

## PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL

Dr. Olman Arguedas Salazar.

### CONTENIDO:

A)	Principio dispositivo . . . . .	19
B)	Instancia única y doble instancia . . . . .	21
C)	Tribunales unipersonales y pluripersonales. . . . .	22
D)	Oralidad . . . . .	22
E)	Socialización del proceso. . . . .	23
F)	Disgregación de los actos procesales . . . . .	25
G)	Concentración. . . . .	25
G-1)	Concentración del contenido . . . . .	26
H)	Publicidad . . . . .	26
I)	Motivación . . . . .	27
I-1)	Crisis de la motivación . . . . .	28
J)	Teoría de la prueba. Concepto. Objeto. Carga, procedimiento y valoración . . . . .	28
K)	Limitaciones de la apelación. Limitación de las apelaciones . . . . .	36
L)	Eventualidad. . . . .	39
M)	Moralidad . . . . .	39
N)	La Instrumentalidad de las formas . . . . .	40
Ñ)	Conclusiones. . . . .	41
O)	Bibliografía . . . . .	42

### A) EL PRINCIPIO DISPOSITIVO.

Según opinión de Alsina (1) el principio dispositivo consiste en el dominio por las partes del procedimiento, consistente en que el juez no puede iniciar de oficio el proceso civil, ni tomar en cuenta hechos que no hayan sido invocados en la demanda, contestación o contrademanda, y por el contrario, debiendo el juez tener por ciertos los hechos en los cuales las partes se muestren de acuerdo, salvo casos excepcionales que la misma ley se encarga de determinar y sobre todo, la obligación para el juez de que el fallo sea congruente, este es, acorde con lo pedido sin que pueda concederse más ni menos. Considero sin embargo, que la expresión "dominio" no se aviene ni real ni legalmente en forma absoluta con el concepto porque aparte de que en casos excepcionales, concretamente en los de estado civil, el juez no puede someterse al acuerdo que las partes hayan llevado a cabo en el proceso en cuanto a la pretensión esgrimida, también el juez tiene absoluta independencia intelectual al momento de dictar la sentencia conforme al principio *iura novit curia*. De manera que un concepto tan amplio como el de dominio del procedimiento, debe ser al menos manejado con cuidado a los efectos de no incurrir en errores. Por eso, en relación con el tema, aún cuando el citado autor admite que el juez desempeña un papel pasivo (2), advierte seguidamente que no obstante ello

el juez tiene determinadas facultades para completar el conocimiento de los hechos como ocurre con la prueba para mejor proveer y con los casos en los cuales dicho autor admite la existencia de un interés público como el divorcio. Existen además a través del proceso otras facultades que limitan el principio dispositivo cual ocurre con las pruebas testimonial y confesional, en las cuales el juez debe oficiosamente repreguntar a los declarantes para cerciorarse de su veracidad, lo mismo ocurre en cuanto al ofrecimiento de pruebas, las cuales deben limitarse a los hechos controvertidos, o bien a los admitidos en procesos de estado civil. De manera que el juez no desempeña ni puede desempeñar en el proceso civil un papel pasivo porque ello equivaldría a catalogarlo como un juez-espectador que hoy en día no tiene. Por ello, Couture (3) aunque admite que el principio de disposición es aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso, hace también la aclaración obligada de que esa disponibilidad no es absoluta, concluyendo este último autor en que el proceso civil no es dispositivo, sino predominantemente dispositivo. Así tenemos entonces que la independencia intelectual del juez (*iura novit curia*), la declaración de incompetencia por razones de cuantía o materia, el rechazo de pruebas inútiles por impertinentes o inadmisibles, el rechazo de plano de los incidentes impertinentes, la facultad de repreguntar a confe-

(1) Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo 1, pág. 101.

(2) Ob. cit., pág. 102.

(3) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Págs. 185-186.

santes y a testigos y la prueba para mejor proveer, son ejemplos de actitudes que el juez asume dentro del proceso con carácter inquisitivo que lógicamente vienen a neutralizar el principio dispositivo de las partes. Pero con todo y eso, la disponibilidad se mantiene predominante dentro de aquél. Por esa razón pienso que la división tripartida que hace Prieto Castro (4) en tres principios que él denomina de iniciativa de parte, de controversia y dispositivo, con todo y que en el fondo significan la misma cosa, sirve sin embargo para distinguir el funcionamiento de la disponibilidad a través del proceso, desde su iniciación, pasando por su desarrollo, hasta su terminación. De acuerdo con esta opinión, la iniciativa de parte se relaciona con el comienzo y el avance del proceso a través de sus tres diferentes etapas: introductoria, probatoria y decisoria; la controversia, a la producción de los materiales de hecho que van a servir para la decisión judicial; y el dispositivo se refiere a las facultades y poderes de las partes en cuanto al aspecto material, esto es, la posibilidad de que el actor renuncie a su pretensión material o de que el demandado se allane a ella, así como también la renuncia a la pretensión procesal únicamente. En ambos casos de renuncia por parte del actor, éste está disponiendo del proceso llevándolo a su terminación, la cual tiene el calificativo de anormal, siguiendo las palabras de Guasp (5), terminación anormal que no se limita a la renuncia expresa del derecho, sino también al desistimiento y caducidad de la instancia, al allanamiento del demandado como lo contrario de la renuncia a la pretensión y en último término la transacción como forma de acuerdo procesal. Por ello, el principio dispositivo no es ni puede ser absoluto, sino que por el contrario, lo que existe es un predominio del mismo, neutralizado con determinados poderes que el juez debe ejercitar a través del proceso. Por esas razones, en materia de estado civil y validez del matrimonio, aún cuando el artículo 1376 de nuestro Código Civil impide la transacción, es lo cierto que en cuanto a procesos relacionados con esas materias no pueden ser calificados de procesos civiles inquisitorios, porque tampoco en estos casos el principio inquisitivo se muestra en su pureza absoluta, sino con una leve manifestación tan sólo. No hay duda de que en ellos son las partes, concretamente el actor, quien ejerce la iniciativa del mis-

mo; asimismo se puede dar por terminado el proceso, sea por desistimiento expreso o caducidad de la instancia (desistimiento tácito); se deben aportar por las partes los hechos y la prueba de ellos, entonces, no se ve por qué motivo pudiera llamarse a este tipo de procesos, procesos civiles inquisitorios cuando lo que existe es tan sólo una manifestación leve del principio inquisitivo en lo relacionado con la prohibición de la transacción, siendo consecuencia de ello que la confesión no es admisible como prueba única y por ello deben ser abiertos a pruebas aún en este último supuesto. De modo que no hay procesos civiles dispositivos puros ni procesos civiles inquisitivos puros, al menos en nuestro mundo occidental, sino procesos civiles predominantemente dispositivos y procesos civiles, o más concretamente familiares, con una manifestación leve del principio inquisitivo. No podría hablarse tampoco de un predominio del principio inquisitivo en este tipo de procesos, porque si así fuera, en presencia de una terminación del proceso, por voluntad de ambas partes, sin que ello signifique una transacción en cuanto al aspecto fundamental del mismo, cual es el del estado civil, el juez no puede mostrarse contrario a dicha voluntad continuando "per se" el proceso para darle una terminación normal mediante el dictado del fallo correspondiente. Todo lo contrario; si en un proceso de separación judicial o de divorcio las partes acuerdan dar por terminado el proceso, ello se aviene con el espíritu del Código de Familia en el que parte de su filosofía es precisamente la mantención de la unión conyugal y consiguientemente familiar, en lo que resulta claro un interés social.

Haciendo una valoración crítica del tema que nos ocupa, debe defenderse y mantenerse el principio dispositivo con sus manifestaciones de iniciativa de parte, controversia y dispositivo propiamente dicho, porque en el proceso civil se refleja el derecho subjetivo del particular, y sólo éste está en capacidad de determinar con su iniciativa la forma en que se configuró ese derecho con la controversia, sólo el particular es quien está en capacidad absoluta de aportar los materiales, esto es, los hechos, la prueba de ellos, la discusión y la contradicción de las afirmaciones contrarias, y no el juez, para quien será imposible o cuando menos sumamente difícil determinarlos al estar alejado de la privacidad en que se celebran los negocios entre los par-

(4) Derecho Procesal Civil, volumen 1, págs. 387 a 390.

(5) Derecho Procesal Civil, tomo 1, págs. 527-544.

ticulares; asimismo, sólo el particular tiene la facultad de disponer la terminación del proceso porque en relación con su derecho la sociedad no tiene interés alguno. La pasividad del juez es tan sólo relativa, porque a la disponibilidad de las partes se establece como contrapartida determinadas cargas a las partes: la rebeldía, porque el fin público del proceso no puede resultar perjudicado por desinterés del demandado, sea en cuanto a la demanda propiamente dicha al tenerla por contestada afirmativamente, sea cuando se trate de la ficta confessio al no concurrir el confesante a esta diligencia probatoria; el no ser oído cuando incumple con la orden impartida de afianzar costas, o bien por no haber hecho el reintegro de un pliego de papel sellado una vez hecha la prevención por el juez.

Lo contrario ocurre con el proceso civil soviético, de marcada tendencia inquisitiva. (6), (7), (8).

El proceso civil de tipo dispositivo está inspirado en el respeto y la protección de la personalidad humana, pues las partes son colaboradoras del juez en la determinación de la forma y de los medios de la indagación (principio de controversia). Las partes no tienen obligación de comparecer, ni de responder al interrogatorio ni de decir la verdad, pues ningún vínculo obligatorio limita sus voluntades. Son libres de comportarse en juicio como lo crean más conveniente, pero deben tomar en cuenta que de no comparecer o no responder al interrogatorio o bien de no decir la verdad, corren el riesgo de construir su propia derrota. Desarrollándose el proceso entre partes de buena fe y entre abogados legales, el proceso civil es un perfecto ejemplo de ordenada y respetuosa cooperación democrática. Conceptos estos últimos del conocido tratadista Calamandrei, que no podemos sino hacerlos nuestros (9).

Entre los extremos de disponibilidad absoluta que hacen al juez desempeñar un papel de espectador, y de poderes absolutos del juez que lo colocan en la posición de dictador, está el término medio de prevalente disponibilidad en donde el juez se convierte en un verdadero director del proceso. En cuanto a este aspecto, Klein ha dicho lo siguiente:

Queda confiado a las partes el derecho sobre el cual han de atacar y defenderse, y sobre cuya pretensión solicitan un pronunciamiento judicial; en tanto que se trate de derechos privados, son las partes las que resuelven sobre la extensión y contenido de sus peticiones, no pudiendo actuar sobre las mismas el poder de dirección del proceso del juez. La petición de las partes determina, pues, de modo vinculante el objeto de la resolución judicial, y tiene el valor de expresar lo que las partes quieren en materia de tutela jurídica; ahora bien, el poder de dirección procesal del juez se manifiesta mediante el auxilio que éste les presta en las alegaciones y actividades que han de desplegar para conseguir el objetivo del proceso; de aquí el derecho de interrogación de aquéllas por el juez; el derecho de exigir la comparecencia personal de las mismas; la presentación de piezas, objetos o documentos que éstas tengan en su poder así como si se hallasen en poder de autoridades, notarios, etc. y el de ordenar que se practique un reconocimiento judicial o pericial. Todo ello de oficio, sin necesidad de petición de parte (10).

#### **B) INSTANCIA UNICA O DOBLE INSTANCIA.**

Los partidarios de la doble instancia piensan que ella ofrece mayores garantías debido al número de sus componentes, superior criterio y experiencia de éstos, pudiendo, como consecuencia de ello, suplirse en la segunda instancia omisiones que pudieran haberse cometido en la primera instancia. Por el contrario, para quienes defienden la instancia única, la justificación de la doble instancia estriba en el carácter unipersonal del juzgador de primera instancia, puesto que si los tribunales fueran colegiados, entonces no se justificaría la doble instancia (11).

Si con la segunda instancia se consigue lentitud, ello se debe no sólo que exista esa segunda instancia, sino a otros factores que en ella intervienen, pues como acabamos de decir, si los abogados o las partes esperan aportar en la segunda instancia lo que pueden aportar en la primera, no puede negarse que ello constituye un factor, entre muchos otros, que contribuye a que se produzca esa lenti-

(6) *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Mauro Cappelletti, pág. 403.

(7) *Ob. cit.*, págs. 404 a 411.

(8) Citado por Cappelletti, *ob. cit.*, pág. 415, nota 66.

(9) *Proceso y Democracia*, págs. 196-187.

(10) Citado por Fairén Guillén, *Estudios de Derecho Procesal*, pág. 313.

(11) Alsina, *ob. cit.*, págs. 132-133, tomo 1.

tud. La segunda instancia debe concebirse simplemente como una revisión de la primera instancia, sin posibilidad del *ius novorum*; en otras palabras, es necesario crear la conciencia entre los abogados y las partes de que jurídicamente el proceso termina en la primera instancia. Unica instancia y doble instancia, son problemas de organización judicial que van íntimamente relacionados con los principios de la oralidad y la escritura, respectivamente, y desde luego, con la composición de los tribunales.

### C) TRIBUNALES UNIPERSONALES Y COLEGIADOS.

Es obvio que el procedimiento ante el juez único es más rápido, sencillo y económico, pero es lo cierto que hay más posibilidad de errores (12), entonces, si se trata de establecer un sistema de instancia única, lo correcto sería que los tribunales fueran colegiados, pues en este supuesto la posibilidad de error es mucho menor desde luego que supone la existencia de una deliberación entre sus miembros antes de dictarse la sentencia. Sin embargo, sería preferible un buen juez que tres malos jueces. El problema es de calidad y no de cantidad.

### D) ORALIDAD.

Chioyenda la considera como la mejor forma del proceso, porque da como resultado una justicia económica, pronta y simple. Si ha ido tardando en ganar terreno es porque no se le ve como un principio político, sino como un principio técnico-jurídico. Las masas populares no se han adherido a él, sino tan sólo los estudiosos (13).

La vemos desde 1877 en el Reglamento Procesal Civil para el imperio germánico, con nuevos textos en 1898 y 1910. En Austria con el Reglamento u Ordenanza de 1895. En Hungría desde 1914 con un Reglamento u Ordenanza inspirado en el modelo germano-austriaco. En Italia en el Código de Procedimiento Civil de 1942 (14).

Oralidad significa prevalencia de la palabra sobre la escritura. Cuando es necesaria apreciar la espontaneidad en las declaraciones, (testigo, perito, confesante) es evidente que el contacto personal y directo de éstos y el juez conduce a una mejor apreciación.

El poder apreciar mejor un gesto, una respues-

ta, la mayor facilidad con que se exponen razones y argumentos, así como también la mayor rapidez para ello, constituyen la importancia de la Oralidad.

Sin embargo, la escritura es necesaria en el proceso oral para preparar el tratamiento del proceso; así, la demanda es acto procesal que debe constar por escrito pues en ella se fija la pretensión del actor y los medios de prueba, garantizando en esta forma la defensa de ambas partes. La demanda debe indicar de modo preciso y determinado los fundamentos de hecho, los fundamentos de derecho y los medios de prueba, así como la pretensión propiamente dicha, para dar oportunidad al demandado de hacer su defensa. A su vez el demandado debe anunciar sus excepciones, sus fundamentos de hecho y su contrapretensión si la formulare. Todo ello es lo que se llama escritos preparatorios. Entonces, hay ya una diferencia con el sistema escrito y consiste en que en éste la contestación, las excepciones, la contrademanda deben constar por escrito bajo pena de tenerse por no formuladas en defecto de ello. En cambio, en el sistema oral, a excepción de la demanda, los otros escritos preparatorios son sólo el anuncio de las declaraciones que se harán en la audiencia.

Las manifestaciones de voluntad jurídicamente importantes se hacen sólo en la audiencia, pero si hubiere contrademanda, ésta debe reunir los mismos requisitos de la demanda para garantizar la defensa de actor contra demandado estableciéndose así la igualdad de las partes en el proceso.

La escritura en el proceso oral sirve, en primer lugar, para preparar el tratamiento del pleito; en segundo lugar, sirve para documentar lo que ocurre en la audiencia y en general todo lo que sea importante para el pleito.

En el proceso oral el juez debe ser la misma persona física desde el comienzo hasta el final. La oralidad no será posible si la actividad se desarrolla ante personas distintas porque la impresión recibida en el juez que asistió a la audiencia no podría infundirse en el otro, y sólo se podría reproducir mediante la escritura. Entonces, lo que fue oral para el primer juez, resultará proceso escrito para el segundo. En cambio, todo ello es indiferente en el proceso escrito.

La Oralidad requiere que el proceso sea con-

(12) Alsina, ob. cit., págs. 134-135 tomo 1.

(13) Chioyenda, Principios de Derecho Procesal Civil, pág. 144, tomo 2.

(14) Chioyenda, ob. cit., págs. 144-145, tomo 2.

centrado lo más posible en una sola audiencia, o bien en pocas audiencias próximas, porque como el fallo debe producirse también lo más próximo posible, entonces debe hacerse así para no correr el riesgo de que se borren de la mente del juez las impresiones recibidas en esa audiencia o audiencias. Para Chioventa Oralidad supone concentración. En cambio, en el proceso escrito el desarrollo se produce en virtud de una serie de fases, términos y plazos.

Los incidentes deben ser resueltos en la audiencia pero esa resolución interlocutoria no será apelable separadamente del fondo, sino precisamente hasta cuando se apele el fallo; salvo en casos excepcionales cuando el juez cree conveniente suspender la continuación mientras se decida sobre la apelación.

Entonces, la Oralidad se caracteriza por: a) la identidad física del juez del pleito, b) la concentración, c) la inapelabilidad de las interlocutorias (15).

Los poderes del juez de impulsar el procedimiento señalando las audiencias, realizando de oficio pruebas admitidas, haciendo a las partes aclarar puntos oscuros, son aspectos que se realizan mejor en el proceso oral que en el escrito por la relación inmediata del juez con las partes.

#### **OBJECIONES A LA ORALIDAD.**

- a) La decisión es precipitada y entonces hay posibilidad mayor de errores.
- b) La Oralidad favorece a los palabreros u oradores.
- c) Debe aumentarse el personal judicial.

#### **VENTAJAS.**

- a) Reduce en dos tercios el número de actos procesales.
- b) No existe el formalismo del proceso escrito.
- c) Al no ser impugnables las interlocutorias se reduce el número de procesos de apelación.
- d) Al resolverse los incidentes en la audiencia, se suprime la disgregación de actos procesales que sí ocurre en el proceso escrito.

- e) El juez delegado puede decidir como juez único sobre rebeldía, renuncia y también recibir la prueba en la audiencia, con informe luego al Colegio (16).

El mismo Chioventa dice que la Oralidad no debe aplicarse en todo caso y para toda contienda. Debe verse la utilidad práctica que de ello puede derivarse, pues de no ser así, es preferible sacrificar el principio doctrinario (17).

Hay procesos en que la Oralidad se puede manifestar plenamente como cuando debe interrogarse a las partes, a testigos, a peritos; en cambio ello no ocurre cuando la prueba es exclusivamente documental.

También es necesario analizar si todo tipo de proceso es susceptible de la Oralidad, o si conviene mantener la escritura para alguno o algunos tipos de proceso. En definitiva, creemos que el problema, como ya se dijo líneas atrás, no es de índole política sino de carácter técnico-jurídico, y sobre todo, económico, porque la realidad demuestra que ningún país es lo suficientemente rico como para poder poner a funcionar un sistema oral con toda su esperada perfección, y desde luego que Costa Rica no lo es. Decimos esto porque la Oralidad exige, para su buen funcionamiento, un gran número de tribunales y de técnicos a la orden de esos tribunales, para que la justicia pueda administrarse con la rapidez que el sistema exige.

#### **E) SOCIALIZACION DEL PROCESO.**

Una segunda manifestación de la oralidad es la tendencia a una socialización del proceso, como consecuencia de una progresiva socialización del derecho en general. Dicho fenómeno no sólo se observa en los países propiamente socialistas, sino también en los países occidentales. Por socialización del proceso debe entenderse que éste constituye o debe constituir una institución de bienestar, es decir, un instrumento para el bienestar social explicado del siguiente modo; en esa concepción social del proceso y de la justicia, según opina Cappelletti (18), el juez deja de ser un árbitro que se limita a pronunciar su decisión al final del duelo judicial suscitado entre las partes para guiar e impulsar el proceso, no sólo desde el punto de vista procesal, controlando la observancia de las normas

(15) Chioventa, ob. cit., pág. 153, tomo 2.

(16) Chioventa, ob. cit., págs. 157-158, tomo 2.

(17) Chioventa, ob. cit., pág. 159, tomo 2.

(18) Ob. cit., págs. 78-79.

procesales y el rápido desarrollo del procedimiento, sino también desde el punto de vista material en el sentido de que colabora con las partes en la búsqueda de la verdad, con un papel activo y asistencial para dar la razón a la parte que realmente la tenga, y no a aquella que tiene más habilidad para el litigio o que posee mayores medios económicos para hacer su defensa. Se trata en suma de una "democratización" del proceso civil, o para usar la expresión de Sentís Melendo (19), de una humanización del proceso civil, al punto de que, como dice dicho autor, en el desarrollo del proceso se hable cuando en la vida real la gente se entienda hablando; y que se escriba cuando la permanencia de la escritura resulte más adecuada a la necesidad de la constancia.

Hoy tenemos entonces una reacción contra los atrasos en el procedimiento, contra las complicaciones, contra los formalismos, todo ello inspirado en criterios de economía, de eficiencia y de publicidad, para la realización de los valores. Entonces, concretamente en cuanto a otro aspecto que aparece en el proceso, sea la apreciación de la prueba, se tiende más a la observación directa de los hechos, que a la determinación de los mismos mediante reglas absolutas determinadas a priori. El juzgador en el sistema oral no se regirá por reglas preestablecidas, sino que observará concretamente los medios de prueba y procederá a un examen crítico de los mismos.

Pero, como ya lo hemos dicho, no se puede caer en el fanatismo y pensar que el sistema oral en toda su pureza o prevalente sea sinónimo de una justicia verdadera, pronta y cumplida. De allí que sea necesario entonces establecer una coexistencia de elementos tanto orales como escritos, y analizar el problema no desde el ángulo del proceso como unidad, sino partiendo del punto de vista de los actos procesales y determinar en definitiva, cuáles actos procesales deben regirse por la escritura y cuáles por la Oralidad.

Tenemos entonces: la demanda, la contestación, las excepciones, la contrademanda, deben ser hechas en forma escrita, por la precisión con que las partes deben exponer al juez sus derechos subjetivos, por ser éstas las únicas que están verdaderamente enteradas de cómo se ha configurado la relación jurídica entre ellas, estando por el contrario, el juez absolutamente imposibilitado para ello. Así,

la exposición de la causa petendi, y sobre todo la formulación de la pretensión, son actos procesales que las partes deben exponer con claridad y concisión para no caer en un yerro y fomentarse así la injusticia. Ello desde luego no excluye la posibilidad de que las partes puedan modificar sus pretensiones en la audiencia oral, siempre que esas modificaciones no sean hechas con la premeditada intención de ocasionar atrasos en el procedimiento, en cuyo supuesto el juez denegará esas gestiones por ser impertinentes y perjudiciales al sistema.

En cuanto a alegaciones de índole jurídica, por ejemplo alegato de bien probado, la forma escrita también se impone sobre la forma oral, porque permite tanto a las partes como a sus defensores y al juez, una tranquila preparación; permite la consulta de obras jurídicas de orden doctrinario y jurisprudencial. De esta manera esas alegaciones no están expuestas a la improvisación o a los olvidos.

Por último, la sentencia, como acto procesal de decisión del litigio y de terminación normal del proceso, debe ser hecha mediante la forma escrita para que quede constancia de los motivos que obligaron al juez a razonar en un determinado sentido, echando mano a la motivación para que las partes se enteren de ello y puedan así formular su recurso de apelación, y como lógica consecuencia, para que el tribunal de segundo grado pueda saber también qué criterio imperó en el ánimo del juez para fallar en un determinado sentido.

En conclusión, los actos procesales que son susceptibles de la Oralidad serán los actos probatorios. En ellos sí se ve con claridad que la espontaneidad debe manifestarse soberana, pues un gesto, una contradicción o una actitud dubitativa de un confesante, de un testigo o de un perito, hará impacto en el ánimo del juez e influirá en su ulterior decisión. Pero también, concretándonos a los medios de prueba, hay algunos que no admiten la Oralidad por ser innecesaria; es el caso de procesos en que sólo haya prueba documental. En estos casos sería contraproducente hacer una audiencia oral para discutir lo que de por sí ya está documentado, salvo desde luego que esos documentos hayan sido objeto de impugnación (públicos), o que se trate de documentos privados que sea necesario reconocer. Los documentos públicos no impugnados, serán en el sistema oral prueba legal y no de sana crítica. Esto es lo que se llama prueba

preconstituida porque las partes confeccionan los documentos antes del proceso y por ende pueden prever cuál podría ser el resultado de un proceso futuro. La Oralidad domina soberana en las pruebas a constituir dentro del proceso: confesión, testimonial, inspección ocular, pericial e indicios.

Insistimos nuevamente en que estas ideas podrían ser fructíferas si el sistema y sobre todo la economía de un país lo permiten, pues de no ser así, y siguiendo el pensamiento de Chiovenda, es preferible mantener un proceso escrito con un procedimiento más sencillo, con limitación de las apelaciones y limitaciones de la apelación, con el cual es seguro que se conseguirá la celeridad en el proceso; en otras palabras, como la Oralidad en el proceso civil no responde a principios de carácter político como sí lo es en el proceso penal, sino a aspectos de carácter técnico-jurídico, será entonces la experiencia, es decir, razones de orden práctico las que determinen si en un determinado país la Oralidad en el proceso civil podrá llegar a ser sinónimo de celeridad, y por sobre todo, sinónimo de una justicia de excelente o cuando menos de buena calidad. Pues si en aras de una celeridad que inclusive podría ser mal entendida se estuviera produciendo una justicia de mala calidad, es preferible sacrificar esos afanes y continuar con la escritura, que meditando en el perfeccionamiento del proceso escrito, sí es posible conseguir esa celeridad (20).

#### F) DISGREGACION DE LOS ACTOS PROCESALES.

Las cuestiones previas y las incidentales tienen su propia resolución que inclusive puede ser apelada. A veces ello se usa por las partes tan sólo para atrasar el procedimiento. Sin embargo, en nuestro sistema se atenúa un poco esta situación con los incidentales que se reservan para ser resueltos en el fallo: hechos nuevos, documentos presentados con posterioridad a la demanda y contestación en los supuestos de la ley, y las tachas de los testigos.

En cambio, en el proceso oral, esas cuestiones previas e incidentales se concentran en la audiencia y se resuelven allí, pudiendo inclusive, la cuestión incidental hacer ineficaz el fondo del asunto y entonces resolviendo la cuestión incidental se omite pronunciamiento en cuanto al fondo.

Por ejemplo, ¿no sería posible que una excepción de prescripción o de cosa juzgada, en nuestro

sistema escrito se transformen en excepciones de previo pronunciamiento, y no como están constituidas actualmente, que se resuelven en el fallo quizás para declararlas con lugar habiéndose desperdiciado un tiempo precioso?

#### G) CONCENTRACION.

El principio de concentración tiende al establecimiento de medidas para acelerar el proceso, concentrando sus actividades en un espacio de tiempo lo más corto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el del contenido del proceso.

Se bifurca en dos direcciones: una referente a la concentración de las actuaciones procesales y otro referente a la concentración del contenido del proceso.

La primera de ellas, (actuaciones procesales) tiene una faceta personal, esto es, el problema de si las actuaciones han de quedar encomendadas desde el principio a un sólo juez, o si han de distribuirse entre un juez instructor y un colegio, y la otra es la referente a los plazos.

En cuanto a lo primero, es evidente que de existir un juez instructor (actuario judicial) la tramitación se desenvolverá con mayor rapidez, pero se topa con el problema de las apelaciones de las interlocutorias que implican un ir y venir del proceso, apelaciones que en muchos casos las partes las interponen con el premeditado fin de atrasar la tramitación. Ese atraso ocasionado por ese motivo, es obvio, también se producirá aunque haya un único juez.

El problema más bien radica en el procedimiento y en cuanto a los plazos concretamente, los legales deben ser cortos y los judiciales deben ser establecidos por el juez teniendo siempre en mira la celeridad en el procedimiento. Para obtener ese acortamiento de los plazos debe establecerse en la Ley el principio de improrrogabilidad de ellos, con la posibilidad de su acortamiento, no de su extensión por las partes. En el proceso escrito se puede llegar a una celeridad disminuyendo plazos tanto en cantidad como en duración.

Otra causa es de carácter orgánico, es decir, la cantidad de asuntos que deben atenderse en los tribunales, y que en muchos casos son motivo para retrasos; en este supuesto serán las estadísticas las que determinarán si realmente el retraso se debe o

(20) En cuanto a este aspecto de la celeridad, concretamente en el año 1893, Wach suministra datos estadísticos en nota 138, páginas 52-53, cita hecha por Cappelletti en "La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil". Así como también en 1968, págs. 53-54 de la obra citada.

no a la cantidad de procesos que deben estudiarse y decidirse. Pero, la concentración si bien debe ocurrir a través de todo el proceso, debe manifestarse en su plenitud en la fase probatoria aún cuando se trate de proceso escrito, porque, ni siquiera una excelente protocolización de los medios probatorios es más eficaz que una buena concentración de los términos probatorios. La posibilidad de promover suspensiones y aplazamientos debe limitarse a causas taxativas y determinadas. La posibilidad de acumular pretensiones y procesos es otro motivo que favorece la concentración.

### G-1) CONCENTRACION DEL CONTENIDO.

Deben repelarse las alegaciones que tiendan evidentemente al retraso en la tramitación. Ejemplo: incidentes evidentemente impertinentes.

En cuanto a los recursos: la Casación es limitada. La apelación en cambio es diferente según los países. El proceso debe concentrarse en la primera instancia porque de lo contrario, habrá una repetición de las actuaciones, nuevas alegaciones, nuevas pruebas, nuevas excepciones, en resumen, una duplicación del procedimiento. La apelación debe limitarse a un examen de la instancia inferior sobre la base de la sentencia dictada. En esta forma quedará disminuido el ámbito del procedimiento de apelación. Ello se consigue con una buena protocolización, pues con ello todo el material queda apto para ser utilizado en la segunda instancia. Para conseguir esto debe además producirse un cambio de mentalidad en jueces y abogados para hacerlos pensar que cuando ya hay una sentencia de primera instancia ya no hay posibilidad de alegar nuevos hechos ni de aportar nuevas pruebas; es preciso que los justiciables tengan conciencia de que el asunto termina en la primera instancia.

### H) PUBLICIDAD.

Hemos dicho que en el proceso civil se debaten intereses de orden privado y que debe mantenerse y defenderse el principio dispositivo por ser las partes quienes están realmente enteradas de cómo se ha realizado la relación jurídica existente entre ellas. Pero también es cierto que a la sociedad en general le interesa la forma de cómo se administra la justicia, lo que se demuestra con la conmoción que produce un determinado fallo de un juez, o bien una mala actuación de un juez fuera de un proceso. Desde luego que el régimen republicano obliga a que la justicia sea administrada en forma pública, para que la opinión pública pueda ser un medio de control de los órganos jurisdiccionales y

establecer, si fuere necesario, la responsabilidad de los titulares de dichos órganos.

La publicidad es un complemento de la Oralidad, y sirve para divulgar los conceptos jurídicos a toda la sociedad. Desde ese punto de vista la publicidad constituye un medio educativo en cuanto a lo jurídico.

No hay que confundir publicidad con espectacularidad, como no debe confundirse Oralidad con oratoria.

Entre nosotros existe una publicidad relativa, puesto que los expedientes no pueden ser consultados sino por quienes la Ley taxativamente dispone.

Artículos 9 y 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contradictoriamente, el artículo 243 del C.P.C. establece la publicidad para las audiencias de prueba, que luego los artículos 260 párrafo final y 307 párrafo 2 ibídem, se encargan de disponer la privacidad para las diligencias de confesión y testimonial. Prevalece desde luego, la privacidad.

Entonces, la publicidad es un requisito de forma, cuyo fin es poner al alcance de los ciudadanos la actividad judicial, darles ocasión de conocerla y con ello infundirles confianza en la administración de justicia. Ello se puede conseguir, como es obvio, con la Oralidad puesto que con ello el procedimiento se simplifica. En cambio, con el procedimiento escrito, la publicidad total es imposible porque para que ella se produzca se haría a través de la lectura de las actuaciones, lo que impediría la fácil comprensión por parte del ciudadano luego por el tecnicismo que impera en la escritura, concretamente, en la diferencia que existe entre el léxico jurídico y el léxico corriente.

En la L.E.C. se establece la publicidad general para los actos de prueba y para las vistas. Estos dos supuestos están establecidos pues por disposición taxativa de la ley. Pero también existe una facultad de cualquiera de las partes, consistente en que se puede solicitar al juez la publicidad de los otros trámites ordinarios, sin que en este caso sea facultativo para el juez denegar la gestión. Impera entonces en España la publicidad total con cierta atenuación en cuanto a los trámites ordinarios, salvedad hecha de los actos de prueba y las vistas. Hay vista en segunda instancia de todos los asuntos civiles, pero en primera existe la disposición del artículo 318 ibídem en la que se dispone, que los jueces de primera instancia verán por sí mismos los pleitos y actuaciones para dictar autos y sentencias. En España la publicidad ilimitada en cuanto a actos de prueba se excluye en lo referente a

prueba testimonial y confesional cuando esas pruebas deban ser recibidas en el domicilio o casa de habitación del confesante o testigo. La razón que ha imperado es evitar la violencia posible que pueda suscitarse entre los contendientes. Artículos 591 y 655. Pero hay una diferencia notoria en el caso de confesión y el del testimonio. En el primero la L.E.C. prohíbe la concurrencia de la parte contraria, teniendo derecho a ver después la confesión para que pueda pedir, dentro del tercer día, que se repita para aclarar algún punto dudoso sobre el cual no haya sido categórica la contestación. En cambio, tratándose de prueba testimonial, queda al arbitrio del juez permitir la concurrencia de las partes y sus defensores; en este caso, se enterarán de la declaración en la Secretaría del Juzgado.

Entre nosotros, si bien en principio se establece que las diligencias de pruebas se recibirán en audiencia pública, artículo 243 del C.P.C., luego la misma Ley dispone que tanto la confesional como la testimonial se celebrarán tan sólo con la concurrencia de las partes y sus defensores. Artículos 260 párrafo final y 307 párrafo 2 *ibídem*. Entonces, entre nosotros, cuando es necesario practicar confesión o testimonio en la casa de habitación en alguno de los supuestos que la misma Ley prevé, puede, en el primer caso asistir la parte contraria, y en el segundo ambas partes, así como en ambos casos sus defensores, pues en ese aspecto nuestro Código Procesal Civil no hace las excepciones que sí ha establecido la L.E.C. En los casos mencionados, nuestra Ley conserva la amplitud de la publicidad en esos actos de prueba celebrados en la casa de habitación tanto del confesante como del testigo, limitada desde luego a las partes y sus defensores. Artículos 262 y 312 del C.P.C.

Entre nosotros es permitida la publicidad general entratándose de las vistas en materia civil (recurso de casación y responsabilidad civil). Artículos 916 del C.P.C. reformado por Ley número 3917 de 8 de agosto de 1967, y 978 *ibídem*. La diferencia entre ambos es que en recurso de casación la vista se hace a solicitud de parte y en responsabilidad civil es trámite obligado. Si al formular el recurso de casación se pide la vista, no puede renunciarse. Pero también entre nosotros es facultativo para el Tribunal, en los casos citados, ordenar que la vista se haga a puerta cerrada, cuando razones de orden moral y de decoro así lo determinen. Artículos 56 y 58 del C.P.C.

Opinamos que la publicidad, como complemento de la Oralidad, no es un principio que pueda contribuir a una mejor administración de justi-

cia, pues si la Oralidad no es susceptible de poder manifestarse en toda su pureza en las tres fases de la cognición y constituye en lo civil un aspecto de carácter técnico-jurídico ya mencionado. De manera que no se justifica la existencia de una lucha por el establecimiento de la publicidad absoluta o total en el proceso civil, bastando con mantener el estado de cosas actual, es decir, una publicidad relativa.

### 1) MOTIVACION.

Es el signo de la racionalización de la justicia. El juez no se limita a decir que declara con lugar o sin lugar la demanda, las excepciones o la contra-demanda desde su posición elevada puesto que el juez jurídicamente está en un plano superior a las partes, sino que con la Motivación el juez desciende a la posición de las partes y al mismo tiempo que ordena o que resuelve, le explica a las partes la razón, el motivo de dicha orden.

La Motivación es entonces la justificación tendiente a persuadir a las partes de que la sentencia está bien dictada. Entonces, cuando la justicia dejó de ser conceptuada como una manifestación de la divinidad y por el contrario se le cataloga como una manifestación humana, entonces el hombre siente la necesidad de dar razones humanas también para declarar la justicia a los hombres; ya la justicia no es una decisión infalible e indiscutible, sino palabra humana que puede ser discutida. La motivación constituye la parte razonada del fallo para demostrar que el fallo es justo y por qué razones es justo, con el fin de persuadir a la parte vencida de que la sentencia que le condena ha sido el resultado de un razonamiento meditado y no producto de la improvisación y la arbitrariedad. Esto es lo que se llama la Motivación como justificación lógica de la sentencia.

Pero también la Motivación tiene otra finalidad además de la finalidad psicológica y de persuasión, y es la de colocar a las partes en condición de descubrir si en el razonamiento llevado a cabo por el juez hubo algún error que justifique el establecimiento de la impugnación. El justiciable se introduce, podríamos decirlo así, en el pensamiento del juez para poder controlar si hubo o no algún error de parte de éste que amerite el ejercicio de alguno de los medios de impugnación. Con la Motivación se pueden revelar los errores del juzgador.

Distinto ocurre con los fallos no motivados de los jurados; y como en ellos no existe la Motivación, entonces no es admisible la impugnación porque para ello debe existir una crítica y una cen-

sura del acto que se impugna, lo que no es posible si no se conocen las razones en las que se fundamenta el acto. En este sistema los razonamientos quedan encerrados en sus mentes y conciencias; no se exteriorizan.

### I-1) CRISIS DE LA MOTIVACION.

Cuando las leyes corresponden a una realidad social determinada, esto es, no son normas envejecidas ni desactualizadas y son acatadas por la mayoría de la opinión pública porque concuerdan con el sentimiento popular, el juez al aplicar dichas leyes se identifica espiritualmente con el legislador.

Pero, cuando la ley ha envejecido, o sea, no concuerda con la realidad social y el juez se encuentra en la obligación de aplicarla considerándola socialmente injusta, ocurren dos situaciones: o el juez aplica la ley aunque la considera injusta realizando el aforismo *dura lex sed lex* y toma dicha ley sin juzgarla, o el juez, como hombre de carne y hueso y con sensibilidad social juzga dicha ley. Si el juez aplica una ley que considera injusta, acallando la valoración moral y política que le proviene de la conciencia, entonces lo que hace ese juzgador es aplicar mecánicamente la ley a la cual interiormente no le tiene confianza. En ese supuesto el juez está cumpliendo con su cargo, pero no está dando vida al derecho, el cual precisamente se robustece con los fallos de los jueces. La ley se convierte entonces en una fórmula árida, y la Motivación en una actitud de hipocresía. Pero puede ocurrir también que el juez en las consideraciones dé a entender que por conformismo ha resuelto en un determinado sentido, no obstante estar plenamente convencido de que su decisión es injusta, con la esperanza de que sea reformada en apelación. A estas situaciones patológicas se les denominan por la doctrina "sentencias suicidas" (21).

En países sacudidos por profundas convulsiones sociales y políticas, ha habido casos en que los jueces han transformado la Motivación en una tribuna electoral mediante la cual desahogar sus resentimientos de hombres de partido (sentencias

polémicas) (22). Ello es susceptible de producirse en regímenes totalitarios, pero no en el sistema democrático que es un sistema dinámico, en donde hay un continuo esfuerzo de superación; entonces, en este sistema, la Motivación no puede caer en crisis porque de la independencia del juez nacerá la interpretación o integración del derecho que producirá la jurisprudencia, dando como resultado un robustecimiento de aquél.

Como ejemplos, las diversas interpretaciones a la norma referente a apremio corporal; a la jurisprudencia establecida antes del Código de Familia en cuanto a cuál cónyuge se encomendaba la patria potestad no obstante haber sido el Código Civil tajante en ese sentido.

### J) PRUEBA.

Prueba es acción y efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

Los problemas que tenemos que analizar son:  
 ¿Qué es la prueba? (concepto)  
 ¿Qué se prueba? (objeto de la prueba)  
 ¿Quién prueba? (carga de la prueba)  
 ¿Cómo se prueba? (procedimiento probatorio)  
 ¿Qué valor tiene la prueba producida? (valoración de la prueba) (23).

### CONCEPTO.

Los hechos y los actos jurídicos son afirmados o negados en el proceso. Entonces, la prueba es un medio para verificar las proposiciones que los litigantes hacen en el proceso. En el proceso civil el juez no es un investigador, sino un verificador. En el proceso civil el juez no conocerá en principio otra prueba que la que le suministren los litigantes; al punto de que en la mayoría de los procesos en los cuales el demandado reconozca la pretensión del actor, el proceso en realidad ha terminado y el juzgador debe proceder a dictar sentencia, sin necesidad de más prueba ni más trámite. Hay que hacer no obstante la salvedad de aquellos procesos en los que existe un interés social (derecho de familia) en los cuales la confesión no es aceptada co-

(21) Calamandrei, *Proceso y Democracia*, pág. 142.

(22) Calamandrei, *ob. cit.*, pág. 143.

(23) Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pág. 216.

mo única prueba; pero de todos modos en estos tipos de proceso, el juez tampoco se convierte en investigador, sino que en definitiva siempre serán las partes las que suministrarán al juez los medios de prueba necesarios en el proceso. Este punto de vista se relaciona con el juez.

Pero viendo el problema desde el sitio de las partes, la prueba constituye una forma de hacer nacer la convicción del juez.

Hay una similitud entre la prueba jurídica en lo civil y la prueba matemática: consiste en una operación para verificar la exactitud o el error de otra operación anterior. Es, en definitiva, "*los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria)*" (24).

#### OBJETO DE LA PRUEBA.

Este aspecto alude al problema de qué se prueba, o qué cosas deben ser probadas.

Debe hacerse un análisis de cosas que están en la realidad de la vida las cuales pueden ser unas susceptibles de ser probadas y otras no. En primer lugar tenemos a la ley; ésta no necesita ser probada porque la misma se presume conocida con fundamento en el principio *iura novit curia*. La única ley que sí amerita entre nosotros su demostración es la ley extranjera, por disposición expresa del artículo 11 del Código Civil. Ello es así porque la presunción de conocimiento está dirigida hacia la ley nacional y con relación a todos los habitantes del país; así lo dispone el artículo 1 párrafo 2 *ibidem*. De manera que no existe ninguna regla jurídica que establezca una presunción de conocimiento de la ley extranjera. La prueba de ella debe hacerse mediante informes oficiales.

La costumbre, en aquellos casos en que es fuente de derecho debe ser demostrada y para ello sirve cualquier medio de prueba. Tal es la disposición contenida en el artículo 3 del Código de Comercio, el cual resulta más amplio que el Código Civil puesto que en éste existe, por el contrario, la norma contenida en su artículo 12 en virtud de la cual se impide que contra la ley se alegue costumbre o práctica en contrario. En el derecho civil lo procedente será tomar esa costumbre y transformarla en ley a través del órgano estatal encargado de promulgarlas, esto es, la Asamblea Legislativa. Sin embargo, buena parte de la doctrina del Dere-

cho Mercantil admite que en defecto de prueba de la costumbre aportada por las partes, puede el juez hacer la investigación correspondiente por sus propios medios, a fin de determinar si realmente existe o no la costumbre invocada. Repetimos, en nuestro derecho comercial la costumbre debe ser objeto de prueba siendo ello inadmisibles en materia civil.

Quedan entonces, como objeto de pruebas, los hechos; pero en cuanto a ellos deben hacerse excepciones, siendo la primera la relativa a los hechos controvertidos. Es decir, la prueba debe referirse a los puntos objeto de debate al punto de que las que se ofrezcan sobre aspectos no discutidos serán rechazadas. La prueba versará entonces sobre los hechos que han recibido de las partes proposiciones contradictorias, afirmaciones y negaciones. En conclusión, los hechos no impugnados, no son objeto de prueba. Al hablar de hechos controvertidos debemos referirnos como imperativo lógico a los hechos admitidos, es decir, a aquellos hechos que no han sido impugnados por el adversario. Estos hechos admitidos quedan excluidos del contradictorio. En ello priva el principio de la economía procesal, pues a nada práctico conduce que se obligara a probar lo que ha sido admitido, siendo más bien beneficioso para los fines del proceso obtener éstos con el mínimo de actuaciones. Con ello se economiza tiempo, dinero y energías mentales. Un gasto inútil se produciría dándose la solución contraria.

Esa admisión de los hechos no sólo puede ser expresa (contestación afirmativa), sino también tácita; pero esta aceptación tácita en cuanto al problema que nos ocupa no se refiere a la contestación en rebeldía, a la que nos referiremos más adelante, sino a la demanda no impugnada por imposibilidad jurídica o material de hacerlo. En estos casos se comprenden la contestación hecha por el curador ad litem del demandado ausente, o la contestación hecha por la sucesión respecto a hechos del causante, o del curador por los hechos del quebrado; en estos casos es obvio el desconocimiento de los hechos por parte de quien contesta la demanda llamándose por ello respuesta de expectativa; en esos supuestos el actor debe producir totalmente la prueba puesto que a él incumbe hacerlo.

Tratándose del rebelde, la apertura a pruebas debe hacerse porque si bien la rebeldía en sí es una sanción, lo cierto es que al rebelde no se le sancio-

(24) Nueva teoría de la prueba. Antonio Dellepaine, pág. 7.

na con la imposibilidad de ofrecer pruebas, antes bien, por disposición expresa del artículo 213 del C.P.C., puede comparecer en cualquier tiempo pero tomará el proceso en el estado en que se halle. Privar al rebelde de la posibilidad de ofrecer prueba sería desnaturalizar al principio de la recíproca oposición o del contradictorio. En el artículo 227 *ibídem* se establecen los supuestos en los cuales no hay necesidad de abrir a pruebas, entre los cuales no se cuenta el caso del artículo 228; antes bien, el párrafo 1 dispone que *"tenida por contestada la demanda... el juez abrirá a pruebas el juicio"*.

El artículo 227 se refiere expresamente a los casos de los artículos 222 y 226, que no son los de rebeldía. Aún más, el artículo 96 establece la obligación de notificar en determinada forma al rebelde el auto que abre a pruebas. De modo que la solución en nuestro derecho es en el sentido expuesto. Así lo ha considerado la resolución número 3 de 9:10 hrs. del 5 de enero de 1965 de la Sala Primera Civil. En conclusión, los hechos admitidos tácitamente sí son objeto de prueba, así como los controvertidos, pero no lo son los hechos admitidos expresamente, salvo cuando la ley dispone lo contrario.

Ahora bien, dentro del grupo que comprende los hechos controvertidos existen también excepciones a la obligación de probarlos. Nos referimos a los hechos presumidos por la ley, a los hechos evidentes, y a los hechos notorios.

### HECHOS PRESUMIDOS POR LA LEY.

Cuando la ley dispone la verdad de un hecho, estamos en presencia de una presunción. Así, no es necesario probar que un particular conoce la ley porque ella misma dispone que nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente publicada (artículo 1 párrafo 2 del Código Civil), tampoco es menester probar que el hijo nacido dentro del matrimonio en los supuestos legales es legítimo, ni tampoco que una finca está libre de servidumbres (376 C. Civil); todas esas situaciones las presume la ley, de modo que lo que sí es materia de prueba serán las circunstancias contrarias. Esta prueba en contrario es relativa a las presunciones *juris tantum* o relativas; pero hay otras presunciones que por no admitir prueba ni en un sentido ni en otro se las denominan absolutas. Como ejemplo, citamos la cosa juzgada. En ese supuesto no es admisible probar ni que la sentencia está equivocada ni tampoco que no lo esté.

Entonces, en las presunciones relativas el he-

cho presumido no necesita prueba: el hecho de ser hijo legítimo, el hecho de la ausencia de servidumbres de los fundos. En estos casos lo que debe probarse es el hecho en el cual la presunción se fundamenta. Así, para que funcione la presunción de legitimidad del hijo basta probar el matrimonio; para probar la cosa juzgada basta demostrar la existencia del fallo firme dictado en proceso tramitado entre las mismas partes, por el mismo objeto y con la misma causa. Esta solución nos la da la legislación patria en el artículo 759 del Código Civil. También cuando una cosa pública ha entrado en el comercio de los hombres. Artículo 262 del Código Civil.

### HECHOS EVIDENTES.

No admiten prueba los hechos evidentes tales como que en esta época del año estamos en el invierno, que la luz del día favorece la visión de las cosas y la noche las dificulta. En estos supuestos es el juez mediante un proceso psicológico el que en realidad viene a suplir el acto probatorio de una u otra parte. Entonces, la prueba de ese hecho evidente nace de la misma mente y experiencia del juez. Por ejemplo, si un automóvil corre a 120 km. por hora, en el estado actual de cosas, es imposible pensar siquiera que dicho vehículo yendo a esa velocidad pudiera frenar en un espacio de dos metros. Pero, pudiera suceder que en el futuro sí pudiera ocurrir eso. Entonces, actualmente no es necesario demostrar la imposibilidad de que ese vehículo frene en un espacio de terreno tan pequeño; ello es un hecho evidente. Pero esos hechos evidentes pueden en un determinado momento y lugar desaparecer: por ejemplo en la antigüedad no era posible pensar que una misma persona pudiera estar el mismo día en Roma y en Atenas, lo que hoy sí es posible debido al adelanto de la aviación. Como dijimos antes, también la imposibilidad de que un automóvil frene en un espacio de dos metros yendo a una velocidad de 120 km. por hora, puede ser factible de todo lo contrario en el futuro. Pero, precisamente porque el tecnicismo avanza, se pueden destruir esos hechos evidentes, en cuyo caso en casos concretos deberá permitirse prueba de lo contrario de lo que informan los hechos evidentes. Lo contrario sería ir contra el avance de la civilización y del progreso.

Entonces, los hechos que se producen en condiciones normales, esto es, los hechos que normalmente se producen con generalidad, no son objeto de prueba. Los hechos contrarios a los normales sí lo son; así, quien afirme que la luz diurna dificulta

la visibilidad y que en la noche se facilita, o que una casa nueva y con buena construcción está amenazando con derrumbarse, o que el consentimiento se obtuvo mediante dolor, violencia o error, son hechos que por no darse normalmente en la sociedad sí deben ser demostrados. El no probar los hechos normales se fundamenta en la lógica y en el normal conocimiento de la vida y de las cosas, es decir, en máximas de experiencia que constituyen el saber privado del juez que él mismo puede mencionar en su sentencia.

### HECHOS NOTORIOS.

También quedan fuera de la prueba los hechos notorios. La Notoriedad no equivale a generalidad. Un hecho puede ser notorio y sin embargo no ser conocido de todos, conocimiento parcial que no le quita, desde luego, su carácter de notorio. Por ejemplo, el aumento en el costo de la vida, el nombre de los ríos de Costa Rica, los océanos que bañan sus costas. Como la Notoriedad no es generalidad, un hecho puede ser notorio para un grupo de hombres de una misma sociedad y no serlo para otro grupo. Por ejemplo una feria del libro será un hecho notorio para los hombres de una determinada ciudad, pero no para los hombres del campo. Entonces, los hechos notorios son aquellos que ingresan en el conocimiento, cultura e información normal de un grupo de individuos de un determinado lugar o círculo social, y en un momento determinado, es decir, en el momento de la decisión o el fallo.

Sin embargo, cabe hacer la aclaración de que sí es menester de prueba cuando la ley establece la Notoriedad como un elemento decisivo en el derecho; por ejemplo, la posesión notoria de estado, la notoria mala conducta, etc. En estos casos sí debe probarse la Notoriedad porque ella constituye el contenido del derecho invocado y entonces debe determinarse legalmente su existencia o inexistencia. En consecuencia, la Notoriedad responde al principio de economía procesal, así como a evitar que la justicia ignore jurídicamente lo que los demás conocen.

Determinados los hechos sobre los cuales debe versar la prueba, ésta resultará pertinente o impertinente, admisible o inadmisibile. La prueba pertinente es aquella que recae sobre hechos que necesitan de ello, esto es, los hechos controvertidos, los establecidos como básicos de una presunción legal, los hechos contrarios a los hechos evidentes, y los notorios cuando esa Notoriedad sea tan sólo parcial. La prueba que se ofrezca en cuanto a este

elenco de hechos es entonces pertinente y en consecuencia debe ser admitida en la fase correspondiente del proceso. Será impertinente entonces la prueba que se ofrezca sobre hechos admitidos expresamente por ambas partes, o sobre hechos que no son objeto de debate, o sobre hechos comprendidos en una presunción legal, o sobre hechos evidentes, o sobre hechos notorios cuando esta Notoriedad sea general o que, aunque parcial, dicha Notoriedad es del conocimiento del juez.

La admisibilidad se refiere a la eficacia o idoneidad del medio de prueba aportado por las partes. En este supuesto, resulta admisible la prueba testimonial cuando se trate de demostrar hechos puros y simples, cuando se trate de probar un acto jurídico por suma no superior a doscientos cincuenta colones, o cuando su objeto, si bien es superior a esa suma, exista un principio de prueba por escrito, o cuando fue imposible al interesado obtener prueba documental, o cuando ésta se perdió por caso fortuito. En los supuestos contrarios la testimonial resulta inadmisibile. Artículos 752, 753, 757 del Código Civil. Cuando un objeto excede de doscientos cincuenta colones, si el interesado renuncia al exceso, será admisible la testimonial; y cuando los pagos parciales de una deuda ascienden juntos a más de ese límite, no se puede comprobar con testigos sino hasta la concurrencia de esa suma. Artículos 754 párrafo 2 y 755 del Código Civil. De este modo, resulta también inadmisibile el documento privado que no ha sido reconocido en juicio por la persona de quien emana, la prueba confesional que no verse sobre hechos personales del confesante, la inspección ocular cuando no haya huellas o rastros que observar, ni la pericial cuando no haya un aspecto técnico que sea necesario analizar en el proceso, o bien cuando en ese aspecto técnico el juez tenga conocimientos suficientes. Artículos 251 párrafo 1, 301, 284 del C.P.C. Admisibile será la prueba de indicios o presunciones, en los casos en que sea admisible también la testimonial, e inadmisibile en el caso contrario. Artículo 763 del Código Civil.

Entonces, la pertinencia o impertinencia de la prueba recae sobre el objeto de ella; la admisibilidad o inadmisibilidad, sobre la eficacia del medio aportado.

El problema que se presenta en relación con este tema, de orden práctico, es si en presencia de una prueba impertinente o inadmisibile, el juez puede denegarla interlocutoriamente, o si por el contrario, debe recibirla y pronunciarse sobre esos aspectos hasta el momento de dictar el fallo. Cou-

ture opina que el aspecto que debe reservarse para el fallo es la pertinencia o impertinencia de la prueba y no su admisibilidad. De manera que si en un proceso se ofrece una prueba testimonial para demostrar un hecho que no ha sido invocado, el cual, de haber sido invocado merecería una prueba pericial y no testimonial, entonces, existen los dos problemas, el de la impertinencia por tratarse de un hecho no discutido; y el de la inadmisibilidad, porque el medio ofrecido no es apto; en el pensamiento de Couture el juez deberá desechar la prueba pero por razones de inadmisibilidad y no por razones de impertinencia.

¿Cómo resuelve el problema nuestra legislación procesal?

El artículo 230 del C.P.C. impone al Juez la obligación de prevenir a las partes el no ofrecimiento de pruebas sobre hechos reconocidos y admitidos por las partes, salvo los hechos admitidos tácitamente, ni tampoco respecto a hechos no invocados en la fase de intercambio de escritos, esto es, demanda, contestación, reconvencción y réplica, o en los escritos de contestación del traslado previsto en el artículo 226, o sea el traslado de cuatro días respecto a hechos de influencia en la decisión de la litis, no invocados en la demanda, y los cuales se mencionan en la contestación sin que ésta contenga reconvencción. De modo que, para la recepción de la prueba, el Juez debe establecer a las partes esa prevención, y en el caso de que las partes incumplan esa prevención, operará lo dicho en el artículo 242 *ibídem*; pero esta última norma, además de establecer el rechazo de las pruebas que se ofrezcan en contradicción con lo dicho en el numeral 230 citado, dispone que también se repelerán de plano las pruebas que no conduzcan razonable o jurídicamente al objeto que se propone el debate, las que choquen con las normas legales, y todas las demás que a juicio del juez sean inútiles o impertinentes. Una prueba que no conduciría razonablemente al objeto propuesto en el debate sería por ejemplo la relativa a un hecho evidente o a un hecho notorio conocido por el juez, la no conducción jurídica resultaría de una prueba relativa a demostrar una presunción legal.

Es evidente que este rechazo previsto en estas primeras hipótesis se refiere a la impertinencia de la prueba puesto que no sólo lógicamente sino que también expresamente la ley lo dice, se relacionan con el objeto de la prueba y no con la eficacia del medio aportado. Pero, al decir esa misma norma "las que choquen con las normas legales" ya este aspecto se está refiriendo a la inadmisibilidad de la

prueba; no se refiere al choque legal que habría con lo dispuesto en el artículo 230 C.P.C., sino al que se produciría en cuanto a la esencia del medio probatorio. Así, una testimonial para demostrar un contrato por una suma superior a doscientos cincuenta colones; es evidente aquí el choque legal que se produce entre la norma contenida en el artículo 752 del Código Civil y el medio probatorio. Y al decir el resto de la norma "y todas las demás que sean inútiles o impertinentes", vuelve la ley a referirse a la impertinencia de la prueba, esto es, al objeto de la prueba. Pero, el último párrafo de la norma comentada, deja al criterio del juez la admisión de pruebas cuando haya efectiva duda sobre ello, reservándola para apreciar su valor en sentencia.

Para nosotros es evidente que la construcción que el legislador dio a los artículos 230 y 242, en cuanto al rechazo forzoso, se refiere a la pertinencia y no a la admisibilidad, porque el rechazo de las mismas sobrevendrá por no referirse ellas al objeto propuesto en el debate, a cuyo aspecto el 242 se pronuncia expresamente; es en cuanto a la admisibilidad, esto es, en cuanto a la eficacia del medio probatorio propuesto, en donde el juez tiene la facultad, en casos de evidente duda, de admitir la prueba y reservar para el momento del fallo su apreciación.

Desde luego que en ambos casos hay peligros; si una prueba es rechazada interlocutoriamente, sea por impertinencia o por inadmisibilidad, podría producirse un prejuicio porque en ese momento procesal el juez no tiene aún suficiente conocimiento del asunto; si se permite que los litigantes se salgan del marco establecido, se producirá un papel absolutamente pasivo del juez, una actividad procesal absolutamente inútil, todo lo cual contradice el principio de economía. Para remediar un posible perjuicio, la ley ha establecido el recurso de apelación para aquellas resoluciones en las que se rechace prueba, existiendo entonces la posibilidad de que el Superior corrija la equivocación del juez inferior en beneficio del proponente, y consiguientemente de la administración de justicia. Y además, como una segunda solución, la posibilidad de que el juez, ya en puertas del fallo, ordene para mejor proveer, la prueba que en la fase correspondiente rechazó "por extemporáneas o inadmisibles". Artículos 247 párrafo 2 y 335 párrafo 4 del C.P.C.

Es también evidente, al relacionar las normas comentadas, que la última norma citada se refiere expresamente a pruebas rechazadas por extempo-

ráneas o inadmisibles; no está comprendiendo a las pruebas impertinentes, con lo cual se concluye en que en nuestro sistema el rechazo interlocutorio sobreviene tanto por impertinencia como por inadmisibilidad, y que la facultad del artículo 335 párrafo 4 se refiere a la inadmisibilidad inicial, porque a nadie podría ocurrírsele que un juez ordenaría una prueba testimonial para mejor proveer, cuando ella se refiera a un contrato por suma superior a doscientos colones; claro está que si esa prueba resultara admisible por haberse ofrecido durante la etapa probatoria un principio de prueba por escrito, ya entonces la testimonial se transformó y será facultativo para el juez ordenarla. De la exégesis de los artículos 242 párrafo final y 335 párrafo 4 resulta que la facultad del juez, tanto en la etapa probatoria como en la de para mejor proveer, se está refiriendo a las pruebas inadmisibles; en el primero supuesto para reservar su apreciación en el momento del fallo; y en el segundo, porque la prueba se tornó admisible por haber ocurrido circunstancias determinadas durante la tramitación que produjeron ese resultado y entonces la prueba será necesaria para la correcta solución. Ello es así, porque el mismo artículo impone taxativamente el rechazo de las pruebas consideradas impertinentes. No cabe en este caso una interpretación extensiva, sino declarativa.

### LA CARGA.

Es el problema referente a determinar quién prueba. Esto es, cuál parte es la que está obligada a probar sus afirmaciones. O, con más amplitud, cuál de los sujetos procesales es quien tiene que aportar la prueba, si el actor, el demandado o el juez.

En el sistema dispositivo, esa carga recae en principio en las partes, y eventualmente sobre el juez. Está en el interés de cada litigante producir su propia prueba, al punto de que si ello no ocurre, ese litigante omiso será vencido. Esta carga se la quitará, si efectivamente prueba lo afirmado. La carga de la prueba es entonces, la conducta que la ley le impone a ambos litigantes de probar sus proposiciones. Carga significa desventaja, la cual se matendrá en el supuesto de que no se prueba lo afirmado. Por eso hemos dicho que esa carga se la quitará el litigante, cuando demuestre lo por él afirmado.

En dos aspectos debe analizarse la carga de la prueba: en cuanto a las obligaciones, y en cuanto a los hechos y actos jurídicos. En cuanto a las obligaciones, el actor probará los hechos que conducen

a determinar la existencia de ellas; y el demandado probará lo contrario, es decir, los hechos que determinarán la extinción de aquéllas. En cambio, entrándose de hechos y actos jurídicos, ambas partes ofrecerán la prueba de sus respectivas afirmaciones.

En materia de obligaciones el actor prueba los hechos constitutivos, y el demandado los hechos extintivos. Si el actor demanda para que se declare que como consecuencia de un contrato de compra-venta el demandado no le ha pagado el precio, entonces el actor debe demostrar el hecho constitutivo, es decir, el contrato dicho; pero, si el actor no prueba esos hechos constitutivos, el demandado triunfará con sólo tener una actitud pasiva porque en este caso este último no ha alegado ningún hecho extintivo. Pero si por el contrario, el demandado alega un hecho extintivo, por ejemplo el pago del precio demandado, entonces la carga se distribuye entre ambos debiendo el actor probar los hechos constitutivos, y el demandado probar los hechos extintivos.

Otro ejemplo será cuando el actor demanda para que el demandado pague una deuda, y éste aduce que no es el obligado sino la sociedad de la cual es gerente, aduciéndose a la vez por el actor que cuando se hizo el contrato la sociedad aún no estaba inscrita en el Registro Mercantil; en este ejemplo el hecho constitutivo de la existencia del préstamo y consiguientemente de la deuda corresponde probarlo al actor; el demandado probará que al momento del contrato la sociedad dicha ya estaba inscrita en el Registro Público y demás circunstancias que conduzcan razonablemente a concluir en que el contrato se hizo con ella y no con aquél; el actor probará que la sociedad al momento del contrato no estaba inscrito. En este caso, además de los hechos constitutivos y extintivos, ha sido alegado un hecho invalidativo por el actor; la no inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. La actividad probatoria corre por cuenta de cada una de las partes según sus afirmaciones. Podría agregarse aún que estando inscrita la sociedad, el contrato se hizo cuando el gerente tenía vencido su nombramiento y no había sustituto nombrado por los socios, (hecho invalidativo alegado por el actor), y el demandado alegar que sí estaba vigente dicho nombramiento o bien que había sustituto nombrado (hecho convalidativo alegado por el demandado). De manera que la experiencia nos demuestra que en esta materia los ejemplos podrían ser múltiples y complicados.

La carga de la prueba en estos casos complica-

dos que en la práctica se producen con suma frecuencia, corresponderá al litigante que se beneficie con esos hechos alegados, cuando éstos sean constitutivos o convalidativos. Lo mismo puede decirse en el otro grupo de hechos, esto es, extintivos e invalidativos; la carga de la prueba de éstos corresponderá al litigante a quien esos hechos extintivos e invalidativos benefician; o, en otras palabras, a cargo del litigante cuyos hechos constitutivos y convalidativos perjudican.

En relación con los hechos y actos jurídicos, en principio la carga de la prueba recae sobre el que afirma, pero es lo cierto que a veces una proposición negativa puede y debe ser probada, porque en el fondo, se trata de una proposición afirmativa hecha en forma inversa. Por ejemplo, cuando una parte llama a confesión a la contraria y le formula una pregunta para que diga como es cierto como lo es que él no realizó un determinado acto. En este caso, ya nuestra jurisprudencia que esa pregunta debe admitirse no obstante su forma negativa, porque lo que ocurre es que se hace una aserción negativa. Es decir, se está afirmando un hecho negativo. El problema se presenta en relación con la prueba testimonial en donde determinadas personas comparecerán a afirmar que no les consta la realización de un determinado hecho; en este caso esa prueba se analizará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 325 en relación con las otras probanzas a fin de determinar su fuerza probatoria.

### **EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO ¿Cómo se prueba?**

Hay tres momentos fundamentales: el ofrecimiento, el petitorio y la recepción o evacuación.

El primero de ellos debe ocurrir en la demanda misma, al decir el actor que la prueba del caso la ofrecerá en la oportunidad procesal correspondiente. Realmente ese es un ofrecimiento abstracto de la prueba en general, porque particularmente en nuestra legislación procesal civil sólo la prueba documental debe ofrecerse con la demanda. De manera que el anuncio o propósito de ofrecer los otros tipos de prueba en la etapa correspondiente, no es sino un formalismo que no puede perjudicar al actor en caso de que no se cumpla. Es más, por razones justificadas puede ofrecerse prueba que no

sea documental en la demanda misma y evacuarse con prontitud (testigos, peritos, inspección ocular, artículos 165 del C.P.C.).

El petitorio que así llama Couture (25) no es otra cosa que el ofrecimiento dentro de la fase correspondiente, o sea el plazo para proponer la prueba que prevé el artículo 231 párrafo 1. Ya aquí interviene el Juez como intermediario, teniendo la facultad de rechazar aquellos medios de prueba que sean impertinentes o inidóneos.

El diligenciamiento de la prueba consiste en la evacuación de la misma, o sea, el conjunto de actos procesales que es necesario observar para traer al expediente los distintos medios de prueba aportados por las partes. Entonces, ese momento se caracteriza por los señalamientos para los testigos, nombramientos de peritos, señalamientos para inspecciones oculares, etc. Ello implica una vigilancia tanto del juez como de las partes en la recepción de la prueba, al punto de que si una prueba se recibe sin intervención ilegal de la contraria, por regla general esa prueba no será válida.

### **VALORACION DE LA PRUEBA.**

Se ha sostenido doctrinariamente que las normas que se refieren a la apreciación de la prueba son de derecho material y no de derecho procesal, por el hecho de que esas normas determinan el resultado del derecho de las partes interesadas, desde antes de que se inicie el proceso. Esa es la razón por la cual determinados medios de prueba, no todos, se encuentran regulados por normas que se encuentran situadas en el Código Civil y no en el Código Procesal. No obstante, esos medios de prueba regulados en el primero, son luego desarrollados por el segundo e inclusive en él se establecen normas para su apreciación como acontece entendiéndose de las pruebas pericial y testimonial. Si admitimos que la eficacia o apreciación de la prueba pertenece al derecho civil, estaríamos retrocediendo porque se estaría dando al proceso una concepción privatista de la que hoy carece, porque en ese supuesto, se estaría viendo el problema desde el punto de vista de las partes únicamente, dejando por fuera la figura del juez, que es quien en definitiva admite o rechaza prueba, y la aprecia de acuerdo con la ley, quien fiscaliza los medios de prueba durante su diligenciamiento bien haciendo

(25) Couture, ob. cit., pág. 250.

repreguntas, de oficio, bien admitiendo o rechazando las que formulen las partes, todo ello dentro de los marcos legales.

La valoración o apreciación de la prueba responde a la pregunta ¿qué eficacia tienen los diferentes medios probatorios? Es decir la influencia que cada medio de prueba tendrá en la decisión que tomará el juez. Si se siguiera admitiendo que el tema de la valoración de la prueba perteneciera al derecho material, no podríamos explicar entonces por qué podría una parte ofrecer y el juez admitir, un medio de prueba que al momento de nacer la relación jurídica no existía en la ley; el juez no puede quedar atado a los medios de prueba antiguos cuando ya existieran otros nuevos establecidos en la ley, so pretexto de que esos medios de prueba no existían al momento de constituirse la relación jurídica. Ello demuestra que estas normas, por su propia naturaleza, son de aplicación inmediata precisamente por ser de orden procesal, es decir, pertenecen al derecho público y no al derecho privado. Estas normas referentes a los medios de prueba son de carácter propiamente procedimental, y por lo tanto, no perjudican el derecho de defensa en juicio, por cuya razón se aplican de inmediato.

En cuanto a la disponibilidad de los medios de prueba, éstos están establecidos previamente por el legislador; pero ¿podría admitirse un medio de prueba no establecido expresamente? Para Couture (26) es necesario que se admitan porque lo contrario sería ir contra la ciencia y contra el derecho; simplemente, lo que ocurre es que esos nuevos medios de prueba deben asimilarse a los preestablecidos. Por ejemplo, la impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos, la fotografía y la radiografía se asimilan a la documental, y esta última tiene también visos de prueba pericial. Para el autor citado, la enumeración de los medios de prueba no es taxativa sino simplemente enunciativa, y entonces tanto el juez como las partes pueden acudir a medios de prueba no previstos en la ley, siempre que queden encuadrados dentro de los medios preestablecidos.

Unos medios de prueba suponen un contacto directo del juez con los objetos o las cosas; otros, a falta de ello, deben someterse a una especie de representación o reconstrucción de esos objetos o cosas. Así tenemos que la inspección ocular, es el

medio por excelencia de contacto inmediato con aquéllos; y la representación o reconstrucción se puede hacer mediante documentos, o mediante las personas, prueba documental, confesional, testimonial y pericial. También el medio de prueba puede resultar por deducción, esto es, la prueba indiciaria que en algunos casos proviene de la ley, (presunción legal), en otros del juez (presunción de hecho o de hombre) y en otros inclusive de los peritos; entre nosotros la prueba de presunciones sólo es admisible cuando lo sea la testimonial.

En cuanto a la eficacia, existen tres sistemas de apreciación de la prueba: el de la prueba legal, el de la libre convicción y el de la sana crítica. El primero es aquel sistema en que la ley por anticipado da al juez el grado de eficacia de que goza determinado medio probatorio. Ejemplo entre nosotros, la confesión pura y simple, los documentos públicos no argüidos de falsos, los documentos privados reconocidos, la inspección ocular. El segundo, la libre convicción, el juez puede quedar convencido tanto con la prueba de autos, como con prueba fuera de los autos, y aún contra la prueba de autos.

En el primero hay un excesivo rigorismo y en el segundo una absoluta incertidumbre. De esos dos extremos, ha nacido un sistema que para Couture es intermedio entre ambos y que para Alsina no lo es, sino que para este último en primer lugar el juez debe aplicar la regla legal y en ausencia de un texto legal apreciará la prueba según su criterio, pero no un criterio arbitrario, sino su criterio según los principios de la lógica y las máximas de la experiencia; es decir, de acuerdo con las reglas del correcto entendimiento humano, variable en el espacio y en el tiempo. La libre convicción no necesita apoyarse en hechos probados, pues basta que se apoye en circunstancias que le consten al juez por su saber privado. Por ejemplo, si por conocimiento personal el juez está enterado de un determinado hecho que no fue probado por otros medios en el proceso. De acuerdo con este sistema, el juez puede tener por probado ese hecho.

En nuestro sistema, la sana crítica ha sido establecida para las pruebas testimonial y pericial.

El sistema aceptado por los autores citados es el de la sana crítica, porque como dijimos, no tiene el excesivo rigorismo de la prueba legal que puede conducir a decisiones contrarias al convencimiento

(26) Couture, ob. cit., págs. 262-263.

del juez; ni tampoco tiene la excesiva incertidumbre de la libre convicción que puede hacer incurrir al juez en arbitrariedades e injusticias.

El sistema de la prueba legal tiene que ser rechazado, porque tendiendo la prueba a hacer nacer la convicción del juez en cuanto a la existencia o inexistencia de un dato determinado, al obtener el resultado realmente se está prescindiendo de esa convicción sustituyéndola por una norma legal. Entonces, no es la convicción del juez realmente hablando lo que impera, sino la norma jurídica. Concuera Jaime Guasp (27) con el pensamiento de Alsina en el sentido de que no existe entre los sistemas opuestos de prueba legal y prueba de libre convicción un sistema intermedio. Al efecto, el primero de ellos afirma que *"Las reglas de la sana crítica o del criterio humano o son definidas jurídicamente por la ley o la jurisprudencia, y entonces se convierten en preceptos de derecho y hacen de la prueba una prueba tasada, o bien no se consideran como mandatos, sino como simples indicaciones, y la prueba sigue siendo libre, con lo que la alusión a tales reglas resulta teóricamente, aunque no prácticamente, estéril"* (Derecho Procesal Civil, 3a., edición corregida, tomo I, pág. 339, Madrid, 1968). De allí entonces la afirmación de que no existe un sistema intermedio, sino que según como el juez haga uso de las reglas de la sana crítica, la prueba será libremente apreciada o bien prueba legal. Desde luego que el punto de partida es la forma como la ley disponga el proceder que debe observar el juez a la hora de hacer la apreciación.

Hemos dicho que nuestra legislación otorga una cierta fuerza probatoria a los diversos medios respecto a extremos determinados sobre los cuales existen determinadas reglas legales. Pero aún en estos casos, como la prueba debe apreciarse en su conjunto, norma que no existe establecida en la ley sino más bien por precepto jurisprudencial, se regresa entonces a una posición en que se le da al juez libertad de valoración de la prueba que esas normas particulares no le conceden. Consiste este procedimiento en impedir la impugnación de la eficacia que se haya atribuido a cualquier medio de prueba, incluidos los considerados como prueba plena, cuando es apreciado en relación con otros medios de prueba, para no destruir los elementos que en esos supuestos forman la convic-

ción del juzgador. Y realmente es así, puesto que en términos generales ningún hecho u obligación es demostrado en un proceso por un solo medio de prueba, sino que la experiencia nos demuestra todo lo contrario; en efecto, en la mayoría de los casos la prueba no es simple sino compuesta, es decir el resultado no se obtiene de un solo medio de prueba sino mediante el concurso de varios de ellos.

Esa es la razón por la cual algunos autores al hablar de sistema de libre apreciación de la prueba realmente están refiriéndose al sistema en donde se observan las reglas de la sana crítica, y por ello también existen en la doctrina la tendencia a establecer la apreciación por este medio de todos los medios de prueba, salvo disposición en contrario, como lo acogió el proyecto de Código de Procedimiento Civil de Eduardo Couture (28).

#### K) LIMITACIONES DE LA APELACION. LIMITACION DE LAS APELACIONES.

Antes de entrar al tema que nos ocupará, vale la pena referirse a la figura denominada proceso de impugnación. Consiste este tipo de proceso en oponer obstáculos a la decisión principal con una finalidad depuradora. Desde luego que esta actividad depuradora retrasa el proceso, pero la misma tiende, como se ha expresado, a depurar o mejorar sus resultados. La impugnación procesal responde entonces, siguiendo el léxico de Guasp, a esa idea de depuración, porque cuando se dicta una sentencia siempre existen dudas en cuanto a que la misma sea justa. En consecuencia, para aclarar esas dudas se ha instituido el proceso de impugnación, que en su conjunto está formado por varios tipos de procesos que tienden precisamente a impugnar el resultado primeramente obtenido. Los procesos de impugnación son procesos especiales por razones jurídico-procesales que tienden a dificultar el proceso principal, no a facilitararlo como ocurre con los procesos especiales por razones jurídico-materiales como sería el caso de desahucio, del ejecutivo prendario, del ejecutivo hipotecario, etc. Es un proceso especial por razones jurídico-procesales porque el aspecto de fondo ya ha sido discutido en la vía que el ordenamiento jurídico ha establecido; es más, el proceso de impugnación surge cuando ya hay un resultado en

(27) Derecho Procesal Civil, pág. 339, tomo 1.

(28) Proyecto, artículo 134.

el proceso respectivo. En esta materia hemos abandonado el campo de los procesos comunes, de cognición y de ejecución, en los cuales la hipótesis pensada por el legislador es general; por el contrario, en los procesos especiales la hipótesis es específica. Aclaración obligada es la de que el proceso de impugnación no es la continuación del proceso principal, sino que es un proceso autónomo, pero desde luego relacionado con aquél; más bien, el proceso principal le sirve de presupuesto, ya que de no existir éste, no se justifica la existencia del proceso de impugnación. La autonomía del proceso de impugnación consiste en que sus requisitos, procedimiento y efectos son distintos a los del proceso principal. En los procesos especiales de impugnación existe una tramitación que tiende exclusivamente a la crítica de un resultado obtenido en una decisión anterior. El término, sin embargo, es discutible, puesto que dentro de un proceso principal y antes de que ocurra la decisión final, pueden presentarse y se presentan de ordinario, impugnaciones para las diversas y sucesivas decisiones que se toman en el curso de la tramitación. Entonces tenemos que el término impugnación en sentido lato se refiere a toda aquella impugnación que una parte haga dentro del proceso principal; pero, cuando esa impugnación está revestida de determinados requisitos que en conjunto determinan la existencia de un proceso especial verdadero, en ese supuesto sí nace la figura del proceso especial de impugnación. Por ejemplo, no se puede conceptuar como tal la contestación negativa, ni la oposición de excepciones, ni la contrademanda; al contrario, sí serán ejemplos de proceso de impugnación la apelación de los autos en general, la revocatoria de un auto, y desde luego la apelación de la sentencia, la Casación y la revisión. Entonces, como consecuencia de la autonomía, la impugnación procesal se convierte en un verdadero proceso. El primero de ellos desaparece para dar lugar al segundo que entonces contendrá verdadera sustantividad. Se tiende con él, como ya se dijo, a depurar el resultado del primer proceso, y de allí que en el lenguaje tradicional el proceso de impugnación recibe el nombre de genérico de recurso. Con él, se vuelve a trabajar sobre la materia procesal ya decidida. De allí que se piense que ese "recurso" o "nuevo curso" signifique una repetición del proceso anterior, lo que no es así como vemos adelante. Esta figura es doctrinal, puesto que las legislaciones no se refieren a ella y la nuestra se limita a indicar cuáles recursos son procedentes contra las diversas resoluciones que se produzcan durante el

proceso. Por esa razón debe verse el problema desde un ángulo general y comprender dentro de la expresión proceso de impugnación, a todos los recursos que la legislación específica prevé. Así tenemos entre nosotros, como tipos de este proceso, la revocatoria, la apelación y la casación; los dos primeros con el carácter de ordinarios, y el tercero como extraordinario. Pero donde con mayor claridad se ve la autonomía de la acción impugnativa es en el llamado recurso de revisión, en donde con toda propiedad y sin lugar a dudas, se rompe la unidad del proceso; en cuanto a este punto, lo propio cabe decir de los llamados recursos de responsabilidad civil, de inconstitucionalidad y de queja. Es obvio que el recurso de revisión al igual que los de responsabilidad civil, de inconstitucionalidad y de queja, constituyen verdaderas demandas autónomas, aunque también es indiscutible que su origen es precisamente otro proceso anterior. De allí el carácter excepcional del primero en el que se invocan razones de justicia que afectan el fondo del asunto. No ocurre lo mismo con los otros, en los que, si bien es cierto que su origen se determina en un proceso preexistente, también lo es que sus efectos no lo son en relación con el fondo del asunto; veámoslo: el de responsabilidad civil tiende a imponer a un juez la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con una determinada resolución; el de inconstitucionalidad tiene como finalidad la no aplicación de una determinada ley en un caso concreto cuando ella sea evidentemente contraria a los principios consagrados en la Constitución, situación que debe presentarse antes de la decisión final; y el de queja, tiende a la imposición de una corrección disciplinaria al juez. Como puede observarse, estas impugnaciones tienen como denominador común el no ser propiamente críticas a la decisión para obtener de esta manera su modificación.

El proceso impugnativo que nos interesa por ahora es la apelación. Con ella se pretende la eliminación y sustitución de una resolución judicial por el juez superior jerárquico inmediato a aquel que la dictó, con respecto desde luego de la independencia funcional, por cuya razón ello no constituye ninguna vigilancia o control del superior sobre el juez inferior. Esa eliminación y sustitución de la resolución dictada por el inferior constituye la pretensión del proceso impugnativo, evidentemente distinta de la pretensión inicial. Tenderá esa pretensión inclusive a que se actúe la pretensión inicialmente formulada, pero realmente la pretensión del proceso impugnativo no es

otra cosa que la eliminación y sustitución dichas. El juez que satisface dicha pretensión es otro juez distinto al que dictó la resolución impugnada. Las partes, aunque sean las mismas, la posición demandante y demandado puede invertirse, por actor del recurso lo será el apelante que bien puede ser el demandado en el proceso principal. Hay entonces una pretensión, un juez y un actor específicos. A la apelación se le ha concebido como una repetición del proceso anterior lo que llevaría a una posición en la que la misma no tendría sentido alguno, ya que en ese supuesto, proceso recurrido y recurso serían la misma cosa. De pensarse en ese sentido se llegaría al contrasentido de que toda la prueba debiera ser repetida. Por eso debe concebirse como una revisión de lo hecho por el primer juez, no siendo entonces admisible la prueba en ella, sino excepcionalmente. Si se le conceptuara como una repetición del proceso anterior, entonces habríamos que admitir que los trámites deberían ser iguales a los del primer proceso, lo que tampoco ocurre, sino que, por el contrario, los trámites en apelación son distintos. La labor del juez de apelación es entonces la de determinar si el resultado a que llegó el juez inferior es correcto o no. En relación con el criterio de repetición, existió en Alemania, en los primeros años de vigencia de la Ordenanza Procesal Civil, como objeto de la apelación, el examen completo, así como la discusión, de todo el material del proceso, permitiéndose también posteriormente la alegación de hechos nuevos y aportación de medios de prueba, sin limitaciones. Estas características constituyen la denominada apelación plena, verdadera repetición del proceso principal que realmente a nada práctico conduce, antes bien, produce dilaciones a todas luces inconvenientes. Por esa razón, en la misma Alemania, esa posibilidad fue eliminada en los años 1924 y 1933, transformándose así la apelación en nuevo examen de la sentencia anterior en cuanto a los hechos y en el aspecto jurídico, sólo a base del material procesal recogido en la primera instancia. De esta manera se llegó a una apelación similar a la que existe en Austria en la que se excluyen las alegaciones nuevas, siendo entonces un control y no una nueva creación o repetición. Funciona aquí el principio de concen-

tración en la primera instancia, con la consiguiente prohibición del *ius novorum*, esto es, la formulación de nuevas pretensiones en apelación. El objeto del examen lo son las pretensiones estimadas o desestimadas en la primera instancia y desde luego los puntos litigiosos en relación con ellas. Entonces, la modificación de la petitoria, así como la contrademanda, son inadmisibles en apelación; en el mismo sentido está dirigido nuestro ordenamiento. La apelación entre nosotros es limitada, haciéndosele algunas concesiones al *ius novorum*. Por ejemplo, en segunda instancia sólo podrán ser interpuestas las excepciones de cosa juzgada, transacción y prescripción, y se limita asimismo la alegación de hechos nuevos de influencia en la decisión de la causa, y también se limita la aportación de nuevas pruebas. Desde ese punto de vista, nuestra apelación en realidad viene siendo una apelación plena con restricciones. Esto se observa claramente tratándose del proceso ordinario de mayor cuantía, porque en procesos sumarios de mayor cuantía impera la limitación clara de la apelación; diferencia clara existe, además, entre los trámites de uno y otro tipo de procesos.

Desde luego que no se permite el ejercicio de nuevas pretensiones en segunda instancia, porque si ello ocurriera, estas nuevas pretensiones quedarían privadas de una instancia y entonces el juez *ad quem* estaría resolviendo el caso en única instancia.

Por esas razones, Prieto Castro considera que la verdadera segunda instancia ocurre cuando se trata de la apelación plena con restricciones; y en cambio, cuando la apelación es limitada, entonces la expresión que debe usarse es *alzada*, en lugar de segunda instancia (29).

Mientras que para Prieto Castro (30) la primera y segunda instancias son partes de un mismo juicio, para Guasp (31) la segunda es un proceso autónomo que sirve para la impugnación del primero que, aunque sea autónomo, está relacionado con el primero. Y, agregamos de carácter eventual.

Se concluye entonces que en el proceso ordinario de mayor cuantía, la apelación es plena con restricciones, y en los procesos ordinarios de menor cuantía y sumarios sean de mayor como menor cuantía, la apelación es limitada.

(29) Derecho Procesal Civil, págs. 663-664, volumen 1.

(30) Ob. cit., pág. 663, volumen 1.

(31) Derecho Procesal Civil, pág. 710, tomo 2.

El aspecto tratado es el referente a las limitaciones de la apelación, el cual se refiere a su contenido o esencia. Pero existe otro de no menor importancia también relacionado con el principio de la celeridad: es el referente a la limitación de las apelaciones.

La limitación de las apelaciones se refiere no al contenido de la segunda instancia, sino al número de apelaciones que debe existir dentro de un proceso para no perjudicar el principio de celeridad. Para nadie es un secreto que durante la tramitación, excepcionalmente el legislador ha omitido la apelación; la regla general es que todos los autos tienen apelación, salvo cuando la ley niegue ese recurso, principio establecido para el proceso ordinario de mayor cuantía, aplicable a los sumarios de mayor cuantía, salvo disposición en contrario. En cambio, en materia de menor cuantía la regla es inversa, es decir, existirá apelación de las interlocutorias sólo cuando la ley lo disponga. En cuanto a las primeras hipótesis, esto es, procesos ordinarios de mayor cuantía y sumarios de mayor cuantía, es notorio el hecho de que esa concesión que el legislador ha hecho en cuanto a una gran mayoría de interlocutorias, produce el retraso en la producción del fallo. De allí que en la doctrina se propugne por limitar en número las apelaciones, en forma semejante a como hoy existe entre nosotros tratándose de asuntos de menor cuantía. Al efecto, consideramos que si los jueces son profesionales, no hay razón para que las interlocutorias sean objeto en su gran mayoría del recurso de apelación. Aún más, en procesos sumarios como el desahucio, el ejecutivo simple, el interdicto, que son procesos de cognición en los cuales el demandado no haya opuesto excepciones, la sentencia debería declararse firme pues lo contrario se presta en muchos casos para que el demandado, a sabiendas del fracaso, la interponga con el sólo interés de demorar la firmeza del fallo y la ejecución del mismo. Comprendemos que el problema es ante todo de carácter práctico porque hay jueces no profesionales que podrían, por falta de preparación jurídica, dar fallos desacertados aún sin la oposición del demandado desprestigiando en esa forma la administración de justicia, pero en aras de la rapidez debe escogerse la solución dicha; para ello deberán existir jueces suficientemente preparados, y un procedimiento exento de formalismos.

De manera que si el proceso de impugnación tiende a dificultar el proceso principal, y no a facilitar, debe necesariamente reducirse su número.

## L) EVENTUALIDAD.

Contribuye a la celeridad y a la economía y está relacionado íntimamente con el de concentración del proceso. Consiste en deducir conjuntamente acciones, excepciones, incidentes, recursos, peticiones y aportación de pruebas. Deducida una acumulación de acciones, por ejemplo, en forma subsidiaria, sólo deberán ser estimadas si la acción que le precede es desestimada. Ahora bien, cuando la ley imperativamente establece la eventualidad, si la parte no formula un medio de ataque o de defensa en la oportunidad establecida por la ley, éste quedará precluso porque en este caso la ley presume una renuncia implícita del litigante.

Ejemplos en nuestra legislación procesal son: la acumulación de acciones (optativa), artículo 5 del C.P.C.; la contrademanda, artículo 225 del C.P.C.; el ofrecimiento de las pruebas, artículo 230 del C.P.C.; los incidentes de calidad ordinaria, artículo 393 del C.P.C.; imperativa la oposición de excepciones formales y de fondo, artículos 214 y 223; la admisión de apelaciones, artículo 872 inciso d).

Este principio persigue un fin de utilidad dentro del proceso.

## M) MORALIDAD.

Consiste en el deber de ser veraces y de proceder con buena fe, de todos cuantos intervienen en el proceso a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad. El dolo procesal se clasifica en unilateral y bilateral. La posibilidad de descubrirlo y castigarlo es distinta en uno y en otro. Cuando hay dolo unilateral, el problema es más sencillo porque una de las partes puede denunciarlo; pero si ambas partes se ponen de acuerdo para engañar al juez, como éste no puede proceder de oficio y las partes tienen a su haber el principio dispositivo, aunque el juez descubriese el dolo estaría imposibilitado para reprimirlo. Al actuar así, existe un error de concepto respecto al proceso; éste se ha ideado para actuar la ley mediante el descubrimiento de la verdad de los hechos. Entonces, si las partes exponen falsamente los hechos en forma consciente, la finalidad del proceso se desnaturaliza, y en ese supuesto el juez debe tener facultad para declarar la inexistencia de una verdadera contienda judicial. Al poner en movimiento a toda la maquinaria jurisdiccional sin una causa lícita, se está afectando el orden público, porque el juez como funcionario que tiene como misión la de dirimir conflictos, se vería en la obligación de dar sanción a acuerdos contrarios a la ley. Como ejemplo tenemos los fa-

mosos divorcios "arreglados", situación que ya se ha corregido con el establecimiento en el reciente Código de Familia del divorcio por mutuo consentimiento (32).

El principio dispositivo, que es el derecho de la libertad dentro del proceso, no puede ser ilimitado ni ejercido con fines ilícitos, y la ley debe proveer al freno del uso de ese principio entratándose de partes que más que usar de dicho principio, abusan de él.

El principio de moralidad también va dirigido a jueces, peritos, testigos, abogados y demás auxiliares de la justicia.

Ejemplos de este principio los encontramos en nuestro C.P.C., entre otros, en los artículos 1058: rechazo de toda gestión impertinente o que tienda tan sólo a retrasar el procedimiento; el artículo 1059: obligación de comunicar a la Corte todo cobro que se haga bajo pena de considerarse exacción indebida; artículo 1033 reformado por ley número 5454 de 19 de diciembre de 1973: prohibición de cobrar honorarios por diligencias judiciales; artículos 1027 y 1029: pago de costas al litigante de mala fe. También en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 214: sanción de multa a la o las partes que insulten al Juez o al Tribunal.

## **N) LA INSTRUMENTALIDAD DE LAS FORMAS.**

Por forma de los actos procesales debe entenderse el modo de la expresión de la voluntad. La forma es entonces un hecho exterior por medio del cual la voluntad se expresa. Así, cuando la ley impone la escritura como forma predominante en nuestro proceso civil, cuando dispone que al testigo debe interrogársele en presencia del juez, lo mismo que al confesante, el juramento que tienen que dar tanto el confesante como el testigo, la notificación personal o por medio de cédula en la casa de habitación cuando se cita a un confesante, así como que dicha notificación debe ser hecha con la antelación de tres días cuando menos, son todas ellas, entre otras muchas más, formas que la ley impone, no por capricho del legislador, sino para asegurar los fines asignados a dichas formas. En otras palabras, cuando el legislador ha establecido una forma determinada para un acto determinado, lo ha hecho pensando no en la forma misma, sino en el derecho de defensa en juicio. Entonces, partiendo de esta premisa, podría pensarse que las

partes tengan la facultad de derogar determinadas formas, pero aquí entra en juego el interés público, dentro del cual no es posible ni para las partes ni para el juez prescindir de las formas. Por ejemplo, cuando está en entredicho la competencia del juez está en juego el interés público porque a la ley le interesa que sea un determinado juez y no otro quien conozca de un determinado proceso, y de allí que aún en ausencia de una excepción que ataca ese vicio, la ley impone al juez el deber de declararse incompetente sancionando a la vez sus actos con la nulidad absoluta. Artículo 160 L.O.P.J. y el artículo 216 en su párrafo 2 del C.P.C. confirma esta tesis al disponer que el juez puede resolver en cualquier tiempo acerca de su competencia. De manera que las formas que la ley establece para los actos procesales deben ser observadas. De su inobservancia se derivan dos consecuencias: la ineficacia del acto realizado, o la imposibilidad de que se cumplan en el futuro determinados actos. La ineficacia acarrea la nulidad del acto y la segunda consecuencia provoca el decaimiento del derecho. Por ejemplo, cuando el demandado no contestó la demanda y llegó a tener la posición de rebelde, decae su derecho a formular la contestación, la cual no podrá realizar en el futuro, en virtud del principio de preclusión. En cambio, cuando una notificación se realiza sin observar los requisitos prescritos por la ley, el acto será nulo y habrá que repetirlo. También podemos citar como ejemplos de nulidad, cuando el juez, habiendo hechos controvertidos no abra el proceso a pruebas y cita partes para sentencia. Esa resolución es absolutamente nula por razón de que no respetó el curso normal del procedimiento, lo que ocasiona una indefensión a ambas partes. Ejemplo otro de decaimiento del derecho y por lo tanto imposibilidad de formular el acto en el futuro es el ejercicio de un recurso dentro del término que la ley prescribe. Pero en cambio, si la incompetencia del juez no ocurre por razón de materia o de cuantía, sino por territorio, en el supuesto de que el demandado no oponga la excepción correspondiente no se produce nulidad alguna porque en este caso está en juego el interés privado de las partes en litigar ante un determinado juez de igual categoría al que en principio sería competente. De manera que respecto a normas de carácter público que dentro del derecho procesal son aquellas que se refieren a la organización de los tribunales y a la competencia

(32) Artículo 48 inciso 7.

de los jueces, las formas son de imperiosa observancia, en cuya omisión sobrevendrá la sanción de la nulidad para el o los actos procesales. Tratándose entonces de las reglas del procedimiento propiamente dichas, y en las cuales entre en juego únicamente el interés privado, la nulidad podrá o no producirse según que se afecte o no el derecho de defensa en juicio, o según también que se afecte o no el curso normal del procedimiento. No existe entre nosotros el sistema de la nulidad por la nulidad misma, ni tampoco el de que no hay nulidad sino una disposición que la establezca en forma concreta, (pas de nullité sans texte), sino que impera entre nosotros el criterio de la indefensión y del irrespeto al desarrollo normal del procedimiento (pas de nullité sans grief). De manera que en definitiva, será el juez quien conforme a su criterio determinará si una nulidad existe o no existe. Así por ejemplo, si una parte evacuara un traslado o una audiencia después de vencido el plazo respectivo, no podrá anularse lo que posteriormente se actúe, porque en nada se afecta el derecho de defensa. Pero este punto hay que examinarlo con cuidado, pues hay casos en que sí habría nulidad en ese supuesto, por ejemplo si un demandado en proceso ejecutivo común opusiera excepciones vencido el plazo para la oposición y el juez las tuviera por opuestas. En el supuesto de que la prueba de dichas excepciones se hubiera recibido, todo lo actuado sería nulo, porque la oposición se hizo cuando ya se había operado la preclusión y lo actuado entonces sí vendría a perjudicar el derecho de defensa del actor. Las formas procesales no tienen entonces un fin en sí mismas, sino que su justificación es asegurar la libre defensa de los derechos de las partes, y consiguiendo una sentencia justa. La nulidad no es una pena sino el resultado del incumplimiento de los requisitos a los cuales la ley confía la eficacia del acto. Por ello hemos dicho que es en definitiva

al juez a quien corresponde declarar si existe o no una nulidad, porque aún en presencia de una omisión de una forma, si el fin perseguido por la ley ha sido obtenido, la nulidad no puede producirse.

Nuestro C.P.C. no confiere a la nulidad un título especial, sino que se refiere a ella en el capítulo de los incidentes como corroboración a los de nulidad de actuaciones. Pero, no hay duda de que no existe en él norma alguna que diga que el juez no puede declarar nulidades que no estén previamente establecidas, ni tampoco existe sanción de nulidad para la violación de cualquier norma procesal; lo que sí ocurre, aunque nuestra ley no lo dice expresamente, es dejar al criterio discrecional del juez la declaración de la misma.

Entonces, podemos concluir que en cuanto a nulidades, nuestra legislación procesal civil mantiene un criterio restrictivo, esto es, que debe recurrirse a su declaración tan sólo cuando ella sea el único modo de obtener la reparación de un perjuicio. De lo contrario, se propugna la subsanación del vicio, o, como solución intermedia, la reposición del trámite.

Los actos procesales válidos son irrepetibles, y, por el contrario, los actos nulos deben ser repetidos. En cambio, respecto a los actos válidos, puede producirse sin embargo alguna actividad posterior sea de ratificación o de rectificación. La primera sería cuando en una resolución de fondo de un incidente de nulidad se deniega esa nulidad, o bien cuando la articulación es rechazada de plano. Con esas manifestaciones de voluntad el juez no está haciendo otra cosa que ratificando lo actuado. La segunda ocurre cuando es necesario obviar ciertas irregularidades, pero las cuales no conducen a una nulidad; por ejemplo, cuando se aclara una sentencia por contener la misma un concepto oscuro. También se produce la rectificación cuando sea necesario corregir errores simplemente materiales.

## Ñ) CONCLUSIONES.

1) En el proceso civil debe mantenerse el principio dispositivo, sin perjuicio de aumentar los poderes del juez durante el desenvolvimiento de aquél.

2) En el proceso civil escrito, debe conservarse

la doble instancia, pero limitada en número en cuanto a las interlocutorias y plena con restricciones en cuanto a la sentencia, con eliminación de trámites innecesarios en segunda instancia. Deben mantenerse los tribunales unipersonales para la

primera instancia y pluripersonales para la segunda, salvo en asuntos de menor cuantía en que ambos pueden ser unipersonales en aras de la economía. Debe derogarse el principio de que las partes pueden ampliar los plazos estableciéndose el principio de la improrrogabilidad de ellos. La publicidad absoluta no juega ningún papel debiendo mantenerse con carácter relativo.

3) Si se determina un predominio de la oralidad, debe reservársela para la etapa probatoria, debiendo continuar siendo regidas por el predominio de la escritura las etapas introductoria y decisoria.

4) Debe conservarse el principio de la motivación de los fallos como instrumento de persuasión

y como medio que servirá a las partes para la impugnación de la decisión.

5) Salvo excepciones, los medios de prueba deben ser analizados de acuerdo con las reglas de la sana crítica y darse entrada a nuevos medios probatorios.

6) La nulidad debe continuar siendo un medio de remediar un perjuicio o para respetar el curso normal del procedimiento.

7) La eventualidad es consecuencia de la concentración y debe mantenerse.

8) La moralidad debe inducir al establecimiento de nuevas sanciones con la finalidad de evitar el dolo procesal y la existencia de procesos simulados.

## O) BIBLIOGRAFIA.

- ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomos 1 y 2 Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1963 y 1957, respectivamente.
- CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. E.J.E.A., Buenos Aires, 1960.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición, póstuma. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.
- CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la 3a. edición italiana por José Casais y Santaló. Instituto Editorial Reus, Madrid.
- DELLEPAINE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. Séptima edición. Editorial Temis, Bogotá, 1972.
- FAIREN GUILLEN, Víctor. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- PODETTI, Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil*. Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1963.
- PRIETO-CASTRO FERNANDEZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972. *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- SENTIS MELENDO, Santiago. *El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957. *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- WACH, Adolf. *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.