carga de la prueba. Incumbe la carga de la prueba:

1. A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho.
2. A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.

Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.

Las normas precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de la prueba.

En este artículo, la distribución de cargas probatorias toma en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria, estableciendo que la prueba del hecho dependerá de quien tenga en sus manos la prueba y no necesariamente a quien corresponda demostrar y lo aprovecha.

El doctor Picado Vargas³ se cuestiona, respecto a esta norma, si el juzgador invierte la carga de la prueba establecida en los incisos 1 y 2 indicados, y atribuye la carga probatoria a quien legalmente no le corresponde. Agrega que si la misma ley regula esa aplicación, el error del juez en esta materia conllevaría una violación de la norma susceptible de ser alegada en casación.

2 Taruffo, Michelle. (Diciembre de 2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho. Valdivia. Vol. VX, pp. 205 a 213.

3 Picado Vargas, Carlos Adolfo. (Octubre de 2018). Reforma Procesal Civil práctica. Código Procesal Civil del 2016. San José, Costa Rica. IJSA. Edición I, p. 126.

En mi criterio, sucedería lo mismo, si se violentan los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, a la hora de atribuir cargas probatorias a las partes y sus consecuencias en caso de incumplimiento, por infracción a una norma procesal que afecta verdaderamente el debido proceso y genera indefensión.

III.- PRUEBA DISPONIBLE

Como se indicó líneas atrás, el derecho a la prueba se define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal.

Para Enrique Falcón ⁴, la disponibilidad de la prueba se refiere a los medios de prueba en particular y, citando a Carnelutti, indica que es necesario que la prueba exista y que esta pueda ser usada. Pero también la disponibilidad de la prueba se liga al hecho de que las partes pueden incorporar medios o prescindir de ellos en el proceso. Señala el autor de cita que, en el proceso civil dispositivo, la disponibilidad de la prueba se encuentra limitada por el principio de adquisición.

En el artículo 41.1 del Código Procesal Civil, el legislador ha llevado a cabo una distribución de la carga de la prueba partiendo de la consideración lógica de que es a esa parte, ya sea al demandante o al demandado,

a la que le es más fácil o se encuentra en mejor disposición para probar sus afirmaciones, porque tiene la prueba.

Para los autores, Xavier Abel Lluch y Joan Picó I Juno ⁵, la aplicación rígida de esa regla podría provocar, en casos especiales, situaciones de auténtica indefensión, al encontrarse la parte a quien conforme a las reglas generales le corresponde la carga de probar los hechos con enormes dificultades. Señalan que la incidencia de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria produce como consecuencia que la ausencia de prueba de ese hecho no va a perjudicar a aquella parte que tenía la carga de acreditarlo conforme con las reglas generales; pero, a diferencia de su parte contraria, no tenía la disponibilidad o la facilidad para hacerlo.

Ahora bien, la carga de la prueba del hecho no se invierte. El hecho en cuestión no pasa a conformar parte de los elementos fácticos sobre los que la parte contraria debe asumir la carga de la prueba. Lo que se hace, en puridad, es eliminar el hecho, cuya prueba resulta muy difícil para la parte del elenco de aquellos hechos, cuya carga de la prueba le corresponde.

Por lo anterior, puede indicarse que la carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad que tenga la parte de producir la prueba.

Por otro lado, también debe tomarse en cuenta el supuesto de que la disponibilidad o facilidad probatoria de una parte carece de significado

4 Falcon Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil, comercial y de familia*. Tomo II. Avatares de la demanda, oposición, prueba. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 540.

5 Lluch Xavier Abel, Pico I Junoy Joan. (2007). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona. Ed. Bosch Editor, p. 82

si la contraparte se haya en idéntica posición de disponibilidad o facilidad⁶.

A. LA DISPONIBILIDAD PROBATORIA. ALCANCE

Este criterio implica que la contraparte es la que posee el medio probatorio, incluso, aun gozando la parte de medios probatorios, estos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra. Esta disponibilidad puede ser tanto material, tenencia de un documento, como intelectual, forzoso conocimiento de un dato⁷.

Muñoz Zabate señala que existe también la indisponibilidad negligente, entendiendo como tal la falta de previsión en la preconstitución o conservación de una prueba sobre un hecho que podría resultar favorable a la contraparte, puede devenir, a veces, equivalente en sus efectos a una plena disponibilidad⁸.

B). - LA FACILIDAD PROBATORIA. ALCANCE

La facilidad probatoria constituye un criterio más amplio y comprensivo que el anterior. Se refiere a supuestos en que, si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición que le es más fácil, menos gravosa o, incluso, es más rápido llevar la prueba a los autos. Este principio se basa en la buena fe.

La posibilidad de acceso a la prueba en principio indisponible lo que busca es que las partes en el proceso cuenten con igualdad de armas, de modo que factores externos, como la mayor facilidad o disponibilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes no condicionen el resultado del litigio, evitando, por un lado, situaciones de injusticia o de imposibilidad o dificultad probatoria.

Para que el juez o la jueza pueda intervenir en la procuración de la prueba, las partes deben poner de manifiesto al tribunal su situación de indisponibilidad o de dificultad respecto a la prueba de un hecho que, según el artículo 41.1 del Código Procesal Civil, tenía que probar, solicitando que las consecuencias desfavorables de la falta de prueba recaigan sobre la otra parte.

SECCIÓN SEGUNDA. PRINCIPIO DE LA OBTENCIÓN COACTIVA DE LOS MEDIOS MATERIALES DE PRUEBA

En virtud de este principio, los documentos, las cosas y, en ocasiones, la persona física, cuando es objeto de prueba (exámenes médicos), deben ponerse a disposición del juez o de la jueza cuando se relaciona con los hechos del proceso. Esto es consecuencia de los principios de comunidad de la prueba, la lealtad y probidad de las partes, y el interés público que existe permite a la persona juzgadora el allanamiento de inmuebles, el acceso a los archivos públicos y privados e imponer ciertas coacciones a las partes y

6 Lluçh Xavier Abel, Pico I Junoy Joan, *op. cit.*, p. 85.

7 Lluçh Xavier Abel, Pico I Junoy Joan, *op. cit.*, p. 85.

8 Muñoz Sabate. L.L. *Fundamentos de prueba judicial civil*, pp., 178 y 179. Obra citada por Lluçh Xavier Abel, Pico I Junoy I. Joan, *op. cit.*, p. 85.

testigos para que comparezcan para absolver interrogatorios o a reconocer firmas y para que suministren los objetos, escritos o libros de contabilidad, cuya exhibición se ha decretado⁹.

Para el autor de cita, existe un deber de prestarle colaboración a la Justicia, en materia de pruebas, y esa colaboración es un límite necesario a la libertad individual, impuesto por razones de interés público, tanto a terceros como a las partes.

Al respecto, Couture¹⁰ señala que, si bien nadie está obligado a facilitar pruebas a su adversario, esto es muy relativo porque, al absolver posiciones o reconocer documentos o exhibirlos puede beneficiarlo, a pesar de que no lo desee, y agrega:

“El litigante no es requerido para ayudar a su adversario sino a la justicia; no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez. Y esto no es un beneficio al adversario y un perjuicio a sí mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia.

Los deberes de lealtad, probidad y verdad exigen que quien tenga documentos o cosas con valor probatorio en una causa está obligado a exhibirlos, aunque su contenido o significado probatorio lo perjudique. Si el documento u objeto está en poder de un tercero, existe el

deber de exhibirlo, es sancionable con multas y con el pago de perjuicios. Si está en poder de una parte, existe una carga procesal de exhibición, dadas las consecuencias que, para ese proceso, se deducen en su contra si niega o impide la exhibición.

De acuerdo con el numeral 5, inciso 4, del Código Procesal Civil, el juez o la jueza puede sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad, y puede sancionar el fraude procesal que marca el artículo 6 del mismo cuerpo normativo.

En el sistema dispositivo, es necesario la petición de parte para que la jueza o el juez proceda a aplicar la coacción oficial en la obtención de esa prueba, dado que, en muchas ocasiones, las partes no están en posibilidad de aportarlas sin esa coacción del juez.

I. DIFICULTAD, IMPOSIBILIDAD Y OBSTRUCCIÓN DE PRUEBA

Para Devis Echandía¹¹, el caso de imposibilidad de suministrar prueba se presta a discusiones. La jurisprudencia se ha inclinado a exonerar de la prueba escrita exigida por la ley, a la parte que se encontraba en imposibilidad física o moral de obtenerla (cuando el contrato versa entre padre e hijo), por la notoria injusticia que tal exigencia representaría.

9 Devis Echandía Fernando. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires. Victor P. de Zavalía, editor. Quinta edición, p. 135.

10 Couture, Eduardo. (1948-1950). *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Edit. Ediar. Tomo II, pp.137 y 139. Obra citada por Devis Echandía, *op. cit.*, p. 136.

11 Sicard. (1960). *La preuve en justice*. París. Libraire du Jorunal des Notaires, p. 248. Citado por Devis Echandía, *op. cit.*, p. 442.

Lessona, citado por Devis Echandía, plantea que la imposibilidad no priva el deber de la prueba. Para este último, no puede alegarse imposibilidad personal en sentido amplio para suministrar toda clase de pruebas, sino solamente cuando el hecho sea en sí imposible metafísica, física y matemáticamente, conforme al criterio de expertos y no según el criterio del juez, o no sea susceptible de prueba como en el caso de las negaciones o afirmaciones indefinidas o cuando la ley excluye investigar el hecho.

Por tanto, la imposibilidad de suministrar un medio de prueba es diferente cuando la ley exija ese medio como requisito *ad substantiam* (como la escritura pública en compraventa o hipoteca en inmuebles), tampoco es admisible la imposibilidad física o moral de producirlo. Pero cuando se exige *ad probationem*, como el documento privado o principio de prueba por escrito para obligaciones civiles de valor superior a cierto límite, aunque pese sobre esa parte la carga de probar tal hecho, se le exime de la necesidad de suministrar ese medio específico. No por ello, se altera la regla de la carga de la distribución de la prueba.

El caso de la obstrucción de la prueba por la parte contraria es diferente. La imposibilidad o dificultad extrema de suministrar la prueba se debe a la conducta ilícita de esa parte que viola los deberes de probidad y lealtad que configuran uno de los principios fundamentales del derecho probatorio.

Siguiendo al autor Devis Echandía¹², este nos indica que no se trata de modificar la distribución de la carga de probar, sino más bien de exonerar de prueba al hecho como

consecuencia de una presunción de hombre o legal. Se aplica este criterio a los casos de declaración de confeso en el reconocimiento tácito de documentos cuando no se obedece la citación, en la exhibición de documentos o cosas cuando no se presentan. Otros ejemplos son el ocultamiento de documentos u objetos por la parte contraria, los cuales debían aducirse como prueba, y el secuestro u ocultamiento de testigos.

II.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA EN LA MATERIA

En la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 28 de noviembre de 1991, se acoge la doctrina de la disponibilidad y facilidad probatoria. En este caso, a la recurrente se le había denegado una pensión por viudez porque no se habían acreditado las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social por su esposo fallecido, correspondientes al período de junio de 1957 a abril de 1958, en que había laborado en una empresa.

Aunque el INSS reconoció que el causante había estado en situación de alta durante ese período, había emitido certificación negativa alegando la imposibilidad de acceder a los datos correspondientes. El Tribunal señaló que:

Tales obstáculos y dificultades, debidas solo a deficiencias y carencias en el funcionamiento del propio INSS, no pueden repercutir en perjuicio de la solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza. No es posible aceptar que quien pueda acreditar la existencia o no de

12 Devis Echandía, *op. cit.*, p. 442.

cotizaciones se niegue a ello invocando dificultades, reales o aparentes, para localizar los datos correspondientes; dificultades que, como ya hemos dicho, son en todo caso imputables únicamente al propio INSS y no a la actora.

Por ello, el Tribunal Constitucional concedió el amparo a la recurrente pues:

“ante dicha situación, en la que las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, la parte emisora del informe está especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba, ya que sería suficiente un informe omisivo o evasivo para que el juez no pudiera fijar la totalidad de los hechos probados en la sentencia [...]”

SECCIÓN TERCERA EL ASPECTO DE LA DISPONIBILIDAD EN DIFERENTES MEDIOS PROBATORIOS

I.- PRUEBA DOCUMENTAL

Montero Aroca¹³ afirma que la carga de la presentación de los documentos que se impone a las partes presupone que estas tienen su disponibilidad. Cuando no haya disposición de una de las partes, la ley tiene que reaccionar, imponiendo a quien tenga esa disposición la carga o el deber de colaborar con el órgano jurisdiccional, para que este pueda cumplir con su función, siendo que este deber se puede imponer:

- a) A la Administración pública o cualquier persona jurídica pública, en virtud del deber de colaboración que tienen con el Poder Judicial.
- b) A la parte contraria en el proceso: aquí debe partirse del supuesto de la existencia de una carga y, para ello, debe tomarse en cuenta que, si existe negación de presentar el documento, el juez podría ordenar el registro de sus libros y papeles o, por otro lado, podría extraer consecuencias probatorias de la conducta de la parte que se niega a presentar los documentos que obren en su poder.

La carga de la prueba en este supuesto puede verse desplazada a la parte que tiene los documentos, teniéndose por probadas las alegaciones hechas por la parte contraria.

13 Montero Aroca, Juan. (1998). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas. S. A. 2.ª ed., p. 163.

c) A los terceros en el proceso: en el sistema español, existe norma que establece el deber de este tercero de presentar los documentos, según el artículo 603 de la Ley de Enjuiciamiento Española/2000, disponiendo que antes de que el juez ordene la aportación del documento, debe dar audiencia primero a ese tercero y, después de ello, le ordenará la presentación que puede ser por exhibición. Si el tercero se niega puede, acudirse al registro domiciliario y, en último caso, al proceso penal por desobediencia a la autoridad.

Al respecto, es necesario indicar que previo a admitir este tipo de probanzas, la persona juzgadora debe valorar que su conocimiento resulte trascendental para el proceso, ya que debe tratarse de prueba útil, pertinente y necesaria.

En el caso nuestro, en específico, tratándose de prueba en manos de terceros u otras entidades, el artículo 45.7 del CPC señala:

“Informes y expedientes. El tribunal, a petición de parte o de oficio, podrá solicitar informes de cualquier persona física o jurídica, institución u oficina pública o privada, en relación con los hechos o actos de interés para el proceso. No será admisible el informe cuando, manifiestamente, tienda a sustituir a otro medio de prueba. El informe se remitirá a la mayor brevedad posible, en cualquier soporte autorizado, bajo juramento de exactitud.

La entidad requerida podrá negarse a rendir el informe únicamente cuando se trate de información declarada como secreto de Estado o pueda comprometer seriamente el secreto comercial o la información no divulgada. En tal caso y una vez recibida la solicitud,

de inmediato expondrá con claridad y precisión los motivos de su negativa. También, se podrá requerir la remisión de expedientes, testimonios, documentos, anexos, estudios relacionados con los informes, anotaciones, asientos de libros, archivos o similares.

Esta norma contempla en forma amplia a las personas a las que se les puede requerir información, ya sea a solicitud de parte o de oficio del órgano jurisdiccional con las salvedades de ley.

El artículo 35.2 del Código Procesal Civil establece la posibilidad de que si la parte no tiene a su disposición los documentos, puede solicitar el auxilio de los tribunales para traer documentos de imposible obtención. Para ello, el artículo 45.4 señala en su párrafo cuarto de CPC:

45.4 Exhibición de documentos. Se ordenará a las partes la exhibición de documentos, informes, libros o cualquier otra fuente probatoria, si están bajo su dominio o disposición, se refieren al objeto del proceso, sea común o puedan derivarse conclusiones probatorias para quien lo solicita.

El tribunal podrá ordenar esa exhibición ante el perito, cuando así lo pidan las partes o lo solicite el experto para los fines de la pericia.

Con la petición de exhibición, la parte solicitante podrá aportar una copia o reproducción del documento, pero si no lo tuviera en su poder indicará en términos concretos su contenido.

La exhibición será obligatoria y en la resolución que la ordena se advertirá al requerido que su negativa permitirá

atribuirle valor a la copia simple, a la reproducción o a la versión del contenido del documento, y se podrá tener como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto del contenido del documento o del hecho que se quiere probar.

Si el documento que se pide exhibir se encontrara en poder de un tercero, se le prevendrá que lo presente, siempre que resulte trascendente para los fines del proceso y no le depre perjuicio al requerido.

La persona obligada a la exhibición podrá presentar copia certificada o testimonio del documento prevenido, bajo su responsabilidad, salvo si el tribunal dudara de su autenticidad o la contraria exija el original por razones fundadas.

Los funcionarios del Estado y de las instituciones públicas no podrán negarse a expedir certificaciones ni testimonios, ni oponerse a exhibir los documentos de sus dependencias y archivos.

Existe una amplia regulación respecto a la prueba documental, cuando la poseen las partes o personas terceras al proceso, jurídicas o físicas, quienes están sujetas al deber de cooperación con la Justicia, resultando una actuación legítima el requerimiento judicial de esa información.

En el caso de que sea la parte quien no preste ese deber de cooperación, se pueden extraer consecuencias probatorias de esa conducta y la carga de la prueba en este supuesto, puede verse desplazada a la parte que tiene los documentos, teniéndose por probadas las alegaciones hechas por la parte contraria

en sentencia. Se confirma que, en caso de disponibilidad probatoria, está obligado a probar quien tiene a su disposición la prueba.

Este artículo 45.4 *idem* contempla, ante la negativa de presentación de documentos, la sanción con atribuirle valor a la copia simple, a la reproducción o a la versión del contenido del documento, y se podrá tener como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto al contenido del documento o del hecho que se quiere probar.

II.- RECONOCIMIENTO JUDICIAL

El reconocimiento judicial se puede referir a un lugar, objeto o persona. Puede venir condicionado a la circunstancia de que la parte que propone el medio de prueba tenga o no la disponibilidad del objeto sobre el que debe recaer la actividad del medio. Si la parte tiene esa disponibilidad, tanto judicial como física, no debe existir problema. El problema se da cuando esa parte no tiene la disponibilidad del objeto¹⁴. Las posibilidades que se deben tener en cuenta son las siguientes:

A) En poder de la parte contraria

Es el supuesto de que la parte contraria es la que dispone del objeto o lugar que se va a reconocer. Se pueden distinguir dos situaciones:

1) Reconocimiento de personas: Se puede proponer el reconocimiento judicial de la otra parte. Se plantea la cuestión de que si la otra parte está obligada a someterse al reconocimiento y cuáles son las consecuencias de ese incumplimiento.

14 Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 256.

Para el autor de cita, las partes no pueden ser coaccionadas físicamente para que se sometan al reconocimiento judicial, ni puede afirmarse que si no se someten, se comporta la comisión de un delito de desobediencia. En caso de negativa, debe enfocarse como no levantar una carga probatoria y, en ese sentido:

- a) La negativa no puede asimilarse a una confesión ficta.
- b) Desde el criterio de la facilidad probatoria, puede llegarse a la conclusión de que la carga de la prueba corresponde a aquella parte que, pudiendo probar más sencillamente, por el simple hecho de someterse al reconocimiento, no lo hace sin causa justificada.
- c) La negativa a ese reconocimiento puede entenderse como un indicio que, junto con otros, puede llevar a dar probado el hecho afirmado por la parte que propone el medio de prueba. Ejemplos de este tipo de pruebas son las biológicas.

2) De cosas muebles o inmuebles: Es la parte contraria que se está en disposición de estas. Se distinguen:

- a) Si es de cosa mueble, habrá que requerir a la parte contraria para que presente la cosa al órgano jurisdiccional u optar por el registro y secuestro en el domicilio de la parte. Si se fracasa en esa búsqueda, pueden aplicarse las consecuencias derivadas de la carga de la prueba.
- b) En el reconocimiento de lugares, sitios y, en general, cosas inmuebles, en caso de negativa del ocupante, debe ordenarse con allanamiento o registro, de conformidad con el artículo 7 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial que permite la autorización judicial de la entrada para la ejecución forzosa de los actos y de cualquier acto judicial de esta índole.

En ese mismo sentido, también esa orden de allanamiento se puede dar para los casos de embargos de vehículos o para la realización de informes periciales, y aplica cuando las partes o terceros son los que se encuentran en posesión de estos.

El artículo 137 del actual Código Procesal Civil regula la pauta que se debe seguir acerca del alcance de la potestad jurisdiccional de la persona juzgadora en materia de allanamientos, para hacer cumplir cualquier pronunciamiento judicial, cuando las circunstancias lo ameriten. Para tal efecto, fijará el objeto, así como las condiciones bajo las cuales se practicará el allanamiento y tendrá amplias facultades para ingresar a los lugares, eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la Fuerza Pública cuando lo estime necesario. Se levantará un acta del allanamiento y esta será firmada por las personas interesadas donde se consignará en forma circunstanciada su resultado.

El artículo 46 del CPC hace mención nuevamente al deber de colaboración de partes y terceros, para la efectiva práctica del reconocimiento. Dispone que la negativa injustificada de los terceros faculta a tomar medidas conminatorias y posibilidad de testimoniar piezas para el Ministerio Público, si estima que se está ante la comisión de un ilícito. En caso de negativa injustificada de una de las partes, se le intimará para prestar colaboración; en caso de no hacerlo, se podrá interpretar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho a probar.

Dicha norma dispone también la posibilidad de ingresar a los inmuebles o a los recintos objeto de controversia o donde se hallen los bienes a examinar, por medio de allanamiento y podrá auxiliarse con la Fuerza Pública, si es necesario.

B) En poder de un tercero

En el supuesto de que el reconocimiento judicial de un tercero sea pertinente y útil, el deber de colaboración con la Administración de Justicia no parece llegar a tanto en criterio de Montero Aroca. Señala este autor¹⁵ que el deber de declarar del testigo, quien puede ser conducido por la Fuerza Pública e, incluso, puede ser sujeto del delito de desobediencia, no se equipara con el reconocimiento mismo de la persona de ese tercero, ya que, en la declaración testimonial, no existe injerencia en la integridad física o en la intimidad personal, lo que sí ocurre en el reconocimiento judicial.

En el caso nuestro, no se podría obligar a una persona a someterse a este tipo de reconocimiento. Habría que valorar esta ausencia de prueba, junto a otros indicios y pruebas del expediente, para tomar una decisión acerca de los hechos probados y no probados que configuran la sentencia.

III.- PRUEBA PERICIAL Y TESTIMONIAL

Esas probanzas se pueden solicitar y ofrecer como pruebas y, además, en forma anticipada, como lo establece el numeral 49 del Código Procesal Civil, esto es, antes del proceso y antes de etapa probatoria, ante el cambio del

estado de las cosas o personas o bien ante la imposibilidad de declarar de los testigos. Esto conlleva hacer efectiva la disponibilidad de la prueba en el proceso.

A la prueba pericial también se le aplica el mismo procedimiento del reconocimiento judicial sobre lugares, objetos o cosas, dependiendo del tipo de pericia para acceder a su práctica. La prueba testimonial está sometida al deber de cooperación con la Justicia, son terceros en el proceso e, incluso, se puede hacer uso de la Fuerza Pública para hacerlos comparecer a rendir la prueba.

CONCLUSIONES

1.- Las partes tienen en el moderno proceso civil, sin duda alguna, el derecho a la prueba, como el derecho para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal.

2.- En la actual normativa procesal civil, se encuentran inmersos nuevos principios que regulan la disponibilidad, la facilidad probatoria, el deber de cooperación que se da también con relación a terceros al proceso y las consecuencias procesales que tiene la negativa de la parte de cooperar. Se pueden extraer consecuencias probatorias de esa conducta. La carga de la prueba en este supuesto puede verse desplazada a la parte que tiene disponible la prueba.

3.- Esta exposición no pretende ser exhaustiva, pero sí deja en claro que, tratándose de prueba indisponible, si no se establecen sanciones de orden probatorio a

15 Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 258.

las partes, podría causarse indefensión en el proceso, desigualdad procesal entre las partes y amenaza a la libertad probatoria.

4.- Corresponde a la persona juzgadora hacer cumplir la observancia del deber de cooperación con la Administración de Justicia que tienen tanto las partes como terceros al proceso, como el fin último de la actividad jurisdiccional del Estado.

5.- Se le atribuye a la persona juzgadora dar efectividad a los deberes de lealtad, probidad y buena fe que se deben las partes en el desarrollo de las diferentes etapas del proceso.

6.- Con la introducción al proceso de principios de disponibilidad y facilidad probatoria, se hace posible que la parte pueda acceder a los medios de prueba que se encuentran en poder de la contraparte o de un tercero al proceso.

7.- La posibilidad de acceso a la prueba en principio indisponible busca que las partes en el proceso cuenten con igualdad de armas, de modo que los factores externos no condicionen el resultado del litigio.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Devis Echandía Fernando. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires. Víctor P. De Zavalía, editor. Quinta edición.

2.- Falcón Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil, comercial y de familia*. Tomo II. Avatares de la demanda. Oposición. Prueba. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

3.- Lluch Xavier Abel, Pico I Juno I Joan. (2007). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Ed. Bosch.

4.- Montero Aroca, Juan. (1998). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas S. A. 2.^{da} Ed.

5.- Picado Vargas, Carlos Adolfo. (Octubre de 2018). *Reforma procesal civil práctica. Código Procesal Civil del 2016*. San José, Costa Rica. IJSA. Edición I.

6.- Taruffo, Michele. (Diciembre de 2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista de Derecho*. Valdivia. Vol. VX, pp. 205 a 213. Versión on-line. Revider@uach.cl, consultada el 04/08/2022

LEYES CONSULTADAS

Código Procesal Civil, aprobado por Ley N.º 9342, vigente a partir del 8 de octubre de 2018.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA /2000.