

“Las actuaciones procesales en las diversas audiencias establecidas en el Código General del Proceso”.

I.- INTRODUCCION:

Una característica distintiva dentro de los procedimientos establecidos en el proyecto del Código Procesal Civil, consiste en la concentración de las actuaciones procesales en dos audiencias esenciales, la preliminar y la de recepción de prueba o complementaria (artículos 103.3 y 103.5). Este tipo de audiencias son propias de los procesos ordinarios, aunque en principio, también existe una audiencia de recepción de prueba en los procesos sumarios y monitorios¹.

Es importante destacar que, el artículo 2 de la norma citada, establece que, en la práctica de toda audiencia, los juzgadores deben respetar los principios procesales de oralidad, inmediación e igualdad procesal².

Las partes están obligadas a comparecer, personalmente, a las audiencias, salvo que justifiquen su comparecencia por un motivo fundado (artículo 50.2). Si el actor y su abogado no comparecen a alguna de las audiencias se entenderá por desistida la demanda, salvo que el accionado indique que existe un interés justificado en continuar con su tramitación (artículo 50.2, incisos 2, 3 y 4). En caso de que sea el demandado o su abogado quien no comparece a la audiencia, se tendrán por allanadas las pretensiones de la demanda –de ser procedente-.

En el supuesto de los jueces, si se trata de la totalidad de los miembros del Tribunal, deberán justificar las razones de su ausencia y fijar una nueva audiencia dentro de los 10 días siguientes (artículo 50.2 inciso 5). La norma no lo establece, pero en mi criterio si la ausencia es parcial y no se pudiera señalar en ese plazo deberá repetirse la audiencia.

¹ Artículos 104.3 –con respecto a los sumarios-, y 111.4 para monitorios.

² “El Juez, director del procedimiento y por ende también del comparendo, posee una serie de poderes-deberes que debe ejercer para obtener el máximo resultado de la litis, que es hallazgo de la verdad y conseguir la efectividad de los derechos sustanciales...Y por su autoridad, el Juez se convierte también en el principal responsable del correcto desarrollo de la audiencia; presenciar y presidir la audiencia resalta su poder institucional pero le impone mayores obligaciones para su recto desempeño. Porque en la audiencia el Juez actúa en un triple papel de moderador, garantizador y juzgador...”*ETTLIN, Edgardo. “Cómo dirigir y desempeñarse en audiencias judiciales”, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 1999, pág. 15.*

Toda la actividad del juez director de la audiencia puede ser objeto de observaciones por los litigantes o sus abogados. Las resoluciones que dicte en esas audiencias pueden ser aclaradas o adicionadas, a gestión de parte o de oficio. También esas resoluciones admiten el recurso de revocatoria, el cual debe ser debidamente fundamentado ante el Tribunal. Los juzgadores deberán resolver inmediatamente ese recurso, previa deliberación, en el caso de Tribunales colegiados.

En general, las audiencias que establece el proyecto, son públicas³, con la excepción de que la ley disponga lo contrario o el Tribunal lo decida de oficio o a solicitud de parte, cuando por circunstancias especiales se puedan perjudicar los intereses de la justicia, los intereses privados de las partes o los derechos fundamentales de los sujetos procesales (artículo 2.10).

II.- LA AUDIENCIA PRELIMINAR:

Artavia Barrantes señala que la moderna audiencia preliminar surgió en el Código Austriaco de 1895, con la finalidad esencial de cumplir una función saneadora y conciliadora en el proceso, lo cual fue modificado en el año 1983.⁴

Para el citado autor, las legislaciones comparadas, utilizan distintas denominaciones para referirse a este tipo de audiencias, como “audiencia preparatoria”, “comparecencia obligatoria” o “vista preparatoria”⁵.

Como lo señalamos anteriormente, la audiencia preliminar o inicial, solo se establece para los procesos ordinarios y la misma se convoca una vez que haya sido contestada la demanda o la reconvenición (artículo 103.3 del proyecto).

La audiencia se caracteriza porque debe ser realizada por uno de los jueces que integra el Tribunal Colegiado, su multifuncionalidad y por la posibilidad

³ A diferencia del proyecto, el Código Procesal Penal, establece que la audiencia preliminar es privada – artículo 316-.

⁴ ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Op.cit.* p. 33-35.

⁵ ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Op.cit.* p.35.

de que, a través de la misma, es posible dar por finalizado el proceso⁶. Las actuaciones que se deben realizar son las siguientes:

- a) Como acto inicial, el juez director, debe indicar a las partes cuál es la finalidad de la audiencia (artículo 103.3, párrafo 1). Esto implica que el integrante del Tribunal debe efectuar un estudio previo del expediente, con la finalidad de conocer cuáles son los hechos y las pretensiones de las partes⁷.
- b) Debe ofrecerles a las partes la posibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio (artículo 103.3, párrafo 2º). No obstante, en mi criterio, de previo, se debe proceder a la resolución de las excepciones previas, cuya decisión no haya sido posible efectuarla en lo interlocutorio, en razón de que se requiere evacuar prueba para resolverlas. En virtud de esto, las partes deben presentar todas las probanzas ofrecidas para fundamentar o combatir las excepciones previas. Evacuadas las pruebas se procederá a resolverlas en definitiva.
- c) Luego de esto, la persona juzgadora, deberán realizar un resumen de lo que, para ellos constituyen, los hechos principales y el objeto de la pretensión y las excepciones esgrimidas por la contraria. Es en este momento en el que pueden solicitarles a las partes que aclaren cualquier aspecto de los hechos o de las pretensiones que genere confusión⁸ (numeral 103.3 párrafo 3). Aunque la norma no lo indica, en mi criterio, dicha aclaración también puede ser solicitada por la parte contraria a los juzgadores, quienes decidirán si procede o no prevenir esa aclaración. De proceder la aclaración, ésta debe ser puesta en conocimiento de la contraria en la misma audiencia. Esto evidentemente genera que el proceso sea más rápido y garantiza el ejercicio del contradictorio, dado que, permite al Tribunal delinear cuáles van a ser los hechos y las pretensiones sobre las que girar el debate.
- d) Después de esto, los juzgadores, deben indicar cuáles son las excepciones previas y de fondo interpuestas (numeral 103.3, párrafo 4).

⁶ TORELLO GIORDANO, Luis. *“Mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales en el proceso por audiencia”* En XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2002, pág. 28.

⁷ ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Op.cit.* pág. 42.

⁸ ARTAVIA BARRANTES, Sergio. *Op.cit.* pág. 42.

- e) **Por otro lado, en la misma resolución, se deberá sanear el proceso, subsanando todas aquellos vicios procesales que –de oficio o a petición de parte-, sean de conocimiento de los juzgadores y que pudieran impedir el dictado de la sentencia (artículo 103.3, párrafo 5º). Asimismo debe resolver sobre la admisión, recepción y práctica de prueba sobre alegatos de actividad procesal defectuosa o vicios esenciales y excepciones procesales.**

- f) **Deberá fijar la cuantía del proceso, fijar lo que será objeto de debate. Admitir – y también denegar- pruebas, disponer lo necesario para su práctica y señalar para la audiencia complementaria (artículos 103.3, párrafos 7, 8 y 9).**

- g) **Resolver sobre la suspensión, cancelación o modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente (artículo 103.3. párrafo 10).**

- h) **Es factible en la audiencia dictar una sentencia anticipada, por la naturaleza o circunstancias del proceso, ya sea porque no existe prueba que practicar o por cualquier otra razón, a criterio del juez, no se justifica el señalamiento para audiencia complementaria. En ese caso, al finalizar la audiencia preliminar, se le dará a las partes la oportunidad de formular sus conclusiones y se dictará la sentencia.**

III.-LA AUDIENCIA COMPLEMENTARIA O DE RECEPCION DE PRUEBA:

En los procesos ordinarios, dicha audiencia debe de realizarse 20 días después de realizada la preliminar, salvo que se justifique un plazo mayor (artículo 103,5).

Las actuaciones que deben realizarse en esa audiencia son las siguientes:

- a) **Como acto inicial se ordena la práctica de las pruebas admitidas en la audiencia complementaria (artículo 103.5, párrafo 1º). Las características que rodean esa evacuación son las siguientes:**

1) Corresponde a las partes la citación de los testigos y peritos y su debida presentación, salvo en casos excepcionales en los que se puede solicitar la ayuda judicial, caso en el que la citación se podrá hacer por cualquier medio disponible (artículo 41.4, inciso 1).

2) Conforme al principio de concentración, la prueba se evacuará en un mismo día, de ser posible, en caso contrario, se reservarán días seguidos. Las partes podrán indicar el orden en que deseen que declaren los testigos (artículo 41.4, inciso 3).

3) La prueba se evacuará, salvo excepciones, respetando el siguiente orden: reconocimiento judicial, declaración de partes, declaración de peritos e interrogatorio de testigos (artículo 41.4, inciso 4°).

4) El interrogatorio que se efectúe los testigos o a los peritos debe ser directo. Esto significa que la parte proponente formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal. Las preguntas serán claras y precisas; no se referirán a más de un hecho, no incluirán valoraciones, ni calificaciones, excepto la de peritos y testigos técnicos. El tribunal rechazará las preguntas y declaraciones que no guarden relación directa con los hechos controvertidos o el objeto de pretensión, dilatoria, la que se refiere a hechos evidentes, notorios o admitidos o en los que la pregunta sea sugestiva, insinuadora de la respuesta, ofensiva, vejatoria o capciosa. Cuando se consideren preguntas esenciales, a solicitud de parte se dejará constancia de la pregunta rechazada.

Se podrá autorizar el interrogatorio directo de personas menores de edad, cuando el tribunal estime que por su grado de madurez no se verán afectadas. En caso contrario, corresponde al tribunal hacer el interrogatorio. En mi criterio –aunque la norma no lo establezca-, a éstos se les debe juramentar y advertir que, en caso de incurrir en falsedad, puede acarrearles responsabilidad, de acuerdo a la legislación penal juvenil. Si existen graves indicios de que un deponente está faltando a la verdad, de inmediato, se debe ordenar su detención y remitirlo ante la autoridad penal competente.

Cuando surgiere controversia sobre la forma y contenido de alguna pregunta, en el mismo acto se discutirá el asunto sucintamente, sin sugerir o insinuar respuestas, sin necesidad de suspender el acto o retirar al declarante de la sala, salvo en casos muy

calificados. El declarante no podrá leer notas ni apuntes, excepto que se autorice cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas, datos de difícil precisión o en los demás casos que se considere justificados. Si fuere previsible su consulta en la audiencia, deberá llevarlos el día de su declaración y solo en casos excepcionales ésta se suspenderá si nos los tiene consigo. Si deben declarar dos o más personas sobre los mismos hechos, se tomarán las medidas necesarias para evitar la comunicación entre ellos durante el transcurso de la audiencia.

La práctica de prueba en el extranjero o en lugares distantes de la sede del tribunal, se podrá hacer por medios tecnológicos que garanticen la inmediación. En mi criterio, esta posibilidad se lograría a través de un video-conferencia o utilizando herramientas tecnológicas que permitan verificar la identidad de la persona declarante. De hecho en materia penal el Consejo Superior del Poder Judicial ha impulsado la utilización de esa herramienta para alivianar el coste económico que genera el traslado de las personas privadas en libertad a los Tribunales de Justicia e incluso como un medio para rendir prueba para el debate a través de ellas.

Así por ejemplo, en la circular número 95-10, de la sesión número 53-2010, del 25 de mayo de ese año, se instó a que las declaraciones de los peritos del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial se realizaran a través de videoconferencia, para un mejor aprovechamiento de los recursos públicos.

También la circular número 41-12, producto de la Sesión Extraordinaria número 19-19, del 29 de febrero de 2012, reiteró que, para reducir los costos de traslado de detenidos debía utilizarse el uso de herramientas tecnológicas como lo es la video conferencia para realizar audiencias.

Asimismo la circular 88-07, dictada a raíz de la Sesión número 65-07, del 4 de setiembre de 2007, determinó la posibilidad de utilizar videoconferencias para notificar el dictado de los fallos a los privados de libertad, incluso a través de traductores e intérpretes.

Solo en casos excepcionales, atendiendo a la importancia de la prueba y a la dificultad de practicarla directamente o por medios tecnológicos, se podrán remitir exhortos para la práctica de prueba en el extranjero.

Cuando por medios electrónicos o de nuevas tecnologías se recibiere declaración de parte, testimonial o pericial en que la fuente de prueba se encontrare en el extranjero, se aplicarán las formalidades establecidas en este Código y la prueba se tendrá como recibida en el territorio nacional para todos sus efectos.

Incluso el numeral 104.4, inciso 7º, permite la declaración domiciliaria (tal y como lo regula el numeral 363 actual) cuando por enfermedad o por otras circunstancias especialmente justificadas la persona no pueda declarar en la sede del Tribunal, circunstancia en la que podrá practicar la prueba en su domicilio o en el lugar en que se encuentre. La novedad de la disposición es que permite nuevamente la utilización del sistema de videoconferencias. Aunado a esto y también valorando las circunstancias, el Tribunal puede justificar, por prudencia, la no presentación de las partes y sus abogados en el domicilio de la persona, con lo cual se pondría en conocimiento de aquéllas las respuestas obtenidas para que soliciten las aclaraciones y adiciones que crean pertinentes.

La disposición 41.4, en su inciso 8º prevé la posibilidad de nombrar intérpretes o traductores cuando existan limitaciones físicas o idiomáticas, cuyos honorarios deberán ser cubiertos por la parte proponente, salvo disposiciones en contrario.

5) El numeral 41.4 inciso 9º regula posibilidad de trasladar e incorporar probanzas practicadas válidamente en otro expediente o en el mismo proceso o en procedimientos administrativos, conservando su naturaleza. Ello en los casos en que no sea posible o se considere innecesaria repetirla siempre que se garantice la participación de las partes. En la audiencia se debe dejar constancia de la incorporación y resulta potestativa su lectura o reproducción.

6) La prueba no practicada por culpa de la proponente se tendrá por inevaluable, sin necesidad de resolución expresa (similar a lo que actualmente regula el numeral 433 del actual Código Procesal Civil, para los procesos sumarios) (artículo 41.4. inciso 10).

IV.- LOS PROCESOS QUE CUENTAN CON UNA SOLA AUDIENCIA:

Dentro de estos procesos, tenemos los sumarios y los monitorios.

Los dos primeros cuentan con una audiencia (artículos 104.3 111.4), en la que, los juzgadores, deben realizar las siguientes actuaciones: a) Informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver; b) Conciliación; c) Aclaración de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiere omitido hacerlo; c) Contestación por el actor de las excepciones opuestas, ofrecimiento y presentación de contraprueba; d) Recepción, admisión y práctica de prueba pertinente sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa no resueltas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones procesales; e) Resolución sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento; f) Definición de la cuantía del proceso; g) fijación de lo que será objeto del debate; h) Admisión y práctica de pruebas; i) Resolución sobre suspensión, cancelación o modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente de resolución; j) Conclusiones de las parte; y k) Dictado de la sentencia.

El artículo 61.1 del proyecto dispone que, concluida la audiencia de prueba, en cualquier tipo de proceso se procederá al dictado de la sentencia y, de ser posible se efectuará en forma oral en ese acto. Para ese efecto, el Tribunal queda facultado para ordenar un receso. La sentencia dictada oralmente se deberá digitar y se entregará una reproducción al notificar a las partes.

Cuando no sea posible hacerlo en forma oral, se hará por escrito dentro de los cinco días siguientes de finalizada la audiencia. En procesos complejos, se podrá dictar en un término de quince días, lo cual deberá ser informado a las partes.

El artículo 61.2 –al igual que el artículo 155 del Código Procesal Civil- indica las formalidades que debe cumplir la sentencia, a saber:

Las sentencias deben resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto de debate, no pueden conceder más de lo pedido, salvo disposición legal en contrario y no podrán comprender otras cuestiones que las demandadas, exceptuándose aquellas para las que la ley no exige iniciativa de parte.

Además de los requisitos propios de toda resolución judicial, las sentencias tendrán un encabezamiento, una parte considerativa y otra dispositiva.

El encabezamiento contendrá la clase de proceso, nombre de las partes, sus representantes y sus abogados.

En la parte considerativa se incluirá:

- 1. Una síntesis de las alegaciones y pretensiones y mención de las excepciones opuestas.**
- 2. La enunciación, clara, precisa y ordenada cronológicamente de los hechos probados y no probados de importancia para la decisión, con referencia concreta a los medios de prueba en que se apoya la conclusión y de los criterios de apreciación de esos elementos.**
- 3. Un análisis de las cuestiones debatidas por las partes, de las excepciones opuestas y lo relativo a costas, con la debida fundamentación jurídica, con las citas estrictamente indispensables de legislación, jurisprudencia y doctrina que se consideren aplicables.**
- 4. La parte dispositiva, se iniciará emitiendo pronunciamiento sobre los incidentes, que no pudieron ser resueltos con anterioridad y sobre las excepciones opuestas. Seguidamente, se consignará el fallo en términos imperativos y concretos, con indicación expresa y separada de los extremos que se declaran procedentes o deniegan. Finalmente se dispondrá lo que corresponda sobre la repercusión económica de la actividad procesal.**

Las sentencias de segunda instancia y casación, incluirán un breve resumen de los aspectos debatidos en la resolución impugnada y de los alegatos de los recurrentes.

V.- LA VALORACION DE LA PRUEBA:

Una vez que hemos desarrollado la audiencia complementaria, es momento ahora de señalar bajo que parámetros deberá ser valorada la prueba.

El Código Procesal Civil establece un sistema mixto con respecto a la valoración de la prueba, fundamentado en la sana crítica y con algunos resabios

de prueba legal tasada. A diferencia de éste, el proyecto del Código Procesal dispone en su artículo 41.5 que la prueba deberá apreciarse en su totalidad conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano; salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

La conducta de las partes durante el procedimiento, podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas.

CONCLUSIONES

- 1) El proyecto del Código Procesal Civil tiene prevista dos audiencias esenciales denominadas preliminar y complementaria –también conocida como de recepción de prueba-.**
- 2) Este tipo de audiencias son propias de los procesos ordinarios, aunque en principio, también existe una audiencia de recepción de prueba en los procesos sumarios y monitorios.**
- 3) La audiencia preliminar o inicial se convoca una vez que haya sido contestada la demanda o la reconvencción.**
- 4) La audiencia se caracteriza por su multifuncionalidad y por la posibilidad de que, a través de la misma, es posible dar por finalizado el proceso. Las actuaciones que se deben realizar son las siguientes: a) el juez director, debe indicar a las partes cuál es la finalidad de la audiencia; b) luego de esto, los juzgadores, deberán realizar un resumen de lo que, para ellos constituyen, los hechos principales y el objeto de la pretensión y las excepciones esgrimidas por la contraria; c) posteriormente se resuelven las excepciones previas, cuya decisión no haya sido posible efectuarla en lo interlocutorio, en razón de que se requiere evacuar prueba para resolverlas; d) en la misma resolución, se deberá sanear el proceso, subsanando todas aquellos vicios procesales que –de oficio o a petición de parte-, sean de conocimiento de los juzgadores y que pudieran**

impedir el dictado de la sentencia, dentro de los que se incluye la integración de la litis consorcio; e) una vez efectuado lo anterior, se debe impulsar un acuerdo conciliatorio entre las partes; f) es factible en la audiencia dictar una sentencia anticipada, en la que se rechace la demanda o la reconvencción o se acojan, cuando no existen pruebas g) también deberán efectuarse pronunciamientos: 1) acerca de la suspensión, modificación o cancelación de las medidas cautelares y, 2) el establecimiento de la cuantía del proceso; h) debe fijarse en forma definitiva el objeto principal del proceso, esto a fin de delimitar el tema probandum; i) una vez delimitado esto, se deben indicar las pruebas que serán admitidas o denegadas por los juzgadores y resolverán sobre la prueba oficiosa que consideren pertinente y deberán sugerirla a las partes, y si no la aceptan podrán ordenarla. En ese mismo acto, harán los señalamientos respectivos para la realización de la audiencia complementaria o de recepción de prueba. La audiencia complementaria o de recepción de prueba debe de realizarse 20 días después de realizada la preliminar.

“LAS ETAPAS PROCESALES PARA EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA QUE ESTABLECE EL PROYECTO DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO”

I.- INTRODUCCION:

En el anterior documento desarrollamos las distintas audiencias que pretende introducir el proyecto del Código Procesal Civil.

Siguiendo en esta misma línea nos avocaremos a señalar las etapas procesales para el ofrecimiento de prueba que se indican en dicho proyecto.

II.- LAS ETAPAS PROCESALES PARA EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA:

El proyecto del Código Procesal Civil señala una serie de variables en las que se puede ofrecer prueba, dependiendo de la naturaleza del proceso.

A. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN EL PROCESO ORDINARIO:

Los artículos 35.1 inciso 6°, 37.1, 38.1 y 38.2, establecen que, en la demanda, en la contestación o en la contrademanda y la réplica necesariamente deben ofrecerse, en forma detallada y ordenada todos los medios de prueba, adjuntando necesariamente toda la documental. En caso de que se ofrezca la testimonial deberán indicarse los hechos a los que se referirá el testigo (esto constituye una similitud con lo que establecen los numerales 290 inciso 6° y 354 del Código Procesal Civil). Si la prueba es pericial deben establecerse los temas sobre los que versará la pericia.

Del análisis de estas disposiciones es posible concluir que, la intención de los precursores del proyecto, es que la prueba sea ofrecida por las partes dentro de las etapas estrictamente establecidas.

B.-EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS SUMARIOS:

El artículo 104.1 del proyecto establece que, se tramitarán como pretensiones sumarias las siguientes:

- 1. Desahucio y cobro de obligaciones dinerarias líquidas y exigibles, cuando no correspondan al proceso monitorio.**
- 2. Derivadas de un contrato de arrendamiento.**
- 3. Interdictales.**
- 4. Suspensión de obra nueva**
- 5. Derribo**
- 6. De jactancia.**
- 7. Relativas a la posesión provisional de muebles, excepto dinero.**

8. Entrega o devolución de bienes, cuando haya título que acredite el respectivo derecho u obligación.
9. Controversias sobre la administración de la copropiedad, propiedad horizontal y dominio compartido.
10. Sobre la prestación, modificación o extinción de garantías.
11. Solicitud de autorización a fin de ingresar en predio ajeno, cuando lo permita la ley.
12. Cobro de créditos garantizados por el derecho de retención sobre bienes muebles.
13. Restablecimiento del derecho de paso fundado en un título preexistente, cuando no proceda el interdicto.
14. Las que se dispongan en leyes especiales.

Los artículos 35.1 –como norma general de proposición de prueba- y 104.2, como norma específica, disponen que la prueba deberá ofrecerse en la demanda, dentro de la cual deberá incluirse la totalidad de la documental, los hechos sobre los que serán interrogados los testigos y los temas a los que deben referirse los peritos. Luego de esto –al igual que en el actual Código Procesal Civil-, el emplazamiento será de 5 días dentro de los que se podrá contestar la demanda y ofrecer la prueba (artículo 104.2).

Como explicamos supra, en dicho proceso está prevista una sola audiencia en la que se practicará la prueba ofrecida tanto por la parte actora como por la demandada. Por ende, de previo al señalamiento de esa audiencia deberá dictar una resolución en la que se determine que prueba se admite o se deniega. Tal afirmación la hago basado en lo que dispone el numeral 104.3 del proyecto ya que señala:

“...Al efecto, el tribunal determinará las pruebas que deban practicarse antes de la audiencia y tomará las disposiciones pertinentes para que ésta se verifique antes

de ese acto. Las partes deberán comparecer a la audiencia con todas las fuentes de prueba ofrecidas y que pretendan proponer.” (Lo subrayado no es parte del original).

Lo extraño es que, ya posteriormente al referirse al desarrollo de las actuaciones procesales que deberán efectuarse en dicha audiencia, el inciso 9º del numeral 104.4 dispone que en ella se resolverá en torno a la “admisión y práctica de prueba”, con lo que no queda muy claro si se debe dictar una resolución previa o si bien el punto será resuelto en la audiencia. En mi criterio, resulta correcto en aras de aplicar los derechos de defensa y de contradictorio, que se dicte una resolución previa en la que se determine la prueba admisible con base a la demanda y la eventual contestación.

C.- EL OFRECIMIENTO DE PRUEBAS EN EL PROCESO MONITORIO.

Con el procedimiento monitorio cobratorio y arrendaticio se presenta una situación especial. Ambos procedimientos ya cuentan con leyes que se encuentran en vigencia, y que fueron tomadas en gran parte de lo establecido en el proyecto del Código Procesal Civil.

Así tenemos que, La Ley de Cobro Judicial número 8624 vigente, dispone que el ofrecimiento de prueba y su evacuación se realiza de la siguiente forma: el ofrecimiento de prueba del actor se efectúa al establecer su demanda cobratoria, de acuerdo al numeral 3.1. De igual forma, la parte accionada, dentro del emplazamiento de 15 días, puede ofrecer “prueba admisible, pertinente y útil”, conforme al numeral 5.1., la cual de ser admitida, se practicará en la audiencia única que prevé el artículo 5.5.

Por otro lado, la Ley de Monitorio Arrendaticio número 9160 también vigente, establece que el ofrecimiento de prueba de la parte actora debe de efectuarse en la demanda (artículo 3). Pero a diferencia de la ley de cobro judicial, es muy concreta en torno a los medios de prueba que podrán ser ofrecidos, puesto que señala que la relación inquilinaria podrá acreditarse a través de distintos medios de prueba, pero sin limitarse al contrato, porque puede acreditarse a través de “...la resolución judicial anterior que lo

establezca, los comprobantes periódicos de pago, la confesión prejudicial, las cartas o los correos electrónicos entre las partes y cualquier documento escrito en el que conste la relación entre arrendante y demandado...”

En cuanto a la parte accionada, el artículo 6, inciso a), dispone que fundar la oposición solo será procedente el ofrecimiento de prueba admisible, pertinente y útil, conforme a las defensas esgrimidas. Con respecto a la confesional, se presenta el limitante de que no puede ser ofrecido para ser realizadas sus preguntas en la audiencia única, sino que debe acompañarse el interrogatorio escrito que el juzgador debe examinar para ponderar si admite o no esa prueba. Ante esa oposición y, siempre que el juzgador la considere fundada, se realizará una audiencia oral cuya remisión es expresa a la que se prevé para la Ley de Cobro Judicial (artículo 6, inciso e).

Ahora bien, es de suponer que ambas disposiciones quedarán derogadas una vez que se apruebe en definitiva el proyecto del Código Procesal Civil, pues dentro del mismo se prevé tanto un procedimiento monitorio cobratorio como arrendaticio. Ello porque el numeral 111.1 del proyecto dispone:

“...Procedencia. Mediante el proceso monitorio se dilucidarán las siguientes pretensiones:

- 1. El cobro de obligaciones dinerarias líquidas y exigibles, fundadas en documentos públicos o privados, con fuerza ejecutiva o sin ella.*
- 2. El desahucio originado en una relación de arrendamiento de cualquier naturaleza que conste documentalmente, si se funda en la causal de vencimiento del plazo, falta de pago de la renta o de los servicios públicos. “*

Debo indicar que, el numeral 111.2 del proyecto del Código Procesal Civil, establece variables en torno al plazo de la oposición a la resolución intimatoria que disponen la actual Ley de Cobro Judicial y la de Monitorio Arrendaticio, pues se restringe el plazo para contestar la demanda de quince a cinco días.

Con respecto a la legitimación para formular el monitorio arrendaticio, el artículo 113.1 del proyecto –al igual que la Ley de Monitorio Arrendaticio-, señala que deberá acreditarse la misma a través del contrato, resolución judicial anterior que lo establezca o recibos de pago.

III.- ¿DESAPARECE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL?

De una lectura concreta de la normativa propuesta se podría decir que la posibilidad de admitir prueba para mejor proveer, tal y como la regula el actual numeral 331 del Código Procesal Civil es eliminada de nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, el numeral 41.3 del proyecto para de la única premisa de que, en la audiencia de admisión de pruebas, el Tribunal podrá proponer a las partes la incorporación de otras probanzas no ofrecidas e incluso ordenarlas de oficio. Es claro que en este supuesto estamos hablando de lo que el anterior proyecto del Código General del Proceso, denominaba como “pruebas complementarias”.

Nuevamente, habría que cuestionarnos si esa posibilidad de los juzgadores de invitar a las partes a incorporar pruebas no ofrecidas por ellas, e incluso de no aceptar las partes dicha proposición, solicitarlas el Tribunal de oficio infringe o no un principio dispositivo regulado en la misma normativa que se propone (artículo 2.4).

El punto es muy complejo y ha sido analizado por la doctrina española, la cual creo importante reseñar ya que ellos tienen la misma problemática con ocasión del numeral 429, incisos I, II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece la facultad de los juzgadores de solicitar probanzas al considerar que existe insuficiencia de éstas, lo cual es conocido como la “iniciativa *ex officio judicis*”⁹.

El artículo 429 citado, guardando cierta similitud con la norma propuesta en el proyecto, señala: “*Cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los*

⁹ Ríos López, Yolanda (2006). *La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos*. En Aspectos Prácticos de la prueba civil. Editorial J.M. Bosch, p.129.

hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el Tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar la prueba o pruebas que estime conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”

Comenta la autora española Yolanda Ríos López que para analizar las facultades judiciales en materia probatoria, es necesario referirse al debate en torno a la función del juzgador en la búsqueda de la verdad formal o material¹⁰, al cual yo mismo ya he hecho referencia en parte de este libro. No obstante, ella nos recalca que, a diferencia del juzgador en materia penal y sus amplias facultades inquisitivas, el civil, está sujeto al principio de disponibilidad de las partes, por lo que la naturaleza del proceso civil se ciñe más a la obtención de una “verdad formal” –llámese también “aparente”-. Hipótesis con la que vale la pena reseñar aquí estoy plenamente de acuerdo.

A pesar de lo anterior, Ríos López cita en su texto las posiciones de autores como Fairén Guillén, el cual propugna por atribuir al juzgador un mayor protagonismo en el esclarecimiento de los hechos. Él indica que “...partió KLEIN de la necesidad de que la sentencia fuera materialmente cierta y justa. Para llegar a este resultado es preciso el complejo conocimiento del asunto”¹¹. También a Pietro Castro y Ferrándiz quien señala: “...ante la pasividad del juez y su vinculación con las omisiones, los errores y aun las actividades inconducentes e ilícitas de las partes, sería preferible que el juez posea facultades para averiguar la verdad de los hechos y confrontar su correspondencia con los supuestos de las normas jurídicas”¹².

De igual forma, nos explica esta autora que esas corrientes ideológicas han llevado a ubicar dicha facultad discrecional en la etapa de admisión de prueba y a eliminarla normativamente cuando ya el proceso se encuentra listo para el dictado de

¹⁰Ríos López, Yolanda. Ob.cit. p. 130.

¹¹Fairén Guillén, V. (1955). *El Proyecto de la Ordenanza Civil Austríaca visto por Franz Klein*. Estudios de Derecho Procesal, Revista de Derecho Privado, p. 315.

¹² Pietro-Castro y Ferrándiz, L (1968). *Derecho Procesal Civil*. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 230.

la sentencia, a través de las denominadas “diligencias para mejor proveer”¹³, ello por varias razones fundamentales:

- a) Partiendo de la premisa de que la prueba debe de ser aportada por las partes, como núcleo del principio dispositivo, por lo que el legislador debe de ser congruente con ese principio;
- b) El restringir la facultad discrecional de admisión como actividad previa a la sentencia, para evitar un posible menoscabo al principio de igualdad procesal, debido a la intención de los Tribunales de admitir la prueba para mejor proveer, para suplir la falta de diligencia y cuidado de las partes y
- c) Por la mala fama otorgada a este tipo de prueba, dado que es utilizada por los Tribunales como “diligencia para mejor dilatar”¹⁴.

Ahora bien, la norma propuesta en el numeral 41.3 de nuestro proyecto de Código Procesal Civil genera las mismas dudas que cuestiona la autora citada en referencia al numeral 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Expliquemos el por qué. En primer término, no es posible concretar si consiste un facultad o un deber imperioso de la persona juzgadora el sugerirle a la partes las pruebas que deben ser aportadas para sustentar el apoyo de sus hechos y de sus pretensiones. Lo que es más grave aún es que si la parte no acepta esa propuesta, el juzgador podrá solicitar esa prueba de oficio. Picó i Junoy nos señala que dicha potestad deriva de una valoración subjetiva de cada juzgador ante la insuficiencia probatoria que cada uno estime¹⁵. En consecuencia, no habría responsabilidad del juzgador que considera que no existe prueba complementaria que solicitar a las partes.

En segundo término, la solicitud de prueba complementaria, tendría que ser llevada a cabo por el juzgador de previo a admitir la prueba propuesta por las partes, lo que ya de por sí implicaría lo que es conocido en doctrina como

¹³ Ríos López, Yolanda, ob.-cit., p. 136.

¹⁴ Ríos López, Yolanda. Ob.cit. p. 137.

¹⁵ Picó i Junoy, J. (2003) “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso en “Los poderes del juez civil en materia probatoria”. J.M. Bosch. Editor, Barcelona, p. 160.

“presupuesto objetivo” o “presupuesto condicionante”¹⁶. Ello implicaría a que, durante la etapa de admisión de prueba o bien durante su práctica, el juzgador tendría que hacer una ponderación de la prueba propuesta o evacuada a ese momento, a modo de un juicio indiciario, para sugerirle a la parte la prueba que le hace falta para resolver el asunto.

Un tercer aspecto, lo constituye la posibilidad de ordenar prueba oficiosa en los supuestos en los que la parte no admite la sugerencia que le hace el juzgador de aportar prueba complementaria. En otras palabras, a pesar de que la parte no admita la propuesta del juzgador de suplir la omisión probatoria, el juzgador tiene la potestad de introducirla al proceso, lo cual reñiría con el principio dispositivo que dispone el mismo proyecto. Picó i Junoy nos ofrece una visión muy interesante en torno a este punto, pues propone una visión de esa potestad bajo la perspectiva de los derechos fundamentales que, en nuestro caso, podría derivarse del artículo 41 de la Constitución Política, en aras de la búsqueda de una tutela judicial efectiva para la realización de la “justicia” dentro de un sistema de un Estado Social y Democrático de Derecho. Lo que equivaldría a pensar que los juzgadores deben estar comprometidos a la justa composición del proceso, ante lo cual no puede configurarse como un sujeto inerte y pasivo¹⁷.

En mi criterio, la aplicación de la norma propuesta en el proyecto hace desaparecer la posibilidad de solicitar prueba para mejor proveer al momento del dictado del fallo y la admite en su versión de prueba suplementaria en la audiencia preliminar o en la de recepción de prueba. Dependerá su admisión de la noción de tutela judicial efectiva que cada uno de las personas juzgadoras tengan para cada caso concreto.

IV.- LA ADMISION DE LAS PRUEBAS:

¹⁶ Ríos López, Yolanda. Ob.cit. p. 144

¹⁷ Picó i Junoy. J. (2003) “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso en “Los poderes del juez civil en materia probatoria”. J.M. Bosch. Editor, Barcelona, p. 160.

Como expliqué anteriormente, uno de los cambios más trascendentales que ofrece el proyecto del Código Procesal Civil consiste en la incorporación de dos audiencias esenciales dentro del proceso, como lo son la audiencia preliminar – la cual únicamente se aplica en los procesos ordinarios-, y la de recepción de prueba –después de la cual procede el dictado de la parte dispositiva de la sentencia-.

El procedimiento establecido para tales audiencias ya fue desarrollado en este texto, no obstante, considero importante efectuar un resumen general de los lineamientos que deben tomar en cuenta los juzgadores al momento de admitir o denegar las pruebas.

En los procesos ordinarios la admisión o la denegatoria de la prueba se efectúa en la audiencia preliminar, una vez que se ha establecido cuál es el objeto y las pretensiones del proceso (artículos 103.3, inciso 9º). Por el contrario, en los sumarios y en los monitorios será en la misma audiencia complementaria o de recepción de prueba, en donde los juzgadores admiten o deniegan la prueba e inmediatamente la evacúan. La actual Ley de Cobro Judicial número 8624 vigente, dispone esto en los numerales 3.1, 5.1 y 5.5.

Por otro lado, la actual Ley de Monitorio Arrendaticio número 9160 también vigente, establece que el ofrecimiento de prueba de la parte actora debe de efectuarse en la demanda (artículo 3). En cuanto a la parte accionada, el artículo 6, inciso a), dispone que fundar la oposición solo será procedente el ofrecimiento de prueba admisible, pertinente y útil, conforme a las defensas esgrimidas. Si esas disposiciones quedarían derogadas con la implementación del nuevo Código Procesal Civil, el ofrecimiento de prueba se tendría que realizar con fundamento en el numeral 111.2 del proyecto.

El numeral 41.3 del proyecto establece que se rechazarán las pruebas relativas a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva inconducente o ilegal.

En cuanto a la impertinencia, en cuanto que no guarda relación con los hechos o con la pretensión. Abundante –aunque la norma no lo define, este término se

aplica para los casos en que se ofrece una gran cantidad de medios de prueba para acreditar los hechos-. Inconducente –aunque la norma no establece tampoco ese concepto, se podría encasillar dentro del supuesto de “prueba inútil”, la cual es aquella que, de acuerdo a las reglas, a criterios razonables o al sentido común, no puede contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Ilegal –la que es obtenida violentando los derechos constitucionales-.

CONCLUSIONES

- 1) El proyecto del Código Procesal Civil señala en cada uno de los supuestos el procedimiento que debe cumplirse para ofrecer las pruebas en la demanda o la contestación.
- 2) La intención de los precursores del proyecto, es que la prueba sea ofrecida por las partes dentro de las etapas estrictamente establecidas.
- 3) Estas pruebas pueden ser incorporadas al proceso, solamente si son admitidas, de acuerdo al criterio de los juzgadores, en carácter de suplementarias.
- 4) La admisión o denegatoria de las pruebas, en los procesos ordinarios, se efectúa en la audiencia preliminar. En el caso de los sumarios y de los monitorios, en los que no realiza esa audiencia, será en la misma audiencia complementaria o de recepción de prueba en la que se resuelva sobre dicha admisión o denegatoria.

LAS DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LOS MEDIOS DE PRUEBA ESTABLECIDOS EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y EN EL PROYECTO”

I.-INTRODUCCION:

A continuación, analizaremos las disposiciones del proyecto que establecen los medios de prueba y las diferencias y similitudes entre tales disposiciones y lo regulado en el Código Procesal Civil.

II.- LOS MEDIOS DE PRUEBA EN GENERAL:

El artículo 41.3 del proyecto del Código, entre otras disposiciones, establece cuáles son los lineamientos que rigen el ofrecimiento de prueba. Al respecto, se indica que serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y con la pretensión, siempre que sean controvertidos. De igual forma el numeral 41.4, inciso 1° establece la obligación de las partes el citar y aportar sus fuentes probatorias. El numeral 41.2 indica que las partes tendrán amplias facultades para ofrecer todos los medios de prueba que no estén prohibidos por el ordenamiento, aún y cuando esas probanzas se encuentren en poder de la parte contraria (artículo 41.1).

Una vez ofrecida esa prueba, los juzgadores, deben proceder a su admisión o rechazo, para lo cual deberán permitir solo aquellas probanzas que tengan relación directa con los hechos y el objeto de la pretensión (artículo 41.3). Incluso la norma señala los supuestos por los que esas pruebas pueden ser denegadas. Así, las pruebas que versen sobre hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, los amparados por una presunción absoluta, evidentes o notorios. Los demás aspectos señalados en la norma, en mi criterio, no tienen que ver con los hechos sino que se vincula con el medio de prueba con que se quiere acreditar (impertinencia), con la cantidad ofrecida (excesiva) con su idoneidad como medio (inconducente) y en el modo en cómo fue obtenida esa prueba (ilegal).

Esta norma del proyecto se asemeja mucho a lo dispuesto por el artículo 316 del Código Procesal Civil. Su diferencia radica en que, en el proyecto, se elimina la denegatoria de prueba sobre los hechos amparados por una presunción¹⁸ y se hace referencia concreta a las presunciones absolutas.

En lo que respecta a los medios de prueba, el artículo 41.2 del proyecto, dispone que es posible recurrir a todo medio de prueba. No obstante, la misma norma establece

¹⁸ Sobre este punto relativo a los hechos amparados a una presunción, consultar la lectura denominada “La potestad de dirección y el principio de oficiosidad”, la cual forma parte de la unidad número 1 de este curso. Específicamente el tema relativo a los hechos amparados por una presunción.

una lista –muy semejante a la del numeral 318 del Código Procesal Civil-, dentro de los que se incluyen: a) la declaración de parte; b) la declaración de testigos; c) dictámenes de peritos; d) los documentos y los informes; e) el reconocimiento judicial; f) los medios científicos y tecnológicos, h) cualquier medio no prohibido.. Evidentemente, la inclusión de este último inciso tiene como una finalidad el otorgar la posibilidad de ofrecer cualquier medio probatorio del cual se puedan extraer elementos de importancia para el proceso, con lo que se busca implementar un *numerus apertus* en lo que concierne al ofrecimiento de la prueba¹⁹.

Vale destacar que en el proyecto se eliminan como medios de prueba las presunciones y los indicios, lo cual resulta acorde con las posiciones doctrinales más avanzadas que le niegan ese carácter²⁰.

Seguidamente pasaremos a analizar cada uno de los medios de prueba en concreto, con la finalidad de señalar las diferencias que existen entre la legislación propuesta y el actual Código Procesal Civil.

III.- LA DECLARACION DE PARTE:

Se encuentra regulada en el artículo 42 del proyecto. Entre sus diferencias y similitudes esenciales con lo dispuesto por los artículos 333 a 349 del Código Procesal Civil podemos señalar las siguientes:

- a) No existen disposiciones que efectúen diferencias claras entre el interrogatorio de parte y la confesión (tal y como sí lo hacen los artículos 333 a 349). No obstante, sí se establece que el interrogatorio puede versar sobre hechos propios o ajenos (artículo 42.1). En el supuesto de personas físicas, solo es factible la comparecencia personal, lo que en mi criterio no obsta para que pueda ser citado el mandatario si éste fue el que conoce del hecho, pues

¹⁹ En cuanto a la existencia de normativas basadas en *numerus clausus* o *apertus*, Parajeles Vindas, comentando la doctrina española, señala que “La doctrina española nos explica con detalle y precisión el tema propuesto: “Se preguntaba hace tiempo si los medios de prueba eran los que la Ley señalaba o podían ser otros, si la prueba responde al *numerus clausus* o a *numerus apertus*. Debemos elegir esta última posibilidad, pues dada la antigüedad de nuestra ley procesal civil, debemos decantarnos por incluir en el precepto cualquier medio que, admitido en derecho, pueda declararse pertinente y cuyo amparo constitucional está por encima de la norma procesal”. *PARAJELES VINDAS, Gerardo. “LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL”. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1999, p.52.*

²⁰ Al respecto consultar la lectura sobre presunciones que forma parte de la unidad número 2 de este curso.

más adelante la norma señala que en todos los supuestos de mandato o representación, los representantes deberán declarar cuando se trate de hechos realizados en su función. Tratándose de personas jurídicas, deberá declarar su representante legal. Si no hubiera intervenido en los hechos debatidos, sin perjuicio de la indicación que deberá hacer, estará obligado a responder según el conocimiento que deba tener de ellos.

- b) Al interrogatorio sobre hechos personales no se le da la condición de confesión como tal, como si lo hacía el numeral 336 del actual Código, no obstante sí tiene esa característica ya que el numeral 42.2 del proyecto indica que la admisión expresa o tácita de los hechos permite PRESUMIRLOS como ciertos y constituye prueba –ya no plena, pues se elimina en el proyecto el sistema tasado-. La norma propuesta no lo indica pero es evidente que esa presunción deriva de que sean hechos contrarios a los intereses del deponente y favorables a la contraria. Se elimina la confesión espontánea del numeral 341 del Código Procesal Civil, pero se permite la admisión expresa de ellos, lo cual incluiría que se haga en la audiencia o a través de cualquier escrito o documento.
- c) En el caso en que el apoderado es llamado a rendir declaración en representación de su mandante, puede alegar la situación de que no participó en los hechos sobre los cuales es citado para rendir declaración (artículo 42.1). En este supuesto, está en la obligación de indicar el nombre de la persona que actuó en nombre del mandante, lo cual debe cumplir dentro del plazo de cinco días a partir del momento en que es notificado de la resolución que señala para la evacuación de la prueba. En caso de no cumplir con esa indicación o de manifestar que desconoce a la persona interviniente en los hechos, se valorará su respuesta como evasiva.
- d) El artículo 42.1 establece que el deponente no puede ser llamado dos veces a rendir declaración –en esto se asemeja al artículo 333 del Código Procesal

Civil-. Se eliminó la posibilidad de que en la misma audiencia se solicite la declaración de la parte proponente –como sí lo permite el actual 346 ibídem-.

- e) No se regula la posible de que cuando existan varios co-accionados, uno de los demandados pueda ofrecer la declaración de otro codemandado, situación que como analice anteriormente en el aparte de los medios de prueba si permite nuestra jurisprudencia.
- f) Como lo reseñé, una diferencia esencial consiste en que no se le otorga el carácter de “*plena prueba*” a la confesión judicial (como sí lo hace el artículo 338 del Código Procesal Civil). Al respecto, el artículo 42.2 se limita a indicar que la declaración hace prueba contra el declarante cuando verse sobre hechos propios, pero falto indicar que esos hechos deben ser contrarios al declarante y favorables a la contraria. Salvo que se tenga la iniciativa de admitir ese medio de prueba como una posibilidad de ofrecimiento de la propia declaración en su beneficio, lo cual al menos debió aclararse en el articulado. Con respecto al eliminar el carácter de plena prueba, en mi criterio, esto significa que la confesión judicial debe ser valorada junto con los demás elementos probatorios, sin otorgarle ningún valor especial. Lo anterior, conlleva a eliminar los resabios del sistema de valoración de la prueba legal o tasada que tenía el Código Procesal Civil, para implementar aún más un sistema fundamentado en la sana crítica. Esto será objeto de un desarrollo más exhaustivo, cuando toquemos el tema de las formalidades que debe contener la sentencia, de acuerdo al proyecto del Código Procesal Civil.
- g) Otra diferencia esencial consiste en que no existe ninguna disposición en la que se establezca que la confesión sea indivisible y que el interrogatorio de parte sea divisible (artículos 334 y 340 del Código Procesal Civil). Entonces, ante la pregunta de qué ¿si el interrogatorio de parte –ya sea de hechos propios o ajenos- es divisible o indivisible? , en mi criterio, se debe responder que es divisible. Esto porque debemos interpretar que la finalidad del proyecto es que el juzgador valore todos los elementos probatorios para así cimentar su decisión, lo cual tendría un límite si el juez se ve ante la imposibilidad de dividir las respuestas dadas al interrogatorio, para así

valorar estas respuestas junto con las demás pruebas y poder basar mejor su decisión. Aunado a esto, la razón de que la confesión fuera indivisible radica en la condición de plena prueba que poseía de acuerdo a la anterior normativa. Al no concedérsele esa condición, no hay razón para considerarla como indivisible.

- h) Al igual que como lo dispone el numeral 342 del Código Procesal Civil, el numeral 41.4 inciso 5° establece que el interrogatorio debe ser formulado solamente en forma oral y directa, lo cual no permite la posibilidad de efectuarlo en forma escrita. Los juzgadores no tienen la posibilidad de revisar previamente el interrogatorio. Esto para garantizar la aplicación del principio de oralidad y el interrogatorio directo de las partes.
- i) También en forma similar a lo que establece el numeral 345 del Código Procesal Civil, el artículo 41.4 inciso 5° del proyecto, no permite al declarante consultar notas o apuntes. Sin embargo, de acuerdo a la naturaleza del interrogatorio, es permitido al declarante consultar cierto tipo de documentos, los cuales deben ser llevados por éste el día de la audiencia, dado que no es posible interrumpir la audiencia por esa circunstancia.

j) Por último, el numeral 41.4 inciso 6°, permite la práctica de prueba en el extranjero o en lugares distantes de la sede del tribunal, se podrá hacer por medios tecnológicos que garanticen la inmediación. Solo en casos excepcionales, atendiendo a la importancia de la prueba y a la dificultad de practicarla directamente o por medios tecnológicos, se podrán remitir exhortos para la práctica de prueba en el extranjero. Cuando por medios electrónicos o de nuevas tecnologías se recibiere declaración de parte, testimonial o pericial en que la fuente de prueba se encontrare en el extranjero, se aplicarán las formalidades establecidas en este Código y la prueba se tendrá como recibida en el territorio nacional para todos sus efectos.

k) IV.- LA DECLARACION DE TESTIGOS:

La prueba testimonial ofrece muchas diferencias en relación con lo que establecen los artículos 351 a 367 del Código Procesal Civil. Analicemos cuales son estas diferencias:

- a) El artículo 43.1 del proyecto del Código, no establece límites para la admisibilidad de la prueba testimonial, por razones de cuantía de la convención o del acto jurídico que se pretende acreditar, como sí lo hace el artículo 351 del Código Procesal Civil. El proyecto tampoco dispone que la testimonial sea admisible solamente si se ofrece como complemento de un documento, de acuerdo al principio de prueba por escrito. Esto implica que la declaración de testigos puede ser ofrecida como medio de prueba para probar o contradecir cualquier hecho o acto jurídico, independiente de que este conste en un documento público o privado (contrario a lo dispuesto por el numeral 353 del Código Procesal Civil).
- b) El artículo 43.1 del proyecto, indirectamente, define al testigo como cualquier persona física que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos. Por otro lado, a diferencia del Código Procesal Civil, el cual no establece nada al respecto, el artículo citado sí indica que las personas que sea mayor de doce años y **TENGA CAPACIDAD** podrá ser ofrecida como testigo, siempre y cuando a criterio del Tribunal tenga conocimiento necesario para discernir y para declarar verazmente. Este aspecto de la capacidad volitiva o cognoscitiva de los testigos ya fue analizado por mí anteriormente en este texto.
- c) En el ofrecimiento de la prueba testimonial también existen diferencias importantes. El numeral 354 del Código Procesal Civil establece que deben indicarse los hechos sobre los cuales van a declarar cada uno de los testigos. Por el contrario, el numeral 43.1 proyecto dispone que los testigos serán admitidos por el Tribunal ampliando o reduciendo su número, dependiendo de la trascendencia y necesidad de la prueba.

- d) El numeral 43.3 del proyecto regula en forma muy distinta la sustitución de testigos. Dicha norma señala que procederá la sustitución de testigos ofrecidos y admitidos; la de estos últimos solo procederá en casos excepcionales. En los procesos en que exista audiencia preliminar, la sustitución del testigo ofrecido se resolverá en esa audiencia y la de admitidos se podrá solicitar y resolver hasta en la audiencia de práctica de prueba. En los procesos de única audiencia, sea que la sustitución se refiera a testigos ofrecidos o admitidos, la solicitud se podrá realizar antes de la finalización de la audiencia y se tramitará y resolverá en ésta. Siempre que se admita la sustitución de testigos, el tribunal adoptará las medidas necesarias para asegurar el derecho al contradictorio.
- e) El artículo 43.1 del proyecto –a diferencia del artículo 358, párrafo 3° del Código Procesal Civil-, permite que el testigo rinda declaración sobre aspectos técnicos o profesionales, con lo que a fin de cuentas se sigue el criterio de nuestros Tribunales con respecto al “*testigo-perito*”. La norma señala que “*Si el testigo tuviere conocimientos científicos, técnicos, profesionales, artísticos o prácticos, se admitirán las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a su respuesta.*”.

f) El proyecto del Código Procesal Civil establece que los testigos tienen la posibilidad de abstenerse de declarar en virtud de ciertas circunstancias, tal como lo establece el numeral 360 del Código Procesal Civil (artículo 43.2 del proyecto). Ahora bien esa abstención difiere un poco de la que regula el 360, dispone el 43.2 que “*Pueden abstenerse de declarar como testigos los que sean examinados sobre hechos que importen responsabilidad penal contra el declarante o contra su cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o parientes colaterales hasta el tercer grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad. Asimismo, pueden negarse a contestar preguntas que violen su deber o facultad de reserva, aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley deban guardar secreto.*”.

Los testigos menores de edad tendrán derecho de abstenerse a declarar, o a responder preguntas concretas, cuando dicho acto les pueda generar un conflicto de lealtad con sus progenitores. El tribunal debe comunicar al testigo menor de edad, que tiene ese derecho.”.

- g) Otra diferencia esencial la constituye la posibilidad de careo, dado que el numeral 43.5 del proyecto elimina la posibilidad de solicitar careos de partes que si permitía el numeral 367 del Código Procesal Civil. La norma propuesta indica “*Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá acordar que se sometan a un careo. También se podrá disponer, en razón de las respectivas declaraciones, la celebración de careo entre las partes y alguno o algunos testigos. La solicitud se formulará al finalizar el interrogatorio y, en este caso, se advertirá al testigo que no se ausente para que dichas actuaciones puedan practicarse a continuación”.***
- h) Por último, se debe hacer hincapié en las diferencias que existen en las formalidades que rodean el interrogatorio de los testigos. El artículo 358, párrafo 3°, del Código Procesal Civil dispone que, es el juzgador, quien debe interrogar al testigo respecto de los hechos sobre los cuales fue ofrecido por las partes. A diferencia de esto, el artículo 43.4 dispone que el testigo será interrogado en primer lugar por la parte proponente, luego por la contraria y finalmente por el tribunal. Al responder justificará las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron los hechos y de cómo obtuvo conocimiento de ellos, en la forma más amplia posible. Concluida la declaración, las partes y el tribunal podrán interrogar nuevamente para pedir aclaraciones.**

V.- LA PRUEBA PERICIAL:

Las diferencias en lo que respecta a esta prueba son las siguientes:

- a) El numeral 401 del Código Procesal Civil establece, como un requisito de admisibilidad, el aportar un interrogatorio sobre los puntos sobre los que debe versar el peritaje. Al contrario, el numeral 44.1 no señala nada al respecto pues se limita a indicar que las partes podrán ofrecer informes escritos elaborados por peritos externos o bien solicitar que se le nombre uno judicial. La norma señala *“Será admisible la prueba pericial cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajenos al derecho, para apreciar hechos o circunstancias relevantes o adquirir certeza de ellos. Las partes podrán aportar, con la demanda o contestación, los dictámenes de peritos o informes técnicos elaborados por particulares, instituciones públicas o por medio de un Colegio Profesional. Se adjuntarán, con los demás documentos, instrumentos o materiales necesarios para su apreciación. Asimismo, podrán solicitar el nombramiento de un perito por parte del tribunal...”*
- b) Asimismo con respecto al informe rendido por peritos judiciales, únicamente se indica que el Tribunal le indicará sobre los aspectos que debe informar, pero no se debe cumplir ninguna formalidad como lo es el cuestionario previo. En este sentido el numeral 44.2 dispone *“Los peritos judiciales serán designados de la lista elaborada por el Poder Judicial, tomando en cuenta la naturaleza y el objeto de la peritación. Al hacer el nombramiento el tribunal indicará con precisión los aspectos sobre los cuales debe informar”*.
- c) Como consecuencia de la aplicación de los principios de oralidad y de inmediación, el artículo 44.3 del proyecto indica que el informe pericial debe ser presentado en forma escrita, cinco días antes de la audiencia de recepción de prueba. No obstante, es en dicha audiencia que el informe pericial es examinado por las partes, sus abogados o los expertos técnicos y consultores con los que cuenten las partes. Posteriormente, es cuando es revisado por los juzgadores. El experto debe concurrir a la audiencia de recepción de prueba, donde es interrogado acerca del dictamen rendido. El numeral 44.4 señala *“El dictamen pericial será examinado en la audiencia de prueba, primero por el proponente,*

luego por la parte contraria y finalmente por el tribunal. Para tal efecto, las partes podrán contar con el auxilio de expertos técnicos o consultores. El perito deberá comparecer a la audiencia, salvo que las partes y el tribunal lo estimen innecesario. Quienes participen en la audiencia podrán hacer observaciones, pedir aclaraciones, ampliaciones, explicaciones de operaciones, métodos, premisas, fuentes o incluso impugnar y cuestionar el informe con otros medios probatorios.”

VI.-LA PRUEBA DOCUMENTAL:

En el campo de la prueba documental, también existen diferencias importantes entre lo que establece el Código Procesal Civil y el proyecto del nuevo Código Procesal Civil. Estas diferencias son:

- a) La primera se da desde la definición misma de documento. El artículo 368 del Código Procesal Civil le da el carácter de documento a todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo. El numeral 45.1 del proyecto elimina la denominación de *“objeto mueble de carácter representativo o declarativo”*, para en su lugar eliminar toda concepción en torno a documento. De tal forma el numeral 45.1 establece lo siguiente: *“. Los documentos públicos y los privados admitidos tácita o expresamente, se presumen auténticos y válidos mientras no se pruebe lo contrario. Los documentos recibidos o conservados por medios tecnológicos, y los que los despachos judiciales emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia del documento físico original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.”*
- b) Al igual que el Código Procesal Civil, el proyecto del Código clasifica los documentos en públicos y privados. El artículo 45.2 del proyecto, en forma similar al numeral 369 del Código Procesal Civil, define como documentos públicos aquellos que han sido redactados o extendidos por funcionarios públicos. La primera diferencia radica en que, el proyecto, incluye el valor probatorio de los documentos otorgados en el extranjero con ese carácter en

virtud de tratados, convenios internacionales o derecho internacional. La norma propuesta indica *“Documentos públicos son todos aquellos redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones y los calificados con ese carácter por la ley. También tendrán esa naturaleza los otorgados en el extranjero con ese carácter en virtud de tratados, convenios internacionales o el derecho internacional. A falta de norma escrita tales documentos deben cumplir los requisitos del ordenamiento jurídico donde se hayan otorgado. El documento otorgado por las partes ante un notario hace fe, no sólo de la existencia de la convención o disposición para la cual ha sido otorgado, sino aún de los hechos o actos jurídicos anteriores que se relatan en él, en los términos simplemente enunciativos, con tal de que la enunciación se enlace directamente con la convención o disposición principal”*.

- c) Otra diferencia esencial es que el proyecto no hace diferencias entre el documento y el instrumento público (como sí lo hace el numeral 369, párrafo 3° del Código Procesal Civil). Como lo señalamos al analizar el tema de la prueba documental –en la unidad n° 2 de este curso-, el instrumento público, es una categoría especial de documento público, al cual la legislación sustantiva le da ese carácter. Dicha categoría de “instrumento público” –conforme a los artículo 369, párrafo 3° ibídem y 101 del Código Notarial-, le corresponde a cierto tipo de documentos notariales, tales como la escrituras y las actas notariales. Ahora bien, de una forma más simple y, a diferencia del numeral 369, párrafo 3° ibídem, el numeral 45.2 no aclara si los documentos notariales son documentos públicos o no, lo cual como vimos antes no es así, sino que se limita a indicar las características de un documento notarial.
- d) Por otro lado, el numeral 45.3 del proyecto indica que los documentos privados son aquellos que no tienen la condición de públicos. Ahora bien, a diferencia de la actual normativa sí se aclara todo el trámite de reconocimiento de documento privado y su valor probatorio, pues se señala que *“El reconocimiento podrá ser expreso o tácito, en este último caso, cuando la parte no lo impugne en su oportunidad. Serán reconocidos por quien los emitió o su representante. Los testigos podrán reconocer los documentos elaborados o firmados por ellos y*

aquellos de los que hayan tenido acceso o conocimiento. El reconocimiento de la firma, salvo objeción, implica aceptación del contenido y éste se podrá reconocer aunque el documento no estuviere firmado...”.

- e) Una diferencia esencial entre el proyecto del Código Procesal Civil y el Procesal Civil actual, radica en que el primero busca eliminar los resabios del sistema de prueba legal o tasada existentes en el segundo. Al respecto, el numeral 370 del Procesal Civil, establece que los documentos y los instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba. Por el contrario, el numeral 42.2 párrafo 2º, del proyecto solo dispone que los documentos públicos solamente demuestran la convención, los hechos y los antecedentes relatados en ellos, en términos simplemente enunciativos.
- f) El numeral 45.3 establece un procedimiento especial para el reconocimiento de documentos privados—el cual, como señale, puede ser expreso o tácito²¹. Dicho procedimiento es el siguiente: *“El reconocimiento podrá ser expreso o tácito, en este último caso, cuando la parte no lo impugne en su oportunidad. Serán reconocidos por quien los emitió o su representante. Los testigos podrán reconocer los documentos elaborados o firmados por ellos y aquellos de los que hayan tenido acceso o conocimiento. El reconocimiento de la firma, salvo objeción, implica aceptación del contenido y éste se podrá reconocer aunque el documento no estuviere firmado.”*
- g) El Código Procesal Civil establece todo un trámite para la declaratoria de falsedad de los documentos públicos o privados (artículos 396 a 400), en el que en la mayoría de los casos el proceso civil debe suspenderse una vez que se ha iniciado el proceso penal en que se denuncia dicha falsedad, salvo ciertas excepciones en las que la falsedad es declarable por el juzgador civil (numerales 294 y 397). A diferencia de esto, el proyecto establece que la falsedad o la nulidad del documento debe alegarse, como excepción, en la contestación de la demanda o en la réplica (artículo 45.5 del proyecto). La norma propuesta señala

²¹ Expresa es cuando la parte lo aporta aceptado por la contraria. Tácita cuando la parte contraria no lo impugna o lo acepta sin objeción al contestar la demanda o al referirse a él en la contestación.

“La impugnación de los documentos presentados con la demanda y la reconvencción deberá hacerse en la contestación y en la réplica. Los que se presenten y agreguen después de la demanda y reconvencción deberán impugnarse en la audiencia. En todo caso, será necesario exponer las razones concretas de la impugnación y las pruebas que la sustenten. La impugnación por falsedad podrá hacerse en el mismo proceso y los efectos de lo que se resuelva se limitarán a éste. Las sentencias dictadas por los tribunales penales, sobre la falsedad de un documento de influencia en el proceso, tendrán valor de cosa juzgada...”. En mi criterio, de la lectura de esa norma, en ningún caso se ordenará la suspensión del proceso civil. En mi opinión personal, esto podría generar fallos contradictorios entre la vía penal y la civil.

- h) Por último, el Código Procesal Civil establece todo un procedimiento para el cotejo de documentos públicos, privados e incluso para las fotocopias (numerales 375, 376, 389 y 390). A diferencia de estas normas, el numeral 45.6 del proyecto que la verificación del documento se puede realizar recurriendo a la declaración de parte, a la prueba técnica, cotejo, documentos y cualquier otro medio de prueba.

Como medio de prueba documental novedoso, el artículo 45.7 del proyecto introduce la posibilidad de solicitar informes a personas jurídicas o entidades públicas y tenerlos como prueba documental. La norma propuesta indica: *“El tribunal a petición de parte o de oficio, podrá solicitar informes de cualquier persona física o jurídica, institución u oficina pública o privada, en relación con los hechos o actos de interés para el proceso. No será admisible el informe cuando, manifiestamente, tienda a sustituir a otro medio de prueba. El informe se remitirá, a la mayor brevedad posible, en cualquier soporte autorizado, bajo juramento de exactitud. La entidad requerida podrá negarse a rendir el informe únicamente cuando se trate de información declarada como secreto de Estado o pueda comprometer seriamente el secreto comercial o información no divulgada. En tal caso y una vez recibida la solicitud, de inmediato, expondrá con claridad y precisión los motivos de su negativa. También se podrá requerir la remisión de expedientes, testimonios, documentos, anexos, estudios relacionados con los informes, anotaciones, asientos de libros, archivos o similares”.*

VII.- EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL:

No existen muchas diferencias entre la regulación que, de este medio de prueba, efectúan el Código Procesal Civil y el proyecto del Código Procesal. Dentro de tales diferencias podemos señalar:

- a) Como una aplicación del principio de inmediación, derivado del numeral 2.7 del proyecto, el reconocimiento únicamente deberá ser practicado por los juzgadores que dicten la decisión final. Esto contrario a los artículos 24 y 409 del Código Procesal Civil, el cual permite la posibilidad de comisionar a otra autoridad para la práctica de cualquier diligencia probatoria la parte deberá indicar si se va a hacer acompañar por algún técnico (artículo 46.2, inciso 1º del proyecto). A diferencia del actual Código Procesal Civil, el proyecto, señala la posibilidad de que las partes recurran a medios tales como la fotografía, los calcos, grabaciones de imagen o de sonido y otros medios semejantes a efecto de dejar constancia del reconocimiento (artículo 46. 2, inciso 2º).
- b) El numeral 46. 2, inciso 3º establece el deber de las partes y de los terceros de colaborar en la práctica del reconocimiento. En el caso de las partes, el incumplimiento de ese deber, se puede tener como la veracidad de la afirmación que, la parte contraria pretende probar. Tal norma propone lo siguiente *“Si la negativa injustificada procede de una de las partes, se le intimará a prestar colaboración; si mantiene su actitud, se podrá interpretar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho a probar...”*. En el caso de los terceros, los juzgadores, pueden acordar las medidas pertinentes para la práctica de la diligencia, incluso ordenando el testimonio de piezas por la comisión de un eventual ilícito. La norma del proyecto faculta a los juzgadores civiles y practicar allanamientos con la finalidad de practicar reconocimientos judiciales, dado que en la misma se establece *“Los tribunales podrán ingresar a los inmuebles o a los recintos objeto de controversia, o donde se hallen los bienes a examinar. Para tal efecto podrán ordenar el allanamiento y auxiliarse con la fuerza pública si es necesario”*.

En cuanto a la documentación del reconocimiento, se otorga la posibilidad de realizarla en vídeo o medios electrónicos. El numeral 46.2, inciso 4º, establece: *“El reconocimiento se documentará utilizando medios de grabación de imagen y sonido. Cuando ello no sea posible, se consignará en un acta. Se asentarán en el medio electrónico utilizado o en el acta los aspectos relevantes. Sólo en casos excepcionales, se diferirá la documentación del reconocimiento judicial...”*

- c) Por último, el numeral 47, incluye la posibilidad de “reconstruir hechos”, suponemos que se refiere a los supuestos similares a los que se dan en materia penal. Sin embargo, la norma algo concreto al respecto, sino que se limita a indicar que se seguirá el mismo procedimiento del reconocimiento.

VIII.-LOS MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA:

En el proyecto no existen diferencias esenciales en la forma en cómo se regulan estos medios de prueba, con respecto al Código Procesal Civil. El artículo 48 del proyecto establece *“Podrá ordenarse la práctica de reproducciones de cualquier naturaleza, calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, personas, documentos y lugares, radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos, y, en general, cualquier prueba científica. En la audiencia se le dará a esta prueba el mismo tratamiento dispuesto para la prueba pericial.”*

En mi criterio, considero que al intentar definir los medios científicos de prueba se cometen los mismos errores conceptuales del artículo 412 del Código Procesal Civil, que consisten en confundir la prueba documental y la pericial con tales medios, a lo que se hizo referencia en la unidad n° 2 de este curso.

CONCLUSIONES

- 1) Existen diferencias esenciales entre la regulación de los medios de prueba que establece el Código Procesal Civil y los que se pretende implantar mediante el proyecto de ese Código.
- 2) En la declaración de parte las diferencias radican, principalmente, en que: a) No existen disposiciones que efectúen diferencias claras entre el interrogatorio de

parte y la confesión; b) en el caso en que el apoderado es llamado a rendir declaración en representación de su mandante, puede alegar la situación de que no participó en los hechos sobre los cuales es citado para rendir declaración; c) no se le otorga el carácter de “*plena prueba*” a la confesión judicial; y d) no existe ninguna disposición en la que se establezca que la confesión sea indivisible y que el interrogatorio de parte sea divisible.

- 3) En la testimonial las diferencias son: a) el proyecto del Código Procesal Civil, no establece límites para la admisibilidad de la prueba testimonial, por razones de cuantía de la convención o del acto jurídico que se pretende acreditar; b) los testigos son ofrecidos sin ningún límite en cuanto a su número para efectos de admisibilidad; c) se introduce la figura del “testigo-perito” a nivel normativo y d) por último, existen diferencias en las formalidades que rodean el interrogatorio de los testigos.
- d) En la prueba pericial las diferencias son: a) no se requiere un interrogatorio previo para el perito, por el contrario, el proyecto señala que la parte únicamente debe indicar los temas concretos sobre los que requiere la opinión del experto; b) el informe pericial debe ser presentado en forma escrita, cinco días antes de la audiencia de recepción de prueba y c) el perito debe de presentarse en la audiencia de recepción de prueba a fin de presentar su dictamen.
- 4) En la prueba documental: a) el proyecto elimina la denominación de “objeto mueble representativo o declarativo”, b) el proyecto no hace diferencias entre el documento y el instrumento público; c) otra diferencia esencial radica en que el proyecto del Código Procesal busca eliminar los resabios del sistema de prueba legal o tasada, por lo que, se elimina la condición de plena prueba de los documentos e instrumentos públicos y se establece que tanto los documentos públicos como los privados –aceptados tácita o expresamente-, se presumen AUTÉNTICOS; d) el proyecto establece que la falsedad o la nulidad del documento debe alegarse, como excepción, en la contestación de la demanda o en la réplica, y como tal debe ser resuelta por los jueces civiles, salvo que ya se haya declarado en sede penal, por lo que, en ninguna ocasión se puede decretar la suspensión del proceso civil.

6) En cuanto al reconocimiento judicial: a) el proyecto señala que el reconocimiento deberá ser practicado, necesariamente, por los juzgadores que dicten la decisión final; b) a diferencia del Código Procesal Civil, el proyecto, señala la posibilidad de que las partes recurran a medios tales como la fotografía, los calcos, grabaciones de imagen o de sonido y otros medios semejantes a efecto de dejar constancia del reconocimiento.