

EL ABOGADO, APRENDIZ DE BRUJO

(II)

1.— **Introducción.**— Hace pocos meses, en estas mismas aulas, tuve la oportunidad de dictarles la primera parte de esta charla (1) cuyo objeto principal es llamarles la atención sobre algunos casos de perplejidad en que suele encontrarse el abogado, ya sea frente al ámbito de la ley de acuerdo a interpretaciones de la jurisprudencia, de que les traté en mi comparecencia anterior, ya sea ante la obligación de probar los hechos de la causa, a los cuales me referiré esta tarde, y que he intitulado: por los meandros de la prueba.

Mis palabras van hoy medio en serio, puesto que en cuanto he de tratarles no existe la posibilidad de recurrir a la bola de cristal.

II.— POR LOS MEANDROS DE LA PRUEBA

2.— **Los medios de prueba.**— En sus estudios de primer año ustedes aprendieron a distinguir los diferentes medios de prueba. Presumo que saben que la prueba se opera a través de escritos, que es la literal; por declaraciones de personas, que es la testimonial; por medio de indicios, que es la llamada prueba circunstancial; y por la confesión y el juramento.

No voy a referirme de manera específica a esos medios probatorios porque es materia conocida de ustedes. Sin embargo, a seguidas me referiré a la prueba sin profundizar en los medios de hacerla. Primero trataré de establecer: a) qué es probar, para precisarles, a continuación, b) quién debe probar; y, para finalizar, señalando, c) qué se debe probar.

A.— Qué es probar.

3.— De acuerdo a un eminente tratadista, probar “es el hecho de producir en justicia los elementos de convicción de naturaleza a establecer la verdad de un alegato” (2). Observen que se trata de producir elementos de convicción, lo cual sólo es posible hacer a través de los medios de la prueba que ustedes conocen, destinados a demostrar la verdad de un “alegato”, tomando esta palabra en su sentido amplio, que para los fines de establecer qué se debe probar, es sinónimo de “imputación”,

el cual es un término propio del proceso penal, ya que a quien se enjuicia penalmente, esto es, al inculpado, se le imputa la comisión de un delito. Sin embargo, la prueba no es igual en el proceso penal y en el proceso civil.

4.— En el proceso penal es una averiguación, una búsqueda, es intentar una demostración; es determinar si los hechos cuya comisión se imputan al inculpado caracterizan los elementos constitutivos de la infracción. Para esclarecer lo que acabo de decirles van estos ejemplos: El artículo 295 del Código Penal dispone: “El que voluntariamente mata a otro, se hace reo de homicidio”; el artículo 300 del mismo Código, expresa: “El que mata a un niño recién nacido, se hace reo de infanticidio”; y el 379 reza así: “El que con fraude sustrae una cosa que no le pertenece, se hace reo de robo”.

La prueba en el proceso penal se caracteriza por un esfuerzo de cotejar los hechos que se imputan con la caracterización que da la ley al delito de que se trata. El juez penal es un investigador de la verdad; bien puede decirse que en su labor va al encuentro de la prueba: él determina si los hechos imputados corresponden a la definición legal. Debe establecer la verdad de lo ocurrido; si hubo la comisión o no del delito, esto es, en los casos citados, si hubo homicidio, infanticidio o robo.

Ese papel activo del juez se deriva de la presunción de inocencia que protege a todo inculpado.

5.— En el proceso civil la situación es distinta. Cada parte, ya sea demandante o demandada, afirma que sus pretensiones son las verdaderas. Es por ello que en este proceso la prueba se convierte en la demostración o corroboración de la verdad o de la falsedad de los alegatos que cada una de las partes formulen en el juicio.

El juez civil no es un investigador de la verdad, porque él sólo conoce la prueba que vierten al debate las partes en causa. En principio, este juez se atiene a los medios probatorios que le son sometidos, y a evaluarlos en relación con el diferendo de que se encuentra apoderado. En otras palabras, su papel se limita a determinar cuáles son

los hechos controvertidos de la causa y a estatuir sobre ellos, a la luz de la prueba que ha sido puesta a su disposición.

Lo expresado, que comúnmente se conoce como el principio del papel pasivo del juez en el proceso civil, no tiene un carácter absoluto. Hoy día se le reconoce la facultad de ordenar, sin pedimento alguno de las partes, algunas medidas de instrucción tendientes a esclarecer la verdad en la litis de que se encuentre apoderado.

6.— En nuestro derecho existen algunas materias a propósito de las cuales la ley o la jurisprudencia reconocen al juez un papel activo en la instrucción de la causa, y consecuentemente frente a la prueba que deberá analizar para dictar su decisión. De manera específica se trata de la facultad que da la ley al Juez en el proceso del saneamiento inmobiliario al amparo de la Ley de Registro de Tierras. Otras corresponden a la evolución trazada por la jurisprudencia, la cual ha llegado a reconocer el mismo papel activo al juez que entiende de las litis sobre derechos registrados al amparo de la ley acabada de mencionar y al que estatuye sobre los asuntos laborales. En estos casos su labor se identifica con la del juez penal en el sentido de que está en la obligación de convertirse en investigador de la verdad; lo cual vale decir: en un perseguidor de los medios de prueba.

7.— **Imposibilidad de la prueba directa.**— Es preciso observar que en todo proceso resulta prácticamente imposible hacer la prueba directa de la materialidad de los hechos que han dado origen al proceso penal o civil de que se trate. Me explico: el artículo 319 del Código Penal establece: “El que por torpeza, imprudencia, inadvertencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos, cometa homicidio involuntario, o sea causa involuntaria de él, será castigado...” Ahora me pregunto: ¿cómo se podría probar una torpeza, una imprudencia, una inadvertencia, una negligencia o una inobservancia de los reglamentos, cuando se trata de vocablos abstractos, sin significación ni representación material, como ocurre con las palabras “silla” o “automóvil”? Es por ello que resulta imposible, al momento de hacer la prueba, expresar al juez: “Aquí tiene usted en su escritorio una torpeza, una imprudencia,” etc. Para establecer la materialidad de los hechos de una infracción y aun de una relación civil, será preciso girar en torno a ésta y llegar por aproximación a lo que se desea establecer. Si bien, como les he dicho, no podemos tomar en la mano

algo que se llame torpeza, sí es posible demostrar que, conforme a las declaraciones de los testigos acerca de los hechos y circunstancias de un accidente de tránsito, las actuaciones del prevenido fueron torpes y condujeron a la materialización de la infracción.

Lo mismo puede decirse del proceso civil. El error o el dolo que vicia la convención no es susceptible de aprenderse sensiblemente como si fuera una cosa. Será mediante la prueba de múltiples hechos y circunstancias que se podrá llegar a establecerlos. Ni siquiera en la relación contractual, en que se alcanza la mayor aproximación posible, puede hablarse, en puridad, de la prueba directa. En efecto, una cosa es el instrumento o acta de un contrato de compraventa, y otra es el acto de concertación de ese contrato, que le precede, y que es perfecto por el solo intercambio de las voluntades de las partes e independientemente del escrito que lo comprueba, sin que sea posible captar ese intercambio de consentimientos en el espacio y el tiempo para conservarlo en su misma materialidad. Así llegamos a la prueba de la compraventa por un documento redactado para tal fin.

B.— Quien debe probar.

8.— **La síntesis del derecho de la prueba.**— Ustedes conocen desde su primer curso dos máximas latinas que puede decirse que constituyen la síntesis del derecho de la prueba. *Actori incumbit probatio* y *reus in excipiendo fit actor*. Quien demanda debe hacer la prueba y aquel que responde con otra demanda o pretensiones debe a su vez establecerla. Sin embargo, sus enunciados no son tan absolutos como para admitir que contienen todo el régimen probatorio.

9.— **¿Quién debe probar en el proceso penal?**— El fardo de la prueba corresponde a los demandantes en este proceso, que son: el Ministerio Público como demandante de la acción pública, y la parte civil, quien lo es de los intereses civiles. Por su parte el inculcado se beneficia de la presunción de inocencia y podría, teóricamente, esperar a que se le pruebe la comisión del delito que se le imputa para entonces hacer la prueba contraria. Sin embargo, en la práctica las cosas no ocurren así. En efecto, el inculcado, lo mismo que los demás demandados en ese proceso, que son la persona civilmente responsable y el asegurador, no aguardarán pasivamente. Todos tratarán de

establecer la inexistencia de los elementos constitutivos de la infracción, las causas eximentes de responsabilidad y todo cuanto tienda a exonerar o a atenuar la responsabilidad penal o civil.

10.— **¿Quién debe probar en el proceso civil?**.— De acuerdo a las máximas que sintetizan el derecho de la prueba que les he citado, el fardo de la prueba sólo compete al demandante, entendiéndose por éste: quien ejerce la acción (*actori*) o aquel contra quien es ejercida, si a la vez formula una demanda en su defensa (*reus in excipiendo*). Casi podría decirse que al demandado le basta negar para que todo el fardo probatorio corresponda al demandante. Esto, que parece tan claro y simple, no lo es en el ámbito de la relación procesal. En efecto, la posición verdadera de demandante o de demandado, para cuanto se refiere a la obligación de probar, dependerá de lo que expresen las partes al presentar la demanda o al rebatir las pretensiones que le sean adversas. En otras palabras, depende, en primer término, de la medida en que una u otra contraviertan o discutan los hechos de la causa, y en segundo lugar, de la actitud que cada una de ellas asuma frente a las distintas fases del proceso.

C.— Qué se debe probar.

11.— **El objeto de la prueba.**— Puede afirmarse que es la simple demostración de la veracidad de la versión que sostiene cada una de las partes, de los hechos controvertidos de la causa. Ese demostrar normalmente está a cargo del demandante. Sin embargo, existen situaciones en que no estará obligado a hacerlo. Explico la afirmación que acabo de formular con los ejemplos siguientes:

a) Cuando el demandado a quien se le ha accionado en pago de un crédito afirma haberlo pagado, con ello no controvierte su existencia. Por el contrario, lo reconoce y al invocar una causa de su liberación asume la obligación de probarlo, a tal punto que si no lo hiciera será condenado al pago.

b) Cuando el demandado alega, para rehusar el pago de una deuda, que está prescrita, tampoco niega o controvierte la existencia del crédito que se le opone y asume el fardo de probar la prescripción invocada; si no lo establece, pierde el pleito.

c) Cuando el patrón demandado alega que el trabajador fue despedido por una causa justificada, libera al trabajador demandante de hacer la prueba de la existencia del contrato y del hecho del

despido y queda a cargo del patrón establecer la causa justa que ha invocado.

12. **¿Cuándo se controvierten los hechos?**.— En principio, se requiere la existencia de un proceso para que se pueda hablar de hechos controvertidos. Sin embargo, lo no controvertido de una situación jurídica puede provenir de hechos anteriores a la demanda, como resulta en el ejemplo siguiente: cuando el demandado ha ejecutado en parte el contrato que se le opone, eso constituye un reconocimiento de su existencia (3), por lo cual no podría negarlo ante el juez.

13.— **¿Cómo determinar el hecho controvertido?**.— Se afirma con propiedad que “todo hecho, toda situación no negada debe tenerse por probada” (4). La certidumbre de esta afirmación presupone la existencia de un proceso contradictorio en que las partes en causa han podido conocer y discutir las pretensiones de su adversario, en razón de que el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil dispone que, en caso de defecto del demandado, el juez acogerá las conclusiones del demandante si éstas son justas y reposan en prueba legal. Es también la solución admitida por la jurisprudencia en los procesos laborales (5).

Un distinguido jurista fenecido a quien me unieron fuertes lazos de amistad, el Lic. Herman Cruz Ayala, afirmó que la situación no controvertida sólo debería tenerse por probada cuando el demandado fuera puesto “en cierto modo” en mora de otorgar el reconocimiento, el cual sólo puede inferirse, y aquí cito sus propias palabras, de “expresiones de hechos caracterizadas que autoricen a inferir sin lugar a dudas la voluntad de reconocer, de confesar, de asentir” (6). Sin embargo, basta observar que ese estado de conocimiento caracterizado del demandado no se encuentra en las soluciones de jurisprudencia (7).

14.— **La esencia del proceso es la defensa.**— Las situaciones procesales son infinitas, inéditas muchas veces, ya que puede decirse que no hay dos casos idénticos. De ahí que no es posible confeccionar un inventario de los hechos controvertidos y de los no controvertidos. Todo dependerá de cómo se defienda el caso, ya sea en la posición del demandante o del demandado.

Sólo me es posible darles una advertencia: como abogados deben tener el cuidado de litigar ante los jueces del fondo todos los aspectos de hecho y de derecho de que es susceptible el diferendo de que se trate. Un ejemplo les hará

comprender lo que quiero decirles: En una demanda en reparación de daños y perjuicios, en la cual se encuentran en juego todas las condiciones que son necesarias para que se comprometa la responsabilidad civil, es frecuente que el demandado centre su defensa en la discusión de la existencia de la falta que se le imputa y silencie todo cuanto se refiere al monto de la reparación que se le reclama, lo cual es susceptible de provocar, si el juez admite la falta, que se le condene al pago, sin que pueda en su recurso en casación criticar la sentencia del juez del fondo porque le condenó al pago de valores sin medios de prueba suficientes. No podrá hacerlo, porque ante el juez del fondo nunca discutió el monto de la reclamación esgrimida en su contra.

Frecuentemente la Suprema Corte de Justicia rechaza los medios de casación del asegurador cuando se critica la sentencia del juez del fondo, que ha declarado oponibles las condenaciones pronunciadas contra el inculpado, sin que en la sentencia se indique bajo cuáles documentos u otros medios de prueba se le reconoce como asegurador. En esos casos, nuestro más alto tribunal ha expresado, como fundamento de su rechazo, que el asegurador se limitó ante ese juez a pedir el descargo del inculpado y no discutió la existencia de la póliza de seguro.

15.— **Excepciones al hecho no controvertido.**— La regla según la cual los hechos no controvertidos por el demandado se reputan probados sufre dos importantes excepciones. La primera resulta de los procesos o de los aspectos de éstos que tienen el carácter de orden público. En ellos el juez está obligado a exigir la prueba completa u ordenar de oficio las medidas de instrucción que fueren necesarias para que ésta le sea aportada. De no alcanzarse esa prueba completa deberá rechazar la demanda. La segunda es la relativa al proceso penal. La presunción de inocencia que beneficia al inculpado hace al juez un investigador de la verdad y sólo podrá considerarse convencido frente a la prueba completa de los hechos que caracterizan los elementos constitutivos de la infracción.

16.— **La conducta procesal.**— El comportamiento de las partes en causa, en lo que respecta al curso de los procedimientos, es susceptible de influir sobre la prueba que deben aportar las partes, todo lo cual puede manifestarse en un doble aspecto: en lo que se refiere, (a) a la obligación de decir la verdad; y en lo que respecta,

(b) a la conducta procesal propiamente dicha.

17.— a) **¿Están obligadas las partes en causa a sólo decir la verdad?**— Para comprender el ámbito de esta interrogante es preciso agregar esta otra: **¿Quien miente debe perder el pleito?**

Se ha sostenido que “desde el punto de vista probatorio el deber de sinceridad es totalmente intrascendente e inútil” (8), criterio correcto en la medida en que el acápite i) del artículo 8 de la Constitución declara que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo; precepto que en sus más amplias consecuencias puede ser interpretado en el sentido de que nadie puede ser obligado a probar en su contra.

Sin embargo, una posición mentirosa en el planteamiento de los hechos o sobre las circunstancias de la causa, puede influir desfavorablemente en el ánimo del juez, sobre todo en los procesos en que juzga en base a su íntima convicción, como ocurre en el proceso penal y en los casos en que se ventilan asuntos laborales.

18.— b) **La conducta procesal propiamente dicha.**— Se afirma correctamente, que “la conducta procesal de la parte no es un medio de prueba sui géneris, sino sencillamente una fuente de presunción, o sea un indicio” (9), que suele manifestarse en el curso del proceso de manera omisiva o en forma oclusiva.

i) **Conducta omisiva.**— Puede aparecer en una negación genérica del demandado caracterizada por su negativa rotunda “a relatar cómo ocurrieron los hechos, a pesar de la existencia del contrato que se le opuso” (10).

La forma más corriente en que suele aparecer este tipo de conducta es el caso del defecto del demandado. ¿Cuáles son sus consecuencias? En derecho anglosajón implica el reconocimiento de la demanda. No ocurre así en derecho dominicano, en el cual el juez sólo puede acogerla si las conclusiones del demandante son justas y reposan en prueba legal. Si bien esta es la solución de los textos legales (11), en hecho, llegamos a una solución cercana a la del derecho anglosajón. La práctica judicial enseña que el solo defecto del demandado basta para que se le acoja la demanda interpuesta en su contra, siempre bajo las reservas que resultarían de los medios de defensa que esgrima en el recurso de oposición.

En el proceso penal, el defecto del inculpado suele ser interpretado por el juez como una resistencia a la buena administración de la justicia y, de ordinario, se pronuncian en su contra

condenaciones severas.

ii).— Conducta oclusiva.— Partiendo del criterio externado por Demogue, de que toda parte “tiene derecho a la prueba en el sentido de que no solamente pueda probar todo hecho pertinente y admisible, sino que su adversario está obligado a no hacer nada que pueda impedirle la prueba” (12), es preciso establecer los efectos de la conducta oclusiva de las partes frente a la prueba que debe ser aportada al juez. Esta manera de conducirse en el proceso suele manifestarse en la simple destrucción de la prueba, en impedir que se ejecute la medida de instrucción destinada a recabarla y en la negativa a exhibir los medios probatorios que se posean.

1).— Destrucción de la prueba.— Ocurre raramente e implica el apoderamiento de los documentos probatorios de su contraparte y su destrucción. Puede constituir un delito penal.

2).— Obstáculos a que se ejecute una medida de instrucción.— De ordinario, la prueba que no puede hacerse a través de documentos que posean las partes, precisa que el tribunal disponga las medidas de instrucción pertinentes para recabarla, como suele suceder en los casos en que se hace necesario un descenso a los lugares en que se cometió la infracción, o se disponga la comparecencia personal de las partes en causa para que se expliquen sobre los hechos y circunstancias de la litis.

La incomparecencia a deponer, las tácticas dilatorias y otras triquiñuelas procesales destinadas a obstaculizar la ejecución de tales medidas de instrucción, pueden, eventualmente, influir desfavorablemente sobre el ánimo del juez e inducirlo a dar los hechos por averiguados.

3) Negativa a exhibir.— Frecuentemente, en litis entre comerciantes, los tribunales ordenan la

La presente es una versión reconstruida sobre las notas usadas en la charla dictada bajo el mismo epígrafe, a los estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña en 1973.

(1) Véase: Cuadernos Jurídicos, año I, número 11, Pág. 23.

(2) Perrot, Encyclopédie Juridique, Répertoire de Procédure Civile et Commerciale, Vo. Preuve, número 1.

(3) Suprema Corte, 26 de octubre de 1966, Boletín Judicial 671, Pág. 2070.

(4) Normad, J., Le juge et le litige, No. 288 y la doctrina por él citada.

(5) Suprema Corte, 21 de septiembre de 1966, Boletín Judicial 670, Pág. 1779.

exhibición de los libros de comercio de una de las partes en causa. También suele ocurrir que una solicite al juez que ordene el depósito de algún documento que tiene en su poder la contraparte y que es de interés para la solución del caso de que está apoderado (13).

En esos casos, como en otros similares, la negativa del comerciante a exhibir sus libros de comercio o la de cualquier parte a comunicar los documentos que detente, pueden dar lugar, de acuerdo a los hechos y circunstancias de la causa, a que el Juez dé los hechos por averiguados.

LAS LEYES SECRETAS

19.— Existe una práctica administrativa que se me ocurre llamar de “las leyes secretas”, conforme a la cual las leyes salen a la luz pública en Gacetas Oficiales antedatadas y llegan a las manos de los abogados que están suscritos a esa publicación, con muchos meses de retraso. Para muestra basta un botón: la ley número 89 del 31 de diciembre de 1966, fue publicada en la Gaceta Oficial número 9018 del 31 de diciembre de 1966, la cual tiene 80 páginas. Resulta que las leyes suelen entrar en vigor, salvo la práctica de la publicación oficial en un periódico, antes de ser conocidas, lo cual coloca al abogado en la posibilidad de dar una consulta o notificar una demanda en base a una ley derogada.

20.— La profesión que estudian es de práctica difícil, requiere un gran esfuerzo en la información y estudio de los casos. De la dedicación que cada uno le dedique dependerá, en gran parte, su éxito profesional.

JUAN MANUEL PELLERANO GOMEZ

(6) Cruz Ayala, H., citado por Pellerano Gómez, Juan Ml., en Guía del Abogado, t. I, Vol. II, No. 423-1.

(7) Ver: Pellerano Gómez, Juan Ml., Guía del Abogado, t. I, vol. II, nota 38.

(8) Muñoz Sabaté, Luis, Técnica Probatoria, Pág. 390.

(9) Gorla, en su crítica a la sentencia de la Corte de Casación italiana del 19 de enero de 1934, citado por Muñoz Sabaté, L. J. en op. cit. Pág. 392.

(10) Caso de la jurisprudencia española citado por Muñoz Sabaté L.. en op. cit. Pág. 395.

(11) Artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

(12) Citado por Muñoz Sabaté, L., Pág. 399.

(13) Véase: Pellerano Gómez, Juan Ml. Guía del Abogado, t. I, vol. I, No. 157.