

# Las fotocopias como pruebas innominadas

René Alfonso Padilla y Velasco

Abogado y Notario, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Dr. José Matías Delgado (1992). Ha escrito, entre otras obras, "Notificación, Citación y Emplazamiento" y "Comentario al Código Procesal Civil y Mercantil. Se desempeña en el libre ejercicio profesional.

## Planteamiento del tema

Por medio de sentencia de fecha 1 de febrero de 2012 (Ref.: Amp. 148-2010), la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que las fotocopias de instrumentos son admisibles como *medios de prueba innominados o no previstos*, de acuerdo al art. 330 párr. 2° del Código Procesal Civil y Mercantil.<sup>1</sup>

En lo pertinente, la sentencia dice: «Sobre las copias simples presentadas por el actor, si bien el C.Pr.C.M. no hace referencia expresa a la apreciación de las copias de documentos públicos y privados, ello no significa que estas no tengan valor probatorio dentro de un proceso, toda vez que los medios de prueba no previstos en la ley son admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros, resultando aplicables a ellos las disposiciones que se refieren a los mecanismos reglados —art. 330 inciso 2° del C.Pr.C.M.—. En ese orden, las reglas de los documentos públicos y privados resultan analógicamente aplicables a sus copias, especialmente

por la previsión contenida en el art. 343 del C.Pr.C.M., tomando en consideración las similitudes que presentan tales duplicados con las fotografías y otros medios de reproducción de datos —art. 396 del C.Pr.C.M.—.

En razón de lo anterior, las referidas copias serán admisibles dentro de un proceso y constituirán prueba fehaciente de la autenticidad del documento que reproducen siempre y cuando no haya sido acreditada la falsedad de estas o del instrumento original, pudiendo valorarse conforme a las reglas de la sana crítica.»<sup>2</sup>

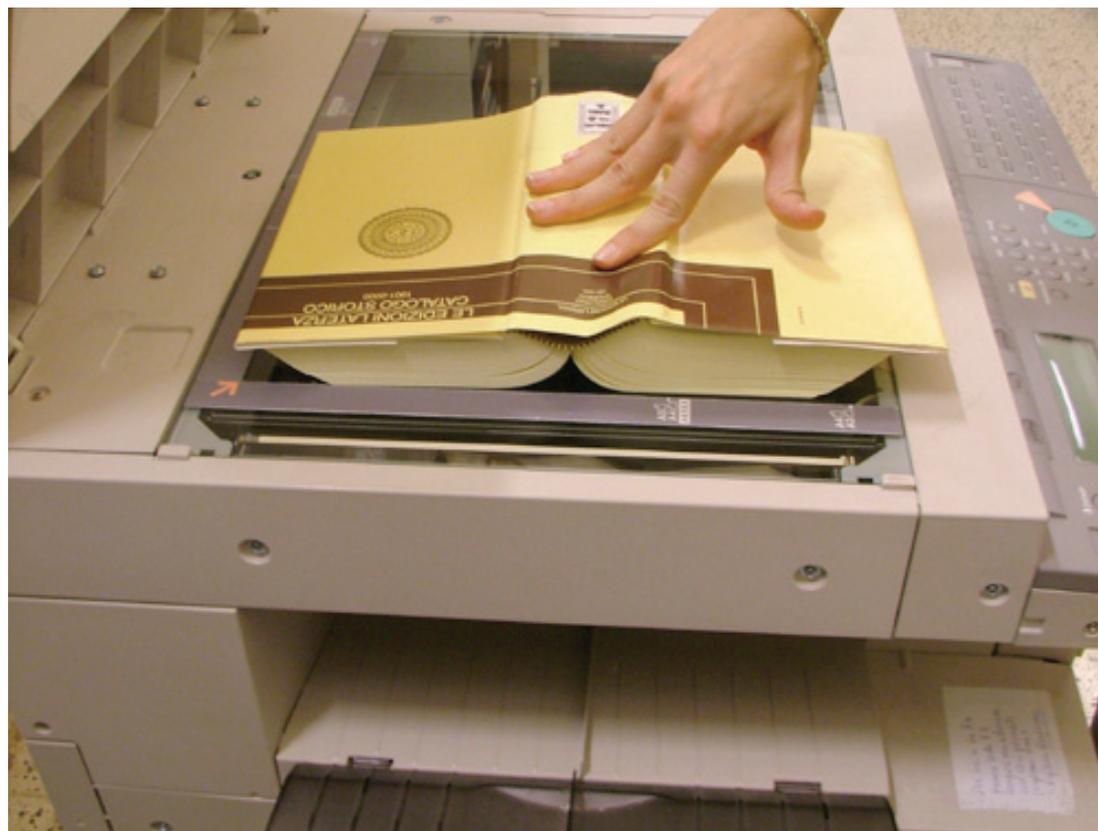
Ni decirse tiene que no puedo estar de acuerdo con esta resolución; sin embargo, no se trata de una crítica vacía, sino que la oportunidad es muy propicia para aportar al esclarecimiento sobre las *pruebas no previstas* y otros temas relacionados, a través de la discusión del caso.

## *Medios de prueba imprevistos o innominados*

En principio, el ordenamiento procesal reconoce como medios de prueba (1) los

<sup>1</sup> <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/ResultadoBusqueda.aspx?data=>

<sup>2</sup> Ídem.



documentos, (2) las declaraciones de las partes y (3) de testigos; (4) el dictamen de peritos, (5) la vista de lugares o reconocimiento, y (6) las presunciones o indicios. Anteriormente se planteaba la duda si esa enunciación era taxativa (*numerus clausus*); es decir, si era legítima la utilización de otros medios de prueba diferentes a los previstos legalmente.

Durante buen tiempo la jurisprudencia, siguiendo la doctrina más recibida (COUTURE, GELSI BIDART, DEVIS ECHANDIA), fue aceptando el carácter abierto de los medios de prueba, por argumentos que sería innecesario ya repetir aquí; hasta culminar con la adopción del criterio de la plena legitimidad en el uso de fuentes de prueba que la tecnología y el desarrollo cultural fueran poniendo a disposición, siguiendo los referentes principales de

nuestro actual código, que son el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1985) y la Ley de Enjuiciamiento Civil española (2000).

Sin embargo, la cuestión no es tan simple, y precisamente ahí radica el primer error que detecto en el razonamiento de la sentencia que comento, puesto que se califica a las fotocopias como objetos de prueba no previstos sólo porque no están mencionadas en el texto del Código Procesal Civil y Mercantil.

El defecto de este razonamiento es que no tomó en cuenta que por Decreto Legislativo N° 1073, del 13 de abril de 1982, publicado en el Diario Oficial N° 66, Tomo 275, del 13 de abril de 1982, se promulgó la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, en cuyo art. 30 se

dispone: “En cualquier procedimiento, las partes podrán presentar en vez de los documentos originales, copias fotográficas o fotostáticas de los mismos, cuya fidelidad y conformidad con aquéllos haya sido certificada por notario. Esta disposición no tendrá lugar en el caso del juicio ejecutivo o cuando se trate de documentos privados.

Lo anterior no obsta para que, en cualquier estado del procedimiento, el Juez prevenga a la parte la presentación de los documentos originales, sea de oficio o a solicitud de la contraria, so pena de no hacer fe las fotocopias admitidas.”

De conformidad con el art. 19 CPCM, que nos dice que se empelará la analogía para resolver situaciones no previstas en la normativa procesal, ya se cuenta con una norma de rango legal que dice que las fotocopias de instrumentos públicos y autenticados se pueden presentar en cualquier procedimiento, previa certificación de su conformidad por razón notarial, sin perjuicio que se exijan los originales a prudente criterio del oficio judicial; *por lo tanto, no se puede hablar de medios innominados, puesto que su uso y reglamentación ya están previstos en nuestro ordenamiento jurídico.*

En consecuencia, la Sala cometió el error o vicio de dejar de aplicar la norma que resuelve la cuestión (art. 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias) y aplicó indebidamente el art. 330 párr. 2° CPCM, haciendo una errónea o falsa elección de ésta última por sobre la que sí es atinente.

### Fuentes de prueba

Para la correcta aplicación de lo que dispone el párrafo segundo del art. 330 CPCM debemos tener presente la distinción entre fuente y medio de prueba.

La diferencia entre estos dos conceptos fue inicialmente propuesta por el procesalista italiano Francesco CARNELUTTI, quien distingue entre el hecho sobre el que recae la actividad probatoria –a la que denominó *f fuente de prueba*– y la actividad por medio de la cual el juzgador busca la verdad del hecho a probar –lo que designó como *medio de prueba*–. Esta distinción fue ampliada y fijada por el español Santiago SENTÍS MELENDO, quien definió que la *f fuente* existe en la realidad, antes y con independencia del proceso; mientras que el *medio* es el modo en que la fuente es vertida al proceso.<sup>3</sup>

El medio de prueba es un concepto procesal; en cambio, la fuente es una realidad extrajurídica. Todos los medios de prueba tienen su fuente; por ejemplo, en la prueba testimonial la fuente es el *testigo* y su conocimiento sobre los hechos relativos al caso o el pleito, quien los conoce y retiene en su memoria independientemente que exista o no un proceso sobre tales hechos. El medio es el *interrogatorio*, con todas sus reglas en cuanto a su verificación, validez y valoración, para aportar ese conocimiento al proceso.

No es conveniente que la ley enumere las fuentes de prueba porque cuando el legislador pretende regular cómo

<sup>3</sup> Víctor MORENO CATENA: *Comentario al art. 299 LEC*, en Fernando ESCRIBANO MORA (Coordinador) y otros: “El Proceso Civil”, vol. III, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 2277.

y con qué se deben probar los hechos fundamentales de la pretensión o de la oposición, se enfrenta al problema que la ley provee a la situación a su entrada en vigencia y no puede referirse sino a lo existente en ese momento; debido a ello, tratándose de realidades extrajurídicas, el paso del tiempo y el desarrollo tecnológico tornará obsoleta a las fuentes de prueba legalmente mencionadas. Entonces, lo que el legislador pretende es establecer que todas las fuentes de prueba existentes o que lleguen a existir pueden utilizarse con finalidad probatoria, aunque erróneamente hable de “medios”. En cambio, lo que sí debe quedar reglado es la actividad por medio de la cual se incorporará el objeto de prueba al proceso, ya que toda la actividad jurisdiccional está sometida al *principio de legalidad* (art. 3 CPCM).<sup>4</sup>

### *Medios de prueba*

Si la enumeración de los medios de prueba debe ser taxativa, porque la actividad jurisdiccional está sometida al principio de legalidad; pero las fuentes no necesariamente, pues debe existir la posibilidad que todas las fuentes de prueba puedan utilizarse, la dificultad radica en determinar por qué medios reglados una fuente no prevista se aportará al proceso.

Siguiendo al distinguido procesalista colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA, existen tres sistemas para la fijación de los medios de prueba: de *prueba libre*, que deja en libertad al juzgador para admitir y ordenar los que

considere necesarios para la formación de su convicción; el de *pruebas legales*, que señala taxativamente cuáles son estos medios, y el *sistema mixto* —que podemos decir que es al que se acoge el legislador nacional—, que marca los que el órgano judicial no puede desconocer, pero se le concede la facultad de admitir y ordenar los que estime pertinentes.<sup>5</sup>

La disposición comentada establece que se aportarán al proceso con finalidades probatorias los objetos no previstos mediante las reglas de los medios previstos. De acuerdo al procesalista uruguayo Dante BARRIOS DE ANGELIS, ello importa una *investigación típica del método*; esto es, analizar caso por caso para establecer la semejanza entre el objeto de prueba no previsto y el medio reglado, y así aplicarle el mismo régimen de tramitación, a través de los tres momentos fundamentales de la actividad probatoria, que son: la aprehensión, la registración y la reproducción del hecho.<sup>6</sup> Aquí radica el segundo —y más grave, si ello aún es posible— error de la sentencia comentada, puesto que se está aplicando un sistema de *prueba libre*, antes que el diligenciamiento de una fuente de prueba no prevista por las normas de los medios reglados, puesto que la Sala implementa su propio procedimiento y régimen para admitir y valorar los objetos de prueba que considere necesarios para la formación de su convicción.

En efecto, no veo con qué fundamento jurídico se dice que las fotocopias constituirán prueba fehaciente de la autenticidad del documento que

4 Juan MONTERO AROCA y otros: *El nuevo Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 321.

5 Citado por Ángel LANDONI SOSA, óp. cit., pág. 440.

6 Óp. cit., pág. 441.



reproducen, puesto que ya el art. 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias dispone que las copias deben ser certificadas como fieles y conformes con sus originales por fedatario público. Al carecer de dicha certificación “*la fotocopia es un nada*”.<sup>7</sup>

Con ese criterio, la Sala resuelve en contra de ley expresa y terminante, violándola directamente. Así contraviene todos los principios y reglas sobre los que se fundan la seguridad, validez y eficacia de los instrumentos como mecanismos más socorridos para dejar constancia de los actos y contratos que genera el tráfico jurídico.

#### *Autenticidad de los instrumentos*

Todas las reglas que rigen la eficacia y la validez de la prueba instrumental pretenden resolver el problema de la posibilidad de discrepancia entre el documento y el acto documentado. En efecto, a pesar de todas las precauciones que se toman al momento de la documentación del acto o declaración siempre permanece vigente el riesgo y la duda sobre la fidelidad o exactitud de lo

documentado o reproducido, respecto de lo realmente acontecido o declarado.

Es así como en el caso de los instrumentos públicos se les concede pleno valor probatorio en cuanto a la fidelidad y exactitud de lo documentado porque en la formulación del documento interviene un tercero dotado de condiciones morales e intelectuales relevantes que dan fe de su redacción u otorgamiento (SERRA);<sup>8</sup> a lo cual agregaría, además con observancia de ciertos requisitos y formalidades—por ejemplos, la presencia de testigos, la escritura, su incorporación a un protocolo o registro público, etc.—que dan seguridad y garantía a esa formulación o documentación.

Ambas características son extrañas a las fotocopias; no sólo se trata de la falta de participación de un fedatario público en su elaboración o conformación, sino por la facilidad de composición de un texto con firmas a las que se tenga acceso, sin que sea fácilmente advertible la confección, nos dan como resultado que no constituyen documentos confiables.

No obstante, incurriendo en un tercer error, la Sala soslaya esta realidad y profundiza la transgresión a los principios y las reglas en cuanto a la validez y eficacia de los instrumentos, razonando que las fotocopias constituyen prueba fehaciente de la autenticidad del documento que reproducen por su similitud con otros medios documentales como las fotografías y los medios de grabación y reproducción de datos. Lo anterior constituye un *desconocimiento*

7 G. SACRISTÁN REPRESA: *Comentario al art. 334 LEC*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t. II, Civitas, 2001, pág. 1567.

8 Vicente GUZMÁN FLUJA: *Comentario al art. 319 LEC*, en “El Proceso Civil”, citado, pág. 2368.

*inexcusable sobre las reglas de autenticidad de los instrumentos.*

Los artículos 334 CPCM y 1,570 C C disponen que los instrumentos que han sido redactados o formulados con la participación de un funcionario dotado legalmente de fe pública y con observancia de las formalidades legalmente prevenidas para el acto o declaración que se trate se consideran auténticos. Razón por la cual, *sensu contrario*, el instrumento que carezca de ambos requisitos es ineficaz e inválido por sí mismo y está necesitado de un mecanismo de autenticación independiente, para poder obtener algún elemento de juicio que ayude a resolver el caso planteado. Así lo dispone el expresamente el párrafo segundo del art. 1,572 C C.

Cuando el art. 343 CPCM dispone que las mismas reglas de los instrumentos sean aplicables a otros documentos (como fotografías, planos, etc.), entran en esta norma las fotocopias no cotejadas o certificadas conforme al art. 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, ya que no reúnen las características de ser documentos autorizados por funcionario competente con observancia de las formalidades legalmente prevenidas.

En consecuencia, las fotocopias no cotejadas ni certificadas su fidelidad carecen de autenticidad por sí mismas y están necesitadas de un medio independiente para su autenticación; razón por la cual, carecen de valor probatorio alguno.

*Impugnación de los instrumentos*

El art. 338 CPCM establece, como regla general, la carga de la impugnación por la parte que se sienta perjudicada procesalmente por el instrumento, para que pierda la eficacia probatoria que las normas procesales y sustanciales le confieren.<sup>9</sup> Sin embargo, esta regla está relacionada con el art. 334 CPCM, que dispone que la eficacia probatoria del instrumento público o privado venga determinada por su autenticidad; si carece de autenticidad, carece de eficacia probatoria.

En efecto, el instrumento público y el privado autenticado siempre serán eficaces, a menos que sea impugnado en los términos del art. 338 CPCM. En consecuencia, las fotocopias no cotejadas ni certificadas su fidelidad con el original, carecen de autenticidad y de valor probatorio.

Si bien es cierto que el párrafo segundo del art. 341 CPCM prescribe que el instrumento privado hace plena prueba de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad, pero esto sólo tiene sentido si se relaciona con el art. 1,573 C C, por cuanto producirá el valor probatorio prescrito en tanto se trate de un instrumento —original, por supuesto— que tenga por objeto un acto o declaración de voluntad, redactado o suscrito por una o ambas partes y que haga relación al objeto litigioso.<sup>10</sup>

Así, el documento privado otorgado por un tercero ajeno al proceso, aunque se refiera al objeto litigioso, en principio

9 Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho procesal Civil, Parte General*, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 241.

10 Vicente GUZMÁN FLUJA: *Comentario al art. 326 LEC*, óp. Cit., pág. 2398.



carece de autenticidad y la parte a la que se le oponente no está en la carga de desconocerlo, al no haber participado en su formulación, correspondiendo la carga de la prueba de su autenticidad a la parte que quiere valerse de él, por cualquier medio conducente, que será apreciado por las reglas de la sana crítica.<sup>11</sup>

Por lo tanto, si el art. 343 CPCM dispone que las reglas de los instrumentos sean aplicables a otros documentos, las fotocopias no se sustraen a esta norma, aunque se trate de copias de documentos que obran en poder o fueron redactadas por la parte demandada, puesto que no se ha certificado su fidelidad y conformidad con sus originales; razón por la cual, no se va a impugnar de inauténtico lo que carece de autenticidad. De tal modo que no le corresponde a la parte a quien se oponen fotocopias no cotejadas levantar la carga sobre su autenticidad; sino que, por el contrario, la carga de la prueba de la autenticidad corre por cuenta de la parte que quiere aprovecharse de tales objetos.

Precisamente el criterio de la Sala incurre, además, en este cuarto error, ya que no

toma en cuenta que las fotocopias carecen de autenticidad; razón por la cual, no puede imponer en la parte a la que se las oponen la carga de impugnarlas. Con tal criterio, la Sala ha tergiversado las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba.

### Conclusión

*Si la Sala pretendía favorecer al demandante, en su condición de parte débil de la relación jurídica controvertida, confiriéndole ventajas procesales, ha debido decretar la exhibición de los documentos, sobre la base de las facultades probatorias oficiosas que confieren los arts. 7 y 321 CPCM, en tanto que las fotocopias aportadas fundan razonablemente la existencia de los originales en poder de la parte demandada, en lugar de trastocar todas las reglas sobre la validez y eficacia de la prueba instrumental y sobre la distribución de la carga de la prueba.*

*En caso que la parte demandada se hubiera negado a exhibir los originales, además de sancionarlo con la condena en daños y perjuicios que prescribe el art. 336 CPCM, ha podido la Sala adjudicarle valor probatorio a las copias aportadas, considerando la actitud contumaz de la parte requerida, sobre la base del párrafo final del art. 284 CPCM, que dispone que el órgano judicial puede apreciar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos y circunstancias que le sean conocidas y perjudiciales, en relación con el art. 13 CPCM, que establece la regla del comportamiento probo en el proceso y reprime la falta de veracidad y lealtad procesal de las partes litigantes.*

<sup>11</sup> Ángel LANDONI SOSA, óp. cit., pág. 518.