Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXII — ABRIL-JUNIO DE 1964 — Nº 128

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
HUMBERTO TORRES RAMIREZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION — (CHILE)

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

NICETO ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO

Profesor titular de Derecho Procesal
en la Universidad Nacional
Autónoma de México

INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA PRUEBA

a) Significado. **b)** Concepto y finalidad. **c)** Irrealizabilidad. **d)** Pertenencia, unidad, duplicación. **e)** Progreso científico y avance técnico en relación con la prueba. **f)** Objeto. **g)** Carga. **h)** Limitaciones. **i)** División. **j)** Desenvolvimiento. **k)** Fuerza. **l)** Apreciación.

1.— a) Significado. Cuando **Vicente Arangio Ruiz**, el insigne romanista italiano muerto en 1963, puso de relieve el significado estrictamente **escénico** que el concepto de acción tuvo bajo el sistema de las **legis actiones**, como consecuencia de los ademanes y recitados a efectuar ante el magistrado por los litigantes, es decir, al mostrar que tan actor es quien acciona sobre las tablas, como quien lo hace ante los Tribunales, marcó una ruta por la que poco después marcharíamos nosotros, precisamente en orden a la prueba, al afirmar que el proceso "podría esquematizarse como una sucesión de tres fases o momentos culminantes: uno de planteamiento, otro de demostración y de definición el tercero, que vendría a ser algo así como los tres actos de la más difundida preceptiva dramática: exposición, nudo y desenlace", hecha la aclaración de que al expresarnos así nos referíamos sólo a la etapa de conocimiento, sin incluir para nada la de ejjecución. "Al fin y al cabo, el proceso, que en una concepción influenciada por la realidad histórica del duelo judicial, fue comparado con un combate, ofrece también semejanzas con el teatro, a todo lo largo de una gama que abarca desde la tragedia al sainete": pensemos, por un lado, en el asesinato o en la rebelión que desemboquen en la pena de muerte y, por otro, en rencillas de vecindad que originen irrepro-

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ducibles injurias, o en ciertos pleitos matrimoniales de corte triangular y acento picaresco.

2.— Presentada la prueba como nudo del drama procesal, una primera y en apariencia paradójica comprobación es la de que pese a su **decisiva** importancia para la **decisión** de los litigios, **no siempre se procede a su práctica.** Los supuestos imaginables son varios: **a)** tipos anómalos o extremos de proceso, en que sin mediar propiamente prueba, existe un mínimo de garantías de credibilidad, que permite prescindir por de pronto de ella, en aras de un funcionamiento más expedito de la máquina judicial; estaríamos aquí ante un verdadero **sucedáneo de prueba; b)** casos en que las **partes** están conformes en cuanto a los hechos, que constituyen, como regla (**infra,** núm. 11), el objeto de la prueba, y en que, sin mediar forma alguna de autocomposición, la controversia se circunscribe a discrepancias acerca del derecho aplicable o a problemas de interpretación o integración jurídicas y **c)** recursos o medios impugnativos en beneficio exclusivo del Derecho, como la casación o bien cual el amparo contra sentencias definitivas en el Derecho mexicano. Con las tres hipótesis que acabamos de mencionar no han de confundirse las meras limitaciones a la prueba, de que más adelante hablaremos (**infra,** núm. 16).

3.— Abstracción hecha de los casos señalados, la regla es que en los procesos se desahogue o, por lo menos, se proponga prueba, ya que diferentes factores, producibles entre los dos momentos, podrían determinar que no se practicase la ofrecida: autocomposición, confusión de derechos, muerte de las partes, reforma legislativa que quite al litigio su razón de ser o que impida su curso, etc. En todo caso, lanzados a enfrentarnos con el tema, ¿cuáles serían los extremos fundamentales a contemplar en un cursillo sobre teoría general de la prueba, integrante del primero de los ciclos que componen el curso colectivo a desarrollar por los profesores de las Universidades de Santiago, Concepción y Valparaíso?

4.— b) Concepto y finalidad. El primero de todos consistiría en establecer su **concepto y finalidad.** La prueba tiende a proporcionar al juzgador el conocimiento de la verdad acerca de cuestiones, generalmente fácticas, que ha de tomar en cuenta para emitir sus

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

resoluciones y, como principal, la sentencia de fondo. Pero, ¿y si el juez está enterado, a título particular, de los hechos, podrá valerse de su **ciencia privada** y fallar un asunto conforme a ella? He aquí una delicadísima pregunta, a la que durante la Edad Media, bajo el imperio de la prueba legal o tasada, que todavía perdura en muchas partes, se quiso dar una solución tajante: el juez tenía que pronunciar según lo alegado y probado y no según conciencia, porque de acuerdo con los cánones del procedimiento escrito, con el que aquélla se liga estrecha aunque no indisolublemente, **quod non est in actis, non est in mundo.** Más justo al deslinde jurídico, queda el aspecto psicológico de hasta qué punto, pese a la mencionada prohibición, que obedece también a la necesidad de separar los menesteres de juez y de testigo, el funcionario judicial no se deje arrastrar a una determinada decisión bajo el influjo consciente, subconsciente o inconsciente de cosas o sucesos por él sabidos fuera del mundo o mundillo procesal.

5.— Concebida, a fin de cuentas, la prueba como conjunto de actividades destinadas a procurar el **cercioramiento judicial** acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suela llamarse también prueba al **resultado** así conseguido y a los **medios** utilizados para alcanzar esa meta, dicho cercioramiento sólo puede emanar de dos fuentes: la **aportación de las partes,** por sí (confesión, declaración libre, presentación de documentos que obren en su poder) o mediante terceros por ellas propuestos (testigos, peritos), y la **averiguación judicial.** La primera prevalece en el proceso civil, fuertemente dominado por la iniciativa de las partes y que, por lo mismo, suele contentarse con la denominada verdad **formal** o **aparente,** mientras que la llamada **material, real** o **efectiva** goza de mayor predicamento en el área del enjuiciamiento criminal, donde el principio de oficialidad dispone de más amplias y frecuentes oportunidades. Conviene, sin embargo, no olvidar: **a)** que en materia civil, junto al proceso **dispositivo,** que representa la inmensa mayoría, funciona el de tipo **inquisitorio,** en contiendas relativas al estado civil y capacidad de las personas, con trazos que lo aproximan al penal; **b)** que, por el contrario, en algunos países, el proceso penal por delitos privados ofrece rasgos que lo acercan al civil dispositivo; **c)** que la tendencia de los códigos procesales civiles más progresivos es tam-

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bién a aumentar los poderes del juzgador respecto de la prueba, por lo mismo que es su destinatario, en cuatro direcciones distintas: ordenación, admisión, desarrollo y apreciación; **d)** que, no obstante lo que acabamos de decir, el juez deberá hacer un empleo discreto y parco de tales poderes, puesto que, en general, bastará el juego del contradictorio para obtener los resultados probatorios apetecidos, sin el riesgo de que su **juicio** dé la sensación de ser la secuela de su **prejuicio; e)** que la averiguación judicial deberá detenerse, dicho se está, ante los límites reconocidos por el legislador al derecho u obligación, según los casos, de guardar secreto por móviles afectivos o profesionales.

6.— c) Irrealizabilidad. Pero la efectiva realización de la prueba o, hablando con más exactitud, la obtención de los medios para lograrla, puede tropezar, pese a la buena voluntad de la parte interesada en acreditar el **hecho a probar,** con obstáculos insuperables o poco menos desde el ángulo del **hecho que prueba.** Producido el **factum probandum** (comisión de un delito, incumplimiento de una obligación, etc.), no se consigue el **factum probans** y, sin embargo, el legislador, bien que con fórmula poco feliz, llega a proclamar en algunos códigos que quien afirma, está obligado a probar, con la consecuencia de que si no, será desestimada su pretensión. ¿Qué alcance tiene esa seudo **obligación,** léase esa **carga? (infra,** núm. 15). Hay que distinguir aquí entre **señalamiento** y **suministro** del medio probatorio; y es en relación con el segundo donde surgen las dificultades a que hace un instante aludimos y que responden a diferentes causas. Como fundamentales, registraremos cuatro: la de prueba **inexistente,** cuando el hecho a probar se haya producido en tales circunstancias que no deje vestigio alguno probatorio; la de prueba **insubsistente,** cuando hayan quedado, sí, elementos de prueba, pero susceptibles de alteración o destrucción esenciales y no se adopten a tiempo respecto de los mismos las precauciones necesarias; la de prueba **incosteable,** cuando su práctica signifique gastos desproporcionados o incluso superiores a los de la cuantía del litigio, y la de prueba **indisponible,** cuando el encargado de probar esté tan sólo en condiciones de señalar dónde se halle, que incluso podría ser en manos de la contraparte, mas sin poder él suministrarla. No es posible descartar por completo tales contingencias, pero sí cabe restringirlas en gran medida.

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La habilidad de ciertos delincuentes, a veces auxiliada por la suerte, hace que un crecido número de delitos quede sin castigar, como lo revela, verbigracia, la elevada cifra de sobreseimientos provisionales que en algunos países se dicta; pero por muy ducho y precavido que sea un criminal, será raro que no deje algún cabo suelto, y entonces no se tratará tanto de **prueba inexistente**, como de huellas que una instrucción defectuosa no supo descubrir. Frente al peligro de **prueba insubsistente** por obra de alteración o destrucción, el propio legislador suele proveer mediante dos clases de medidas, que conviene, eso sí, no confundir: las que se traducen en **anticipación** de la diligencia probatoria y las que se reducen a **conservación** de la substancia o medio probatorio en condiciones adecuadas para utilizarlo en el momento procesal oportuno. En principio, el riesgo de la **prueba incosteable** se conjuraría imponiendo siempre al vencido, según la tesis de **Chiovenda**, la condena de costas basada en la circunstancia objetiva del vencimiento; pero son todavía muchos los códigos que no acogen tal fórmula, sino que siguen aferrados a criterios subjetivos (temeridad o mala fe), y hay que pensar, además, en la posibilidad de que el vencido sea insolvente, es decir, en el fenómeno de la ejecución infructuosa respecto de la prestación principal y de las costas. Por último, frente a la **prueba indisponible** se lucha erigiendo en deber cívico inherente al funcionamiento de la administración de justicia como servicio público, la exhibición de medios e instrumentos de prueba, con las reservas y garantías indispensables para evitar perjuicios y abusos.

7.— d) Pertenencia, unidad, duplicación. ¿A qué **disciplina jurídica** incumbe el estudio de la prueba? Todavía en diversos países, sus códigos civiles contienen disposiciones probatorias, inclusive las de mayor relieve (basta pensar que, por ejemplo, en España, a título de presunción, se incluye nada menos que la cosa juzgada), mientras que las más ritualistas se dejan para los procesales. Reputamos ciento por ciento erróneo semejante criterio, y de acuerdo con **Chiovenda** y con **Liebman**, estimamos que debe acogerse la distinción entre **normas probatorias generales**, o sea, las establecidas para cualquier clase de litigios, y **normas probatorias especiales**, es decir, las referentes a una concreta institución (verbigracia: investigación de la paternidad, exclusión del testimonio indirecto

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en materia de injurias): las primeras, que son a la vez la mayoría y las esenciales, deben incorporarse en bloque a los códigos procesales; las otras, en cambio, pueden permanecer en los códigos substantivos.

8.— ¿Ofrece la prueba los mismos caracteres en las **diversas ramas del enjuiciamiento?** A raíz de publicarse el libro de **Florian "Delle prove penali"**, brotó entre él y Carnelutti una polémica, que no fue sino reflejo de un problema de más envergadura: el de la unidad o diversidad del Derecho Procesal. La tesis dualista fue sustentada por **Florian**, en tanto que **Carnelutti** defendía la posición unitaria. Sintetizando el debate, y dado que estructura y función de la prueba son idénticas en cualquier zona procesal, las divergencias se buscan por tres lados: **a)** utilización preferente de tal o cual medio de prueba (testigos en lo penal, documentos en lo civil); **b)** criterio valorativo, y **c)** ordenación procedimental. La utilización preferente, además de obedecer a consideraciones de Derecho substantivo relacionadas con la manera habitual de producirse el correspondiente conflicto, refleja tan sólo una tendencia, pero en manera alguna entraña una regla absoluta, según revela el hecho de que los códigos procesales civiles se ocupen de la prueba testifical y, a la inversa, los de enjuiciamiento criminal de los documentos. Por lo que concierne a la apreciación, el régimen de prueba legal o tasada presenta los mismos rasgos sea cual fuere la zona en que se aplique, y otro tanto acontece con el de libre convicción, que, además, por su propia índole escapa a toda normación jurídica y se contenta con remitirse a la conciencia judicial, y con el de sana crítica, que opera por igual respecto de toda suerte de contiendas (**infra**, núm. 27). En cuanto a las discrepancias procedimentales, la circunstancia de que, verbigracia, tal o cual trámite referente a la recepción del testimonio o de la pericia en materia civil sea distinto de los seguidos en la esfera penal, no destruye la unidad esencial de uno y otra en ambos campos procesales.

9.— Cuestión diversa de la que acabamos de esbozar es la de si en los **Códigos de Enjuiciamiento Criminal** pertenecientes al sistema mixto o anglo-francés, que lleven a sus últimas consecuencias la separación entre la fase de instrucción o sumario y la de juicio o plenario media o no **duplicación de prueba.** La respuesta depende de que los datos recogidos durante la etapa preparatoria

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sirvan sólo para satisfacer exigencias instructorias o bien de que se permita asentar sobre ellos la sentencia de fondo, sin que el Derecho Positivo de los diversos países integrantes del susodicho sistema brinde al respecto una solución uniforme.

10.— **e) Progreso científico y avance técnico en relación con la prueba.** Es evidente que el **progreso científico y el avance técnico** consienten alcanzar metas probatorias que hace sólo siglo o siglo y medio habrían parecido inaccesibles. Criminalística y Medicina Legal han registrado avances asombrosos, y, por ejemplo, el libro de **Wigmore** sobre la prueba judicial, repleto de casos variadísimos y sobremanera sugestivos, cautiva al lector tanto o más que la mejor novela policíaca. Por desgracia, ciencia y técnica no poseen el bíblico sentimiento del bien y del mal, y, así, mientras la dactiloscopia ayuda a la policía en su lucha contra los delincuentes, los guantes de goma sirven a éstos para burlar a aquélla; el soplete oxhídrico, tan útil a la industria, se emplea también para abrir cajas de seguridad; y los líquidos borratintas, lo mismo permiten corregir un error insignificante de escritura o suprimir un feo borrón que **lavar** un cheque para cometer una estafa.

11.— **f) Objeto.** Pasemos al **objeto de la prueba. Leo Rosenberg,** el gran procesalista alemán fallecido el año pasado, lo enunció en la forma escalonada que se reproduce en el programa del presente cursillo, a saber: **a)** por regla general, los hechos; **b)** en ocasiones, máximas o normas de experiencia, y **c)** de modo excepcional, preceptos jurídicos. Contemplaremos breve y consecutivamente las tres perspectivas.

12.— Los **hechos son variadísimos,** y ello dificulta su definición. Sin el afán de proporcionar una noción improvisada de los mismos, diremos que hecho es lo que no es derecho, y mejor, el factor concreto, variable y peculiar de un litigio, en contraste con el elemento abstracto, estable y genérico invocado o aplicado para su decisión. Dentro de esa extrema diversidad, ¿qué hechos requieren prueba? Pues, sencillamente, los que sean a la vez **discutibles y discutidos.** Esa regla determina, de rechazo, las excepciones más significativas, en virtud de las cuales quedan relevados de prueba, con ciertas salvedades, los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, por no ser discutidos, y los hechos notorios, sean de notoriedad general o judicial, por no ser discuti-

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bles. Completemos la lista con los amparados por una presunción legal (**infra**, núm. 15), los absurdos, los imposibles (acerca de los cuales hay que diferenciar la imposibilidad **lógica**, que es absoluta, y la imposibilidad **técnica**, que es relativa, como susceptible de ser superada por obra del progreso: pensemos en los viajes interplanetarios), los intrascendentes para la definición del litigio, los prohibidos por la ley y los contrarios a la moral (respecto de los cuales hay que tomar en cuenta las peculiaridades del caso controvertido: la inspección corporal, verbigracia, se halla autorizada en causas matrimoniales nada menos que por el Código Canónico).

13.— Las **normas de experiencia** son según **Stein**, a quien se debe su aislamiento, definiciones o juicios hipotéticos suministrados por la experiencia, ajenos al caso debatido, pero aplicables al mismo. Constituyen elementos fácticos de la premisa mayor o jurídica, pertenecientes a los más diversos campos del saber, pudiendo ser evidentes, y entonces no necesitan prueba, o discutibles, que son las que la exigen.

14.— A propósito de los **preceptos jurídicos**, la regla está constituida por el principio **iura novit curia (da mihi factum, dabo tibi ius)**, con las dificultades que su aplicación suscita cuando la justicia la administren legos. Pero el mencionado aforismo abarca sólo el Derecho **nacional, general, vigente** y **legislado. A sensu contrario**, requieren prueba: el Derecho **extranjero**, porque no es nacional (cosa distinta el **internacional** que forme parte del ordenamiento de un país); el **estatutario**, por su falta de proyección general; el **histórico**, por no estar vigente, y el **consuetudinario**, por no tener carácter legislado. Unicamente se prueba la **existencia** del precepto jurídico, mientras que el **contenido** lo infiere el juez, y, además, siempre que pueda hacerlo sin grave perturbación para el **servicio** judicial, el juzgador debería proceder a la averiguación **ex officio**, en lugar de esperar cruzado de brazos a que las partes le ofrezcan en bandeja la prueba de las disposiciones jurídicas en cuestión.

15.— **g) Carga.** La **carga de la prueba** se diferencia de la **obligación**, con la que algunos códigos la involucran, en dos fundamentales sentidos: **a)** aquélla implica un mandato en interés **propio** y ésta en provecho **ajeno**, y **b)** la falta de asunción de una carga acarrea sólo un **riesgo**, mientras que el incumplimiento de una obligación se halla conminado con una **sanción**. En relación

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

con la prueba, que es el campo donde la idea de carga ha encontrado más antigua y general aceptación, los criterios romanistas sobre su reparto entre las partes, tienden a ser substituidos, de acuerdo con **Chiovenda** y **Carnelutti**, por la división de los hechos en **constitutivos, extintivos, modificativos** e **impeditivos**, correspondiendo la carga de los de cada una de las clases citadas al litigante que los aduzca a su favor. La carga de la prueba permite, en otro sentido, dilucidar la naturaleza de las presunciones, catalogadas con tanta frecuencia como evidente error, cual **medios** de prueba, cuando en realidad, o se trata de las **absolutas (iuris et de iure)**, y entrañan **exclusiones** en cuanto a la carga que nos ocupa, o de las **relativas (iuris tantum)**, que determinan **inversiones** en su asunción. Las expresadas presunciones, conocidas como legales, no tienen tampoco por qué asociarse con las llamadas judiciales o humanas, según indicaremos más adelante (**infra**, núm. 22).

16.— h) Limitaciones. Un extremo al que aludimos antes (**supra**, núm. 2) y que abordamos ahora, dentro de la forzosa concisión de esta charla, es el de las **limitaciones a la prueba**. Pueden ser **absolutas**, que se refieren al **objeto**, como sucede con las presunciones **iuris et de iure** y con la resolución de **cuestiones prejudiciales** por jurisdicción distinta de la del proceso principal en que broten, **y relativas**, que conciernen a los **medios de prueba** (así, exclusión de la declaración de testigos frente a contratos superiores a una determinada suma). En cambio, en virtud del principio de **adquisición procesal**, la prueba aportada por cualquiera de las partes queda a disposición de las demás.

17.— i) División. La prueba **se divide** conforme a dos criterios principales: **clases** y **medios**. En atención al primero de esos dos enfoques, la prueba se fracciona en **directa** e **indirecta; histórica y crítica; personal** y **real; preconstituida** y **constituyente; de cargo y de descargo**, etc., sin que podamos detenernos ahora a puntualizar el alcance de cada una, que será, sin duda, fijado por el colega de Valparaíso a quien ha correspondido el desarrollo de esta parte del programa. Desde el punto de vista de los **medios**, es frecuente que los códigos contengan listas de los previstos y permitidos por el legislador; pero no conviene que esos catálogos sean rígidos o cerrados, sino que deben permitir, a manera de válvula de escape, el empleo con fines probatorios de todo aquello que consienta ra-

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cionalmente formar su convicción al juzgador. Bien es verdad que aun cuando surgen nuevas técnicas probatorias (**supra**, núm. 10), no brotan a la par nuevos medios de prueba, ya que aquéllas suelen encajar sin la menor dificultad en dos de los tradicionales, que tienen una gran capacidad de absorción: los documentos **lato sensu** y la pericia; pero no estará de más prevenirse frente a jueces de mente estrecha, incapaces de superar el obstáculo inherente a preceptos con enumeración taxativa de medios probatorios y sin la puerta de escape de una cláusula general complementaria, que hace, en realidad, innecesaria aquélla.

18.— j) Desenvolvimiento. El **desenvolvimiento de la prueba** requiere fijarse en tres extremos: **a)** etapas o fases; **b)** tiempo, **y c)** asunción, a que nos referiremos brevemente.

19.— Cuatro momentos capitales se observan en la marcha de la prueba: **proposición, admisión, ejecución** y **apreciación.** Cuando el juez acuerda de oficio la prueba, dicho se está que proposición y admisión son reemplazadas por la resolución suya al efecto, ya que carecería entonces de sentido que con su mano izquierda sugiriese a sí mismo lo que habría de hacer con la derecha. La proposición incumbe a las partes; la admisión y la apreciación, al juzgador, y en la ejecución intervienen aquéllas y éste, más, con frecuencia, terceros (testigos, peritos, intérpretes, suministradores de prueba, cooperadores técnicos).

20.— Por tiempo en materia de prueba cabe entender dos cosas: **a)** los **plazos** para su proposición y ejecución, **y b)** el **momento** para su desahogo, a saber: **anticipado** (con fines aseguratívos: **supra**, núm. 6), **oportuno** (o sea, el previsto como normal) **y retardado** (de carácter suplementario), sin contar con la prueba **preconstituida** por un lado, ni con la **superveniente** o de **nueva noticia**, por otro.

21.— La doctrina se muestra unánime en que la prueba debe ser directa y personalmente **recibida y encauzada por el juez** (principio de inmediatividad), y los códigos suelen consagrar tal propósito; pero por desgracia, en la práctica las brechas que de derecho y, sobre todo, de hecho conculcan tan elemental exigencia son harto numerosas, y las sentencias se basan con frecuencia en pruebas que el juzgador no ha presenciado o de que tiene un conocimiento incompleto.

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

22.—k) Fuerza. El ideal en orden a la **fuerza probatoria** consistiría en obtener siempre la **certeza,** o sea, la ausencia racional de dudas acerca de la existencia o no de un hecho y de todas sus circunstancias relevantes. Como es difícil lograrla, hay que conformarse muchas veces con la mera **convicción,** es decir, la creencia fundada de que un hecho se ha producido o no. Y a veces, cual en la instrucción penal, basta un grado más tenue para dictar ciertas resoluciones, como el auto de procesamiento, a saber: la **credibilidad,** asentada en sospechas, conjeturas o indicios. Según un criterio legal o tasado, la fuerza probatoria se divide en **plena, semiplena, ligera,** etc. Por su parte, los **indicios,** que no son medios de prueba distintos de los habituales, sino los mismos aunque con menor fuerza probatoria, pueden originar sumas y restas, presididas por el principio de la incompatibilidad entre los de signo contrario.

23.—l) Apreciación. Para cerrar este resumen introductivo, me ocuparé, por último, del momento probatorio culminante: la **apreciación.** Generalmente, se mencionan sólo dos sistemas estimativos: el **legal** y el **libre.** Pero aun prescindiendo de los **mixtos** o **intermedios,** habría que añadir otros dos: el **ordálico** y el de la **sana crítica.** El legal o tasado y el ordálico son sistemas de valoración apriorística y extrajudicial, porque en ellos el juzgador se limita a comprobar un resultado de acuerdo con pautas prefijadas; en cambio, el libre y el razonado o de sana crítica lo son de apreciación judicial **a posteriori.**

24.— Las **ordalías** constituyen un sistema abandonado en los pueblos cultos, que une la incertidumbre, la irracionalidad e inclusive la crueldad, como en las del agua hirviendo o el hierro candente, pero en el fondo del cual yace la fe en la intervención de la divinidad como garantía suprema de justicia, y cuya huella ha persistido en instituciones como el duelo o el juramento.

25.— La **prueba legal o tasada** fue objeto de violentos ataques, en gran parte debidos a su secular asociación con el procedimiento penal inquisitivo. Sin embargo, dentro de éste, donde los poderes del juez llegaron a ser exorbitantes, la prueba legal, que además se extendió al proceso civil, fue, juntamente con la apelación y la escritura, uno de los pocos frenos contra la dictadura judicial. La situación varía cuando la prueba legal funciona en regímenes

Artículo: Introducción al estudio de la Prueba
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Niceto Alcala-Zamora y Castillo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

constitucionales y fuera del proceso penal inquisitivo: entonces, no tiene razón de ser como garantía frente al juez. Pero al lado de esa finalidad **política** de antaño, manifiéstase el aspecto **técnico:** la prueba legal no es —o, en todo caso, no quiere ser— arbitrariedad o capricho del legislador, sino que pretende reflejar la experiencia forense (así, la inseguridad del testimonio humano, en la regla **testis unus, testis nullus).** Hoy en día, carece, en términos generales, de razón de ser en países con judicatura proba, independiente y preparada, pero por motivos íntimamente ligados con el funcionamiento y garantías de la fe pública, los instrumentos por ella amparados representan y seguirán siendo su más firme reducto.

26.— La libre convicción significa el reverso de la legal: plena confianza, en lugar de desconfianza, en el juzgador. Es, desde luego, el sistema más elástico y permite captar lo que escapa a los demás. Traduce, en rigor, no tanto la convicción, como la voluntad del juzgador y al no preocuparse, conforme al agudo deslinde de **Unamuno,** de **convencer,** sino tan sólo de **vencer,** entraña expresión más que de liberalismo, de despotismo judicial (por lo menos, en sus modalidades más típicas: ante el jurado o los Tribunales de honor o a través de la martingala consistente en apreciar la prueba en conjunto).

27.— Finalmente, partiendo de la prueba legal como tesis y de la libre como antítesis, llegamos a la **prueba razonada o sana crítica** como síntesis, es decir, como libertad encuadrada por la lógica, puesto que el juzgador ha de convencer de su convicción a los justiciables. Surgido este nuevo sistema en los artículos 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real español de 1846, supone la aplicación de las reglas de la ciencia y de la experiencia, bajo el signo de la conciencia, a la apreciación de la prueba. Se ha discutido si es una simple variante del de libre convicción, pero éste opera a veces, como indicamos (**supra,** núm. 26), sin ir acompañado de razonamientos de ninguna clase, y basta ello para que deban mirarse como dos sistemas esencialmente distintos. El régimen de sana crítica ofrece, sin embargo, el inconveniente de que no se puede encomendar a toda clase de jueces, sino que requiere funcionarios con un nivel elevado de preparación y de cultura.