

Jorge Olaso Álvarez

LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL

Un análisis de la
legislación vigente
y de la reforma procesal



Editorial Jurídica Continental

347.06

O-42p Olaso Álvarez, Jorge

La Prueba em materia civil / Jorge Olaso Álvarez.
-- 1ª. ed. -- San José, C.R. : Editorial Jurídica Continental,
2015.

444 p. ; 21 x 14 cm.

ISBN 978-9930-520-00-0

1. Prueba – derecho.. 2. Derecho penal.
3. Procedimiento penal. I. Título.



Editorial Jurídica Continental
www.editorialjuridicacontinental.com
editorial_ejc@hotmail.com
Teléfono (506) 2255-1921

Monografías

Derecho Procesal Civil
Y Derecho Privado

Directores

Dr. Jorge Olaso Álvarez
Dr. Álvaro Hernández Aguilar

Consejo Editorial

Dr. Álvaro Hernández Aguilar
Dr. Jorge Olaso Álvarez
Dr. Enrique Ulate Chacón
Dr. Rodolfo León Díaz
Dra. Andrea Acosta Gamboa
Dr. Ricardo González Mora
Lic. Franck Álvarez Hernández
Lic. Mauricio París Cruz

Arte final
Zeta Servicios Gráficos S. A.
librozeta@gmail.com



Impreso en mayo de 2015

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15
INTRODUCCIÓN	19

UNIDAD I GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA

PRESENTACIÓN	23
1. EL CONCEPTO DE PRUEBA.....	25
1.1 INTRODUCCIÓN.....	25
1.2. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.....	26
1.3. LAS DIFERENTES ACEPCIONES SOBRE EL TÉRMINO “PRUEBA”	28
1. 4. “LA VERDAD” EN EL PROCESO CIVIL.....	30
1. 5. LA PRUEBA PROCESAL Y LA VERDAD PROCESAL.....	33
1.6. CONCLUSIONES	34
2. EL OBJETO DE LA PRUEBA.....	34
2.1. INTRODUCCIÓN	34
2.2. LA RELACIÓN ENTRE LOS HECHOS Y EL OBJETO DE LA PRUEBA.....	35
2.3. LA NECESIDAD DE ACREDITAR EL DERECHO EXTRANJERO	37
2.4. LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE.....	41
2.5. CONCLUSIONES	45
3. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA	45
3.1. INTRODUCCIÓN.....	45
3.2. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO	46
3.3. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL	51
3.4. EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN	54
3.5. EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN.....	56
3.6. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN	59
3. 7. EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD	61
3.8. CONCLUSIONES	62

4. LA ETAPA PROCESAL PARA EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA.....	63
4.1. INTRODUCCIÓN	63
4.2. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS ORDINARIO Y ABREVIADO	64
4.3. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS SUMARIOS	66
4.4. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBAS EN LOS PROCESOS ESPECIALES.....	66
4.5. CONCLUSIONES	68
5. LA CARGA DE LA PRUEBA.....	69
5.1. INTRODUCCIÓN.....	69
5.2. EN BUSCA DEL CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA	69
5.3. MANIFESTACIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA	71
5.4. LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA.....	75
5.5. CONCLUSIONES	75
6. LA POTESTAD DE DIRECCIÓN DEL JUZGADOR Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD –EN CUANTO A LA ADMISIÓN Y EL RECHAZO DE PRUEBA–	76
6.1. INTRODUCCIÓN.....	76
6.2. LA POTESTAD DE DIRECCIÓN DEL JUZGADOR	77
6.3. LAS MANIFESTACIONES DEL PODER DE DIRECCIÓN EN MATERIA PROBATORIA.....	78
6.4. LOS HECHOS ADMITIDOS POR LAS PARTES.....	80
6.5. LOS HECHOS AMPARADOS EN UNA PRESUNCIÓN	83
6.6. TIPOS DE PRESUNCIONES	84
6.7. LOS HECHOS EVIDENTES.....	86
6.8. LOS HECHOS NOTORIOS	87
6.9. LA DENEGATORIA DE PRUEBA POR RAZONES DE ILEGALIDAD, INADMISIBILIDAD E IMPERTINENCIA	88
6.10. EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD.....	90
6.11. CONCLUSIONES	92

UNIDAD II LOS MEDIOS DE PRUEBA

PRESENTACIÓN	95
1. LA DECLARACIÓN DE PARTE.....	97
1.1. INTRODUCCIÓN.....	97
1.2. LA DECLARACIÓN DE PARTE.....	97
1.3. EL INTERROGATORIO DE PARTE	99
1.4. LA CONFESIÓN	130
1.5. CONCLUSIONES	142
2. LA PRUEBA TESTIMONIAL.....	144
2.1. INTRODUCCIÓN.....	144
2.2. CONCEPTO DE PRUEBA TESTIMONIAL.....	151
2.3. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	153
2.4. ¿EXISTE EN REALIDAD UN LÍMITE PARA ADMITIR PRUEBA TESTIMONIAL POR RAZONES DE LA CUANTÍA?.....	162
2.5. FORMALIDADES PARA EL OFRECIMIENTO Y EVACUACIÓN DE PRUEBA TESTIMONIAL.....	164
2.6. MODALIDADES ESPECIALES EN CUANTO A LA RECEPCIÓN DE PRUEBA TESTIMONIAL....	171
2.6.1. DECLARACIÓN ANTE JUZGADOR COMISIONADO	171
2.6.2. DECLARACIÓN EN LA CASA O EN LA OFICINA	171
2.7. EL CAREO.....	172
2.8. CONCLUSIONES	176
3. LA PRUEBA DOCUMENTAL.....	177
3.1. INTRODUCCIÓN.....	177
3.2. CONCEPTO DE DOCUMENTO	177
3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS	183
3.3.1. DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS.....	184
3.3.1.1. LOS DOCUMENTOS NOTARIALES	185
3.3.1.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES	186
3.3.1.2.1. LOS DOCUMENTOS PROTOCOLARES.....	187

3.3.1.2.2. LOS DOCUMENTOS EXTRAPROTOCOLARES	189
3.3.1.3. EL INSTRUMENTO PÚBLICO	192
3.3.1.4. DOCUMENTO PÚBLICO OTORGADO EN EL EXTRANJERO	193
3.3.2. DOCUMENTO PRIVADO	194
3.4. EL COTEJO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS	199
3.4.1. EL COTEJO DEL DOCUMENTO PÚBLICO	199
3.4.2. EL COTEJO DEL DOCUMENTO PRIVADO	201
3.4.3. COTEJO DE FOTOCOPIAS Y VALOR PROBATORIO DE LA REPRODUCCIÓN MECÁNICA	201
3.5. EL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS	202
3.6. EL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES	203
3.7. LA FALSEDAD DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS	207
3.7.1. LA FALSEDAD Y LA NULIDAD DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS	207
3.7.2. LA FALSEDAD DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS.....	209
3.7.3. DECRETO DE SUSPENSIÓN.....	210
3.8. LA NOCIÓN DE DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SU INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL COSTARRICENSE	210
3.9. EL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS	214
3.10. LA ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE GRABACIONES	223
3.11. CONCLUSIONES	224
4. LA PRUEBA PERICIAL	226
4.1. INTRODUCCIÓN.....	226
4.2. DEFINICIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.....	227
4.3. TRÁMITE PARA EL OFRECIMIENTO Y EVACUACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL.....	237
4.4. CONCLUSIONES	247

5. LOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE PRUEBA.....	248
5.1. INTRODUCCIÓN.....	248
5.2. LOS MAL DENOMINADOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE PRUEBA	249
5.3. CONCLUSIONES	253
6. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL.....	254
6.1. INTRODUCCIÓN.....	254
6.2. CONCEPTO	255
6.3. PROCEDIMIENTO DE EVACUACIÓN.....	255
6.4. ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE ORDENAR EL ALLANAMIENTO DE UN LUGAR EN DONDE DEBE PRACTICARSE EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL	258
6.5. EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS	262
6.6. CONCLUSIONES	267
7. LAS PRESUNCIONES.....	268
7.1. INTRODUCCIÓN.....	268
7.2. CONCEPTO	268
7.3. DIFERENCIAS ENTRE INDICIOS Y PRESUNCIONES.....	269
7.4. LAS PRESUNCIONES LEGALES Y HUMANAS....	270
7.5. CONCLUSIONES	275

UNIDAD III
LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER, LA ADMISIBLE
EN SEGUNDA INSTANCIA Y LOS RECURSOS
EN MATERIA PROBATORIA

PRESENTACIÓN	279
1. LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER Y LA ADMISIBLE EN SEGUNDA INSTANCIA.....	281
1.1. INTRODUCCIÓN	281
1.2. LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER.....	281
1.3. LA PRUEBA OFRECIDA EN SEGUNDA INSTANCIA.....	289
1.4. CONCLUSIONES	294
2. LOS RECURSOS EN MATERIA PROBATORIA.....	295
2.1. INTRODUCCIÓN.....	295

2.2.	LOS RECURSOS ORDINARIOS	296
2.3.	LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES Y DE LAS ACTUACIONES RELACIONADAS CON LA MATERIA PROBATORIA.....	301
2.4.	LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS	301
2.4.1.	EL RECURSO DE CASACIÓN.....	301
2.4.2.	RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES PROCESALES	303
2.4.2.1.	DENEGACIÓN DE PRUEBAS ADMISIBLES	304
2.4.2.2.	LA FALTA DE CITACIÓN A DILIGENCIAS PROBATORIAS	305
2.4.3.	RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES DE FONDO.....	305
2.5.	EL RECURSO DE REVISIÓN	309
2.6.	CONCLUSIONES	312

**UNIDAD IV
LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA
Y SU INTRODUCCIÓN EFECTIVA EN LA SENTENCIA**

PRESENTACIÓN	317
1. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	319
1.1. INTRODUCCIÓN	319
1.2. LA VALORACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA	319
1.3. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	321
1.3.1. SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL DE LAS PRUEBAS.....	321
1.3.2. SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN O VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN CONCIENCIA	325
1.3.3. EL SISTEMA DE VALORACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA SANA CRÍTICA	328
1.3.3.1. ¿QUÉ ES LA SANA CRÍTICA?.....	330
1.3.3.2. LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA	333
1.4. EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA QUE ESTABLECE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	

1.5.	CONCLUSIONES	336
2.	LAS FORMALIDADES QUE DEBE CONTENER EL FALLO EN RELACIÓN CON ASPECTOS PROBATORIOS.....	338
2.1.	INTRODUCCIÓN.....	338
2.2.	LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN GENERAL.....	338
2.3.	LOS REQUISITOS FORMALES DE LA SENTENCIA EN RELACIÓN CON LA INSERCIÓN DE ELEMENTOS PROBATORIOS.....	340
2.3.1.	SOBRE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS EN FORMA EXTEMPORÁNEA..	342
2.3.2.	LA CONFESIÓN EN REBELDÍA.....	343
2.4.	LA FORMULACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.....	353
2.5.	LOS HECHOS NO DEMOSTRADOS.....	364
2.6.	LAS FORMALIDADES QUE DEBEN CONTENER LAS DEMÁS RESOLUCIONES JUDICIALES	365
2.7.	CONCLUSIONES	366

**UNIDAD V
LA ADMISIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA
EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

I.- INTRODUCCION	371
II.- ANTECEDENTES	372
LOS PRINCIPIOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA MATERIA PROBATORIA ESTABLECIDOS EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL	378
I.- INTRODUCCION	378
II.- LOS PRINCIPIOS PROCESALES.....	378
CONCLUSIONES.....	388
LAS ACTUACIONES PROCESALES EN LAS DIVERSAS AUDIENCIAS ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.....	389
I.- INTRODUCCION	389

II.- LA AUDIENCIA PRELIMINAR	391
III.- LA AUDIENCIA COMPLEMENTARIA O DE RECEPCION DE PRUEBA	394
IV.- LOS PROCESOS QUE CUENTAN CON UNA SOLA AUDIENCIA	398
V.- LA VALORACION DE LA PRUEBA.....	401
CONCLUSIONES.....	401
LAS ETAPAS PROCESALES PARA EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA QUE ESTABLECE EL PROYECTO DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO	
I.- INTRODUCCION	403
II.- LAS ETAPAS PROCESALES PARA EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA.....	403
A. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN EL PROCESO ORDINARIO	403
B. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS	404
C. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBAS EN EL PROCESO MONITORIO	406
III.- ¿DESAPARECE LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL?	408
IV.- LA ADMISION DE LAS PRUEBAS	412
CONCLUSIONES.....	414
LAS DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LOS MEDIOS DE PRUEBA ESTABLECIDOS EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y EN EL PROYECTO.....	
I.- INTRODUCCION.....	415
II.- LOS MEDIOS DE PRUEBA EN GENERAL.....	415
III.- LA DECLARACION DE PARTE.....	417
IV.- LA DECLARACION DE TESTIGOS	421
V.- LA PRUEBA PERICIAL.....	425

VI.- LA PRUEBA DOCUMENTAL	427
VII.- EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL	432
VIII.- LOS MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA.....	434
CONCLUSIONES.....	434
LAS FORMALIDADES QUE DEBEN CONTENER LAS SENTENCIAS DE ACUERDO CON EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO.....	
	436
I.- INTRODUCCION	436
II.- FORMALIDADES DE LA SENTENCIA.....	437
III.- LAS ETAPAS DE LA SENTENCIA.....	440
CONCLUSIONES.....	441
CONCLUSIÓN	443
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	445

PRESENTACIÓN

Para los suscritos, como autores invitados y como miembros del Consejo Editorial en el campo del Derecho Civil, es motivo de gran regocijo y de orgullo, el efectuar la introducción a esta colección de obras doctrinarias editadas por la Editorial Jurídica Continental. A partir del presente volumen se inicia un proyecto dirigido al desarrollo científico del derecho civil, mercantil y procesal, mediante una colección de publicaciones monográficas, por medio de dicha editorial, la cual se engalana al darla a conocer a la comunidad jurídica de este país.

A lo largo de los años, los operadores del derecho en esta materia hemos observado como en otras ramas del conocimiento jurídico se desarrollan importantes proyectos tendientes al desarrollo de una doctrina nacional en dichos campos. No obstante, siempre apreciábamos con nostalgia que no ocurría lo mismo en el Derecho Civil y en el Procesal Civil, dado que año con año era muy limitada la producción en el campo doctrinario. Las razones de este fenómeno obedecen, en nuestro criterio, al encontrarnos en un punto importante en el desarrollo de la cultura jurídica costarricense, en la que la mayoría de los especialistas de otras ramas, tales como el Derecho Penal o el Contencioso Administrativo, encuentran motivaciones importantes para la elaboración de textos que comenten y analicen los grandes cambios normativos que en los últimos tiempos han tenido esas materias, en razón por ejemplo, de la implementación de los Tribunales de Flagrancia en Derecho Penal y su vinculación con las teorías del Derecho Penal del Enemigo, o el desarrollo creciente que ha tenido la jurisprudencia de los Tribunales Contencioso Administrativos a raíz de la promulgación de una codificación importante que vino a modificar el procedimiento en esta materia. Sin embargo, en el campo de lo civil, no se han dado

estas circunstancias, quizás motivado por el hecho de que el proyecto para implementar una reforma en el campo del Derecho Procesal Civil aún se discute en la corriente legislativa y, ante la necesidad de promulgar normas que solucionen los problemas de celeridad y efectúen una tutela judicial efectiva, se han fraccionado partes de la codificación propuesta, como lo son la ya no tan novedosa Ley de Cobro Judicial y a su vez la Ley del Monitorio Arrendaticio. Esa necesidad imperiosa de promulgar normas que solventen los problemas más urgentes que se presentan en el campo civil, ha generado una confusión muy grande para los operadores del derecho, quienes encuentran ante sus manos normativas basadas en un sistema oral, en el que la intermediación, la concentración de audiencias y el desarrollo tecnológico constituyen islas separadas del resto del continente, conformado por aquellos que, aunque forman parte de la región vasta del derecho civil, seguimos aplicando un Código Procesal Civil fundado en un sistema escrito con principios procesales totalmente distintos y, lo que es más grave con procedimientos alejados a los grandes avances tecnológicos con que se ha dotado a los juzgados y a los tribunales que tramitan materia cobratoria o monitoria arrendaticia. Ello sin obviar también que nuestra legislación sustantiva, el Código Civil fue promulgado en el año 1888, por lo que evidente también presenta diferencias trascendentales con otras normativas posteriores, como por ejemplo sucede, en materia contractual, entre la visión tradicional del principio de autonomía de la voluntad y la implementación de la teoría de las condiciones generales de la contratación, derivada del numeral 42 de la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor número 7472; así como también sucede lo mismo, con los cambios que se introducen en materia de garantías sobre bienes muebles a raíz de la promulgación de la Ley de Garantías Mobiliarias y su roce normativo con los lineamientos que

establecen ciertas disposiciones del Código de Comercio y el Código Civil.

Es ante este fenómeno que se presenta en el campo civil, que la idea de editar obras que analicen y desarrollen estos cambios eminentes de legislación resulta esencial y de vital importancia no solo para los operadores del derecho, sino también para los profesores universitarios y sobre todo para las personas estudiantes de derecho, quienes requieren se les brinde la posibilidad de consultar textos en los que se desarrollen y expliquen dichos cambios normativos entre la nueva legislación y los efectos que estas modificaciones y la normativa anterior, ya sea que ésta última resulte derogada o subsista. Para hacer eco de lo anteriormente expuesto, en torno a la materia procesal civil, el primer texto que marca el inicio de muchos con posterioridad vendrán, es el libro denominado “La prueba en materia civil: análisis de la legislación vigente y de la reforma procesal”, en el que se desarrolla la temática del derecho probatorio, a la luz de criterios doctrinarios y jurisprudenciales, que analizan la legislación vigente, pero a su vez se efectúa una explicación de las variables que la última versión del proyecto al Código Procesal Civil pretende introducir, ello con la finalidad de acercar a los lectores a los cambios y similitudes que existen entre ambas normativas.

Bajo nuestra perspectiva, como autores de futuras obras y miembros del Consejo Editorial, tenemos fe en que este nuevo proyecto contribuirá en grande a llenar las necesidades de textos normativos en esta materia y será una fuente de importantes visiones analíticas en el área del derecho civil.

Álvaro Hernández Aguilar

Jorge Olaso Álvarez

INTRODUCCIÓN

Al iniciar el desarrollo de este texto, es de suma importancia establecer cuáles fueron las razones que se tomaron en consideración para escribir acerca de la admisión y la valoración de la prueba en materia civil.

En mi criterio, uno de los elementos esenciales en todo tipo de proceso es la prueba, entendida como la constatación de un hecho el cual se afirma que objetivamente existió. A pesar de lo anterior, la realidad nos muestra que cuando una persona acude a los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia, hace mucho hincapié en los fundamentos de derecho que conforman su demanda y en las pretensiones plasmadas en la misma. No obstante, la circunstancia de que esas pretensiones sean acogidas o no, depende del poder trasladar en forma efectiva a la mente del juzgador no solo las razones de derecho en que fundamenta su acción, sino principalmente las razones de hecho por las que una demanda ha de ser denegada o admitida. En este contexto, la única manera en que el juzgador puede captar y valorar las situaciones de hecho que lo lleven a fundamentar su decisión en uno u otro sentido, la constituyen las pruebas ofrecidas por las partes.

Por ello el juzgador, como director del proceso, debe tener un amplio conocimiento del derecho procesal y del derecho sustantivo, para así captar, primeramente, cuáles de las pruebas que las partes pretenden introducir al proceso son en realidad necesarias para la solución definitiva del conflicto jurídico. Para que el juez pueda realizar este análisis primario en cuanto a la admisión o denegatoria de las pruebas, ha de tener muy claro tanto las pretensiones de la parte actora, como los fundamentos de la resistencia de la parte demandada; asimismo, debe tener dominio de los principios que informan el debido proceso y conocer

a la perfección los distintos medios de prueba que ofrece nuestro ordenamiento procesal.

En una segunda etapa, si la prueba es admitida por el juzgador, este deberá tener el conocimiento de las técnicas idóneas para evacuar, correctamente, las distintas probanzas ofrecidas por las partes. Esto solo es posible si el juzgador cuenta con una adecuada capacitación, y sin dejar de lado la participación directa de las partes, con fundamento en el ejercicio de los principios de contradictorio y de igualdad procesal, lo cual implica ofrecer un trato equitativo, sin discriminación y de acuerdo con las particularidades de quienes intervienen en el proceso.

Por último, el juzgador debe contar con un conocimiento jurídico adecuado, que le permita resolver, con independencia e imparcialidad, el conflicto social y jurídico, mediante un razonamiento lógico y justificado, de acuerdo con los principios que informan la sana crítica, aplicados en la valoración de todas las probanzas evacuadas en el proceso.

En consecuencia, este curso se dirige a capacitar a los juzgadores de la materia civil en las tres etapas antes indicadas, a saber: la admisión y la denegatoria de las pruebas, su evacuación y valoración y su inserción en forma justificada y racional en la sentencia.

UNIDAD I

GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA

PRESENTACIÓN

En la unidad inicial de este texto desarrollaremos aspectos generales sobre la prueba en materia civil.

Al primer apartado de esta unidad se le denomina “El concepto de la prueba”. Primeramente destacamos la importancia de la prueba, asimilando la figura del juzgador con la de un historiador que reconstruye la historia que las partes pretenden acreditar en el proceso. Procederemos posteriormente a aclarar el concepto de prueba, diferenciándolo de un término que muchas veces se relaciona con él, como lo es la verdad. Por último, nos referiremos a la finalidad de la prueba como un medio para crear la llamada “verdad procesal”.

En el segundo, con el tema “El objeto de la prueba”, nos referimos a las circunstancias que deben ser acreditadas ante los juzgadores, como lo son: las afirmaciones de los hechos, el derecho extranjero y la costumbre.

Los “Principios que rigen la prueba” es el título de la tercera sección, en la cual se analizan los principios incorporados en nuestro Código Procesal Civil (dispositivo, economía procesal, concentración, inmediación, preclusión y gratuidad).

En el cuarto apartado, denominado “Etapa procesal para el ofrecimiento de la prueba”, desarrollaremos las distintas etapas que establece ese cuerpo de leyes para que las partes puedan ofrecer sus pruebas.

Definimos la llamada carga de la prueba en el quinto apartado, analizando, a su vez, la aplicación del numeral 317 del Código Procesal Civil y las excepciones a esa norma denominadas “inversión de la carga probatoria”.

Por último, en la sección sexta, titulada “La potestad de dirección del juzgador y la aplicación del principio de oficiosidad”, desarrollaremos las potestades que tiene el

juzgador para admitir o denegar prueba ofrecida por las partes, y por otro lado, la posibilidad de ordenar esa prueba de forma oficiosa.

1. EL CONCEPTO DE PRUEBA

1.1. INTRODUCCIÓN

Iniciamos en este texto una nueva travesía, cuyo objetivo será estudiar y analizar la prueba: uno de los elementos esenciales de todo proceso.

Cuando una persona recurre a un despacho judicial, en procura de justicia, no solo debe pedirla, sino sobre todo, ha de convencer al juzgador. La experiencia nos muestra cómo la decisión final de un conflicto depende de poder trasladar a la mente del juez las razones que justifican las peticiones de las partes.

En el cumplimiento de nuestro trabajo, cuántas veces nos hemos encontrado ante procesos con aspectos jurídicos interesantes, por lo novedosos o complejos. Los enfrentamos con pasión, cavilando prematuramente soluciones justas, sin embargo, una vez analizado el caso, notamos la ausencia de prueba que sustente el dicho de las partes. Y es que, la única forma de que el juzgador capte lo afirmado por ellas, es probándolo.

En un sistema civil como el nuestro, con claros rasgos dispositivos, la aplicación de la potestad jurisdiccional depende de la iniciativa particular, formulada inicialmente a través de la demanda y contestación, con pretensiones debidamente deducidas y sustentadas en hechos descritos con precisión y claridad. Además, las partes asumen la carga de probar esos hechos, por lo que requieren conocimientos precisos de las reglas y principios que las informan, de los criterios de admisión, de las formalidades

para su evacuación, de las técnicas de valoración y otros aspectos importantes.

Una vez plasmadas estas líneas generales sobre el gran viaje que se nos presenta, debemos soltar amarras y ocuparnos del primer tema: el concepto de prueba y su importancia en el proceso civil.

1.2. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

A cuántos de nosotros nos llama la atención la arqueología. El arqueólogo es un científico que estudia el pasado a través de la observación de los restos de civilizaciones antiguas, para así encontrar los tesoros perdidos de la Antigüedad. La función del juzgador es similar, pues partiendo de los hechos que las partes alegan en el proceso, debe constatarlos o averiguar cómo se desarrollaron efectivamente las circunstancias que le servirán para decidir¹.

Por lo expuesto, es de suma importancia desarrollar en el juzgador las destrezas necesarias para que pueda reconstruir lo más certeramente posible el pasado.

En nuestros días se tiene un vasto conocimiento acerca de las maravillas del antiguo Egipto, sin embargo, esto no fue siempre así. Durante miles de años el ser humano no estuvo en capacidad de interpretar los jeroglíficos que utilizaban los egipcios como lenguaje escrito. No fue sino hasta el año 1799 que un oficial de Napoleón descubrió un bloque de piedra al que se le llamó la “*pedra rosetta*”, el cual contaba con un texto escrito en jeroglíficos, pero

¹ En este sentido, DELLEPIANE, citado por ALSINA indica “...El juez trata de reconstruir los hechos valiéndose de los datos que aquellas le ofrecen o de los que puede procurarse por sí mismo. La misión del juez es por eso análoga a la del historiador, en cuanto ambos tienden a averiguar cómo ocurrieron las cosas en el pasado, utilizando los mismos medios o sea los rastros o huellas que los hechos dejaron...” ALSINA, Hugo. TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Tomo 2. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, p. 171.

traducido al griego, que es un idioma cuyo conocimiento e interpretación no se ha perdido en el tiempo. Fue con base en este descubrimiento que se logró demostrar que los antiguos egipcios poseían un lenguaje escrito.

Aplicando esta anécdota a la función del juez, debemos afirmar que nuestra labor consiste en interpretar las distintas “*pedras rosettas*” con las que las partes pretenden acreditar lo ocurrido en su historia personal. Por esto, la importancia de la prueba es que, al recurrir a ella, se posibilita demostrar un hecho que es esencial para la obtención de un determinado interés.

En el mundo jurídico es de trascendental importancia la forma como se introducen los hechos que se someterán a consideración del juzgador. La demanda es el medio que se ha ideado para ello y su correcta formulación es fundamental. Ha de contener una indicación clara de los hechos, en tanto constituye una de las bases materiales de trabajo, junto con la contestación, en las que el juzgador se apoya para hacer su labor de historiador-arqueólogo².

El artículo 290, inciso 2) de nuestro Código Procesal Civil recoge esa necesidad, al establecer que la demanda debe contener los hechos en que la misma se funde, expuestos uno a uno, numerados y bien especificados. Por otro lado, el numeral 305 ibídem, dispone que la parte contraria debe exponer con claridad si rechaza los hechos por inexactos o si los admite con variantes y rectificaciones;

² “...El enjuiciamiento final al que tiende el normal desarrollo del proceso suele exigir una reconstrucción de hechos o, para decirlo en términos clásicos, un juicio de hecho, sobre el cual se proyectan las normas aplicables, determinando así el pronunciamiento definitivo del órgano jurisdiccional sobre el objeto u objetos del proceso. Las normas se aplican a unos hechos o estos se subsumen en unas normas deduciéndose a una consecuencia jurídica, más o menos compleja, que el tribunal asume y convierte en contenido esencial de la sentencia...” DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. DERECHO PROCESAL CIVIL II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., cuarta edición, Madrid, 1997, p. 305.

de esta forma, el inicio de esta “pequeña historia”, a la que llamamos proceso, debe llegar a las manos del juzgador como un relato claro y debidamente concatenado.

1.3. LAS DIFERENTES ACEPCIONES SOBRE EL TÉRMINO “PRUEBA”

Respecto de la palabra prueba, podemos encontrar muchas acepciones, incluso, desde el punto de vista técnico.

Algunos doctrinarios la conceptualizan partiendo del significado del verbo probar, como el ejercicio mental que se realiza al comparar los hechos afirmados por las partes con la prueba ofrecida para demostrar esas afirmaciones³.

Desde la perspectiva de la investigación científica, probar refiere al método por el cual se arriba a la verdad de algo incierto⁴.

Es común que, en la práctica procesal, se utilice el vocablo prueba para identificar la distinta variedad de medios de prueba que ofrece un determinado ordenamiento procesal, así por ejemplo, se habla de “*prueba pericial*”, de “*prueba testimonial*” o de “*prueba confesional*”. También se vincula el término con “el deber de probar”, y es en este caso, desde el punto de vista técnico jurídico, más apro-

3 Al respecto, ALSINA afirma “...en su acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significación corriente expresa una operación mental de comparación. Desde este punto de vista, la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla...” ALSINA, Hugo. Ob. cit., p.171.

4 Eduardo Couture indicaba que “...la prueba es en todo caso, una experiencia, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto...” COUTURE, Eduardo. Citado por el compilador ARDÓN ACOSTA, Víctor, en La prueba en materia laboral. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, San José, 1999, p. 17.

piado hablar de “carga de la prueba”. Por último, también es utilizada para ilustrar el estado cognoscitivo al cual arriba el juez o la jueza una vez realizada la valoración de las probanzas evacuadas en los autos⁵.

Ante tantas y tan distintas acepciones, lo prudente es seleccionar aquella o aquellas que reflejen mejor lo que entenderemos en este texto por concepto de prueba.

Desde nuestro punto de vista, los medios probatorios no son prueba, sino herramientas para probar; en otras palabras, instrumentos mediante los cuales el juzgador capta lo que se pretende acreditar⁶.

Como lo señalamos líneas atrás, tampoco cabe dentro de nuestra idea de prueba el concepto de “carga de la prueba”, en tanto esta refiere a la obligación procesal que tienen los sujetos de acreditar un determinado hecho en favor de sus pretensiones.

Para nosotros la idea de prueba que procuramos enfocar y adoptar, tiene más bien relación con las concepciones que ahora pasamos a citar:

Alsina define la prueba como “...*la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de*

5 Al respecto, Alsina cita una serie de conceptos brindados por diversos autores, de la siguiente forma “...Para Mittermaier es “el conjunto de motivos productores de la certidumbre”; para Bonnier es “la conformidad entre nuestras ideas y los hechos constitutivos del mundo exterior”; Laurent dice que es la demostración legal de la verdad de un hecho”; Domat la concibe como “aquello que persuade de una verdad al espíritu”; para Bentham “es un hecho supuesto o verdadero que se considera destinado a servir de causa de credibilidad para la inexistencia o existencia de otro hecho”...” ALSINA, Hugo. Ob. cit., p. 172.

6 Parajeles Vindas citando a Valentín Cortés Domínguez y Antonio María Lorca Navarrete indica lo siguiente “Medios de prueba son los instrumentos que permiten al juez la apreciación sensible del objeto de prueba; si lo queremos decir de otra manera, son los instrumentos de que disponen las partes pertinentes para su defensa...” PARAJELES VINDAS, Gerardo. “LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL”. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, 1998, p. 46.

un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende... ”7.

De la Oliva y Fernández definen la prueba civil como “...*aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso*”8.

Couture, por su parte, señala que la prueba civil es un método para “*comprobar, demostrar y corroborar la verdad o la falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio...*”9.

Bastan estas tres definiciones para resaltar el aspecto que nos parece esencial: la idea de actividad o método, que tiende a la demostración de la verdad.

1. 4. “LA VERDAD” EN EL PROCESO CIVIL

La “verdad”, dentro del desarrollo de la función jurisdiccional, y en específico dentro del ámbito privado, no siempre atiende a la acepción vulgar del término, por lo que ha de entenderse con reserva.

El Diccionario de la Real Academia Española contiene varias acepciones del término “verdad”:

*“Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna... realidad (existencia real de algo). Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente. Cualidad de veraz. Hombre de VERDAD, etc....” (Las mayúsculas no pertenecen al original)*10.

7 ALSINA, Hugo. *Ob. cit.*, p. 172.

8 DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. *Ob. cit.*, p. 307.

9 COUTURE, Eduardo. *Citado por* ARDÓN ACOSTA, Víctor. *Ob. cit.*, p. 18.

10 *Real Academia Española. DICCIONARIO DE LA LENGUA*

Sin pretender entrar en el campo de la metafísica y partiendo de las definiciones citadas, pareciera que la idea de verdad está relacionada con aquello que es real, o cierto. Sin embargo, es ilusorio pensar que un juez –persona ajena al conflicto y limitada en su actuación– pueda siempre llegar a establecer con absoluta certeza dicha verdad.

El simple hecho de que sean las partes las que ofrecen las pruebas, con la finalidad de convencer al juzgador de la “veracidad” de sus afirmaciones, ya dice mucho de la dificultad apuntada, pues evidentemente ello limita, en gran medida, el papel que se nos pretende asignar como supuestos descubridores de ese tesoro al que se denomina la verdad real11.

Nótese que el grado de conocimiento que el juez adquiere de los hechos depende, en mucho, de las probanzas que ofrecen las mismas partes. Al inicio de todo proceso, como es lógico suponer, los jueces nos encontramos en un estado de desconocimiento total acerca de la veracidad o no de las pretensiones que indica el actor en su demanda y de la resistencia que de las mismas opone la parte contraria. Es debido al examen de los hechos frente

ESPAÑOLA. Tomo II, Editorial Espasa Calpe S.A. Vigésima segunda edición, Madrid, año 2001, p. 2286.

11 “El uso del término verdad debe imponer un saludable respeto. Y no porque no exista la verdad ni existan verdades, ni porque se niegue apriorísticamente la posibilidad de conocer una y otra, sino simplemente, porque su conocimiento es arduo y porque en nuestra Administración de Justicia y en materia civil (por lo menos), no se exige la adquisición de una certeza o de un convencimiento de la verdad de los hechos “más allá de toda duda razonable” (beyond any reasonable doubt), expresiva formulación angloamericana que la literatura y el cine han popularizado. En este sentido, cabría admitir que se entiende por verdad, a los efectos de los procesos civiles ordinarios, “una tan alta probabilidad que excluya la aceptación de lo contrario” de lo tenido inicialmente por probable (Lent). En otros términos, será suficiente estar moralmente convencido de la verdad de un hecho o tener certeza, positiva o negativa, de la afirmación de un hecho...” DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. *Ob. cit.*, p. 307.

a las pruebas ofrecidas y evacuadas, que nuestra mente se llega a plantear una serie de posibilidades acerca de la existencia de esos hechos, las cuales, posteriormente, nos permiten llegar a la verdad. Esto último ocurre cuando esos hechos son fiel reflejo de los resultados obtenidos por las pruebas¹².

La circunstancia de que nuestro conocimiento de la verdad dependa de los hechos indicados por las partes y de las probanzas ofrecidas por ellas mismas, nos lleva a afirmar, sin lugar a dudas, que la prueba recabada en un proceso civil no se dirige a probar la “verdad”¹³, sino, diría yo, una “verdad” aparente, la que finalmente se nos muestre, o se nos permita ver o descubrir.

12 “Actor y demandado afirman los hechos que fundamentan sus pretensiones, pero cuando no hay conformidad sobre los mismos, el juez no puede tenerlos por existentes aun cuando tenga conocimiento personal de ellos por investigaciones practicadas con prescindencia de partes...Puesto al examen del hecho frente a los medios aportados por las partes, surge la duda, que se funda en la probabilidad o verosimilitud de la existencia del hecho; se dice que un hecho es posible cuando está de acuerdo con las leyes físicas y naturales, de modo que faltando esa correlación el hecho es imposible y la duda desaparece. Por último, cuando la investigación revela que no hay uniformidad entre el hecho afirmado y los resultados obtenidos por aquélla, se llega a la verdad, que es así la conformidad entre una cosa y la idea que nos hemos formado de ella...” ALSINA, Hugo. Ob. cit., p.173.

13 “Aun sin referirnos a que los hechos afirmados por las dos partes han de ser tenidos como ciertos por el juzgador, esto es, reduciéndolos a los hechos controvertidos, la mera constatación de la existencia de límites legales a la libertad de actuación del juez ha de indicarnos, sin más, que la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil. Si los hechos controvertidos pueden ser solo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante estos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal...” MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 26.

1. 5. LA PRUEBA PROCESAL Y LA VERDAD PROCESAL

La prueba en un proceso civil, tiende, entonces, a dilucidar lo que hemos llamado “verdad aparente”.

Al respecto, la moderna doctrina procesal alemana llama a este “estado de certeza” la “verdad procesal”. Dicha verdad –de acuerdo con la interpretación de la regla contemplada en el parágrafo 286 de la Ordenanza Procesal Civil alemana– se produce una vez que el juez se encuentra convencido de la verdad de los hechos controvertidos traídos a su conocimiento¹⁴. Este parágrafo, que contiene el principio de libre valoración de la prueba, obliga al juez, incluso, a fundamentar ese convencimiento, no solo a partir del resultado de la prueba evacuada, sino además de la atención que le brinde al total contenido de las actuaciones procesales. De esa manera, se le otorga al juez la prerrogativa de valorar las actuaciones y el comportamiento de las partes durante el proceso, y, en general, el desenvolvimiento de este, para así integrar todo ello y en la sentencia exponer las razones que fundamentan su convencimiento acerca de la verdad de los hechos sometidos al proceso, conforme a lo expuesto¹⁵.

En consecuencia, es posible afirmar que la finalidad de la prueba en el proceso civil es la de crear un estado de certeza en la mente del juzgador, en relación con los hechos afirmados por una parte o la contraria, lo que podríamos denominar “verdad procesal”.

14 Schellhammer, Kurt. “Zivilprozess”, C.F.Müller Verlag, 9.Auflage, Heidelberg, 2001, pag. 240; en igual forma, Jauernig, Othmar. “Zivilprozeßrecht”. C.H.Beck, München, 2000, p. 139 y; Rosenberg, L., Schwab, K und Gottwald, P. “Zivilprozessrecht”. C.H.Beck, 15.Auflage, München, 1993, p. 638.

15 Ver al respecto § 286 en: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann “Zivilprozessordnung – Kommentare”, C.H.Beck, München, 2002, p.1082.

1.6. CONCLUSIONES

Después de este primer acercamiento, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1) En la búsqueda de un concepto de la prueba, nos encontraremos muchos términos que no refieren propiamente a la idea de prueba que pretendemos transmitir, tales como “*la carga de la prueba*” y los “*medios de prueba*”.

2) Existen muchas definiciones doctrinales que en forma errónea relacionan los términos “prueba” y “verdad”. En realidad, la prueba derivada de un proceso civil no se encuentra dirigida a la averiguación de la verdad real, sino que su finalidad es la de crear un estado de certeza en la mente del juzgador, en relación con los hechos afirmados por una parte o la contraria, lo que podríamos denominar “verdad procesal”. El concepto de prueba surge de toda actividad procesal desarrollada para generar ese estado de certeza en los juzgadores, el cual se produce a través de la valoración de los distintos medios de prueba.

Una vez que hemos identificado la importancia de la prueba y su finalidad dentro del proceso civil, procederemos a señalar cuál es su objeto.

2. EL OBJETO DE LA PRUEBA

2.1. INTRODUCCIÓN

En la anterior lectura analizamos cómo la prueba que se deriva de un proceso civil no se orienta a la averiguación de la verdad real, sino que su finalidad es, más bien, la de crear un estado de certeza en la mente del juzgador en relación con los hechos afirmados por las partes.

En este segundo tema, dirigimos nuestro timón hacia el objeto de la prueba, con la finalidad de determinar qué

circunstancias deben ser acreditadas ante nosotros, como juzgadores, para llegar a convencernos de las afirmaciones que hacen las partes en el proceso.

2.2. LA RELACIÓN ENTRE LOS HECHOS Y EL OBJETO DE LA PRUEBA

Hay una leyenda que señala que la porcelana es una de las artes más antiguas de la humanidad. Las creencias de Oriente ubican el surgimiento de esta forma de arte en China, alrededor del año 2700 antes de Cristo.

La veracidad de esta afirmación se ha pretendido demostrar recurriendo a evidencias tales como el diario del viajero Marco Polo.

Al igual que sucede con este ejemplo, desde el punto de vista procesal, el objeto de la prueba está constituido por las “*afirmaciones de los hechos*”¹⁶.

En un sentido amplio, los hechos pueden conceptualizarse como “*los acontecimientos y circunstancias concretas determinadas en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico*”¹⁷.

16 “El objeto principal de la prueba son hechos. Más exactamente, podría decirse que la actividad probatoria versa sobre afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas. Es la certeza positiva o negativa de éstas –y no los hechos, directamente– lo que se persigue obtener con la actividad probatoria...” DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. DERECHO PROCESAL CIVIL II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., cuarta edición, Madrid, 1997, p. 311.

17 *Esta definición corresponde a Rossenberg, el cual es citado por Juan Montero Aroca en LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1998, p. 35. Asimismo, en esa obra se citan las distintas concepciones de hechos, según el criterio de DEVIS ECHANDÍA, dentro de las que tenemos: “1.º) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y los actos humanos, involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias en tiempo, lugar y modo. 2.º) Todos*

El juzgador solo puede acoger las pretensiones del actor o, en su caso, las del demandado, si llegan a acreditarse los hechos que son requeridos para la aplicación de la norma jurídica¹⁸.

La aplicación de toda disposición normativa se encuentra condicionada a que se demuestren los supuestos fácticos comprendidos en su contenido abstracto. Supongamos que se pretende reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios generados por un incumplimiento contractual, con fundamento en el artículo 692 del Código Civil. El actor debe acreditar varios hechos esenciales, como son: la existencia de un contrato bilateral, el cumplimiento de aquello a lo que se obligó en el contrato y el incumplimiento del demandado, sobre el que, además, deberá probar que fue grave. Si no se prueban esas circunstancias, el juez se encuentra imposibilitado legalmente para acoger las pretensiones de la demanda¹⁹.

los hechos de la naturaleza, es decir aquellos en que interviene la voluntad humana. 3.º) Las cosas o los objetos materiales y los lugares, es decir, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre o sobre ellos haya incidido o no la actividad humana. 4.º) La propia persona humana, en cuanto realidad material, puede ser objeto de prueba, tanto en lo que se refiere a su misma existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades. 5.º) Los estados psíquicos o internos del hombre, pues aunque no tengan materialidad en sí mismos, sí tienen entidad propia, y como el derecho objetivo los contempla a veces en tanto que presupuestos de consecuencias jurídicas, han de poder ser objeto de prueba”.

18 “...el tribunal sólo puede decidir si hace lugar a las pretensiones del demandante al dictado de una determinada decisión, sólo cuando ha comprobado los hechos que son necesarios para las normas aplicables a su decisión. Si ello es el caso, va a hacer lugar a la demanda. Si por el contrario el tribunal llega al resultado, de que los hechos no se pueden comprobar, entonces rechazará la demanda. El tribunal en consecuencia debe estar convencido de la existencia de los hechos, es decir de la verdad de la respectiva afirmación de parte. Tal convencimiento debe crearse en el tribunal por la prueba...” LEIBLE, Stefan. Proceso Civil Alemán. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1998, p. 247.

19 *En este sentido ver la resolución número 865-F-2000 de la Sala*

Otro ejemplo podría ser el caso en el que se pretende declarar la nulidad absoluta de los contratos efectuados, por una persona en estado de incapacidad mental declarada judicialmente.

El artículo 41 del Código Civil establece que los actos o contratos que se realicen por una persona que no cuenta con capacidad volitiva y cognoscitiva son relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, caso en el cual serán absolutamente nulos.

Con fundamento en esa norma se observa la necesidad de demostrar, por parte de quien pretende la nulidad, que la persona cuya capacidad se objeta fue parte del negocio, y que al momento de declarar su voluntad se encontraba declarada en estado de interdicción.

Con esos ejemplos queda claro que para obtener una declaración positiva de las pretensiones formuladas, es preciso demostrar las afirmaciones –hechos– que sustentan la pretensión, la que a su vez se sustenta en normas cuyo contenido es un sustrato fáctico abstracto. Entonces los hechos son objeto de prueba.

No obstante, hay casos en los que el resultado que se pretende obtener de un proceso no depende de la demostración de un hecho, sino más bien de acreditar otras circunstancias, como por ejemplo el derecho extranjero en que se sustenta la demanda o la costumbre que le sirve de fundamento a las pretensiones de las partes.

2.3. LA NECESIDAD DE ACREDITAR EL DERECHO EXTRANJERO

La doctrina procesalista ha sido reacia en aceptar la prueba del derecho²⁰, sobre todo en aplicación del princi-

Primera de la Corte Suprema de Justicia.

20 “Existe un estrecho vínculo entre la regla general de que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su

pio de que “el juez conoce el derecho”.

No obstante, no cabe duda que esta regla general tiene sus excepciones. Pensemos en un caso hipotético: Pedro es de nacionalidad canadiense y Julia italiana. Ambos contraen nupcias en el Estado de Guadalajara, México. En dicho Estado es permitido pactar un régimen de separación de bienes e incorporar esta cláusula en el acta de matrimonio, sin una mayor formalidad. Por el contrario, el artículo 37 de nuestro Código de Familia, únicamente prevé las capitulaciones matrimoniales como un instrumento para pactar este tipo de régimen, las cuales deben ser estipuladas en una escritura pública e inscritas en el Registro Público. Después del matrimonio, ambos deciden trasladarse a vivir a Costa Rica y adquieren una propiedad en Heredia, la cual es pagada con el dinero de la jubilación de Pedro. Al cabo del tiempo se separan. Pedro interpone la demanda de divorcio ante el Juzgado de Familia de Heredia, pretendiendo excluir como ganancial la finca citada, en virtud del régimen de separación de bienes pactado de acuerdo con la legislación del Estado de Guadalajara.

Es evidente que el principio de que “*el juez conoce el derecho*” no es aplicable en este caso, puesto que el juez costarricense no está obligado a conocer las disposiciones existentes en otro país²¹.

conocimiento; no tendría sentido la prueba del derecho, en un sistema en el cual éste se supone conocido. El conocimiento, se ha dicho, trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma, como la luz proyecta la sombra del cuerpo...” CARNELUTTI, Francesco. Ignorantia iuris, en Revista de Derecho Procesal Civil. Citado por ARDÓN ACOSTA, Víctor. LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, 1980, p. 24.

21 “El fundamento legal o alegación normativa no hay que probarla, ello en virtud del principio universal denominado “iura novit curia”, que significa que el juez conoce el derecho. Sin embargo, dado que, por razones fundamentalmente operativas y de comodidad, ese principio solo opera respecto a las normas de derecho escrito, interno y general, será necesario probar en determinadas ocasiones

Ese principio se aplica solo al derecho escrito, interno y general, razón por la cual, cuando se trate de normas jurídicas extranjeras, no solo debe demostrarse la existencia y vigencia de estas, sino también el modo en que se entiende, interpreta y aplica determinado precepto.

El artículo 30 del Código Civil se limita a indicar que quien funde su derecho en leyes extranjeras debe acreditar la existencia de estas²².

La Convención de Derecho Internacional Privado – conocida como “Código Bustamante”– regula, en el Título VII, Capítulo II, todo lo relativo a las reglas especiales sobre la prueba de las leyes extranjeras. Específicamente, el artículo 409 de esa convención establece que: “*La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente*

alegaciones normativas que no entran dentro de esas coordenadas generales. En razón de lo anteriormente dicho habrá que probar en el proceso la existencia y vigencia de las normas jurídicas extranjeras y consuetudinarias que se aleguen como fundamento de derecho”. PARAJELES VINDAS, Gerardo. LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José, p. 23.

22 En un caso en que se pretendía la aplicación de la ley extranjera, específicamente de las leyes del Estado de Florida, de los Estados Unidos de América, la Sala Primera de la Corte Suprema, mediante voto n°. 021-F-90, de las nueve horas veinte minutos del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa indicó “...IV.- Al plantearse la demanda con base en las leyes de Costa Rica, la parte demandada no se opuso a la aplicación de estas leyes sino a la competencia de los Tribunales. Si la demandada quería la aplicación de las leyes de Florida, Estados Unidos, de acuerdo con lo que dispone el artículo 30 del Código Civil, debió haber demostrado la existencia de esas leyes para su aplicación en el caso concreto, cosa que no alegó ni probó, por lo que la decisión de este juicio debió necesariamente basarse en las leyes que rigen en este país como efectivamente se hizo. No son atendibles, por consiguiente, los alegados quebrantos de dichas normas.

legalizada". (Lo subrayado no es parte del original). En relación con esta norma, el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, denominado "Normas de Derecho Internacional Privado", establece una serie de supuestos en los que se hace necesario demostrar la existencia del derecho extranjero.

Entre estos supuestos tenemos los siguientes:

- a) Para la interpretación de un contrato y para establecer sus efectos mediatos e inmediatos, se debe recurrir a las leyes del lugar en que se hubiere celebrado el contrato, salvo que los contratantes tengan una misma nacionalidad, caso en el cual se recurrirá a las leyes de su país.
- b) En los testamentos se aplicarán las leyes del país donde tuviere su domicilio el testador.
- c) En los casos de matrimonios, por regla general, se aplicará la ley del lugar donde hubieren convenido en establecerse los cónyuges. A falta de esta estipulación, la legislación del país donde tenga su domicilio el cónyuge demandado. En caso de separación, la legislación del domicilio de cualquiera de los cónyuges.
- d) Por otra parte, las formas y solemnidades externas de un contrato o acto jurídico que deba tener efecto en nuestro país, el otorgante o los otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre²³.

En consecuencia, existen casos en que la prueba de la existencia del derecho extranjero es necesaria.

23 *Artículos 27 y 28 del Código Civil.*

2.4. LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE

El artículo 2 del Código de Comercio establece como fuentes del derecho mercantil los usos y las costumbres.

La existencia de esa disposición implica que, en materia mercantil, los usos y las costumbres deben ser acreditados como fuente de derecho²⁴.

Previamente a definir lo que el Código de Comercio entiende como costumbre, debemos determinar la génesis del "uso mercantil", puesto que ambos términos se encuentran muy ligados.

Cuando hacemos referencia al uso mercantil, lo hacemos en relación con los usos jurídicos, o sea, aquellos que nacen como consecuencia del tráfico mercantil con ocasión de la realización de actos jurídicos²⁵.

Kozolchyk y Torrealba señalan que el uso mercantil surge a partir de una serie de repetición de actos, en las que se deben distinguir tres etapas básicas:

1. La repetición de una cláusula en un mismo tipo de contratos. Cierta tipo de cláusulas se convierten en usuales en la contratación de las empresas. En esta primera etapa no existe un uso en el sentido

24 "La formación del derecho mercantil como una desviación especial del derecho civil explica la importancia del uso. Cuando la ley civil no se adaptaba a las peculiaridades exigencias del tráfico mercantil, los comerciantes no se cruzaban de brazos esperando una ordenanza legal adecuada, sino que se separaban en seguida de la aplicación de la ley por medio de usos extra legem, adecuados a sus especialidades finalidades económicas. El derecho mercantil no nace legislativamente, sino por la fuerza del uso..." GARRIGUES. Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, Séptima Edición, 1987, p. 118.

25 "Quedan fuera de nuestra consideración los llamados usos de hecho, relativos al modo de realizar ciertas operaciones materiales del tráfico (embalaje de mercancías, envío de muestras, carga y descarga, estiba en los barcos, etc.). El uso que aquí interesa es el que nace generalmente en la esfera de la contratación mercantil, dentro de los contratos mismos o de los actos jurídicos de ejecución." GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit., p.118.

técnico de la palabra, sino que la cláusula está expresa en el contrato²⁶.

2. En esta segunda etapa, la cláusula comienza a ser sobrentendida, ya sea entre los mismos contratantes o bien dentro de un pequeño grupo de personas dedicadas al mismo género de comercio. Por esto la cláusula se considera tácitamente incluida en el contrato.
3. La tercera fase se denomina “*objetivación generalizadora*”. La cláusula típica del contrato está por encima de la voluntad de las partes, quienes al no pactar lo contrario quedan vinculadas a lo establecido en la misma. La cláusula se convierte en una norma objetiva de derecho, en una práctica social, o sea, en un uso²⁷.

Al uso que se configura en esa tercera fase se le denomina “*uso normativo*”²⁸. Además de que el uso sea generalizado como práctica social, se requiere que la práctica comercial sea legítima, porque un uso normativo no puede basarse en una práctica ilícita²⁹.

26 KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Editorial Juricentro, San José, p. 111.

27 KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio. *Ob. cit.*, p. 111.

28 “El uso, finalmente, alcanza la condición de **uso normativo**, o sea, se convierte en una verdadera norma de derecho consuetudinario, cuando, en la tercera fase, deja de ser una práctica individual para convertirse en una práctica social. Es decir, cuando se aplica de modo uniforme, general y duradero entre todos los que se dedican al mismo giro de negocios y, fundamentalmente, cuando en el consenso popular se respeta como norma absolutamente obligatoria, en el sentido de que puede ser exigida y su aplicación no depende del mero arbitrio subjetivo.” KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio. *Ob. cit.*, p. 112.

29 “No basta con que se trate de un uso social para que la práctica adquiera fuerza obligatoria para el Derecho Mercantil. Es preciso que se trate de una práctica legítima, o sea que esté autorizada o no prohibida por el régimen jurídico. Los C. de C. cuando se refieren a los usos como

También existe un uso denominado “interpretativo o convencional”, cuya función es la de interpretar la declaración de voluntad plasmada por las partes en un contrato determinado³⁰.

Según los autores citados, las características de ese uso son las siguientes:

- 1) La existencia de ese uso debe ser comprobada ante el juzgador, dado que se trata de una regla de conducta contractual, cuyo valor deriva de presumir la voluntad de las partes.
- 2) El uso deja de ser obligatorio si se logra demostrar que una de las partes desconocía su existencia. La parte que logra demostrar ese desconocimiento hace desaparecer la presunción de voluntad en que se fundamenta el uso interpretativo.
- 3) Mientras que la presunción no se impugne el uso interpretativo se considera una declaración de voluntad contractual³¹.

Nuestro Código de Comercio utiliza, en diversas normas, la palabra “*costumbre*”, refiriéndose tanto a usos “normativos” como “interpretativos”.

fuentes jurídicas, no pretenden legitimar un uso cualquiera, sino usos lícitos. Y para que un uso pueda ser lícito, es necesario que no sea contrario a los principios de Derecho Público; que no se oponga a las normas imperativas o coactivas del Derecho privado, mercantil o civil, pues una serie de actos ilícitos no puede engendrar jamás una norma de Derecho. Esto sería una reiterada violación de leyes imperativas, incapaz de crear situaciones jurídicas generales.” KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio. *Ob. cit.*, p. 114.

30 “El uso interpretativo (o convencional, como también se le llama) encuentra su valor jurídico y significación en la voluntad presunta de las partes. Funciona como un medio de interpretación. “No completa la voluntad, sino la declaración de voluntad.” KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio. *Ob. cit.*, p. 112.

31 KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio. *Ob. cit.*, p. 112.

El artículo 2 del Código de Comercio se refiere a usos “normativos”, cuando establece que a falta de disposición concreta que rija determinada materia o caso se aplicará la “costumbre”.

Por otro lado, los numerales 4 y 436 *ibidem*, utilizan la palabra costumbre dentro del contexto de usos “interpretativos”³².

Una vez desarrollada la conceptualización de “costumbre” que utiliza nuestro Código de Comercio, procederemos a explicar cuáles son los requisitos que debe cumplir esa costumbre para constituir una norma jurídica.

El artículo 3 del Código de Comercio dispone que para que una costumbre sea aplicable y supla el silencio de la ley, debe ser admitida de modo general y por largo tiempo, a juicio de los tribunales. Asimismo, quien alegue la existencia de una costumbre debe acreditarla, para lo cual todo medio de prueba resulta admisible.

Esta norma debe relacionarse con el numeral 2 *ibidem*, en cuanto al orden de aplicación de los usos y costumbres, en el que privan los locales frente a los nacionales, los nacionales sobre los internacionales y los especiales sobre los generales.

³² El artículo 4 del Código de Comercio establece “Las costumbres mercantiles servirán no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles”. El numeral 436 dispone: “Cuando en la redacción de un contrato se omiten cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo pactado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en el mismo caso se acostumbra en el lugar donde el contrato deba ejecutarse, y si los interesados no explicaren su acuerdo en la omisión, se procederá según la costumbre”.

2.5. CONCLUSIONES

Al final de este tema podemos concluir lo siguiente:

1) El objeto de la prueba, en principio, lo constituyen las afirmaciones de los hechos realizados por las partes del proceso.

2) Los hechos son acontecimientos y circunstancias concretas determinadas en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.

3) El derecho extranjero también puede ser objeto de prueba, puesto que en cuanto a su existencia y vigencia no se aplica el principio de que “*el juez conoce el derecho*”.

4) Los usos y las costumbres mercantiles pueden ser objeto de prueba de un proceso, debido a que constituyen una fuente de derecho, conforme al artículo 2 del Código de Comercio.

En el campo del derecho, no solo los hechos afirmados por las partes requieren ser objeto de prueba. Existen casos cuya decisión final, en uno u otro sentido, se basan en acreditar la existencia del derecho extranjero y de la costumbre como fuente de derecho.

3. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA

3.1. INTRODUCCIÓN

Toda rama del derecho cuenta con principios básicos que le dan fundamento.

El derecho procesal tiene como finalidad esencial posibilitar la aplicación del derecho sustantivo, para lo cual dispone de principios que buscan llegar a ese fin. En el campo específico de la admisión, evacuación y valoración

de la prueba, también existen principios procesales que los juzgadores debemos aplicar para cumplir estas actividades propias de la función jurisdiccional.

3.2. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

El principio dispositivo conlleva la idea de que son las partes las que, en el fondo, disponen el proceso³³.

Según Couture, “se entiende por principio de disposición aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso”³⁴. Y es que este principio es el reflejo, en el derecho procesal, del de autonomía de la voluntad del derecho sustantivo, en el que la “voluntad” de los particulares encuentra su máxima expresión³⁵.

33 “Siguiendo a Guasp, podemos definir el principio dispositivo como el derecho que tiene toda persona de disponer de sus derechos subjetivos materiales, mediante el ejercicio o no del derecho de accionar, su renuncia y su transacción. Es decir solicitando o renunciando a la tutela jurisdiccional. Según Couture, este es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción, la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar los actos del proceso.” ARTAVIA BARRANTES, Sergio. DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I. Editorial Universidad de San José, San José, 1995, p. 64.

34 COUTURE, Eduardo. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición, decimoquinta reimpresión, año 1985, p. 185.

35 Refiriéndose al derecho español, señala Manuel Ortells Ramos: “La tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas de Derecho Privado no es, por regla general, imperativa o preceptiva, en el sentido de que, si en la vida social no se respetan las normas de Derecho Privado respecto de aquellas situaciones, ni los tribunales tienen, por esa sola razón, el deber de ejercitar su potestad jurisdiccional para actuar el Derecho en el caso, ni están previstos instrumentos independientes de la voluntad de las personas afectadas para instar a los tribunales el ejercicio de su potestad. Sólo excepcionalmente, en los supuestos que se tratarán al estudiar los procesos civiles no dispositivos, se establecen los instrumentos mencionados en segundo lugar (principalmente, imposición al Ministerio Fiscal del deber de instar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en determinados supuestos). Esta característica esencial de la tutela judicial del Derecho Privado obedece a un principio estructural del mismo: el principio de la autonomía de la voluntad. La

La nota más característica del principio dispositivo está relacionada con la interposición de la demanda, por cuanto salvo muy extrañas excepciones, el proceso no se inicia sino a instancia de la parte interesada. Por eso, “*el aforismo clásico del proceso dispositivo es nemo iudex sine auctore, que viene a significar la necesidad de que el proceso se inicie a petición de parte interesada y legitimada*”³⁶.

De acuerdo con el artículo 1 del Código Procesal Civil, el proceso civil se inicia con la demanda, pero se desarrolla por impulso oficial y por actividad de las partes. Valga desde ahora aclarar que esta norma debe ser interpretada en el sentido de que la aplicación del principio de oficiosidad no conlleva la dejación del principio dispositivo, pues el proceso se inicia a instancia de parte y es obligación de esta el aportar todos los medios probatorios para sustentar una decisión a su favor³⁷.

tutela judicial configurada de acuerdo con el principio dispositivo no es más que la continuidad, en el plano procesal, de la libertad de ejercicio y de disposición que sobre los derechos subjetivos privados y otros intereses igualmente privados reconoce el Derecho material. Hasta tal punto es así que se ha entendido (Carnacini) que el conjunto de regulaciones en que se manifiesta el principio dispositivo no pertenecen a la normativa del proceso, aunque sea en el proceso cuando salen a la luz, sino que conciernen a la tutela jurídica de los intereses materiales, concretamente haciendo que la libre voluntad de las partes sea la condición y la medida del otorgamiento jurisdiccional de esa tutela”. Derecho Procesal Civil, Aranzadi, 2° edición, Navarra, 2001, pp. 43-44.

36 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los principios del Derecho Procesal de Trabajo”, en: Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral. San José, junio 1999, p. 8.

37 “El carácter dispositivo del proceso es un reflejo de la autonomía del derecho que se hace valer en el mismo proceso. Ello implica, por lo tanto, que el ejercicio de la jurisdicción depende del ejercicio de la acción. La acción de la parte condiciona no solo la constitución del juicio, sino también su continuación: si la parte renuncia al juicio o no cumple determinadas actividades impuestas por la ley o por el juez en los términos establecidos, el proceso se extingue.” SALVATORE, Satta. MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial EJE, Argentina, Séptima Edición, 1971, p. 165. Citado por ARTAVIA BARRANTES, Sergio. Ob. cit., p. 63.

En este mismo sentido, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los tribunales no pueden ejercer su ministerio sino a petición de parte.

Por eso, las partes están obligadas a realizar oportunamente las alegaciones correspondientes, con lo que delimitan el objeto del debate y permiten al juzgador dictar una sentencia congruente. Luego, en virtud de dicho principio, también están en la obligación de ofrecer y aportar la prueba que consideren oportuna y necesaria para demostrar los hechos que han sustentado la pretensión y las excepciones (artículos 290, incisos 4) y 6), 305, 308, 422, 423 y 433 del Código Procesal Civil).

El magistrado Luis Guillermo Rivas Loáiciga redactó una nota en el voto número 167 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las dieciséis horas treinta minutos del ocho de marzo de dos mil, en el que expone claramente cuáles son los lineamientos que rigen el principio dispositivo. En esa oportunidad indicó:

“... La acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. El principio dispositivo que enmarca el proceso civil concede a las partes el dominio del procedimiento y sus reglas fundamentales son las siguientes: el juez no puede iniciar de oficio el proceso; no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes; debe tener por ciertos los hechos en que aquéllas estuvieron de acuerdo; la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado; y el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda. La doctrina es conteste en que se trata de un derecho, de manera que es voluntario el ejercicio del mismo. También como derecho

puede disponer y renunciar al mismo y no podría el poder estatal obligar a reclamarlo. Así expresamente lo establece el Derecho Positivo en las normas siguientes: El artículo 1° del Código Procesal Civil expone que “El proceso civil se inicia con la demanda pero se desarrolla por impulso oficial y por actividad de las partes...”. El artículo 99 del Código Procesal Civil ordena que para el juez “Es prohibido pronunciarse sobre cuestiones no debatidas respecto de las cuales la ley exige iniciativa de la parte.” El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que “Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte...” establecen esas normas la necesaria petición de parte para pronunciarse sobre una pretensión...” (el subrayado no es del original).

Este mismo criterio fue exteriorizado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 215, de las catorce horas del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho. En ese pronunciamiento se indicó:

“...V.- El principio dispositivo, a que se refirieron los jueces en su fallo al desestimar la nulidad de la alzada por no haber afianzado las costas la recurrente, rige gran parte del procedimiento civil y sus características más sobresalientes se pueden resumir diciendo que el intentar y sostener una acción es propio de la autonomía de la voluntad; que las partes son las que fijan los límites del contradictorio, que deben tener en cuenta los jueces para sentenciar; y que a ellas les corresponde intentar los recursos que la ley les concede. En otras palabras, el principio recoge la idea de que las partes pueden disponer del contenido material del pleito.

desistir de él, ofrecer las pruebas y plantear los recursos que quepan contra las resoluciones de los jueces, en forma libre y espontánea...” (El subrayado no es del original).

De los dos pronunciamientos jurisprudenciales citados, se extrae que una de las manifestaciones trascendentales del principio dispositivo se da en el campo del ofrecimiento de las pruebas. De acuerdo con ese principio, son las partes las obligadas a ofrecer prueba que dé fundamento a sus afirmaciones y que combata los alegatos de la contraria.

A pesar de esto, nuestro legislador le otorgó la posibilidad al juzgador de ordenar “prueba oficiosa”. Al respecto, el artículo 98, inciso 4) del Código Procesal Civil –en relación con el numeral 316 del mismo cuerpo de leyes– establece el deber del juzgador de ejercer sus poderes para verificar las afirmaciones hechas por las partes. Esto, independientemente de la facultad de ordenar prueba para mejor proveer (artículo 331 del Código Procesal Civil).

El recurrir a estos mecanismos para introducir pruebas al proceso, solamente puede ser utilizado en casos en los que el juzgador desea corroborar los hechos afirmados por las partes y no para averiguar sobre aquellos que no son objeto de debate ^{38,39}.

38 “Como consecuencia del principio dispositivo, la aportación de los hechos en que las partes fundan sus pretensiones y defensas constituye una actividad que le (sic) es privativa. Ya que le está vedada al juez la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes. Igualmente le está vedado el esclarecimiento de los hechos afirmados por una de las partes y expresamente admitidos por la contraria. Esta facultad ha sido atenuada en el Código al otorgarle al Juez amplias facultades de prevenir y sanear el proceso en caso de fraude de ley...” ARTAVIA BARRANTES, Sergio. Ob. cit., p. 65.

39 “El órgano jurisdiccional, por tanto, se ha de atener a los hechos admitidos como existentes por las partes, no debe introducir por sí mismo hechos nuevos de carácter fundamental, ni realizar o intervenir, en principio, en más actividad probatoria que la solicitada

3.3. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

Este principio tiene como finalidad esencial que el proceso se desarrolle de forma rápida, minimizando las actividades y los gastos en que las partes y el Estado deben incurrir en la realización del fin del proceso⁴⁰.

El derecho a que todo proceso tenga una duración razonable constituye un derecho fundamental, tal y como fue establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁴¹.

Según lo establecen ciertos autores, el principio de economía está formado por tres principios fundamentales, a saber: la economía en el gasto, la economía de esfuerzo y la economía en el tiempo, también llamado principio de

por las partes...” DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1996, p. 152.

40 “El principio de economía procesal comprende todas aquellas previsiones que procuran la simplificación del proceso a efectos de lograr que la tutela de los derechos e intereses comprometidos en cada litigio se haga efectiva en un tiempo razonable. Pero la abreviación del tiempo en que se desarrolla el proceso debe agregarse también el de economía de gastos que insume el mismo. Y por tanto una correcta aplicación de ese principio lo será en tres vertientes de tiempo, esfuerzo y gastos...” (sic) DE HEGEDUS, Margarita. “Garantías del principio de economía en el proceso por audiencias”. Memorias de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 43.

41 “El principio de economía del proceso, alcanza relevancia fundamental en la medida que procura hacer posible la eficacia de los derechos sustanciales...en el menor tiempo y evitando los actos dilatorios e ineficaces que lo alargan indebidamente. De esta forma la mayor parte de los Tratados y las Convenciones aprobadas a nivel internacional en materia de Derechos Humanos, consagran como derecho inalienable de toda persona la “**duración razonable**” que debe tener todo proceso. Al respecto cabe destacar el Pacto de San José de Costa Rica (o Convención Interamericana de Derechos Humanos)...” GONZÁLEZ DE MATTOS, Enrique y GONZÁLEZ INTHAMOUSSU, Carolina. Memorias de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 67.

celeridad⁴²; este último procura evitar los actos que tiendan a atrasar, en forma injustificada, el proceso.

Couture establece las siguientes aplicaciones del principio de economía: a) la simplificación de las formas de debate; b) la limitación de las pruebas; c) la reducción de los recursos y d) la economía pecuniaria⁴³.

Como fácilmente puede concluirse, a través del principio de economía procesal y en especial del de celeridad, se logra un proceso que no genera una carga económica excesiva para las partes⁴⁴.

42 GONZÁLEZ DE MATTOS, Enrique y GONZÁLEZ INTHAMO USSU, Carolina. *Ob. cit.*, p. 67.

43 COUTURE, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 189.

44 *La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto n.º 10, de las catorce horas noventa y cinco minutos del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, definió el principio de economía procesal, al indicar: "II.-... Según ese principio de derecho positivo todo proceso ha de desarrollarse con la mayor economía de tiempo, energías y costo, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Además debe perseguir un fin práctico y no puede convertirse, con perjuicio de la economía procesal, en un juego de disquisiciones de tipo filosófico. Por lo anterior es que en el proceso como medio que es, deberá existir una necesaria proporción, entre el fin y los medios, para lograr la consecución del fin del proceso con el menor uso posible de actividad procesal...". De la misma forma, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su voto número 73, de las once horas treinta minutos del veintiséis de enero de dos mil uno indicó: "... sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba (...). La doctrina llama admisión a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario. Los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba (...). Es necesario ver en esta fórmula una aplicación del principio de economía procesal, que induce a realizar los fines del juicio con el mínimo de actos. Al concluir que los hechos no impugnados se tienen por admitidos, se llega no sólo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos innecesarios. Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrarios a los fines del proceso (...). Puede afirmarse entonces que esta expresión que establece que la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos, representa una limitación, especie de encuadramiento objetivo, de las proposiciones de hecho que han de ser objeto de prueba. La determinación de los hechos*

En materia de ofrecimiento de prueba, este principio se manifiesta en varias normas procesales.

El artículo 290, inciso 6) del Código Procesal Civil señala que un requisito para la admisibilidad de la demanda es el ofrecimiento de prueba. Igualmente, los numerales 305, 308 y 309 establecen idéntico requisito con respecto a la contrademanda y a la réplica. El numeral 433 dispone lo mismo para los procesos sumarios. Con todo ello se evita un proceso con falta de pruebas, cuyo desenlace no sería otro que su rechazo, con la consecuente pérdida de recursos.

Por otro lado, inicialmente, nuestro código prevé un plazo único para evacuar la prueba que se aplica a los procesos declarativos (artículo 320 *ibídem*).

Asimismo la potestad de rechazar solicitudes o articulaciones absolutamente improcedentes o que impliquen una dilación manifiesta (artículo 97, inciso 1).

Otra manifestación del principio de economía se da en el caso en que se establece la declaratoria de inejecutabilidad de las pruebas en el proceso ordinario (artículo 325 *ibídem*) y la posibilidad de prescindir de las pruebas no evacuadas, sin necesidad de resolución, en el proceso sumario (numeral 434 *ibídem*). Estas diferencias entre el proceso declarativo y el sumario, con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal, han generado una serie de pronunciamientos de la Sala Constitucional, en los que ha señalado las características de este principio⁴⁵.

controvertidos y no controvertidos es una función de depuración previa, para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo" (*La prueba en materia laboral* (antología), Víctor Manuel Ardón Acosta (compilador), Escuela Judicial, San José, 1999, pp. 26-28).

45 *En este sentido, la Sala Constitucional, mediante el voto n.º 5402 de las quince horas treinta y nueve minutos del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro indicó: "...El desarrollo del procedimiento ordinario, sus trámites largos, sus formalidades, gastos y demás inconvenientes, hicieron necesaria la aparición de institutos que*

Asimismo, en materia de recursos y de prueba, en virtud del principio de economía procesal, el recurso de apelación se admite únicamente en cuanto a los autos que denieguen la prueba (artículo 329 *ibídem*).

3.4. EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

Este principio guarda relación con el de justicia pronta y cumplida⁴⁶, ya que por su medio se procura resolver, en un solo acto, diversos momentos que integran el proceso.

Pero lo fundamental de este principio es que constituye una garantía para la correcta función jurisdiccional, en tanto el juzgador guardará mejor en su memoria lo actuado en menos y más concentradas audiencias que si, por el contrario, estas fueran numerosas y prolongadas.

El poder realizar las actuaciones procesales recurriendo a un mínimo de audiencias, constituye una garantía para la correcta función jurisdiccional, puesto que el juzga-

se adaptaran a la naturaleza de las pretensiones e intereses en juego, como lo son los juicios especiales y los sumarios, en los que se omiten las formalidades esenciales y garantías de defensa para las partes propias del ordinario, generalmente para reglar los juicios de poca cuantía y a fin de que no se consuma el valor de la cosa litigiosa con los gastos judiciales o costas del pleito y procurando una economía procesal. Proceso o juicio sumario es aquel que tiene un trámite muy breve por exigirlo así la índole del objeto del litigio, o la urgencia del negocio, y su diseño conlleva que se supriman, en cuanto sea posible, los factores antieconómicos y retardatorios de un pleito solemne y escrito, y que conlleven un inmenso retraso en la acción de la justicia en asuntos de poca complejidad y trascendencia. Este juicio se caracteriza por la simplificación del debate, se reducen los recursos, el plazo de los mismos y el número de instancias, todo con miras de economía no solamente económica sino en especial economía procesal...” Consultar en este mismo sentido, votos números 3613-98 y 8724-97 de la misma Sala.

46 “...la concentración acelera los tiempos de duración de un proceso. Mediante este principio se logra aquel constitucional que exige la justicia pronta y cumplida...” SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LA ORALIDAD. En: La Gran Reforma Procesal. San José, Poder Judicial, primera edición, 2000. p. 34.

dor guardará en su memoria una versión más fehaciente de las probanzas⁴⁷.

En este mismo sentido, se afirma que “...*el principio busca acelerar el proceso, eliminando los trámites que no son indispensables para obtener una visión concreta de la litis, pretendiendo que en la memoria del Juez no desaparezca la impresión de las actuaciones que se van llevando a cabo, de tal forma que el fallo refleje fielmente el resultado del debate en el menor tiempo posible...*”⁴⁸.

Son muchos los ejemplos de este principio en nuestro Código Procesal Civil. El numeral 316, párrafo 2° de este cuerpo de leyes, establece que la prueba confesional y la testimonial se deben evacuar en una sola audiencia o mediante señalamientos continuos. También cuando da la posibilidad de evacuar el reconocimiento judicial junto con la prueba pericial o con la testimonial (artículos 406 y 409 del Código Procesal Civil).

En cuanto a la aplicación de dicho principio, la Sala Constitucional se ha referido a este, pero sobre todo en lo que concierne a la materia procesal penal. Esto por una circunstancia lógica, dado que, de acuerdo con los principios de inmediación y de oralidad que informan esta materia, se hace necesario concentrar las actuaciones procesales en el menor número de audiencias⁴⁹.

47 “El principio de concentración, en relación con la actividad probatoria comporta que ésta se desarrolle en una sola audiencia o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo, con el objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado...” PICO I JUNOOY, Juan. “LOS PRINCIPIOS DEL NUEVO PROCESO CIVIL ESPAÑOL”. En: Memorias de las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Ob. cit., p. 212.

48 VARGAS HIDALGO, Ricardo. “*Celeridad de los Juicios Laborales. Ponencia de Costa Rica, en: “Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral”, San José, junio 1999, p. 10.*”

49 Al respecto, la Sala Constitucional, por voto número 7541 de las nueve horas treinta y nueve minutos del veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y ocho, indicó: “Estima la Sala, de conformidad con

Valga en todo caso hacer conciencia sobre la necesidad de fomentar la pronta resolución de los asuntos una vez evacuada la prueba, ya que es la única forma de darle eficacia a este principio. Al respecto, cabe recordar que el Código Procesal Civil no ha guardado silencio, pues dispone plazos, ordinarios y extraordinarios, para la evacuación de la prueba –artículos 320, 321 y 426– y para el dictado del fallo –artículo 151–.

3.5. EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

El principio de preclusión está relacionado directamente con la estructura del proceso y el agotamiento de sus etapas. La idea primordial consiste en la imposibilidad de regresar a etapas agotadas o concluidas.

las consideraciones contenidas en la sentencia de repetida cita y partiendo del hecho de que prácticamente toda la materia procesal está reservada a la ley formal que es de orden público y, por ende, de acatamiento obligatorio para el juez, que el no cumplimiento de ese plazo, tal y como lo establece el artículo 361 del Código de Procedimientos Penales, constituye una violación al debido proceso legal, ya que el principio de legalidad forma parte debido proceso, tal y como se dispuso en la sentencia supracitada. Además, ello significa también una trasgresión a la garantía de concentración de la prueba, que debe existir en los juicios de oralidad y que forma parte del debido proceso legal, al estar contemplado dentro de los principios que informan el proceso legal penal vigente. Es poco discutible hoy la conveniencia de que exista la menor dilación posible entre el momento en que sea recibida la prueba, se argumente sobre un posible resultado y el dictado de la sentencia. Esta forma de concentración o continuidad es característica intrínseca del juicio oral, dado que las pruebas presentadas se registran –por así decirlo– en la memoria de los jueces y partes, lo que implica que éstas deben tomarse sin solución de continuidad entre ellas para prevenir olvidos. La oralidad, entonces, supone la concentración, en lo que difiere del procedimiento escrito que favorece la dispersión de la actividad procesal, dado que, por su misma naturaleza, los plazos para recibir prueba y los establecidos para dictar sentencia generalmente no se cumplen. Por lo anterior, aquel principio significa que el debate debe realizarse durante todas las audiencias que sean necesarias pero en forma consecutiva y que sean necesarias hasta su conclusión, salvo las excepciones taxativamente contempladas en que se permita una suspensión...”

En palabras de Couture: “El principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados”⁵⁰. Por el principio de preclusión, las partes se ven impedidas para realizar un acto que no se ejecutó en la etapa procesal correspondiente⁵¹.

Para que dicho principio opere efectivamente se requiere que los plazos concedidos a las partes, para la realización de un determinado acto, tengan naturaleza de perentorios⁵² e improrrogables⁵³, por cuanto, de esta manera, se evitan dilaciones inconvenientes y puede lograrse el avance hacia la etapa subsiguiente.

Con respecto a la prueba, este principio se desarrolla en los artículos 290, 305, 308, 309 y 433 del Código Procesal Civil, los cuales señalan las etapas procesales en las que deben ofrecerse las pruebas. En estos numerales también se plantea la posibilidad de ampliar la demanda

50 COUTURE, Eduardo. *Ob. cit.*, pág. 194.

51 “El principio de preclusión se considera importante, como un mecanismo que hace seguro el avance del proceso, haciendo que se coloque en la etapa subsiguiente cuando las partes no hayan ejercitado oportunamente y en forma legal, las facultades o derechos procesales que les da el ordenamiento, considerándose así precluida la etapa anterior a la cual no se podrá retornar por el simple hecho de no haberse producido el ejercicio en referencia...” Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto n°. 215-98.

52 “Plazos perentorios son aquellos que, vencidos, producen la caducidad del derecho, sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. La extinción del derecho se produce por la sola naturaleza del término, lo que quiere decir que se realiza por ministerio de ley.” COUTURE, Eduardo. *Ibid.*, pág. 177.

53 *El artículo 143 del Código Procesal Civil regula la improrrogabilidad de los plazos al indicar: “Los plazos establecidos en este Código para que las partes y los auxiliares de justicia lleven a cabo actos procesales son improrrogables, salvo disposición en contrario. Para obtener una prórroga es necesario solicitarla antes de que venza el plazo principal, y alegar una justa causa...”*

en cuanto a los hechos y la pretensión. En el primer supuesto, hasta antes del dictado de la sentencia de primera instancia⁵⁴ y, en el segundo, hasta antes de que se dé la contestación de la demanda por parte de la contraria (artículo 313 *ibídem*).

Como una excepción a este principio, el numeral 293 *ibídem* permite el ofrecimiento de prueba documental extemporánea, cuando verse sobre hechos posteriores a la contestación, o de fecha anterior pero no conocidos por la parte, o aquellas probanzas que no hayan podido conseguirse con anterioridad. Por otra parte, el legislador prevé la posibilidad de ofrecer prueba documental y confesional en segunda instancia (artículo 575 *ibídem*). Dicha norma establece supuestos muy específicos en los que son admisibles otros medios de prueba, los cuales serán analizados en la sección 1.3 de la Unidad III.

54 *En relación con la aplicación del principio de preclusión en el caso del incidente de hechos nuevos, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, por voto n.º. 082-F, de las catorce horas treinta y cinco minutos del diecinueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete, indicó: “En lo tocante al incidente de hecho nuevo, es necesario precisar que su propósito era introducir al proceso documentos hasta entonces ignorados, aduciendo su proponente, en procura de su admisión, que si bien existían desde antes de la presentación de la demanda, no habían sido aportados a los autos en virtud de que el Procurador anterior los desconocía. Debe precisarse que el proceso se desarrolla en una relación triangular, integrada por: actor, demandado y juez, en el que una etapa antecede a la otra, sin que sea factible retrotraer los efectos de cualesquiera de ellas, **por el principio de preclusión**. La sustitución de un Letrado, para la defensa de los intereses de cualesquiera de las partes, no puede alterar ese orden secuencial, en punto a permitir establecer nuevas oportunidades para el ejercicio de un derecho. La ley procesal civil señala, en forma taxativa, los supuestos en los que es admisible la presentación de documentos después de la demanda y su contestación (artículos 293 y 307), sin que dentro de ellos se encuentre el que alega la representación del Estado, –cambio de procurador–, por lo que en ese sentido el rechazo de la articulación y con ella de los documentos que la acompañan, no quebranta las disposiciones legales que en su apoyo se aducen en el recurso...” (Lo destacado no es del original).*

3.6. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

El principio de intermediación es un elemento esencial del proceso. Consiste en que el juez que dicta la sentencia debe ser el que esté “*presente o intervenga personalmente en la práctica de las pruebas e incluso haya escuchado las alegaciones de las partes y/o de sus representantes y defensores*”⁵⁵. La idea es que el juzgador mantenga contacto directo con la prueba, de manera que le permita hacer un mejor análisis⁵⁶, tomando en consideración circunstancias o elementos que de otra forma no podría apreciar⁵⁷.

Evidentemente, la inadecuada práctica de delegar la recepción de los elementos probatorios es violatoria de este principio, salvo excepciones absolutamente necesarias⁵⁸, sobre las que nuestro legislador se ha ocupado –ar-

55 *DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. DERECHO PROCESAL CIVIL. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL. Tomo I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., cuarta edición, 1996, p. 166.*

56 “El principio de intermediación, quiere que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido al desarrollo de las pruebas de las que cuales cabe derivar su convencimiento, esto es, que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, los peritos, y con los objetos de juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, etc., a base de la inmediata impresión recibida de ellos, y no en base de la relación ajena”. CHIOVENDA, Piero. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, Buenos Aires, 1949, p. 254.

57 “El principio (regla o máxima) de intermediación procesal implica la comunicación personal del juez y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso”. PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación del principio de intermediación en el proceso por audiencias*. Memoria de las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, octubre 2002, Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, p. 159.

58 *Al respecto, se llega a afirmar “La prueba testimonial no puede escapar, en modo alguno, a la directa percepción del juez, salvo en caso de imposibilidad por domiciliarse el testigo en otra jurisdicción..., el citado está obligado a comparecer ante el Tribunal de la causa. Se trata de la forma más peligrosa y difícil de apreciar las pruebas; y llegará fría*

tículos 349, 364 y 409 del Código Procesal Civil—. Valga la oportunidad para recordar que, en todo caso, no se debe comisionar cuando la parte proponente, de forma expresa, indica que va a presentar a los testigos el día de la diligencia o cuando, en la confesión, la misma proponente se compromete a cancelar los gastos en que incurra el confesante (numeral 349, párrafo 2°, ibídem). Para algunos, este principio se encuentra íntimamente ligado a un proceso eminentemente oral⁵⁹.

No obstante, es posible sostener un criterio contrario, al ser perfectamente posible su adecuada inserción y aplicación en un sistema escrito⁶⁰.

Independientemente de seguir una tesis u otra, lo esencial es que la intermediación, aplicada al ámbito de un proceso civil, logra muchas veces esclarecer los hechos controvertidos del debate. Esto en razón de que las declaraciones vertidas en un litigio son rendidas ante el propio juzgador que va a dictar la decisión. Aunado a esto, el proceso de valoración efectiva de la prueba se mejora cuando

y desfigurada al juzgador si se delega en un funcionario o empleado de cualquier jerarquía, tanto más si el acta que consigna las declaraciones, a veces plagada de manifestaciones innecesarias o carentes de las que realmente interesan, no ha sido confeccionada correctamente”. DEVEALI, Mario. *Ibíd.*, p. 50.

59 “...Como se anotó anteriormente, hablar de oralidad es hablar forzosamente de intermediación y concentración. Lo fundamental de este principio es que durante el desarrollo de las audiencias en el proceso las partes se comuniquen directamente entre sí y con el juzgador y que éste a su vez se comuniquen con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso.” VARGAS HIDALGO, Ricardo. *Ibíd.*, cit., p. 10.

60 “La intermediación en sentido estricto, esto es, como contacto e intervención directos e inmediatos respecto de la actividad probatoria, es compatible con un proceso fundamentalmente escrito. Más bien constituye una medida básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria, siendo algo congruente, por otra parte, con las más elementales exigencias del sistema de libre valoración de prueba...” DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Ibíd.*, cit., p. 167.

el juzgador tiene la posibilidad de establecer un contacto más directo con las diferentes circunstancias que rodean la deposición de las partes y de los testigos⁶¹.

3. 7. EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD

Con el objeto de dar mayor efectividad al principio constitucional de igualdad ante la ley, se busca que las partes puedan actuar en el proceso civil sin incurrir en grandes gastos económicos. A ello refiere el principio que ahora nos ocupa.

Con fundamento en este principio la Corte Plena, mediante acuerdo n°. 155 del 27 de noviembre de 1984 –reiterado en la sesión del 3 de diciembre de 1990–, eliminó el pago de los timbres fiscales, así como el uso de papel oficial para la presentación de las gestiones procesales.

Por la misma razón fueron derogados los artículos que van del 283 al 285 del Código Procesal Civil, mediante Ley n°. 7709 del 20 de octubre de 1997.

A pesar de lo anterior, con respecto a la evacuación de la prueba, existen actuaciones que requieren un desembolso pecuniario de la parte que ofrece un determinado medio de prueba. Como ejemplo, tenemos el supuesto que se da en la práctica del reconocimiento judicial, en el que la parte debe cancelar los gastos de transporte y alimentación de los funcionarios judiciales para la evacuación de la diligencia. Igual sucede con los gastos y honorarios del

61 “Al mismo tiempo, el juez nutrirá su posición a partir de un encuentro “en vivo” con los destinatarios de su actividad. Podrá apreciar estados de ánimos, actitudes, gestos y otra serie de mensajes que en la comunicación directa o inmediata se dan. Ello permitirá al juez ponderar el elemento probatorio con mejor acierto que si estuviera leyendo una abundante cantidad de narraciones hechas por escrito, sin vida y carente de todo factor humano...” SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. LOS PRINCIPIOS DE LOS PROCESOS Y LA ORALIDAD. En: La Gran Reforma Procesal. San José, Primera Edición, Departamento de Publicaciones del Poder Judicial, año 2000, p. 226.

perito (artículo 403 *ibídem*) y con los gastos y perjuicios en que tengan que incurrir los testigos por el hecho de comparecer a rendir testimonio (numeral 362 *ibídem*).

3.8. CONCLUSIONES

Una vez analizado lo anterior debemos indicar que:

1) El derecho está conformado por una serie de principios que lo informan.

2) El derecho procesal se sustenta también en ellos y en otros que le son propios.

3) Los principios procesales relacionados con la admisión y valoración de la prueba en materia civil, son los siguientes: principio dispositivo, principio de economía procesal, principio de concentración, principio de inmediación, principio de preclusión y principio de gratuidad, todos incluidos por nuestro legislador en el Código Procesal Civil.

Como conclusión general podemos resumir las características de los principios analizados de la siguiente forma: el principio dispositivo obliga a las partes a ofrecer todas las pruebas requeridas para que el juzgador pronuncie una decisión en su favor. Por otro lado, el de economía procesal y el de concentración guardan relación entre sí. El primero busca reducir las actividades de las partes y, como consecuencia, los costos del proceso; en tanto que el segundo recurre a la concentración de actividades como un medio para lograr la economía procesal. El de preclusión procura ordenar el proceso mediante etapas. El de inmediación tiende a que el juzgador tenga contacto directo con la prueba ofrecida por las partes. Por último, el de gratuidad, está dirigido a que las partes actúen en el proceso sin recurrir a un excesivo gasto económico.

4. LA ETAPA PROCESAL PARA EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA

4.1. INTRODUCCIÓN

En el tema anterior analizamos los principios procesales que informan la prueba en materia civil.

En el tema que ahora nos ocupa, desarrollaremos las etapas que establece nuestro Código Procesal Civil para que las partes puedan ofrecer sus pruebas, en atención a la naturaleza jurídica de los procesos civiles.

Según ya hemos señalado, el proceso está constituido por una serie de etapas y en materia de prueba⁶² tenemos, entre otras, en la que esta es ofrecida.

Este acto de ofrecimiento debe coincidir necesariamente con la interposición de la demanda⁶³ o con la oposición a ella⁶⁴.

Se trata de un ofrecimiento “*abstracto*” de prueba, en el que se anuncian las probanzas con las que se van a acreditar determinados hechos⁶⁵.

62 “Hay tres momentos fundamentales: el ofrecimiento, el petitorio y la recepción o evacuación...” ARGUEDAS SALAZAR, Olman. “CRISIS DE LA MOTIVACIÓN”. Citado por ARDÓN ACOSTA, Víctor. LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, 1980, p. 57.

63 *En este sentido ver ARGUEDAS SALAZAR, Olman. Ob. cit., pág. 57.*

64 “En la doctrina moderna, con la finalidad de acelerar el trámite de los procesos (principio de economía procesal), se pregona que el momento de ofrecer las pruebas debe ser con la pretensión material o con la oposición a ella...” PARAJELES VINDAS, Gerardo. LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, p. 57.

65 “Realmente ese es un ofrecimiento abstracto de la prueba en general, porque particularmente en nuestra legislación procesal sólo la prueba documental debe ofrecerse con la demanda...” Ob. cit., p. 57.

4.2. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS ORDINARIO Y ABREVIADO

El ofrecimiento de la prueba en este tipo de procesos, con respecto a la parte actora, se inicia con la demanda (artículos 290 y 422 del Código Procesal Civil). Estas normas establecen una serie de requisitos en relación con los hechos y con las pruebas, los cuales, de no cumplirse, hacen que la demanda sea defectuosa, debiendo prevenir su corrección bajo pena de inadmisibilidad.

Los hechos en que se fundamenta la demanda deben indicarse claramente, han de exponerse uno a uno en forma correcta, numerados y bien especificados. Este requisito guarda una relación con el ofrecimiento de prueba, sobre todo con la testimonial⁶⁶.

De igual forma, el inciso 6) del numeral 290 *ibídem* establece como requisito que se deben ofrecer las pruebas con indicación, en el caso de prueba testimonial, del nombre y las demás generales.

La única excepción en la que además de ofrecerse hay que aportar necesariamente la prueba, es en el caso de la documental. Esto porque –de acuerdo con el principio de economía procesal– la parte accionada debe tener la posibilidad de oponerse a esa prueba al ser emplazada.

En caso de que el accionante no tenga a su disposición los documentos al instante del ofrecimiento, debe indicarle al juzgador el archivo, oficina pública o lugar donde sean localizables. Lo anterior con la finalidad de que el juez la solicite previo al emplazamiento, y así poder conferir tras-

66 “El cumplimiento de este requisito es de suma importancia para los efectos de la recepción de prueba, en especial la de la testimonial. Los testigos, en la fase demostrativa, serán interrogados sobre los hechos que hubiere indicado la parte proponente, todo a tenor del artículo 354 del citado cuerpo de leyes...” PARAJELES VINDAS, Gerardo. “CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Volumen I. Editorial Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, San José, 1998, p. 229.

lado de la demanda al accionado, junto con esa prueba documental.

El supuesto de que la parte no tenga a su disposición los documentos, debe interpretarse en forma amplia. En algunos casos, los juzgadores solo solicitan esta prueba cuando la misma es difícil de obtener para la parte. En mi criterio, esto es incorrecto, pues basta la circunstancia de que la parte no cuente en ese momento con el documento, para que el juzgador solicite esa prueba, conforme al artículo 292 *ibídem*⁶⁷.

En caso de que esa prueba no arribe al proceso, dentro del plazo de quince días, se prescinde de la misma y se da traslado a la demanda.

Con respecto a la parte demandada, los numerales 305 y 423 *ibídem* establecen que es en la contestación el momento procesal oportuno para ofrecer prueba y con la contrademanda, si fuere formulada –artículos 308 y 423 *ibídem*–.

De la contestación de la demanda se confiere audiencia al actor, quien en ese momento también puede ofrecer contraprueba (numeral 305 *ibídem*). Por otro lado, en el supuesto de que exista contrademanda, se le confiere traslado por quince días al accionante, plazo en el cual, a su vez, puede ofrecer prueba (artículo 309 *ibídem*). Luego de esto el contrademandante puede ofrecer prueba complementaria, dentro del plazo de tres días.

No obstante, la prueba confesional y el interrogatorio de parte pueden ser ofrecidos en cualquier etapa del proceso, incluso antes del dictado de la sentencia de primera instancia.

67 “No tener a disposición debe entenderse en sentido genérico, es decir, sencillamente no tener el documento al presentar la demanda. La norma citada, entonces se aplica aun cuando la certificación pudo ser aportada por la parte –certificación de un expediente judicial o del Registro Público-, y no sólo en aquellos casos donde se certifica exclusivamente a petición de una autoridad judicial...” PARAJELES VINDAS, Gerardo. Ob. cit., p. 263.

4.3. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS SUMARIOS

El artículo 433 *ibídem* –como norma general aplicable a todos los procesos sumarios– dispone que el actor debe ofrecer, junto con la demanda, todas las pruebas respectivas. Igualmente, la misma norma dispone que, dentro del emplazamiento de cinco días, el demandado podrá contestar la demanda y ofrecer su prueba. En caso de que esto ocurra, se le da audiencia a la parte accionante para que, a su vez, ofrezca contraprueba. El fundamento de esta disposición radica en la naturaleza jurídica de estos procesos y en la aplicación del principio de concentración, elementos mediante los cuales se produce una reducción de las etapas, en las que es posible que las partes ofrezcan prueba.

4.4. EL OFRECIMIENTO DE PRUEBAS EN LOS PROCESOS ESPECIALES

El Título IV del Libro II del Código Procesal Civil se titula “*Procesos especiales*”. El Capítulo I de ese título regula lo relativo a los procesos incidentales, dentro de los que se incluyen propiamente los incidentes y las tercerías, mientras que dentro del Capítulo II se regulan los procesos monitorios.

En lo que concierne al ofrecimiento de prueba en los incidentes, el numeral 483, inciso 1) del Código Procesal Civil establece ese ofrecimiento como un requisito de admisibilidad del incidente. El inciso 2) otorga la facultad, al incidentado, de ofrecer prueba al contestar, dentro del plazo de tres días.

En las tercerías también se requiere que la parte promovente ofrezca las pruebas al momento de la interposición (artículo 491 *ibídem*). No obstante, en este supuesto, se le da un especial valor a la prueba documental que se debe acompañar junto con la tercería, tanto es así que de

no aportarse lleva al rechazo de plano del proceso. Tales documentos dependen del tipo de tercería que se formule⁶⁸.

En el proceso monitorio también debe ofrecerse la prueba en la demanda, y es de trascendental importancia el documento que se pretende hacer valer. Hay que recordar que por medio de este proceso se procura condición ejecutoria a un documento que no reúne la categoría de título ejecutivo, pero en el que sí se consigna una deuda dineraria, líquida y exigible (artículo 502 en relación con el 439 del Código Procesal Civil).

En razón de que nuestra finalidad no es desarrollar doctrinalmente el tema relativo a los procesos cobratorios, no ahondaremos más en cuanto al procedimiento monitorio. Sin embargo, para efectos meramente ilustrativos, indicaremos que la jurisprudencia nacional es la que ha venido a complementar los requisitos que debe cumplir este documento⁶⁹.

Por otra parte, el deudor sólo puede oponerse al requerimiento de pago que en su contra se formula, alegando haberlo cancelado, para lo que solo puede ofrecer documento idóneo en ese sentido, aunque también puede pedir la prescripción del crédito.

68 *En la tercería de dominio o de mejor derecho sobre inmuebles se requiere el título inscrito o la certificación del Registro Público o notarial en la que se acredite la inscripción o que está pendiente de inscripción. También, en las de mejor derecho, se admite cualquier documento auténtico que acredite el derecho del tercero. En el supuesto de una tercería de mejor derecho o de dominio sobre muebles cuyo valor exceda el valor indicado en el numeral 351 *ibídem*, se exige documento público o auténtico. En las de distribución se exige un título ejecutivo, el cual debe tener fecha cierta anterior al embargo.*

69 *Al respecto, Parajeles Vindas, al referirse a los requisitos de este documento, indica que debe ser un documento original, debe estar firmado por el deudor, no debe contar con fuerza ejecutiva, en el documento debe constar una obligación dineraria, líquida y exigible y tal documento debe valerse por sí mismo. PARAJELES VINDAS, Gerardo. “CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Volumen II. Editorial Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, San José, 1998, pág. 218.*

4.5. CONCLUSIONES

Resumiendo lo anterior, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1) El llamado “ofrecimiento de prueba” constituye una de las primeras etapas del procedimiento probatorio, que se da en el momento en que el juzgador entra a conocer los hechos en los que las partes sustentan sus pretensiones y excepciones.

2) La etapa procesal para el ofrecimiento de la prueba depende de la naturaleza jurídica de cada uno de los procesos. En los procesos declarativos (ordinarios y abreviados) ese ofrecimiento de prueba se puede dar en la demanda, en su contestación, en la audiencia para contraprueba de la contestación, en la contrademanda, en la réplica y en la audiencia acerca de esta última. Existen medios de prueba que pueden ser ofrecidos, incluso, antes del dictado de la sentencia de primera instancia, como lo son el interrogatorio de parte y la confesión.

3) En los procesos sumarios el ofrecimiento de prueba se limita a tres momentos distintos: la demanda, la contestación y la audiencia para contraprueba.

4) En los procesos incidentales –incidentes y tercerías– el ofrecimiento de prueba se da al inicio del proceso, como un requisito de admisibilidad de la gestión. A la parte contraria se le otorga la posibilidad de ofrecer contraprueba.

5) En el proceso monitorio el ofrecimiento de prueba documental idónea, por parte del accionante, es un elemento sustancial que da fundamento a la demanda. El demandado, en caso de alegar el pago, solo puede ofrecer prueba documental para fundamentar su oposición.

5. LA CARGA DE LA PRUEBA

5.1. INTRODUCCIÓN

En el anterior tema analizamos la primera fase del procedimiento probatorio llamada el ofrecimiento de prueba.

Esta etapa procesal coincide con el momento en que la parte actora formula sus pretensiones, o bien, cuando la demandada se opone a las mismas o formula sus propias pretensiones.

Ahora analizaremos el concepto de la carga de la prueba, entendida como la necesidad de las partes de demostrar sus argumentaciones en el proceso, en caso de que se pretenda que la decisión del juzgador se dicte a su favor.

5.2. EN BUSCA DEL CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA

Para iniciar la búsqueda del concepto de carga de la prueba, primero debemos cuestionarnos: ¿cuál es el concepto procesal de “carga”?

Algunos autores de derecho procesal identifican el concepto de “carga de la prueba” con el de un deber o una obligación⁷⁰, cuando en realidad ambos conceptos son diferentes.

Una obligación jurídica consiste en el deber que tiene el deudor de efectuar el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer en favor de un acreedor. Por el contrario, la carga de probar es un tipo de carga procesal que no se fundamenta en una obligación, sino más bien en

70 “Aunque la expresión *onus probandi* es muy antigua, empezó a adquirir el sentido que hoy se le da de carga de la prueba cuando se alcanzó el concepto moderno de carga procesal, lo que no se produjo hasta bien entrado el siglo XIX, hablándose hasta entonces de obligación de prueba o de *necitas probandi*...” MONTERO AROCA, Juan. LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1998, p. 56.

la necesidad de realizar un acto “para prevenir un perjuicio procesal”^{71,72}.

La circunstancia de que una normativa procesal establezca una carga para una parte, significa que a esta le corresponde la realización de un acto que, a diferencia de una obligación, no puede ser exigido por un acreedor.

71 “La noción de carga, como contrapuesta a la de obligación, se debe fundamentalmente a GOLDSCHMIDT y a CARNELUTTI. Para la comprensión del primero hay que partir de su teoría del proceso como situación jurídica, conforme a la cual los nexos existentes entre las partes no son principalmente derechos y obligaciones, sino expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas en este contexto la carga es “la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal”, de modo que se tiene la carga de comparecer, de contestar la demanda, de probar, etc. Todo el proceso civil descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como potestativos, en el sentido de que su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y a su no realización se adscriben consecuencias perjudiciales.” MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 56.

72 *Como ejemplo de esto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 31 de las nueve horas veinte minutos del veinte de marzo de mil novecientos noventa y dos, utiliza el concepto de carga de la prueba asimilándolo al de carga procesal*, al indicar: “...De otra parte del ordinal 11 del Código Civil antes de su reforma por Ley 7020 disponía: “El que funde su derecho en leyes extranjeras deberá probar la existencia de éstas.”, el cual corresponde al número 30 actual que contiene el mismo principio, y en autos consta que la recurrente no cumplió **con esa carga procesal**, cuyo principio también se encuentra establecido en el ordinal 409 del Código de Bustamante invocado por la apelante en apoyo a su gestión...”. No obstante, en el voto número 554, de las quince horas diez minutos del cuatro de agosto de dos mil, se utiliza el concepto de **carga de la prueba** como sinónimo de **obligación**, puesto que en ese pronunciamiento se señala: “La simple alegación de un hecho no basta para su condena porque es la parte quien está en la obligación de ofrecer las pruebas en tiempo, lograr del juzgador su admisión, presentarlas para ser evacuadas, y finalmente, dentro del proceso de valoración probatoria, tarea por excelencia del juzgador, atribuirle a esos elementos probatorios el valor necesario para acreditar el hecho formulado. **Se trata del conocido principio de la carga de la prueba. Consiste en la obligación de todo quien alegue un hecho o una pretensión en proceder a probar legalmente lo alegado...**”

Desde esta perspectiva, en el desarrollo de un proceso judicial no existen obligaciones, sino más bien cargas, cuyo cumplimiento beneficia a la parte que realiza una determinada actuación procesal⁷³; entre ellas la carga de la prueba, por la que el legislador impone a las partes probar sus proposiciones⁷⁴.

5. 3. MANIFESTACIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Una vez establecido que la carga de la prueba constituye un tipo de carga procesal, es momento ahora de determinar a cuál de los sujetos procesales le corresponde dicha carga.

Como lo indicamos al analizar los principios que informan la prueba, nuestro Código Procesal Civil se rige por el principio dispositivo (artículo 1 del Código Procesal Civil). Esto significa que, inicialmente, la carga de la prueba recae en las partes⁷⁵ y solo en determinados casos en el

73 “En el proceso, pues, no existen normalmente deberes u obligaciones (que serían imperativos del interés ajeno, cuyo incumplimiento podría ser sancionado o cuyo cumplimiento podría ser exigido coactivamente), sino cargas, que se conciben como imperativos del interés propio, en cuanto su levantamiento beneficia a la parte que realiza el acto.” MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 56.

74 “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 mantendrá en el supuesto de que no se prueba lo afirmado...” ARGUEDAS SALAZAR, Olman. “PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL”, Revista Judicial n°. 18, citado por ARDÓN ACOSTA, Víctor. “La Prueba en Materia Laboral”, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, año 1999, p. 55.

75 *En cuanto a la aplicación del principio dispositivo y su relación con la admisión de pruebas, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, por voto número 554, de las quince horas diez minutos del cuatro de agosto de dos mil indicó: “...En el sistema procesal moderno aún tiene plena vigencia el aforismo romano judex secundum allegata et probata partium decidere debet. Esto significa la limitación de los jueces a poder dictar sus sentencias a todo cuanto las partes aleguen y prueben. La simple alegación de un hecho no basta para su condena porque es la parte quien está en la obligación de ofrecer las pruebas en tiempo,*

juzgador, lo cual será analizado con posterioridad, cuando nos refiramos a la potestad de dirección en relación con el principio de oficiosidad.

En consecuencia, corresponde a cada una de las partes ofrecer y evacuar su propia prueba, a tal grado que si esto no llega a ocurrir, la parte que incurrió en esa omisión posiblemente resultará vencida en el proceso⁷⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 317 del Código Procesal Civil establece:

“CARGA DE LA PRUEBA. La carga de la prueba incumbe:

1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho⁷⁷.

lograr del juzgador su admisión, presentarlas para ser evacuadas, y finalmente, dentro del proceso de valoración probatoria, tarea por excelencia del juzgador, atribuirle a esos elementos probatorios el valor necesario para acreditar el hecho formulado. Se trata del conocido principio de la carga de la prueba...”

76 “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...” ARGUEDAS SALAZAR, Olman. “PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL”, Revista Judicial n°. 18, citado por ARDÓN ACOSTA, Víctor. “La Prueba en Materia Laboral”, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, año 1999, p. 55.

77 *Con respecto a la necesidad de acreditar los hechos constitutivos del derecho, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia n°. 4, de las quince horas del seis de enero de mil novecientos noventa y cinco, indicó:* “VII.-... en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Así el artículo 317, inciso 1) del Código Procesal Civil artículo 317, inciso 1) del Código Procesal Civil, artículo 317, inciso 1) del Código Procesal Civil disponen que a quien formule una pretensión le incumbe la carga de la prueba respecto de los hechos constitutivos de su derecho, por lo que en la especie debió la recurrente demostrar la intencionalidad en la causación del daño o lesión del interés jurídicamente relevante, extremo que en la especie se encuentra ayuno

2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos⁷⁸ del derecho del actor.⁷⁹

Las aplicaciones de ese artículo dependen del caso concreto que se nos presente. No obstante, trataré de dar ejemplos para ilustrar diferentes posibles supuestos.

El acreedor formula una demanda con la finalidad de cobrarle a su deudor la suma de cien mil colones que le prestó en virtud de un contrato de préstamo mercantil. El hecho constitutivo del derecho del actor se fundamenta en acreditar la existencia del contrato de préstamo. Si el deudor alega que ya pagó la obligación estaríamos ante un hecho extintivo, que requiere ser probado por este.

Por otra parte, si el argumento del deudor resulta ser que ciertas cláusulas del contrato fueron modificadas y que en realidad la suma de dinero prestada fue de veinticinco mil colones, también el deudor es el llamado a acre-

de prueba. Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine quo non para que prospere la pretensión resarcitoria”.

78 “Al respecto, el inciso 2do. del artículo 317 del Código Procesal Civil, atribuye la carga de la prueba a quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. De acuerdo con esta disposición, la parte reconvenida estaba obligada a sustentar la procedencia de las excepciones formuladas, para lo cual, debía exponer, al momento de interponerlas, los hechos relativos a la causa de pedir...”. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto n°. 85, de las quince horas treinta y cinco minutos del veinticuatro de enero de dos mil uno.

79 *Inicialmente, esta norma correspondía al artículo 719 del Código Civil, hasta que fue derogado con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil. Esa norma, a diferencia del numeral 317 citado, únicamente indicaba* “Todo aquel que intente una acción u oponga una excepción, es obligado a probar los hechos en que descansa la acción o la excepción”.

ditar la existencia de ese hecho modificativo del derecho que pretende ejercitar el acreedor.

Veamos otro ejemplo: Fabio es propietario de una casa de habitación, la cual, según él, le arrienda a Ana por la suma de diez mil colones. Al cabo de unos meses Fabio decide plantear una demanda de desahucio por falta de pago en contra de Ana. En ese proceso de desahucio Fabio debe acreditar los siguientes hechos constitutivos: a) que él es el propietario del inmueble arrendado; b) que existe una relación inquilinaria entre él y Ana y c) que Ana incumplió dicha relación al no cancelar el alquiler.

Ana alega que ella se encuentra en el inmueble en virtud de que convive de hecho desde hace más de siete años con Fabio y no en razón de alguna relación inquilinaria. Es ella quien necesita probar ese hecho que modifica el planteamiento de la demanda, al menos con el eventual fundamento de la causal de falta de pago.

Citemos otro ejemplo: Juan es propietario registral de un inmueble de Cartago poseído por Manuel. Juan decide plantear una demanda ordinaria de reivindicación contra Manuel con el fin de recobrar la posesión. Manuel formula una contrademanda contra Juan, argumentando que él ha ejercido la posesión en esa finca, de forma pública, pacífica e ininterrumpida por más de diez años y a título de dueño, por lo que opera la prescripción positiva a su favor.

Como hecho constitutivo de su derecho Juan, como actor, necesita demostrar su condición de propietario registral. Lo que también bastaría probar para combatir la contrademanda.

Manuel, como contrademandante, necesita acreditar un hecho constitutivo, como lo es el que ha ejercido la posesión de la forma indicada por más de diez años, además, que tiene un título traslativo de dominio, no así la buena fe, que se presume, y sobre lo que volveremos más adelante.

5.4. LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA

Esta figura se da en los casos donde la ley establece una distribución de la carga probatoria diferente a la establecida por el numeral 317 del Código Procesal Civil. En esos supuestos, el legislador entiende que, si se aplican los principios generales indicados en ese artículo, puede provocar una imposibilidad de probar, por lo que establece reglas especiales para evitarlo. Ejemplo de esto tenemos:

1. Los jefes de colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado, *salvo que prueben que el hecho que origina su responsabilidad no se pudo impedir, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria* (artículo 1048, párrafo 1° del Código Civil, el texto en cursiva no pertenece al original).

2. Toda siembra, plantación u obra hecha en un terreno, se presume hecha por el propietario y que le pertenece, si no se prueba lo contrario (artículo 506 del Código Civil).

En los ejemplos anteriores vemos situaciones específicas, en las cuales el ordenamiento jurídico establece reglas que difieren de los principios generales señalados en el artículo 317 *ibídem*.

5.5. CONCLUSIONES

Al final de este tema podemos destacar lo siguiente:

1) El concepto de carga de la prueba no puede ser asimilado con el de una obligación jurídica. La obligación jurídica es el deber que tiene el deudor de efectuar el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer a favor de un acreedor, quien, a su vez, puede exigir su cumplimiento. En tanto que la carga de la prueba constituye un

tipo de carga procesal que las partes necesitan cumplir si desean demostrar sus proposiciones.

2) En aplicación del principio dispositivo que establece el artículo 1 del Código Procesal Civil, dicha carga de la prueba le corresponde, inicialmente, a las partes del proceso, ya sea la actora o la demandada.

3) El artículo 317 del Código Procesal Civil establece a quién le corresponde la carga de la prueba en cada supuesto específico. De acuerdo con el inciso 1), quien formula una pretensión requiere acreditar las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. El inciso 2) dispone que quien se opone a una pretensión requiere demostrar las afirmaciones de los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.

4) La inversión de la carga probatoria consiste en que el legislador entiende que, si se aplican los principios generales indicados en el artículo 317 *ibídem*, puede provocar una imposibilidad de probar, por lo que establece reglas especiales para evitarlo.

6. LA POTESTAD DE DIRECCIÓN DEL JUZGADOR Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD –EN CUANTO A LA ADMISIÓN Y EL RECHAZO DE PRUEBA–

6. 1. INTRODUCCIÓN

En líneas anteriores desarrollamos el concepto de carga de la prueba, entendida como la necesidad que tienen las partes de aportar pruebas que demuestren sus afirmaciones acerca de los hechos. Señalamos que esta carga requiere ser cumplida por la parte actora o por la demandada, si es que desean que sus pretensiones o sus oposiciones sean acogidas por los juzgadores.

También analizamos el artículo 317 del Código Procesal Civil, como la norma que establece a cuál de las partes le corresponde esa carga procesal, en atención de las distintas hipótesis que se presenten en un proceso específico.

Nos enfocaremos ahora en la segunda fase de este procedimiento, que corresponde a la admisión y rechazo de las pruebas ofrecidas por las partes. Asimismo, analizaremos en qué consiste el principio de oficiosidad y las facultades que la aplicación de ese principio otorga a los jueces y juezas para poder introducir prueba que no ha sido ofrecida por las partes.

6.2. LA POTESTAD DE DIRECCIÓN DEL JUZGADOR

Los primeros navegantes de la Antigüedad fueron los fenicios, de cuya civilización recientemente aparecieron huellas en América. Ellos descubrieron la forma de dirigir la fuerza de los vientos gracias a la invención del timón y de las velas.

De la misma forma, el proceso puede ser visualizado como un navío que, en la mayoría de los casos, pretende ser impulsado por dos fuerzas opuestas, representadas por las pretensiones de la parte actora y las oposiciones de la demandada. La labor del juzgador es semejante a la del timón, cuya función es la de dirigir el proceso para que cumpla su finalidad.

No obstante, esa función de dirección depende de las potestades⁸⁰ que el mismo ordenamiento procesal le otorgue.

80 “Algunos autores han usado sistemáticamente el término “facultades”, para referirse a las manifestaciones de poderío y capacidad provenientes de las actividades del juez, pero, en nuestro caso, preferimos el término poderes; no sólo por ser conceptuados con ese término en el Código Procesal Civil, sino porque representan la participación preponderante que el juez tiene en el debate...” ARTAVIA BARRANTES, Sergio. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Editorial Universidad de San José, San José, 1995, p. 213.

Nuestro Código Procesal Civil confiere al juzgador una serie de poderes de ordenación y de instrucción del proceso, entre los que se encuentran: a) el de desechar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta, y b) las demás establecidas en esa normativa (artículo 97 del Código Procesal Civil)⁸¹.

Entre estos poderes existen algunos a los que ese cuerpo de leyes les otorga también la condición de deberes. Así tenemos que, en el numeral 98, incisos 1) y 4) ibídem, se establece entre los deberes del juzgador el “*dirigir el proceso y velar por su rápida solución*” y, específicamente, en cuanto a la prueba, “*deberá ejercer los poderes que se le confieran, a fin de verificar las afirmaciones hechas por las partes*” (el subrayado no es del original).

En consecuencia, podemos afirmar que la dirección del procedimiento probatorio constituye una potestad y un deber que el ordenamiento le otorga y, a su vez, le exige al juzgador en el cumplimiento de sus funciones. A continuación, indicaremos desde qué momento procesal el juez ejerce ese poder-deber.

6.3. LAS MANIFESTACIONES DEL PODER DE DIRECCIÓN EN MATERIA PROBATORIA

Anteriormente señalamos que el ofrecimiento de prueba constituye una actuación procesal que es de impulso exclusivo de las partes⁸².

81 “Estos poderes “se vinculan estrechamente con los deberes de dirección, pero mientras éstos le son impuestos al juez en el ejercicio de su función, aquéllas aparecen en la órbita volitiva del magistrado.” ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “El juez y sus deberes y facultades”. Citado por ARTAVIA BARRANTES, Sergio. Ob. cit., p. 214.

82 *Al respecto, Montero Aroca, refiriéndose a los actos de ofrecimiento de los medios de prueba señala: “...son los actos de la parte por el que precisa qué medios de prueba desea que se practiquen en el proceso...”* MONTERO AROCA, Juan. “LA PRUEBA EN EL PROCESO

La primera manifestación del poder de dirección del juzgador, en el campo de la prueba, se materializa cuando admite o rechaza las pruebas ofrecidas por las partes, lo cual en nuestro Código Procesal Civil marca el inicio de la llamada “fase demostrativa” del proceso.

Ese poder de dirección se ejercita en una resolución en la que el juez o la jueza admite o deniega la prueba ofrecida por las partes⁸³.

Al respecto, el numeral 316 ibídem, aplicable a los procesos ordinarios y abreviados, establece:

“Fracasada la conciliación y saneado el proceso, el juez ordenará recibir las pruebas ofrecidas que sean procedentes...”

Asimismo, el artículo 434 ibídem, como disposición general referente a todos los procesos sumarios, indica:

“Las pruebas que no sean documentales o periciales se evacuarán mediante los señalamientos que deberán hacerse...”

Los artículos 483, inciso 3) y 495 –trámite bis–, con respecto a los incidentes y a las tercerías, en lo que interesa disponen:

“Artículo 483.-...Salvo disposición en contrario, los incidentes se tramitarán en pieza separada y de la siguiente manera: ...3) Contestado el incidente y no habiendo prueba que recibir, el juez lo resolverá dentro del plazo de cinco días. En caso contrario, procederá a evacuar, dentro del plazo de diez días, la prueba pertinente ofrecida, y hará los señalamientos que correspondan...”

CIVIL”. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1998, p. 99.

83 “**RECIBIMIENTO DE PRUEBA.** Es el acto procesal por el que acuerda la realización de prueba en el proceso, acto que consiste en una resolución...” MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 94.

“Artículo 495.-...El juez mandará a evacuar, dentro del plazo de diez días, la prueba pertinente ofrecida, y hará los señalamientos que correspondan...”.

Así, vemos que cada uno de los diferentes procesos cuenta con una etapa procesal en la que el juzgador decide cuáles probanzas admite o deniega.

A pesar de lo anterior, es al inicio de la fase demostrativa del proceso ordinario en donde se hace una referencia más clara al poder-deber de dirección del juzgador en cuanto a la denegatoria de prueba. Lo anterior, al indicar que debe rechazarse la prueba que se refiera a los siguientes hechos: 1) los admitidos expresamente por las partes; 2) los amparados en una presunción; 3) los notorios y 4) los evidentes. Asimismo, debe denegar las pruebas ilegales, inadmisibles o impertinentes (artículo 316 *ibídem*).

No obstante, lo dispuesto por esta norma es aplicable al resto de los procesos establecidos en el Código Procesal Civil, tal y como lo disponen los artículos 332, 428 y 437, párrafo 2°.

Para el ejercicio efectivo de la potestad de dirección, en cuanto a la admisión de pruebas, los jueces debemos tener un conocimiento claro acerca de cada uno de los hechos antes indicados.

Esto es así porque solo deben admitirse aquellas pruebas que sean útiles y que cumplan un propósito dentro del proceso.

6.4. LOS HECHOS ADMITIDOS POR LAS PARTES

Dentro de estos hechos se incluyen los que son afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra⁸⁴.

⁸⁴ “Los hechos afirmados por las dos partes y los hechos admitidos por la otra, no es ya únicamente que no están necesitados de prueba, es

Por el término “*admisión*” se entiende la circunstancia de no impugnar las afirmaciones del adversario, por lo que en estos supuestos resulta innecesario recibir pruebas sobre los hechos no controvertidos, en aplicación del principio de “economía procesal”⁸⁵.

Dicha admisión puede surgir no solo del análisis que el juzgador realice de los escritos de demanda y contestación de la misma. También se puede dar a través de la confesión rendida ante el juez⁸⁶, en otro proceso y por cualquier memorial que contenga afirmaciones que sean contrarias a la parte que las efectúa⁸⁷. Esto no se aplica ante supuestos en donde la confesión no es admisible como único medio de prueba, ni tampoco en los casos en que la parte esté representada por una persona que carezca de facultades legales para confesar en daño de aquella (artículo 316 del Código Procesal Civil). Este aspecto será desarrollado más extensamente cuando analicemos la confesión como medio de prueba⁸⁸.

que la ley prohíbe que sea intentada su prueba...” MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 39.

⁸⁵ “Los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba...Es necesario ver en esta fórmula una aplicación del principio de economía procesal, que induce a realizar los fines del juicio con el mínimo de actos. Al concluir que los hechos no impugnados se tienen por admitidos, se llega no sólo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos necesarios. Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso...” COUTURE, Eduardo. “FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Tercera Edición, 1988, p. 83.

⁸⁶ *El artículo 338 del Código Procesal Civil establece que la confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace.*

⁸⁷ *El artículo 341 del Código Procesal Civil establece que las aseveraciones contenidas en un interrogatorio o en los escritos que se refieren a hechos personales del interrogante o parte, se tendrán como confesión de estos.*

⁸⁸ *Este aspecto se analizará en el apartado 1 de la Unidad II.*

También la admisión de hechos puede surgir como consecuencia de varias situaciones: a) en los casos en que el demandado se allane a los hechos de la demanda⁸⁹; b) ante la falta de contestación de la demanda por parte del demandado⁹⁰ y c) también cuando el demandado incumple la prevención de corregir la contestación defectuosa de los hechos⁹¹, salvo que estos se contradigan con prueba documental o con una confesión judicial.

89 *Existe mucha diferencia entre el allanarse a los hechos de la demanda y el allanarse a las pretensiones. El artículo 304 del Código Procesal Civil establece que, en el segundo supuesto, el juez dictará sentencia sin más trámite, salvo que sospeche que existe un fraude procesal. En tanto que el allanamiento de los hechos no conlleva el inmediato dictado de la sentencia, dado que la admisión de los hechos no implica que la parte accionada esté conforme con las pretensiones del actor. PARAJELES VINDAS al comentar esta norma indica "...El demandado puede contestar allanándose a lo pretendido por el actor, ya sea en forma total o parcial. Al leer el escrito se debe estar seguro que el demandado se allana a la pretensión y no a los hechos, de ahí que el procedimiento a seguir es dictar sentencia sin más trámite; y en caso que sea parcial el fallo también será parcial los extremos aceptados. Sólo es posible allanarse en pretensiones de índole patrimonial, es decir en derechos disponibles. De esta manera no procede en materia de familia, donde a pesar del allanamiento es necesario evacuar la prueba propuesta..." PARAJELES VINDAS, Gerardo. Ob. cit., p. 284.*

90 *El artículo 310 del Código Procesal –aplicable al proceso ordinario y al abreviado– establece que si el demandado no contestare dentro del emplazamiento, de oficio se le declarará rebelde y se tendrá por contestada afirmativamente la demanda en cuanto a los hechos. En cuanto al sumario, el numeral 436 ibídem, dispone que cuando el demandado manifieste expresamente su conformidad, o cuando no haga ninguna oposición y deje transcurrir el emplazamiento, el juzgador dictará resolución en la que declarará con lugar la demanda, si ésta fuera procedente. Este último supuesto también es aplicable al monitorio (artículo 503 ibídem).*

91 *El artículo 305 del Código Procesal Civil dispone que, el demandado, que conteste negativamente la demanda, debe exponer claramente por qué rechaza los hechos o si los admite como ciertos, con variantes o rectificaciones. De no contestar los hechos en la forma dicha, el juez le previene su corrección dentro del plazo de tres días. En el caso de incumplir esa prevención se tienen por admitidos los hechos sobre los que no haya dado respuesta en la forma expresada, salvo aquéllos que se contradigan con un documento o por una confesión judicial.*

6.5. LOS HECHOS AMPARADOS EN UNA PRESUNCIÓN

Nuestra intención aquí no es desarrollar exhaustivamente el estudio de las presunciones, puesto que estas serán analizadas con posterioridad. Sin embargo, en virtud de que nuestro ordenamiento procesal obliga a denegar la prueba sobre hechos amparados en una presunción, considero que en este momento debemos analizar detenidamente esta norma.

Hay casos en los que no es posible obtener prueba directa de los hechos. Esto sucede, por ejemplo, cuando no existen testigos que declaren sobre lo que se pretende acreditar. Ante esta situación, el juzgador debe recurrir a cierto tipo de razonamiento con la finalidad de reconstruir los hechos.

La presunción es esa labor racional del juzgador, la cual surge a partir de un hecho introducido al proceso⁹².

La sola circunstancia de que el legislador haya hecho referencia a que el juzgador debe denegar la prueba sobre los "*hechos amparados por una presunción*", conlleva un gran debate desde el punto de vista doctrinal⁹³. Esto porque es, a través de la evacuación de la prueba, que pueden fijarse como ciertos los hechos que dan base para el surgimiento de una presunción.

92 "el mecanismo de la presunción supone una labor deductiva...a partir de un hecho, previamente introducido en el proceso..." ... DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. DERECHO PROCESAL CIVIL II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., cuarta edición, Madrid, 1997, p. 395.

93 "Las presunciones se presentan también, por numerosos juristas, como un caso de innecesariedad o dispensa de prueba. Se sostiene que, junto a los hechos admitidos y a los hechos notorios, han de aliarse, como exentos de prueba, los hechos presuntos. Ya sabemos que tal tratamiento es, además de teóricamente erróneo, imposible en la realidad, pues sólo tras la prueba y su valoración pueden, de ordinario, fijarse como ciertos unos hechos en virtud de presunciones..." DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, Ob. cit., p. 309.

Independientemente de lo anterior, procedamos a definir los distintos tipos de presunciones.

6.6. TIPOS DE PRESUNCIONES

Las presunciones se dividen en legales y humanas. Las primeras son aquellas en las que la ley establece la veracidad de un hecho⁹⁴ a partir de la existencia de otros que le sirven como base. En otras palabras, la presunción legal constituye un mandato legislativo, mediante el cual se ordena tener por demostrado un hecho, siempre que el hecho “indicador” o base se compruebe⁹⁵.

Por eso nuestra legislación establece que quien invoca este tipo de presunción se encuentra eximido de demostrar el hecho presunto (artículo 414 del Código Procesal Civil), pero sí debe acreditar siempre la existencia de los hechos que sirven de fundamento al hecho presunto (párrafo 2° del artículo 414 *ibídem*). Al incorporar este tipo de presunciones en una norma jurídica, el legislador toma en cuenta algunos hechos de los que, de acuerdo con una máxima de la experiencia, se derivan ciertos efectos⁹⁶. Citemos un ejemplo para aclarar este punto.

El artículo 69 del Código de Familia establece que se presumen como hijos habidos en el matrimonio, aquellos nacidos dentro de la vigencia del vínculo matrimonial. Para que surja esa presunción es necesario demostrar la fecha del matrimonio y que el nacimiento del niño o de la niña ocurrió dentro de los ciento ochenta días después

94 *Al respecto, el doctor Olman Arguedas Salazar indica “...cuando la ley dispone la verdad de un hecho, estamos en presencia de una presunción...” ARGUEDAS SALAZAR, Olman. La crisis de la motivación. Lectura compilada por ARDÓN ACOSTA, Víctor. En: “La prueba en materia laboral”. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1999, p. 49.*

95 *ALSINA, Hugo. Ob. cit., pág. 532.*

96 *ALSINA, Hugo. Ob. cit., pág. 532.*

del día del matrimonio. Si se demuestran esos dos hechos se da una presunción legal, como lo es que ese hijo fue habido dentro del matrimonio, por lo que no se requiere demostrar ese hecho presunto. Será la parte contraria, por el principio de inversión de la carga de la prueba, quien deba aportar hechos para destruir esa presunción, como por ejemplo, la circunstancia de que al momento en que ocurrió el nacimiento del menor el esposo tenía más de cinco años de no convivir con su cónyuge.

Otras veces el legislador no fundamenta el establecimiento de presunciones en una máxima de la experiencia, sino más bien en una ficción jurídica, como por ejemplo, la norma que establece que cuando dos o más personas fallecen en un mismo acontecimiento o por cualquier otra causa que impide saber el orden en que han muerto, se presume que han fallecido en un mismo momento (artículo 35 del Código Civil).

Las presunciones legales se dividen en absolutas *–iuris et de jure–* y relativas *–iuris tantum–*. Las primeras no admiten prueba en contrario y son aquellas en virtud de las cuales la ley anula ciertos actos o acuerda una excepción de fondo (artículo 415 *ibídem*). Por el contrario, las relativas son las que, en principio, pueden ser combatidas a través de todo medio de prueba que las refute (artículo 416 *ibídem*). Estas presunciones serán objeto de estudio en el apartado 7 de la Unidad II.

Por otro lado, el artículo 417 regula lo concerniente a las presunciones humanas.

Estas solo sirven como prueba si son consecuencia directa, precisa y deducida de un hecho comprobado. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que este tipo de presunción “... es el resultado del ejercicio de la discrecionalidad otorgada al juzgador para apreciar la prueba, derivando entonces la presunción de otros hechos

que se han tenido por ciertos⁹⁷ (el subrayado no es del original).

Al tomar en cuenta lo anterior, los hechos que sirven de base para que se fundamente una presunción humana siempre han de ser acreditados.

En conclusión, cuando el artículo 316 *ibídem* establece que se deben denegar las pruebas ofrecidas para acreditar hechos amparados por una presunción, constituye una disposición que se aplica solamente en cuanto a las presunciones legales y no a las humanas. Esto porque, evidentemente, es a raíz de la valoración de la prueba y de los hechos tenidos como ciertos, que el juzgador puede extraer este tipo de presunciones.

6.7. LOS HECHOS EVIDENTES

El juzgador debe denegar prueba ofrecida para demostrar un hecho evidente, una situación que, de acuerdo con la lógica y la experiencia, no podría ser de otro modo⁹⁸⁻⁹⁹.

Arguedas Salazar nos señala el siguiente ejemplo: *“si un automóvil corre a 120 km por hora, en el estado actual de las 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*

97 Voto número 848-F, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de octubre de dos mil uno.

98 Consultar en este sentido a ARGUEDAS SALAZAR, Olman. *La crisis de la motivación. Lectura compilada por ARDÓN ACOSTA, Víctor. En: “La prueba en materia laboral”. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1999, p. 49.*

99 *En relación con los hechos evidentes, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado: “es obvio, es un hecho evidente que la muerte de la esposa y madre, causa daño moral y material, con lo que está demostrada la existencia de daños y perjuicios...”*, voto n.º. 95, de las 13:45 horas, del 16 de marzo de 1990.

*en un espacio de terreno tan pequeño; ello es un hecho evidente...”*¹⁰⁰.

La condición de un hecho evidente puede variar de acuerdo con las situaciones de tiempo y lugar. Hace cincuenta años era inconcebible pensar que una persona pudiera realizar compras en otro país con tan solo sentarse frente a la pantalla de un computador, lo cual hoy día es producto de la realidad cotidiana. Asimismo, a principios del siglo XX era evidente que en un mismo día no se podía viajar de Costa Rica a Panamá, pero en la actualidad el tiempo que se tarda para trasladarse de un país a otro se ha reducido gracias al avance en los medios de transporte.

Por ende, en virtud de que la ciencia y la técnica se desarrollan día a día, es posible que lo que parece evidente no lo sea, de ahí que tendrá que ser valorado con suma atención para no dejar de admitir prueba importante.

Algunos autores asimilan el “*hecho evidente*” con “*los hechos que normalmente se producen en la realidad*”. Así, los hechos contrarios a la realidad cotidiana sí requieren ser acreditados¹⁰¹.

6.8. LOS HECHOS NOTORIOS

La “*notoriedad*” es una condición que el juzgador le otorga a un hecho, en virtud de su propio conocimiento y por lo que considera innecesario recibir prueba sobre él¹⁰².

100 *Ob. cit.*, pág. 50.

101 “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 le 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...” *Ob. cit.*, p. 51.

102 “La notoriedad es la cualidad que el tribunal atribuye a un hecho

La notoriedad no es sinónima de generalidad, puesto que un hecho puede ser conocido para un grupo de personas y totalmente desconocido para otras. Un hecho notorio es aquel que es de conocimiento normal de un grupo de personas de determinado lugar, en una época determinada, que precisamente coincide con el momento en que el juzgador admite la prueba, o bien, cuando dicta el fallo¹⁰³. Un ejemplo de esto puede ser la circunstancia de que, en Costa Rica, el 8 de diciembre es un día en el que a los funcionarios del Poder Judicial se les concede asueto, debido a que se celebra el día del empleado judicial. Este hecho no es de conocimiento de la generalidad, sino que es conocido, a lo sumo, por los servidores judiciales y los litigantes. En consecuencia, constituye un hecho notorio que no requiere ser demostrado ante el juzgador.

6.9. LA DENEGATORIA DE PRUEBA POR RAZONES DE ILEGALIDAD, INADMISIBILIDAD E IMPERTINENCIA

A pesar de que el artículo 316 *ibídem* señala que también debe denegarse la prueba sobre los hechos que sean ilegales, inadmisibles o impertinentes, en mi criterio debe interpretarse que ese rechazo no se refiere al hecho en sí, sino más bien a la ilegalidad, inadmisibilidad o impertinencia de la prueba ofrecida. Lo anterior, debido a que

en razón de su general conocimiento como positiva o negativamente cierto y por lo cual considera innecesaria toda prueba sobre ese hecho. Es una definición en el mismo sentido de la que ofrece el citado Stein sobre los hechos notorios: “hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba”. DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. *Ob. cit.*, p. 313.
103 ARGUEDAS SALAZAR, Olman. *La crisis de la motivación. Lectura compilada por ARDÓN ACOSTA, Víctor. En: “La prueba en materia laboral”, p. 51.*

estas tres características –la legalidad, admisibilidad y la pertinencia– son propias de la prueba y no de los hechos.

La ilegalidad o ilicitud de la prueba se refiere a la fuente a la que la parte pretende recurrir para obtener la prueba¹⁰⁴. Un ejemplo de rechazo de prueba por razones de ilegalidad, sería que se pretenda introducir al proceso una cinta magnetofónica obtenida mediante una intervención telefónica realizada en forma ilegal.

Por otro lado, el ofrecimiento de prueba será impertinente cuando se pretenda demostrar hechos que han sido admitidos por ambas partes, o sobre aquellos que no son objeto del litigio, o que surgen de una presunción legal, o son evidentes o notorios.

La prueba inadmisibile se refiere a que el medio de prueba ofrecido no es idóneo para acreditar un determinado hecho. Esto se da en el supuesto de que se pretenda ofrecer prueba testimonial para desvirtuar lo afirmado en un documento público (artículo 370 del Código Procesal Civil), o bien, que la parte actora ofrezca su propia confesión para demostrar hechos que le favorecen (numeral 338 *ibídem*).

Una vez analizadas todas las manifestaciones del poder de dirección en cuanto a la admisibilidad y rechazo de prueba, procederé a desarrollar la aplicación del principio de oficiosidad por parte del juzgador, que le permite admitir pruebas no ofrecidas por las partes.

104 “La licitud de la prueba se refiere a cómo la parte ha obtenido la fuente de la prueba que luego pretende introducir en el proceso por un medio de prueba, y así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho de la fuente, cabe que luego la use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios, con el fin de intentar conformar una convicción judicial o para fijar un hecho.” MONTERO AROCA, Juan. *Ob. cit.*, p. 81.

6.10. EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD

Al analizar los principios procesales que rigen la prueba, señalamos que uno de estos es el dispositivo, el cual se refiere, en lo que aquí interesa, a que las partes son las que deben ofrecer las pruebas que permitan al juzgador dictar una resolución a su favor.

Sin embargo, existen ordenamientos procesales, como el nuestro, que le otorgan mayores facultades al juzgador para dirigir el proceso y lograr su conclusión. El ejercicio de esas facultades se manifiesta en el principio de oficiosidad, el cual, en materia probatoria, le otorga la potestad al juez o a la jueza de admitir las pruebas que considere necesarias.

El artículo 316 del Código Procesal Civil establece que, además de ordenar la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes, el juzgador puede admitir las que él considere necesarias.

La aplicación del principio no desplaza al dispositivo, dado que siempre las partes son las llamadas a aportar las pruebas al proceso, pero como la función del juzgador debe ser buscar la certeza sobre los hechos afirmados por las partes, nada obsta para que ordene prueba con la finalidad de aclarar esos hechos¹⁰⁵.

105 “El principio dispositivo significa y tiene que seguir significando, que los particulares son titulares plenos de sus derechos subjetivos y que a ellos les corresponden decidir, con criterios de estricta oportunidad, si inician o no el proceso. El principio de aportación de parte, en tanto que principio autónomo, supone que son las partes las que han de aportar los hechos al proceso, haciendo las afirmaciones necesarias, pero no tiene porque suponer que de las partes haya de salir necesariamente la iniciativa para que el proceso se reciba a prueba. Atendida la función de la prueba con referencia a alcanzar la certeza sobre los hechos afirmados por las partes, nada impide desde el punto de vista estrictamente jurídico que se le atribuya al juez la facultad de decidir de oficio que, por existir hechos controvertidos, el pleito se recibe a prueba...” (sic) MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 92.

Debo aclarar que el ejercicio del principio de oficiosidad constituye una facultad que se encuentra sujeta a límites, puesto que al recurrir a esta no es posible introducir prueba sobre hechos que no han sido introducidos por las partes. El límite de la prueba de oficio lo conforman los hechos debatidos por las partes en el proceso, dado que solo es posible introducir este tipo de prueba para aclarar los hechos sobre los cuales el juzgador tenga un cierto grado de duda.

Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 203-F, de las catorce horas treinta y cinco minutos del quince de noviembre de mil novecientos noventa y uno, indicó:

“...Uno de los límites insoslayables de esta prueba de oficio, lo constituye la prohibición que tiene el juez de suplir o subsanar, por su medio, la omisión, inactividad o negligencia cometida por una de las partes en la producción de la prueba ofrecida, pues se lesionaría seriamente el principio de igualdad de los litigantes y se comprometería la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Tampoco debe remediarse a través de este instituto procesal las deficiencias técnicas en la defensa...”

De ese pronunciamiento podemos extraer lo siguiente:

- a) la prueba de oficio no puede ser utilizada por el juzgador para demostrar hechos que las partes no han introducido al proceso;
- b) tampoco puede ser empleada para subsanar las omisiones en que incurren las partes al producir las pruebas necesarias para dar apoyo a sus afirmaciones;
- c) de lo contrario, se violentarían los principios de igualdad y de imparcialidad de los juzgadores, los cuales son parte del debido proceso.

6.11. CONCLUSIONES

Al terminar este tema llegamos a las siguientes conclusiones:

1) La dirección del juzgador, en materia de prueba, constituye una potestad, pero también un deber que se le otorga de conformidad con los artículos 97, inciso b) y 98, inciso 4) del Código Procesal Civil.

2) El ejercicio efectivo de esa potestad-deber por parte del juzgador, marca el inicio de la fase demostrativa del proceso. El comienzo de esa fase se da cuando el juzgador dicta una resolución en la que decide admitir o denegar las pruebas ofrecidas por las partes.

3) En ejercicio de la potestad de dirección, el juzgador debe denegar la prueba sobre los siguientes hechos: 1) los admitidos expresamente por las partes; 2) los amparados en una presunción; 3) los notorios y 4) los evidentes. Igualmente, ha de rechazar las pruebas ilegales, inadmisibles o impertinentes (artículo 316 ibídem).

4) El principio de oficiosidad es un complemento del principio dispositivo, que faculta al juzgador para solicitar prueba que no haya sido ofrecida por las partes, pero con el límite de que esa prueba debe ser introducida para aclarar hechos afirmados por las partes y no situaciones nuevas.

Hasta aquí hemos analizado las potestades del juzgador al momento de admitir o denegar prueba, posteriormente nos enfocaremos al estudio de cada uno de los medios de prueba que prevé nuestro ordenamiento procesal civil.

UNIDAD II LOS MEDIOS DE PRUEBA

PRESENTACIÓN

En esta segunda unidad analizaremos los diferentes medios de prueba que establece el numeral 318 del Código Procesal Civil, así como el procedimiento para su evacuación.

La sección primera permite analizar los dos tipos de declaración de parte establecidos en los numerales 333 a 350 ibídem, el interrogatorio de la parte y la confesión. Asimismo, se señalan las diferencias y similitudes existentes entre ambos y el procedimiento de evacuación de este medio de prueba.

En el segundo apartado se desarrolla el tema de la prueba testimonial, se analizan los supuestos que, en virtud de la cuantía del negocio, existen para su admisión como medio de prueba, para luego llegar a concluir que, en realidad, no existen esas limitaciones. Lo anterior por cuanto de la lectura de los numerales 351 y 353 ibídem se determina que el legislador abrió las posibilidades para admitir esa prueba, siempre y cuando el juzgador utilice parámetros de imparcialidad y objetividad que no desequilibren el derecho de las partes. Por otro lado, se explican las diversas situaciones que se le pueden presentar al juzgador al evacuar esta prueba.

La tercera sección se refiere al tema de la prueba documental. En esta sección se define el concepto de documento y se realiza un análisis de la clasificación de este medio de prueba entre documentos e instrumentos públicos y documentos privados. Como aporte novedoso se hace referencia al concepto de documento notarial, introducido por el código que regula esa materia, y a la división entre documentos protocolares y extra protocolares, para así llegar a determinar cuáles de estos tienen la condición de instrumentos públicos. Por otra parte, se analiza el valor probatorio de las distintas clases de documentos,

así como de los procedimientos para ordenar su cotejo y declarar su falsedad.

En el cuarto apartado se conceptualiza la prueba pericial y se establecen los procedimientos por cumplir para evacuarla. Mientras que en el quinto se desarrolla el tema de los medios científicos de prueba y se destaca la forma poco acertada en que nuestra legislación procesal se refiere a dicho tema.

Dentro de la sección sexta se explica el reconocimiento judicial, destacando que es el único medio en que el juzgador hace constar circunstancias que capta directamente con sus sentidos. Cabe destacar que en este aparte se efectúa una crítica a una práctica que comúnmente se realiza en nuestros tribunales, como lo es ordenar el allanamiento en caso de que se imposibilite la entrada al lugar donde debe practicarse el reconocimiento. También se estudia si el reconocimiento de personas violenta o no el derecho a la intimidad, con fundamento en los lineamientos establecidos por la Sala Constitucional.

Por último, la sección séptima se refiere a las presunciones y a los indicios como medios de prueba, haciendo la advertencia de que estos, en realidad, no deben incluirse dentro de esta categoría, puesto que constituyen deducciones que se elaboran en la mente del juzgador. Pese a ello, se realiza el análisis de las presunciones legales y de las humanas y se establecen las diferencias entre ellas.

1. LA DECLARACIÓN DE PARTE

1.1. INTRODUCCIÓN

En la primera edición de este libro, me referí al tema de la declaración de parte, resaltando su importancia como medio probatorio. Dicho medio fue introducido a través de la promulgación del Código Procesal Civil de 1986, ya que con, anterioridad tanto el anterior Código de Procedimientos Civiles, como el Código Civil no lo regulaban, sino que seguían la concepción clásica de tener como medio de prueba la confesión.

Como explicaré más adelante, la introducción del medio de prueba "*Declaración de parte*" y su consecuente subdivisión en interrogatorio de parte y confesión trajo una importante gama de posibilidades a nuestro derecho procesal civil, pues permitió a la persona juzgadora –y eventualmente-, a las partes el pedir el interrogatorio no solo acerca de hechos personales, sino también sobre hechos contenidos en la demanda (artículo 333 del Código Procesal Civil) lo que ha sido interpretado que es posible también en torno a hechos relatados en el escrito de contestación de la misma.

1. 2. LA DECLARACIÓN DE PARTE

La Sección Segunda del Capítulo II del Código Procesal Civil establece como medio de prueba la declaración de parte. Dicho medio de prueba se subdivide en el interrogatorio de parte y la confesión. Esta subdivisión

es importante hacerla, porque en la práctica forense, es común que los operadores del derecho apliquen el término *declaración* equiparándolo con *interrogatorio*, cuando en realidad se trata del género y de la especie. El término *declaración de parte* incluye tanto la confesión como el interrogatorio, por lo que se debe tener en cuenta esa salvedad al utilizar esta terminología. Incluso ese error es cometido en muchos proyectos de ley que se encuentran en la actualidad en la corriente legislativa¹⁰⁶.

Por *declaración de parte*, debemos entender toda manifestación formal que realiza una de las partes del proceso y que genera una serie de efectos jurídicos a nivel probatorio¹⁰⁷.

David Torres Pindado (Juez en Práctica de la 56ª Promoción de la Escuela Judicial de España) la define como “...*aquel medio de prueba por el que mediante la declaración, generalmente, pero no siempre, de una de las partes a las preguntas de la proponente, se quiere lograr el convencimiento del juez sobre los hechos controvertidos*”¹⁰⁸.

106 Como un ejemplo claro de esto la reforma procesal en materia laboral, establece en su artículo 478, entre la lista de los medios de prueba, en su inciso 1, la *Declaración de parte* y, en su inciso 9, la *confesión*, lo cual refleja esa inconsistencia conceptual a la que he hecho referencia.

107 Enrique Tarigo citando a Jaime Guasp indica que la *declaración de parte* es “...una declaración de conocimiento, emanada de una de las partes, y dotada de una específica significación probatoria. Es una declaración de ciencia o de conocimiento, y no se trata, de una manifestación de voluntad; traduce un creer lo que se afirma y no el querer que sea lo afirmado...Y con una específica significación probatoria, es dirigido o destinado a convencer al tribunal de la existencia de determinados datos de hecho que ya han adquirido naturaleza procesal...” TARIGO, Enrique. “LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. En “La prueba en materia civil”. PARAJELES VINDAS, Gerardo –compilador-. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José, pág. 180.

108 TORRES PINDADO, David. “Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte”, en “Aspectos Prácticos de la Prueba Civil”. J.M. Bosch, Editor, Barcelona, España, año 2006, pág. 281.

Como lo indiqué anteriormente, este medio de prueba se subdivide en el interrogatorio de parte y la confesión. Analizaremos primero el interrogatorio y, luego, la confesión, para establecer las diferencias y similitudes existentes entre uno y otra.

1.3. EL INTERROGATORIO DE PARTE

Previo a iniciar el desarrollo de este tema, considero importante que refresquemos brevemente el concepto procesal de parte.

Las partes son aquellos “*sujetos jurídicos que pretenden. O frente a los que se pretende, una tutela jurisdiccional concreta y que. Afectados por el pronunciamiento judicial correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso.*”¹⁰⁹.

Esta conceptualización se vuelve importante, porque nos aclara quien goza de legitimación activa para ofrecer el interrogatorio o, por el contrario, de legitimación pasiva para someterse al mismo.

Relacionando este concepto con el numeral 333 del Código Procesal Civil, podemos afirmar que, el interrogatorio de parte, es un cuestionamiento que se le hace a las partes, en relación a los hechos de la demanda o, en su caso, de la contrademanda.

De la lectura de esa norma, se extrae que el interrogatorio de parte, se encuentra previsto, inicialmente, como un medio de prueba que surge como manifestación del principio de oficiosidad del juzgador. Esto debido a que será por iniciativa del juez o de la jueza que se ordena la cual no obsta para que sea la contraria quien recurra a este interrogatorio.

109 DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Angel. *DERECHO PROCESAL CIVIL*. Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1996, pág. 480.

Torres Pindado nos aclara que la misma situación ocurre en España, ya que la disposición 752.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite a los juzgadores decretar de oficio cuantas pruebas estimen pertinentes, entre ellas el interrogatorio. Sin embargo, a diferencia de nuestra legislación que no establece ningún limitante para el órgano jurisdiccional, la normativa española permite esa facultad de llamar, oficiosamente, a interrogatorio, solo en procesos especiales, como por ejemplo, los que versan sobre la capacidad de las persona, los de filiación (paternidad y maternidad), los de nulidad de matrimonio, separación, divorcio y los de modificación de medidas acordadas en ellos, los de guarda y custodia sobre hijos menores, o sobre alimentos reclamados por un progenitor en representación de sus hijos contra el otro, los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial, los que tienden a oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y los que tratan sobre la necesidad de asentimiento en la adopción¹¹⁰.

Este medio de prueba puede ser ofrecido, en los procesos ordinarios y abreviado, en cualquier estado del proceso, hasta antes del dictado de la sentencia de primera instancia. No ocurre lo mismo en los procesos sumarios, donde el ofrecimiento solo puede ser hecho en la demanda y en la contestación, tal y como lo ha indicado en su jurisprudencia el Tribunal Primero Civil de San José¹¹¹. Específicamente, en materia de monitorios arrendaticios y de cobro judicial, la declaración de parte, tiene un tratamiento procesal distinto. En ambos supuestos constituye un me-

110 Torres Pindado explica que esto lo establece expresamente el numeral 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ob. Cit. Pág. 283.

111 Votos números 42, de las 8:55 horas, del 7 de enero de 1986, 942 de las 8:10 horas del 11 de agosto de 1993 y 1040-L de las 8:30 horas del 27 de agosto de 1993.

dio de prueba que debe ser ofrecido en la demanda o en la contestación, necesariamente, ya que recordemos que la Ley de Cobro Judicial y la Ley de Monitorio Arrendaticio prevén procesos fundados en un sistema de oralidad, lo que exige que tal ofrecimiento deba ser en estas gestiones escritas y en esas etapas procesales, sobre todo porque, en el supuesto de la contestación, dará pie a lo que se considera una oposición fundada, que permita acudir luego a un audiencia de recepción de prueba. En el supuesto de la confesión, la ley del monitorio arrendaticio, tiene una regulación muy concreta a lo que me referiré cuando analice la confesión como medio de prueba.

Vale la pena destacar que la “declaración de parte” como medio de prueba genérico es uno de los dos medios que puede ser ofrecido en los incidentes de falta de exigibilidad, pago o prescripción dentro de procesos de ejecución hipotecaria y prendaria (el otro medio es la documental) (artículo 10 de la Ley de Cobro Judicial). En principio, se podría pensar que se está refiriendo a las dos sub-especies (confesión e interrogatorio), sin embargo, la norma después señala que esa “declaración” debe versar sobre hechos personales, con lo que claramente vemos que se trata de un ejemplo de los errores conceptuales que envuelven este término, ya que en realidad la disposición se refiere a confesión.

IV.- ¿ES POSIBLE OFRECER COMO MEDIO DE PRUEBA LA DECLARACIÓN DE LA PROPIA PARTE?

De la lectura literal del numeral 333, podríamos en principio afirmar que esa posibilidad no es factible, ya que la norma señala “*cada parte podrá solicitar la declaración de la parte contraria, bajo juramento*”. En otras palabras, solo sería posible llamar a la parte contraria de la que solicite la prueba. Sin embargo, como se trata de derecho,

es evidente que las interpretaciones de esta disposición pueden ser variadas.

Dentro del procedimiento rígido civil, una visión del principio de legalidad apegada a la norma llevaría a la conclusión antes expuesta. No obstante, ello provocaría una de las grandes violaciones al principio de tutela judicial efectiva, por el que muchas veces es criticada la jurisdicción civil. Explicaré esto. En este campo, son nulas las oportunidades que tiene la propia parte de ser utilizada como medio de prueba para demostrar sus aseveraciones ante el órgano jurisdiccional. Ello porque el numeral 338 del Código Procesal Civil (norma de confesión pero que se aplica supletoriamente al interrogatorio, conforme al 337 ibídem), establece que el resultado del interrogatorio se valorará en lo que le perjudica al confesante (o al interrogado), y no en lo que le favorece. Así las cosas, la parte se ve en una imposibilidad de acreditar hechos en su beneficio a través de su propia confesión o interrogatorio, lo que, no pocas veces infringe un derecho fundamental de acceso a la prueba y de tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Carta Magna). Mi argumento para afirmar lo anterior, radica en que en otros procesos, como sucede en la materia penal y en contencioso administrativo (recurriendo a distintos razonamientos), resulta admisible la declaración de la propia parte ante el Tribunal con la idea de acreditar los hechos que le favorecen al declarante. Así, por ejemplo, es de lo más corriente que la persona ofendida y actora civil rinda su declaración con el fin de demostrar el hecho generador del daño y de los perjuicios en ambas materias. En penal tal situación se presenta porque el numeral 116 del Código Procesal Penal, establece que, el actor civil actuará en el procedimiento en razón de su interés civil, lo que implica acreditar la existencia del hecho y, determinar a sus autores o partícipes, la imputación de ese hecho a quien considere responsable, el vínculo con

el tercero civilmente responsable, la existencia, extensión y la cuantificación de esos daños y perjuicios pretendidos. Para esos efectos, la intervención por sí misma, como actor civil, le obliga a declarar como testigo. Esta condición procesal dada por la norma, faculta a los Tribunales penales a tener por demostrado el daño a través de la propia declaración del accionante civil, lo que sería impensable en la materia civil, quizás por una visión rígida y alejada de las normas constitucionales en materia probatoria.

Aspectos tan estrictos como los civiles en torno a la declaración de parte, han llevado a pronunciamientos más garantistas de parte de los Tribunales Contencioso Administrativos. Dicha jurisdicción aplica parámetros muy interesantes en torno a la admisión del interrogatorio de parte cuando lo ofrezca la propia parte. A diferencia de penal, donde existe una norma clara, en torno a la condición de testigo de la parte actora civil, dichos Tribunales aplican una tesis fundada en la “*búsqueda de la verdad real*” para justificar la admisión del interrogatorio de parte, lo que les es muy útil para garantizar la posibilidad de demostrar algún hecho en beneficio de la propia parte, claro está sometiendo esa probanza al contradictorio de la contraria, y dando las razones por las que las respuestas al interrogatorio resultan creíbles.

Según me han explicado los juzgadores que laboran esa materia, este tipo de resoluciones admitiendo el interrogatorio de parte de la propia parte, son dictadas en forma oral, por ciertos jueces tramitadores en dicha jurisdicción, mientras que otros aplican literalmente el numeral 333 ibídem y solo admiten esa posibilidad cuando el interrogatorio es ofrecido por la parte contraria. Quienes lo admiten lo hacen en los casos en el que se reclama un funcionamiento anormal de la Administración (por ejemplo en supuestos de mala praxis médica en el figura como co-accionada la Caja Costarricense del Seguro Social o

quienes han sido privados ilegalmente de su libertad y reclaman responsabilidad al Estado). Bajo estas circunstancias, se parte de la premisa de que la propia víctima es la más indicada para acreditar el sufrimiento causado en aras del resarcimiento del caso¹¹²

Debo aclarar que los Tribunales civiles costarricenses si han admitido la confesión, cuando su ofrecimiento lo hace un co-demandado con respecto a otra persona o parte co-accionada (ver Voto número 380, de las diez horas treinta minutos del cinco de diciembre de dos mil tres, de la Sección Primera del Tribunal Segundo Civil). Esta premisa sería aplicable también al interrogatorio, ello claro está cuando los accionados litiguen bajo una distinta representación y sus tesis de defensa sean distintas, lo que ya de por sí implica un avance en torno a la interpretación del numeral 333 ibídem. Ello porque esa norma, en principio, solo permite el ofrecimiento del interrogatorio de la *parte contraria*, hipótesis en la que no se encuentra la situación que acabamos de explicar.

La discusión también ha sido enfrentada por la doctrina española. Torres Pindado nos explica que cierta corriente admite el interrogatorio de parte de co-litigantes sin intereses contrapuesto, así como el de la parte formada por un solo sujeto, equiparando “...*el litisconsorcio sin oposición a la parte configurada por una sola persona...*”¹¹³. Existen posiciones contrarias. Dicho autor dice que la posibilidad de ofrecer su propio interrogatorio, viene negada por la mayoría de la doctrina (cita a varios autores: Asencio Mellado, Díaz Fuentes, Ferrer Barrientos, Gimeno Sendra, Montero Aroca, Muñoz Sabaté, Peiteado Mariscal y Ribelles Arellano), la jurisprudencia y el numeral 30.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, al igual que nuestro 333 dis-

112 Tal situación me fue expuesta ante una consulta que le efectúe por correo electrónico al Juez Contencioso Francisco de la Trinidad Hidalgo Rueda quien amablemente me indicó lo anterior.

113 *Ob.cit. pág. 283 y 284.*

pone que “*cada parte podrá solicitar el interrogatorio de las demás*”, pero no de sí misma¹¹⁴.

Según Torres Pinero, hay tres argumentos que apoyan este criterio:

1. Inexistencia de dicha posibilidad en la regulación histórica española¹¹⁵.
2. Porque cada una de las partes ya ha tenido la oportunidad de realizar las declaraciones que estime oportunas y adecuadas a sus pretensiones, a través de los alegatos de la demanda y de la contestación.
3. En el hecho de que, en caso de admitirse, la parte que hubiera solicitado su propio interrogatorio podría realizar nuevos alegatos, que serían extemporáneos por haber transcurrido o precluido ese plazo¹¹⁶.

Dice Torres Pindado que, Asencio Mellado – en su obra “Proceso Civil práctico”-, fundamenta su posición en el efecto perjudicial que para la parte sometida al interrogatorio puede significar un posible reconocimiento de hechos, contrarios a sus pretensiones, que se verían recogidos en la sentencia por la valoración que lleve a cabo el órgano jurisdiccional¹¹⁷.

114 *Ob.cit. pág. 284.*

115 Dicho autor explica que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, así como la de 1881, en su numeral 579 imposibilitan esa posibilidad. Otro fundamento radica en la valoración de la prueba de la confesión en juicio (siempre en cuanto a lo que perjudique al confesante, tal y como sucede con nuestro 338 del Código Procesal Civil) Sin embargo, se resalta que esa posibilidad si es factible en el Código de Derecho Canónico y así se reconoce bajo la denominación del testimonio en causa propia.

116 *Ob. Cit. Pág- 284-285.*

117 Torres Pindado cita jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se niega el interrogatorio de la propia parte (Sentencias número 19 de 1949, de 1 de diciembre de 1994 o de 8 de julio de 1991, que cita otra más antigua del 18 de noviembre de 1927, en las que exige que la

Por otro lado, Torres Pinedo realiza un resumen de las posiciones doctrinarias favorables. Indica que, para Lorca Navarrete la Ley de Enjuiciamiento Civil no valora que las partes son la mejor informadas sobre los hechos discutidos, objeto de resolución judicial, considerando pobres las razones que da la doctrina opuesta para negar esa solicitud, pues se basan en el hecho de que siendo la propia parte interrogada la principal interesada en su declaración, generalmente no coincidirá con la realidad. Asimismo, Serra Domínguez, al tratar sobre legitimación para confesar, resalta el problema que se presenta con los co-demandados, que al ser parte no pueden declarar como testigos y, al compartir la posición procesal de otra persona demandada no puede decirse que declara *contra se*. Dicho autor concluye admitiendo la confesión del co-demandado que será libremente valorada por la persona juzgadora¹¹⁸. Recordemos que líneas atrás comenté el Voto número 380, de las diez horas treinta minutos del cinco de diciembre de dos mil tres, de la Sección Primera del Tribunal Segundo Civil, la que precisamente sigue la posición del autor Serra Domínguez, con respecto a la admisión de la confesional de un co-demandado ofrecida por otro co-accionado.

Picó I Junoy y Bonet Navarro, también consideran que se produce una restricción injustificada al derecho de defensa, dado que el colitigante, al no poder declarar ni como parte ni como testigo, se le violenta en definitiva, su derecho de defensa¹¹⁹.

confesión solo puede solicitarse respecto de la parte contraria en juicio, es decir, de quien manga tesis o peticiones contrapuestas. Ob. Cit. Pàg. 285.

118 Torres Pinedo, *ob. Cit. Pàg 286.*

119 Torres Pindado indica que esa posición de los citados autores, es

V.- ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR LA POSIBILIDAD DE DIVIDIR EL INTERROGATORIO DE PARTES?

El numeral 334 establece que el interrogatorio de partes es divisible, *CUANDO VERSE SOBRE HECHOS DISTINTOS QUE NO GUARDEN ÍNTIMA CONEXIÓN CON EL DECLARADO.*

Esto significa que el contenido de lo declarado por la parte no tiene que ser valorado en conjunto por el juzgador, siempre y cuando sean hechos no personales de la persona declarante. Ello porque si lo declarado fueran hechos personales, estaríamos ante una confesión y no frente a un interrogatorio de parte, y la confesión tiene la característica de ser indivisible (artículo 340 *ibídem*). Exploquemos esto.

En el interrogatorio de parte, la persona litigante puede ser interrogado sobre hechos contenidos en la demanda (artículo 333 *ibídem*), lo que en mi criterio, también se aplica para hechos de la contrademanda y de la contestación de la demanda. Ahora bien, esos hechos pueden estar integrados por situaciones personales y también no personales, pues la parte lo que hace es narrar hechos que considera relevantes para la construcción de su teoría del caso. Bajo esta perspectiva, si las preguntas versan sobre hechos no personales, las respuestas dadas pueden ser divididas, para tener por acreditados hechos desfavorables de la parte declarante, ello independientemente, de que existen otras respuestas al mismo interrogatorio que

seguida también por Arturo Agudo y María Elisa Escolá en “Introducción a la nueva ley de enjuiciamiento civil desde la praxis profesional”. Incluso menciona que esa posición motivó la presentación de una infructuosa enmienda presentada en España por el Grupo Parlamentario Convergencia i Unió, se defendía en definitiva que pudiera solicitarse incluso en casos de no contraposición de intereses entre los colitigantes y, por derivación del mismo, al de la propia parte. Ob. Cit. Pàg. 287.

lo favorezcan¹²⁰. Sin embargo, dicha divisibilidad no es factible, a pesar de ofrecerse el interrogatorio de parte, cuando el hecho contenido en la demanda, en la contestación o en la contrademanda, constituye un hecho de naturaleza personal de la parte declarante, ya que en esa hipótesis la condición de ese hecho genera que nos encontremos ante un supuesto de confesión (pues ella se funda solo en hechos personales), y la confesión es indivisible, como regla general (numeral 340 *ibidem*), salvo algunas excepciones muy concretas que analizaré después.

VI.- LA CAPACIDAD PROCESAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS PARA SER LLAMADAS A “INTERROGATORIO DE PARTE”.

El interrogatorio de parte, puede ser rendido por la parte, personalmente, cuando así lo pida el oferente o cuando el juzgador lo ordene (artículo 335 *ibidem*).

Antes de referirme a esta norma, debemos aclarar el tema de la capacidad procesal de las partes para su necesaria intervención en el proceso civil. El numeral 102 del Código Procesal Civil establece que esa capacidad radica en gozar del libre ejercicio de sus derechos. De no ser así, se actuará en el proceso a través de representación.

Torres Pindado nos aclara que esa capacidad también se le denomina “capacidad de comparecer en juicio”, porque se refiere a la facultad para realizar válidamente actos procesales¹²¹. En caso de no gozar de la misma se debe comparecer a través de un curador procesal, mientras los concebidos y los no nacidos lo harán mediante la persona se atribuya a toda persona o sujeto a quien se le reconoz-

ca la titularidad de derechos y obligaciones (artículo 31 del Código Civil).

El autor indicado explica que la imposibilidad de citar a las personas menores o incapaces a rendir interrogatorio de partes es explicada en el derecho español, a partir del párrafo 2º del numeral 1231 del Código Civil de esa nación que establecía que para rendir confesión que la parte requería “*capacidad legal para hacerla*”. Él explica que es por esto que la doctrina entendió que, para confesar en juicio, era necesaria la capacidad procesal del confesante, ya que al ser necesaria la responsabilidad de tal declaración la persona incapaz o menor de edad no podía prestarla. Esto afectaba también la posibilidad de citar a interrogatorio al representante de los menores o del incapaz, ya que en relación con esa norma el numeral 587, párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 disponía que “*cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del que haya de absolverla, podrá negarse a contestarla*”, lo cual –aplicado a ese representante–, le permitía no contestar interrogatorios, a menos de que tuviera un conocimiento personal de los hechos¹²².

Por el contrario, Serra Domínguez, admite la confesión del representante, siempre y cuando hubieran sido realizadas por el representante a nombre de la persona representada. La misma línea sigue Picó I Junoy que establece la posibilidad de confesar sobre hechos no personales. Torres Pindado señala que el Tribunal Supremo español también es de ese mismo criterio¹²³.

Nuestra legislación nacional no señala ninguna excepción con respecto al representante para ser llamado a “interrogatorio de parte” (ver artículos 333 y 338 del Código

120 Consultar en este sentido, ALSINA, Hugo. *TRATADO TEORICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL*. Tomo 2. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, pág. 275.

121 Torres Pindado, *ob.cit.* pág. 291.

122 Torres Pindado, *ob.cit.* pág. 292 y 293.

123 El citado cita como jurisprudencias de referencia las sentencias de ese Tribunal de 17 de marzo de 1993 (RA 2018), de 16 de junio de 1992 (RA 5139) o de 14 de octubre de 1991 (RA 6917).

Procesal Civil), tal y como también sucede en el actual proyecto de reforma al Código Procesal Civil, pues el artículo 42.1 dispone que, en supuestos de mandato o representación, las personas representantes deben declarar sobre los hechos realizados bajo su función.

En lo que sí existe cierta unanimidad en la doctrina es en el hecho de ADMITIR la posibilidad de interrogar a la persona menor o a la que sufra una discapacidad cognoscitiva o volitiva. Torres Pindado cita como ejemplos de dicha unanimidad la posición de Bonet Navarro y las sentencias del Tribunal Supremo Español, dictadas a partir de la del 21 de setiembre de 1888 y la de 4 de enero de 1949, las cuales niegan la posibilidad de la persona menor de edad de ser sujeta a interrogatorio¹²⁴.

Yo tengo una posición un poco distinta en cuanto a la admisión del interrogatorio de parte, con respecto a personas menores de edad. A mi modo de ver el tema, creo que la fracción de la doctrina que admite el interrogatorio de la propia parte, sobre los hechos que le benefician, debe ser aplicada en esta situación concreta, dado que constituye uno de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva del que gozan a su vez las personas menores de edad. En este sentido, existe una cantidad de normativa en el Código de Niñez y Adolescencia que faculta una visión del tema como la antes expuesta.

El artículo 8 de ese Código establece que su jerarquía está por encima del Código de Familia y otras disposiciones similares –incluido el Código Procesal Civil-. Incluso el numeral 9 destaca que esta aplicación preferente de la norma más favorable para la persona menor de edad, a fin de tutelar su interés superior. Específicamente en el marco de los derechos procesales, el numeral 105 ibídem indica que dichas personas *tendrán participación directa en los*

124 Torres Pindado, ob. Cit, págs. 293 y 294.

procesos y procedimientos establecidos en este Código y SE ESCUCHARÁ SU OPINIÓN AL RESPECTO. Es un deber de la autoridad judicial o administrativa, el tomar siempre en cuenta la madurez emocional para determinar cómo recibirá la opinión, para esos efectos es obligación de la Corte Suprema de Justicia establecer las medidas adecuadas para realizar entrevistas, con el apoyo del equipo disciplinario y en presencia del órgano jurisdiccional.

Esta frase “obligación de escuchar”, en mi criterio, debe interpretarse como la posibilidad de interrogar a la persona menor de edad en un proceso en el figure como parte actora (no así cuando sea demandada), pues le permitiría que el juzgador conozca su propia versión de los hechos y como afectan sus derechos y potencializaría la tutela de su interés jurídico superior.

Baso mi hipótesis en un análisis conjunto de los numerales 105 y 107 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, dado que ésta última norma regula los derechos procesales que goza la persona en las que se encuentra el ser escuchada en su idioma y que su opinión y versiones sean consideradas en la resolución que se dicte (inciso a)); contar con un traductor o intérprete y seleccionarlo cuando sea necesario (inciso b). En caso de admitir este interrogatorio propuesto por la propia representación de la persona menor de edad, también el órgano jurisdiccional debe tomar una serie de previsiones, tales como que la o el menor declarante debe ser acompañado por un funcionario que labore como trabajador social, un psicólogo o cualquier otro profesional similar o una persona de confianza (artículo 107 inciso c).

Reitero que mi posición es que ese interrogatorio solo sería factible si admitimos la tesis de que la propia parte puede ofrecer su declaración como medio de prueba. Por el contrario, si la parte accionada fuera la persona menor de edad, su contraparte no podría pretender que su inte-

rrogatorio fuera rendido en forma personal por la persona menor, ya que en este caso, el que podría ser llamado a interrogatorio sería su representante, por las consecuencias que, para la persona accionada menor de edad, podría generar este interrogatorio.

En el caso de las personas jurídicas, éstas actúan a través de sus representantes de conformidad con la ley (por ejemplo en cuanto a lo dispuesto por el artículo 182 del Código de Comercio), sus estatutos o la escritura social.

Esa condición de los representantes de las personas físicas y de las jurídicas nos ofrece toda una gama de posibilidades, de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 335 ibídem, en cuanto dispone:” El interrogatorio de parte, puede ser rendido por la parte, personalmente, cuando así lo pida el oferente o cuando el juzgador lo ordene”.

Usualmente la llamada a rendir interrogatorio es la parte directamente, ya sea la actora o la accionada, pero muchas veces lo que sucede es que el escrito de demanda, contestación o reconvención, puede haber sido redactado por una persona que ejerce la representación, o también cuando los hechos contenidos en esos memoriales fueron realizados no directamente por el mandante sino por un mandatario. En esas circunstancias, el interrogatorio al mandante puede ser que nos lleve a obtener alguna prueba alguna o solo parte de la que sea desea, ya que es factible que al poderdante no le conste lo afirmado o actuado por el mandatario. Esta circunstancia, de acuerdo al artículo 335 ibídem, debe interpretarse como la posibilidad de que la proponente pueda ofrecer que el interrogatorio sea respondido por el mandante directamente, o bien por su apoderado, quien puede comparecer a rendir declaración en representación de su mandante (artículos 1253 –en cuanto poder generalísimo- ,1290 –respecto del poder

especial_judicial-, y 1289 –concerniente al poder general judicial-, todos del Código Civil).

Contrario a nuestra legislación, Torres Pindado apunta que, desde la Ley de las Partidas –precisamente en el Título XIII de la Partida III-, se admitió esa posibilidad, pues se reguló que las respuestas pudiera darlas “*todo hombre que..., o su personero o vocero a quien fuese otorgado poderío de la hacer*”. Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, negó esa posibilidad al establecer en sus artículos 581 y 587 que era la parte la que debía responder personalmente a las preguntas. La ley actual de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 301, 305, 308, 309 y 310 no permite que el interrogatorio sea prestado por sujeto distinto a la parte (procurador, abogado, u otro representante voluntario)¹²⁵. Sin embargo, el numeral 308 faculta a que el personero pueda rendir interrogatorio sobre ciertos hechos, por ejemplo un contrato o cualquier otra relación jurídica que realiza un mandatario en nombre y representación de quien es ahora parte procesal, ésta podría proponer que el representante conteste a la pregunta relativa a tales hechos, por tener conocimiento de los mismos¹²⁶.

Tal disposición sería incompatible con nuestro artículo 335, puesto que la posibilidad de citar a interrogatorio al mandatario es una opción de la parte proponente y no de la interrogada.

En principio, la aplicación de la normativa relativa al interrogatorio de partes no genera mayores problemas, tratándose del caso de personas físicas, pero en el supuesto de las jurídicas se han presentado situaciones que han ameritado una interpretación por vía jurisprudencial.

125 Torres Pindado, *ob.cit.* pág. 300. Esta posición, de acuerdo al citado autor, es seguida por Fernández Urzainqui, Ramos Méndez, Bonet Navarro y Serra Domínguez.

126 *Ob. Cit.* Pág. 302.

Un ejemplo de esto se da en el caso en el que, la parte actora de un proceso sea una persona jurídica, cuyo representante formula la demanda en esa condición, pero luego cesa en sus facultades como apoderado. Ante esa circunstancia, cabe cuestionarse ¿podrá la accionada ofrecer como medio de prueba el interrogatorio de parte de ese anterior personero? y, de no ser así, ¿cómo se puede introducir esa declaración al proceso?

En mi criterio, si esta situación es conocida por el juzgador antes de efectuar el señalamiento para la recepción de prueba, no resulta factible admitir el interrogatorio de parte en esas condiciones. Esto debido a que, eventualmente, si el ex representante no comparece a la diligencia o se rehúsa a declarar, no es posible tenerlo por confeso en perjuicio de la sociedad actora, dado que al momento del ofrecimiento o de la evacuación de la prueba, no ostenta la representación de la parte, por más que en alguna ocasión la haya tenido. Así, a pesar de que el demandado ofrezca el interrogatorio, lo procedente es que el juzgador admita la declaración del ex representante de la sociedad actora como testigo. Incluso, si la propia sociedad actora desea demostrar los hechos indicados en la demanda por un antiguo personero, debe recurrir al ofrecimiento del mismo, pero como testigo.¹²⁷

¹²⁷ Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la posibilidad de que la sociedad ofrezca el testimonio de uno de sus ex representantes, indicó "...Más compleja es la cuestión de si el representante de una persona jurídica de derecho privado, que puede hacer una declaración de parte o incluso una confesión, está también facultado para declarar como testigo. En principio, tal posibilidad está excluida, pues como bien se ha dicho, nadie puede ser testigo en su propia causa. Con ello lo que se pretende evitar es que la propia parte se constituya a sí misma como medio de prueba en el proceso. Por eso es que el artículo 333 del Código Procesal dispone que la declaración de parte sólo procede a solicitud de la parte contraria o porque así lo ordene de oficio el Juez. Ciertamente es que, en rigor, el representante no es, propiamente, la parte procesal, sino que actúa a su nombre. Pero es

Ahora bien, si el hecho de que la representación del apoderado de la sociedad ha cesado y en su lugar se ha

claro que, en estos casos, el litigio no le es ajeno, por lo que la doctrina, en general, considera que el representante no es apto para declarar como testigo. No obstante, dicha regla no es absoluta, sino que admite excepciones. Al respecto, se ha considerado lo siguiente: "El testigo, por definición, no puede ser ni quien es parte ni quien a la parte representa, con cualquier tipo de representación procesal (legal, necesaria o técnica). Este requisito subjetivo puede suscitar diversas cuestiones (como las relativas al litisconsorte respecto de lo que no sea su litigio, aunque se ventile en un único proceso; la de quien fue parte pero, por sucesión, deja de serlo, etc.). Sin incurrir en casuismo fuera de lugar en obras con ésta, la respuesta adecuada a tales cuestiones dependerá de la acertada aplicación de la regla *nullus testis in re sua*. Si el litigio, la res, es ajena al sujeto sobre cuya cualidad de testigo se cuestiona, ordinariamente podrá ser testigo". (Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández, Op.cit., p. 317). **IV.-** Esta es precisamente la hipótesis que se da en el presente caso. En efecto, consta en la certificación que obra a folio 596 fte., que el Sr. B.S. cesó en su puesto de gerente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de B.sa, desde el día 11 de octubre de 1991. Es decir, antes de que B.sa contestara la demanda que T. estableciera en su contra y antes de que se produjera la acumulación de procesos. De manera tal que, aun cuando el Sr. B.S. haya suscrito la demanda de Bsa contra T., lo relevante, en el presente caso, es que el referido señor ya había perdido su calidad de representante de B. con mucha anterioridad al momento de la acumulación, por lo que debe interpretarse que el litigio le es ajeno en lo personal. Nótese que es llamado a declarar, no en su condición de representante, sino como simple empleado de B.sa. De forma tal que el impedir la rendición de dicha prueba testimonial, en circunstancias como las que rodean al presente litigio, produce, efectivamente, indefensión. A tal conclusión se llega si se tiene presente que al referido señor B. S., cuya declaración puede contribuir a arrojar luz sobre el presente proceso, no se le admitió declaración como parte interesada, por haber dejado de ser representante de Bsa. Y, por otro lado, se le impide rendir su declaración a título de testigo, precisamente, por haber sido representante de dicha institución bancaria. De esta forma se hace nugatorio el esclarecimiento de los hechos, pues se crea un impedimento absoluto para que ingrese en el proceso un elemento probatorio relevante, situación ésta que no es tolerada en doctrina, pues la idea es que el conocimiento de los hechos pasados que tengan influencia en el proceso, y que cualquier persona pueda tener, sea considerado en el proceso, ya como declaración de parte, ya como declaración de testigo (Así: Othmar Jauernig, Derecho Procesal Civil, München, C.H.Beck, 1991, p. 192). " Sentencia número 36, de las 14:45 horas, del 29 de marzo de 1996

nombrado a otro, es conocido por el juzgador cuando ya efectuó el señalamiento para evacuar esa prueba, lo pertinente es poner en conocimiento de la parte que ofrece la prueba esa circunstancia, a fin de que indique si su deseo es el de recibir el interrogatorio de parte del ahora ex representante o bien del actual. Si mantiene su posición de recibir el interrogatorio del ex representante y si éste acude al señalamiento, no existe ningún impedimento en evacuar la prueba. No obstante, su deposición debe ser valorada como la de un testigo y no como si la hubiera rendido el personero de la sociedad. Si el ex representante no se presenta a la evacuación de la prueba, no se le podría tener por confeso, por las razones que indiqué anteriormente.

Como vimos en el supuesto de las personas jurídicas, sucede un caso especial, ya que la persona que representa a la misma puede ser llamada a interrogatorio. Esta posibilidad también se da en el caso de la confesión. No obstante, esta circunstancia se vuelve un poco más complicada, en el caso de que la entidad o empresa posean varios representantes, sobre todo a raíz del criterio que sigue la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la teoría del órgano y la representación. El numeral 182 del Código de Comercio establece que la representación judicial o extrajudicial de las sociedades corresponderá al presidente del consejo de administración, PERO también a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen.

Resumiendo concisamente, tales pronunciamientos establecen lo siguiente:

1) Voto número 656-2005: En el caso específicamente, se analizó que, en el caso de la sociedad actora, existía una representación conjunta a través de la cual todas las actuaciones societarias debían ser realizadas por dos

de los apoderados inscritos y no por solo uno de ellos. En el caso de la demandada, su personero tenía limitadas las potestades a la suma de veinte mil colones y, para realizar cualquier actuación debía de estar autorizado por la junta directiva. La Sala inicia su análisis haciendo una referencia a la capacidad de todos los seres humanos de auto determinarse. Este principio es desarrollado gracias al avance que hace el derecho bajo la perspectiva del ideal de justicia, aportado por el cristianismo en la Edad Media y la influencia en los siglos de la capacidad del ser humano para auto determinarse. La teoría señala que el Estado admite la libertad y la dignidad de la persona como sujeto de derecho, en cuanto le da facultades al contratante para decidir el contenido y destino de sus actuaciones (autonomía de la voluntad). De lo contrario, le serán asignados desde el exterior, con lo cual corre el riesgo de quedar reducido a un objeto, víctima de la manipulación de poderes tanto públicos como privados. Después de ese principio se hace referencia al concepto de “autovinculación”, entendida como la facultad para regular sus relaciones libremente con otros individuos, ello con la finalidad de constituir acuerdos con plena vigencia y fuerza de ley. Gracias a ese principio, cada uno reconoce en la otra parte la capacidad para autodeterminarse, lo que implica un reconocimiento de la dignidad como sujeto de derecho. Esta facultad, de acuerdo a la Sala, implica la potestad de poder relacionarse a través de un contrato, en el que cada uno ejerce su libertad, entablando relaciones jurídicas con el fin de crear situaciones capaces de crear derechos y obligaciones a través de la forma más adecuada a sus intereses e incluso recurrir a modelos contractuales atípicos. Esto último conlleva la posibilidad de ir más allá de las formas contractuales creadas por el Poder Legislativo sin quebrantar el ordenamiento jurídico. En conclusión, todos estos aspectos de la contratación, según la Sala, quedan

única y exclusivamente limitados por la voluntad de las partes, lo que consagra el principio de libertad contractual. Dicha libertad, no implica un derecho irrestricto o absoluto. Está sujeta a ciertas limitaciones de toda naturaleza, sin lo que se generaría una inseguridad jurídica y un ejercicio abusivo del derecho, como producto de un irrespeto a las limitaciones establecidas por el legislador. Como un eco de esos principios, el numeral 22 prohíbe el ejercicio abusivo del derecho. Dentro de esas limitaciones a la libertad contractual se encuentran principios tan indeterminados como el orden público, la buena fe, los elementos esenciales de validez del negocio jurídico, los cuales restringen esa libertad, recurriendo a normas tan variadas, como aquellas que tutelan los derechos de las personas consumidoras en el sistema económico. Dentro de esos requisitos que a su vez restringen el marco de la contratación, tenemos los elementos esenciales (ad substantiam) regulados en los numerales 627 y 1007 del Código Civil. Ambas normas fijan los requisitos mínimos del negocio jurídicos, por lo que, de producirse una ausencia o cumplimiento defectuoso el negocio produce invalidez. Aunado a esto hay otros elementos esenciales del negocio jurídico que lo definen como tal y, sin los cuales el acuerdo pierde toda validez y eficacia y lo sanciona como nulo, ya sea absoluta o relativa. Estos tipos de nulidades limitan la potestad de los sujetos, dado que los legitiman para solicitar esa declaratoria, el plazo para ejercer esa acción y la posibilidad de que la eventual nulidad sea convalidada, en razón de la forma en cómo deben ser ejercidos los derechos conjurando los principios de seguridad, la equidad y la buena fe (artículos 21 y 1023 del Código Civil). Asimismo la doctrina y la jurisprudencia buscan dar soluciones a la patología negocial producida por algún tipo de nulidad a nivel de estructura del contrato o bien en la ejecución del mismo. Esto con la finalidad de no perjudicar a las partes contra-

tantes y a los terceros, quienes actúan bajo la presunción de que se cumplieron las obligaciones impuestas. Los sujetos contratantes, como parte de su auto vinculación, gozan de la facultad de subsanar el contrato, en los casos en que uno de los elementos sea defectuoso. Esto lo realizan las partes, a través de una nueva manifestación de voluntad, sea a través de declaraciones verbales o escritas, tácitas, como lo son actos de voluntad que demuestran la intención de continuar con la contratación. La Sala resalta que la redacción ambigua de la norma permite interpretaciones, sobre todo a partir de la frase: “*quienes tendrán las facultades que allí se les asignen*”. Bajo esa perspectiva, podría permitirse partir de la premisa de que dicho párrafo se refiere a la figura del presidente y sus consejeros, para otros solo a los últimos. En su redacción, la Sala hace referencia al Voto número 489, del 13 de julio de 2005, que se basó en el tema de la representación directa, o sea cuando una persona actúa en nombre y en el interés de otra, siempre dentro de los límites del poder conferido (representación indirecta o interposición gestora, consiste en actuar solo por cuenta de otro, pero en nombre propio). De esa forma los efectos del acto se dan en la esfera jurídica del representado. El representante es una ayuda ocasional o temporal del representado, con lo que éste puede actuar directamente sin aquél. La Sala en el Voto número 489 señala que, la doctrina (sin concretar cuál es ésta) establece que no se puede hablar de representación si no es posible identificar a los sujetos de la relación. Luego de esta afirmación, ajena de fundamento doctrinario, se dice que esto es aplicable a las personas físicas pero no a las jurídicas, ya que éstas no pueden actuar por sí solas. Se señala que existe doctrina que explica el funcionamiento de las sociedades, entre ellas la doctrina *ius privatista contemporánea* – la que se resalta, casi de forma unánime-, adopta la llamada *teoría del órgano propia del Dere-*

cho público. Recurriendo a esa teoría, sin explicar las otras corrientes que emanan de la doctrina ius privatista contemporánea, pero resaltando su posición “casi unánime”, se explica que la teoría en cuestión determina que, la persona jurídica, al igual que la física, está compuesta por órganos a través de los cuales actúa y se expresa. Esas personas o grupos de personas físicas que, por disposición de ley o del pacto social EN AUSENCIA DE ÉSTA, están autorizados a manifestar su voluntad y desarrollar la actividad de la sociedad, para la realización de su actividad, por lo que, en sus relaciones externas es la persona jurídica la que actúa. Siempre haciendo mención al Voto número 489-2005, la Sala destaca la función del presidente de la sociedad, interpretando literalmente la segunda parte del artículo 182 del Código de Comercio. Ello en cuanto establece que, los socios pueden designar en el pacto social, además del presidente, a otros representantes, a los que se les imponer limitaciones. Así las cosas, basándose en un pronunciamiento anterior que cita una doctrina cuyos fundamentos y autores no se exponen en el Voto –lo que resulta cuestionable dentro del plano de la argumentación jurídica adecuada–, se llega a la conclusión de que, ante la imposibilidad de las personas jurídicas de manifestarse en el plano físico, se llega a la ficción de que esa manifestación en el plano real se logra a través de la figura del presidente. Lo que implica que sus acciones u omisiones le sean imputadas dentro del plano normativo, como un *órgano* de la sociedad al que se le otorgan competencias, por lo que sería incorrecto considerarlo un representante, que puede ser limitado o condicionado como el resto de los personeros. Es por esto que el numeral 182 ibídem resalta que: “La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente”. Para la Sala esa frase no debe interpretarse literalmente, sino como una actuación tanto judicial como extrajudicial. Ello

genera que no se pueda restringir estatutariamente las potestades de representación del presidente. Luego, se explica que, ello no significa que la representación societaria no pueda también recaer sobre otras personas, distintas al presidente, pero que conformen la junta directiva, las cuales tendrán las potestades que establezca la escritura social. En esta hipótesis rigen las reglas básicas de la representación, pues a pesar de que su actuación vincula a la persona jurídica, ello es así en razón del convenio de mandato pactado en los estatutos. En estos supuestos, sí resulta factible efectuar limitaciones al mandato, como por ejemplo, el monto de la contratación o el deber de actuar conjuntamente o no. Para la Sala, la representación de las personas jurídicas es una situación compleja, distinta a la que produce el convenio de mandato. Ello es así porque se da una convergencia de dos elementos, el principal y el accesorio. El primero es la condición del presidente, quien de por sí se encuentra autorizado para actuar a nombre de la mercantil. O sea en el supuesto de que el presidente sea asignado válidamente para desempeñar esa condición. Por otra parte, el accesorio hace referencia a las restricciones a las que puede someterse al representante (no al presidente), para la vinculación de su representado se ajuste a derecho. De esta forma el elemento accesorio está vinculado con el principal. Así, el elemento principal debe estar presente siempre, más el incumplimiento del elemento accesorio, no impedirá la realización del negocio, por cuanto el mismo constituye un defecto o vicio en la capacidad, no su ausencia. Significa lo anterior, que al ser inobservadas las disposiciones que limitan el poder de representación o las condiciones para que se lleve a cabo de manera correcta, comporta un vicio que ocasiona no la nulidad del negocio sino su anulabilidad que, como tal, puede ser convalidada, única y exclusivamente, por quien se vio obligado por esa actuación defectuosa, ya sea con una

manifestación de voluntad expresa o bien tácita como acontece con la ejecución del contrato, lo que resulta a tono con los principios de autodeterminación y autovinculación supra analizados.

2) VOTO 108-2007: En esta ocasión, el caso se basaba en un convenio acordado entre una persona física y una jurídica. A ese convenio se le denominó “OPCIÓN DE COMPRA-VENTA”, en el cual se estableció que la primera hizo oferta formal de venta al segundo de la finca del Partido de Heredia matrícula 4-108617-000; y la mercantil aceptó la transacción y entregó como señal de trato las fincas del Partido de Limón matrículas 34950-000 y 34951-000, el vehículo placa CL-108355 y se comprometió a darle posteriormente a la vendedora la suma de ₡2.500.000,00. Dicha vendedora formula la demanda argumentando que no recibió el dinero pactado; tanto el automotor como los inmuebles se encuentran inscritos en el Registro Nacional a nombre de terceros; no ha firmado la escritura de traspaso de su propiedad; tiene en su poder el vehículo mencionado. Ante ello demanda a la empresa solicitando en sentencia se declare: existencia de un contrato de compraventa; vulneración al principio de buena fe por parte de la sociedad demandada; resolución del acuerdo con la consecuente liberación de su parte respecto al cumplimiento; se le cancelen los daños, perjuicios. El representante de la sociedad accionada solicitó la nulidad del contrato, aduciendo la falta de representación legal de la persona que actuó en representación de la mercantil, y otros aspectos más que carecen de interés en este estudio. Dicho argumento de la reconvencción fue denegado en los fallos de primera y segunda instancia, por lo que, dicha sociedad interpuso recurso de casación. Se alega infracción de los numerales 627 y 835 del Código Civil, dado que el pacto constitutivo establece que la representación legal de

la mercantil debe ser ejercida, de manera conjunta por el presidente y el tesorero. No obstante, el acuerdo demuestra que solo uno de ellos participó en el acto. Es por esto que se aduce que, la representación de la sociedad, fue incompleta e indebida, consecuentemente, no existió capacidad de obligarse, por ende, el contrato no debe afectar a la mercantil. Por ello, también resultó conculcado el numeral 1022 del Código Civil. Ya en el pronunciamiento en cuestión, la Sala vuelve a hacer referencia al Voto número 489 del 13 de julio de 2005, en el que se interpretó el numeral 182 del Código de Comercio. En cuanto establece: *“... el único órgano que puede representar válidamente a la sociedad tanto judicial, cuanto extrajudicialmente, es el presidente de la Junta Directiva. Cuando la persona física actúa en su carácter de presidente, por lo tanto, debe entenderse que quien lo hace es la sociedad. Por ello, el tercero que contrata con él, o el que lo llama a juicio, o solicita su confesión, no está obligado a, de previo, verificar si se le han otorgado poderes suficientes para actuar. El legislador costarricense le otorgó poderes amplísimos, omnímodos, por ello, no es posible que los socios, en el pacto social, le limiten esas facultades. Entenderlo de esta forma conculca los principios rectores del Derecho Mercantil de seguridad y celeridad en las transacciones comerciales. En conclusión: el legislador quiso que el órgano representativo tuviera los suficientes poderes para hacer actuar a la persona jurídica que representa. Ergo, cualquier limitación establecida en el pacto social debe tenerse por no puesta. Ahora bien, el numeral 182 del Código de Comercio, en su segunda oración, prevé la posibilidad de que los socios designen en el pacto social, además del presidente, a otros representantes, a quienes sí se les puede imponer limitaciones.”* Por ende, si el contrato en debate fue firmado por el Presidente de la accionada, quien por disposición legal estaba autorizada plenamente para hacerlo, ello produce

que no exista la nulidad alegada pues la firma del tesorero no es un requisito para la nulidad del negocio.

LOS EFECTOS DE LOS VOTOS DE LA SALA PRIMERA EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 182 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

La interpretación de esa norma no generaría problemas, si directamente se citara a interrogatorio o a confesión a la persona que figura presidente de la sociedad y él o ella tuviera un conocimiento directo de los hechos contenidos en el escrito respectivo, sin embargo las variables pueden provocar hipótesis distintas.

- a) SITUACIONES CREADAS POR LA REPRESENTACIÓN CONJUNTA PACTADA ESTATUTARIAMENTE. Esta circunstancia sucede en los casos en los que la representación, en razón del pacto constitutivo de la sociedad, es otorgada al presidente y a cualquier otra persona que ostente un cargo en la junta directiva (vice-presidente, fiscal, secretario, etcétera), para que todo acto que realice la sociedad sea efectuado en forma conjunta por dos o más personeros, ello para garantizar la seguridad de las actuaciones realizadas. Bajo las premisas de los votos de la Sala, con respecto al numeral 182 ibídem y la teoría del órgano, no sería factible estipular una representación conjunta, a pesar de que fuera acordada por los socios, porque iría contra el marco legislativo que otorga representación solo al presidente. No obstante, esta visión restringida puede generar situaciones en la temática de la obtención de la prueba, ya que si partimos de la hipótesis de que, el presidente, solo por el hecho de su condición de representante normativamente

establecido, tenga que tener conocimiento directo de los hechos, llegaríamos a la conclusión de que esa premisa es incorrecta. Por ejemplo, en los supuestos en que se pactara que, basta solo el hecho de que el vicepresidente, el tesorero o el fiscal, actuando unipersonalmente como mandatario, pueda vincular a la sociedad. Si se cita al presidente o a la presidenta, por su carácter de representante legal (derivado del numeral 182 ibídem), éste o ésta se limitaría a indicar que los hechos no le constan y no se obtendría la prueba pretendida. Ahora bien, si se llamará al vice-presidente al interrogatorio de parte o a la confesión, éste perfectamente podría afirmar que no es posible que él rinda esa prueba, con base al numeral 182 ibídem, pues legalmente la representación la tiene el presidente. O lo que es más grave recurrir a actos que atenten contra la obtención de esa probanza. Me explico. Por ejemplo, días antes de la audiencia de recepción de prueba, en la que se citó al vice-presidente, tesorero, o fiscal como mandatario, revocar dicho poder e inscribir la misma en el Registro, y no presentarse al llamamiento judicial argumentando esa situación y que por ello no puede brindarse una confesión o interrogatorio en contra de la sociedad. Ello conllevaría que la parte proponente tendría que citar al presidente (aplicando al numeral 182 ibídem), y es evidente que él o ella se limitaría a contestar las preguntas, a través de la consabida frase “no me consta”. Claro está, si la proponente quisiera aun así citar al ahora ex personero mandatario, tendría que hacerlo recurriendo a la prueba testimonial, pero su perjuicio sería que su intención inicial al obtener un medio de prueba del cual podría haber derivado una condición de “plena prueba” (artículo

los 337 y 338 ibídem), no se pudo lograr porque la testimonial no tiene esa condición.

- b) Otra situación similar se podría dar, cuando estatutariamente se acordara que toda actuación de la sociedad requiera para su validez que, el acto sea realizada, EN FORMA CONJUNTA, por el presidente y por otro miembro de la junta directiva al que se le hubiera brindado la condición de mandatario de la empresa. Si aplicamos la tesis de la Sala Primera en relación con el numeral 182 del Código de Comercio, la persona juzgadora, en el caso de que se ofreciera el interrogatorio de parte o la confesión, como medio de prueba, tendría duda de si debe citar solo al presidente —a pesar de la representación conjunta—, o si debe citar a ambos. Si se hiciera lo primero, citar al presidente, partiendo de la tesis de la Sala Primera y del numeral 182 ibídem, se podría dar la situación de que la parte que representa a la sociedad alegara que, en el caso de la comparecencia de dicho personero, la prueba obtenida no es vinculante para obligar a la sociedad, precisamente en razón de la estipulado en cuanto a la actuación conjunta para validar cualquier actuación societaria. También se podría dar la hipótesis de que citara a ambos personeros y solo se presentara uno de ellos, aquí cabría el cuestionamiento de que si la prueba se podría recibir o no o si por el contrario habría una circunstancia de “confesión ficta o en rebeldía”(artículos 336 y 343 del Código Procesal Civil). Si el personero que acude fuera el presidente, el juzgador o la juzgadora tendría que decidir si va a seguir la jurisprudencia de la Sala Primera, y recibir la prueba, o bien no recibirla y aplicar la situación expues-

ta en cuanto a la confesión ficta o en rebeldía. En mi criterio, considero que lo trascendental acá es la tutela del derecho a la obtención de la prueba, como parte del acceso a la justicia (artículo 41 de la Constitución Política), por lo que, si el presidente es quien acude y no el personero que ejerce la representación conjunta, mi consejo es el de aplicar lo dispuesto por el numeral 182 ibídem y la tesis de la Sala Primera y practicar la prueba.

- c) Toda una circunstancia nueva se presenta cuando sí acuden ambos personeros, sea el presidente o la presidenta, y la otra persona que ocupa el cargo de mandatario y que es miembro de la junta directiva. En estos casos, no existe norma procesal que establezca el cómo se debe recibir esa prueba. No se podría practicar la prueba de uno y luego la del otro, pues recordemos que la representación es conjunta, y la idea de la recepción de esta prueba es buscar crear la ficción de que la persona jurídica es la que está contestando el interrogatorio de parte o la confesional. Si se practicara la prueba en forma separada de cada uno de los personeros, se podría dar distintas respuestas al interrogatorio, con la duda de valorar a cuál versión darle credibilidad o no, lo cual es todo un tema por el planteamiento de la representación conjunta y la vinculación de la persona jurídica. La práctica forense en estos casos, ha sido la de juramentar a ambos personeros y efectuarles el interrogatorio a ambos en un mismo acto. De seguido se les advierte que la respuesta debe ser brindada en forma conjunta y en un solo sentido, para lo cual se les brinda la oportunidad de reunirse a fin de llegar a un acuerdo a la respuesta que darán a la pregun-



ta. También cabe advertirles que, en caso de no llegar a dicho consenso con respecto a la respuesta, se aplicará lo dispuesto por el numeral 345 del Código Procesal Civil, en su último párrafo, lo que implica una negativa a declarar y una aceptación de los hechos sobre los que versa la declaración. Otra solución que aplican algunos juzgadores, es la de en caso de no obtener un consenso entre los personeros, darle valor probatorio a la versión del presidente o presidenta, en aplicación del numeral 182 del Comercio y la jurisprudencia de la Sala Primera. En mi criterio, si vamos a practicar la prueba de ambos personeros, es mejor realizar la primera práctica supracitada, en el sentido de invitar a dichos representantes a ponerse de acuerdo en las respuestas y solo al no llegar a no una versión en común en cuento a la respuesta, se podría aplicar el numeral 345 *ibídem*.

Para solventar estos problemas en cuanto al interrogatorio de partes de los personeros de una sociedad, el numeral 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, ofrece la posibilidad de efectuar respuestas escritas por parte de las personas jurídicas y las entidades públicas. Aunque el legislador de esa nación lo ubica como “prueba testimonial”, a pesar de las semejanzas próximas a la prueba documental. La norma permite a la parte proponente obtener la emisión de un informe escrito por este tipo de personas o entidades, sobre aspectos propios de su actividad ordinaria que tengan relación con los hechos objeto de debate que no pueden ser conocidos por una persona física en particular o bien cuando los mismos son conocidos por parte de los integrantes de la persona jurídica o ente público en general, sin posibilidad de individua-

lización¹²⁸. Dicha ley la define como “respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas”, y se incluye dentro de la prueba de “interrogatorio de testigos”, ya que se le apercibe al autor del informe la posibilidad de incurrir en falso testimonio en caso de faltar a la verdad en la audiencia, pues a pesar del informe las personas que lo realizaron deben comparecer al proceso con el fin de aclarar o complementar en forma oral el informe escrito que ha presentado previamente¹²⁹

LA NO COMPARECENCIA DEL INTERROGADO AL LLAMAMIENTO JUDICIAL.

Las circunstancias de que la persona declarante no comparezca a declarar –sin justa causa-, así como el negarse a rendir declaración o el efectuar respuestas evasivas, generan que se le pueda tener por confeso, en la sentencia definitiva, con respecto a los hechos que comprenda el interrogatorio escrito (artículo 336 *ibídem*).

Este primer párrafo del artículo 336 merece un comentario especial. Nótese que la disposición hace referencia a tener POR CONFESO al no compareciente, lo que implicaría que ello solo sería factible con respecto a los hechos personales contenidos en el escrito de demanda, contestación o contrademanda. Esto porque la confesión solamente es factible con respecto a hechos personales (numeral 338 *ibídem*).

Esta situación también se infiere del segundo párrafo del mismo 336. No obstante, no tiene explicación el por qué se hace una diferencia entre el interrogatorio escrito o verbal, ya que en el supuesto de que la parte preguntante comparezca y no el declarante, se da la misma solución en cuanto a tener por ciertos los hechos sujetos a confesión,

128 Picó i Junoy y Abel Lluch, ob. Cit. Pág. 375.

129 Ob.cit.p. 375.

con lo que nuevamente se reitera la idea de que las únicas preguntas del interrogatorio oral a las que se les puede aplicar ese supuesto, serían preguntas relativas a hechos personales y no con respecto a hechos no personales.

Por último, el numeral 337 *ibídem* dispone que al interrogatorio le serán aplicables las normas de la confesión. Esto será desarrollado cuando analicemos las diferencias y similitudes entre ambas.

1.4. LA CONFESIÓN

La confesión constituye una especie del género declaración de parte, y la misma puede ser definida como un medio de prueba, mediante el cual una de las partes rinde declaración ante el juzgador, bajo juramento o promesa de decir la verdad, sobre la certeza de ciertos hechos personales y perjudiciales para el declarante¹³⁰.

El artículo 338 del Código Procesal Civil le otorga a la confesión judicial, la condición de plena prueba contra la persona que la hace. Para que adquiera esa condición se requiere como elementos indispensables que la misma se base en hechos personales del confesante; además esos hechos deben ser contrarios a los intereses del confesante y favorables a la parte contraria.¹³¹

130 *Para Andrés de la Oliva Santos y Miguel Angel Fernández, la confesión es "la actividad procesal necesaria para obtener, a petición de una parte, que otra preste declaración ante el Juez, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre la certeza de hechos personales y perjudiciales para el sujeto declarante..." DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Angel. DERECHO PROCESAL CIVIL II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., cuarta edición, Madrid, 1997, pág. 334. ALSINA citando la definición de Mattiolo establece que la confesión es "...el testimonio que una de las partes hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo" ALSINA, Hugo. Ob.cit.pág. 226.*

131 "Del concepto de que la confesión no es sino el testimonio de la parte en el proceso, deriva que ella debe recaer en primer término sobre

La Sala Primera, en su Voto n° 603 de las ocho horas treinta y cinco minutos del dieciséis de mayo de dos mil trece, indicó cuáles eran las diferencias entre la confesión y el interrogatorio de parte. La primera se refiere a hechos personales, contrarios a la persona confesante y favorables a la parte adversaria, mientras que el interrogatorio alude a hechos de la demanda, es decir no personales y contrarios al o a la confesante. También sostiene la hipótesis de que la confesión judicial constituye plena prueba, en tanto que, el interrogatorio, por su naturaleza de testimonial de parte, no tiene esa condición. Para la Sala, el interrogatorio puede ser pedido de oficio (artículo 333 del Código Procesal Civil), mientras que la confesión no.

La confesión es irrevocable e indivisible (artículos 339 y 340 *ibídem*).

La irrevocabilidad implica que, una vez rendida no puede ser modificada por el confesante, salvo que se demuestre que ha sido rendida por un error en los hechos sobre los que se confiesa.¹³²

hechos personales del confesante, vale decir que en principio, no puede versar sobre hechos ajenos, porque es la función asignada al testigo. Pero lo hechos, para que puedan fundar la prueba de la confesión, deben reunir los siguientes caracteres: 1°) controvertidos, porque no puede producirse prueba sobre hechos que no han sido articulados por las partes en sus escritos respectivos; 2°) desfavorables al confesante y favorables a quien los invoca, porque si fueran favorables a un tercero, el que exige la confesión no se beneficiaría con ella, y menos si fueran favorables al propio confesante; 3°) verosímiles, es decir, no contrarios a las leyes de la naturaleza o al orden normal de las cosas, porque faltaría uno de los elementos lógicos de la verdad; 4°) lícitos, porque la confesión de hechos reprobados por la ley, o cuando ella fuese prohibida respecto de ciertos hechos, no produce efectos jurídicos." ALSINA, Hugo. Ob.cit.pág. 234.

132 *ALSINA señala que aunque la confesión ha sido rendida con todas las formalidades de ley, puede ser revocada cuando se hizo por error o bajo violencia. En cuanto al error de hecho en la confesión señala que "el error de hecho, en materia de confesión, supone la existencia de dos elementos: uno objetivo, que consiste en la no existencia del hecho confesado o de la calidad que se le atribuye; otro, subjetivo o sea la falsa*

La indivisibilidad –al contrario de lo explicado con respecto al interrogatorio de parte-, significa que la declaración del confesante debe de ser valorada en su totalidad. No puede ser apreciada parcialmente en cuanto le favorece al proponente sino también con respecto a lo que le desfavorece. No obstante, el numeral 340 *ibídem* establece una excepción a ese principio cuando dispone “...*pero el que la hiciera valer podrá combatir, por medio de toda clase de pruebas, con las limitaciones que la ley establece, las declaraciones que hacen parte de la confesión...*”. Expliquemos esto. En mi criterio, la indivisibilidad es una regla que se puede romper. Ello significa que, cuando la norma se refiere a “el que la hiciera valer” se trata de la parte que ofrece la confesional, pero que se ve perjudicado por esa regla de indivisibilidad de las respuestas dadas a interrogatorio. Es por esto que esa parte oferente puede recurrir a toda clase de medios probatorios –con las limitaciones que la ley establece¹³³, por ejemplo las que por razón de la cuantía en cuanto la admisibilidad de la testimonial, que señala el artículo 351 *ibídem*-, las declaraciones que hacen parte de la confesión. O sea en otras palabras, se rompe el presupuesto de indivisibilidad, tomando parte de las respuestas dadas a la confesional y valorándolas en conjunto con otros medios de prueba (documental, testimonial, pericial, etcétera), para así derivar hechos acreditados que vayan en contra del confesante.

opinión que el confesante tenía respecto del hecho mismo. De aquí que para obtener la revocación de la confesión no basta producir la prueba en cuanto al elemento objetivo, porque no se admite prueba contraria al hecho confesado según hemos dicho, sino también es necesaria la del elemento subjetivo, es decir, que el confesante tenía algún fundamento para estimar como exacto el hecho confesado”. ALSINA, Hugo. Ob.cit. pág. 282.

133 *Por ejemplo las del numeral 351 del Código Procesal Civil en cuanto a la admisibilidad de prueba testimonial, o las que establece el numeral 316 con respecto a la confesional como único medio de prueba, en cuanto a derechos personalísimos (filiación).*

Esta posición ha sido mantenida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su Voto número 687, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del seis de junio de dos mil doce. En ese pronunciamiento, dicho órgano indicó que, en un Voto anterior –el nº 33 de las quince horas del 20 de mayo de 1994-, se dijo que la “indivisibilidad” rige cuando lo manifestado por la parte es el único elemento de juicio que se tiene en cuenta para sustentar el hecho. De darse ese supuesto, no podría el órgano jurisdiccional tomar un fragmento de lo declarado o afirmado y, despreciando el resto de lo declarado apoyar en ese fragmento de la prueba, tener por probado un suceso que en el resto de lo declarado se hubiere negado o contradicho. Sin embargo, si el suceso puede ser inferido de otros elementos probatorios, el carácter de “indivisibilidad” de la confesional no aplica. No obstante, la Sala establece que esos elementos tienen que tener el mismo “linaje” de la confesional, o sea deben tener también condición de plena prueba (por ejemplo los instrumentos públicos, artículo 369 *ibídem*). Dicho criterio fue reiterado en el Voto número 1000 de las quince horas del veintiuno de diciembre de dos mil cinco.

Lo importante de estas sentencias es que disponen que el carácter de indivisibilidad de la confesión no es absoluto, sino que admite excepciones dentro de una valoración en conjunto de la prueba, y de acuerdo a las reglas de la sana crítica (artículo 330 *ibídem*).

En el caso de los representantes, al igual que como lo expliqué en el aparte relativo al interrogatorio, éstos pueden confesar en representación de su mandante, salvo que la parte proponente solicite que la misma sea rendida personalmente y no por medio de apoderado (artículos 1253, 1256 y 1289 del Código Civil)¹³⁴. A pesar de lo an-

134 *El artículo 1253 del Código Civil se refiere al poder generalísimo, el 1290 al poder especial judicial y el 1289 al poder general judicial.*

terior, nuestro ordenamiento jurídico, establece supuestos en que ciertos representantes carecen de facultades para confesar en perjuicio de sus representados. En estos supuestos se encuentra el albacea, el curador, el tutor y el representante del menor de edad y del Estado y sus instituciones, de las municipalidades y de las juntas de educación y protección social (artículo 316 del Código Procesal Civil).

LA CONFESIÓN ESPONTÁNEA Y EXTRAJUDICIAL:

La confesión espontánea es aquella que se extrae de las aserciones contenidas en un interrogatorio o en los escritos que se refieran a hechos personales del interrogante o de la parte (artículo 341 *ibídem*).

La extrajudicial es aquella rendida ante cualquier otra persona que, aunque tenga el carácter de funcionario público, no ejerza la función jurisdiccional¹³⁵. Como ejemplo de esto, tenemos la confesión que se rinde ante el órgano director de un procedimiento disciplinario administrativo. La Sala Primera en su Voto número 354 de las nueve horas quince minutos del tres de abril de dos mil trece, aplicando el numeral 130 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios estableció que las declaraciones juradas o manifestaciones que formulen los sujetos pasivos se presumen fiel reflejo de la verdad y responsabilizan al declarante de los tributos que de ellas resulten, así como de la exactitud de los demás datos contenidos en tales documentos. De esta forma, dicha declaración jurada, a criterio de la Sala, constituyen una confesión espontánea y extrajudicial.

¹³⁵ ALSINA, Hugo. *Ob.cit.pág. 286*.

LOS EFECTOS DE LA CONFESIÓN RENDIDA EN UN PROCESO PENAL EN RELACION CON LA MATERIA CIVIL:

El artículo 36 de la Constitución Política establece que “*En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consaguinidad o afinidad.*”

La Sala Constitucional ha interpretado esta disposición, indicando que se trata de una garantía circunscrita a la materia penal. De tal forma que, cuando la norma establece que “en materia penal” nadie esta obligado a declarar contra sí mismo, se refiere a los procesos que surgen como consecuencia de una acusación del Ministerio Público o de un sujeto privado, en los que, la persona acusada, en caso de ser condenada puede perder su libertad o imponerle una pena de otra índole¹³⁶.

¹³⁶ “Dentro de esta perspectiva, la Sala Constitucional, al interpretar el artículo 36 de la Constitución Política, ha establecido que esa garantía -también regulada en la Convención Americana de los Derechos del Hombre y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 24 y 14, respectivamente-, se circunscribe al campo penal. Esto debido a que, en esta materia, se le reconoce al imputado el derecho a guardar silencio. De esta forma, cuando el numeral 36 de la Carta Magna habla de que en ‘materia penal’ nadie está obligado a declarar contra de sí mismo, se refiere a los procesos en los que, como consecuencia de la acusación del Ministerio Público - o de un sujeto privado en los casos de los delitos de instancia privada-, la persona acusada, puede, si es condenada, perder su libertad personal o imponérsele una pena de otra índole. Dicha garantía surge como respuesta a la costumbre de algunos países que siguen sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión del imputado mediante la tortura, lo que impide que el acusado sea juzgado con imparcialidad. Por el contrario, indica la Sala Constitucional que, en materia civil, cuando se pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de una acción penal, la consecuencia de esa condena es de carácter patrimonial y no penal, por lo que, no existe ningún fundamento que justifique la aplicación de la garantía de no declarar en contra de sí mismo, aún y cuando se estén revisando

Por el contrario, en materia civil, no existe esta limitación, por lo que no existe impedimento para que una confesión del imputado rendida en una sumaria penal, pueda ser ofrecida como prueba en un proceso civil, dado que constituye una confesión espontánea de la parte que la rinde.

Al respecto, nuestros Tribunales Civiles han indicado que ese tipo de confesión es totalmente válida y eficaz, debido a que es evacuada con todas las garantías procesales del caso, puesto que se realiza ante un órgano jurisdiccional y con la presencia de un defensor¹³⁷.

LA CONFESIÓN FICTA O EN REBELDÍA:

La confesión ficta o en rebeldía se produce cuando la parte confesante no acude al señalamiento judicial realizado para recibir su declaración. Como consecuencia de esa inasistencia a la diligencia, el ordenamiento procesal, crea la ficción jurídica de que la parte confesante contestó afirmativamente las preguntas que se le iban a hacer en ese momento.

Debido a esto, en caso de que el interrogatorio sea oral, es un requisito necesario que la parte proponente efectúe las preguntas que le iba a formular al confesante, con la finalidad que las mismas sean copiadas en un acta por parte del juzgador y calificadas en el mismo acto. En caso de que el interrogatorio conste por escrito, igual debe el juzgador proceder a calificar las preguntas que se le

consecuencias pecuniarias derivadas de acciones penales, más aún si ya ha recaído cosa juzgada en sede penal. (Consultar en este sentido, Votos números 6359-93, 5977-94, 2404-98, 412-99 y 2624-99, todos de la Sala Constitucional)...” TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL DE SAN JOSE, Sección Primera, Voto n° 365, de las nueve horas veinte minutos del veintiséis de setiembre del año dos mil dos.

137 Ver en este sentido el Voto 365, de las nueve horas veinte minutos del 26 de setiembre de 2002.

iban a formular al confesante. En mi criterio esta calificación debe de realizarse en esa oportunidad, dado que la parte proponente debe al menos conocer cuáles de las preguntas formuladas al confesante fueron admitidas por el juzgador.

Es recomendable en ambos supuestos no agregar las preguntas al expediente sino mantenerlas en un sobre cerrado en el archivo del Despacho, dado que puede ser que el confesante formule un incidente de reposición de plazos en el que justifique su inasistencia a la diligencia (artículo 201 del Código Procesal Civil). Ante esto, si las preguntas ya están agregadas al expediente, evidentemente el confesante tendría conocimiento de las preguntas que se le van a hacer, en caso de acogerse la incidencia, con lo que se violentaría la pureza de la prueba.

Por otra parte, este tipo de confesión también se produce cuando la parte accionada deja de transcurrir el plazo de contestación de la demanda sin contestarla (artículo 310 *ibídem*).

En cuanto a la valoración de este tipo de confesión, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente ha indicado que la misma constituye una mera ficción jurídica, y como tal no puede ser valorada como plena prueba en contra del confesante. Según la Sala, la confesión en esos términos un indicio probatorio que debe apoyarse en otras probanzas para fundamentar la veracidad de lo afirmado¹³⁸.

138 “pues la confesión ficta es una ficción, relativa y no absoluta, por lo cual siempre, frente a la contestación afirmativa en rebeldía, el juicio debe abrirse a pruebas y facultar al demandado a ofrecer la de descargo contra lo tenido por contestado en forma afirmativa (Sentencias N° 199 de 8:00 hrs. del 13 de marzo de 1962, 3 de 9:10 hrs. del 5 de enero de 1965, y 697 de 8:35 hrs. del 20 de diciembre de 1966).” SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, N° 590-00. En este mismo sentido, consultar las sentencias 751-00, 122-F-98, 76-F-98, 16-F-94.

LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA EVACUACIÓN DEL INTERROGATORIO DE PARTE Y DE LA CONFESIÓN:

1°) En la resolución en la que se señala hora y fecha para la evacuación de la confesional o del interrogatorio de parte, se le debe prevenir al confesante o al que haya de ser interrogado, que de no comparecer sin tener justa causa que lo impida, podrá ser tenido por confeso (artículo 336 y 343 del Código Procesal Civil).

2°) Dicha resolución debe ser notificada con tres días de antelación, antes de la evacuación de la prueba en el lugar o medio señalado al efecto (artículo 343 ibídem). En el caso de la confesión, cuando es ofrecida como prueba anticipada, debe ser notificada personalmente o en la casa de habitación del confesante (artículo 2, inciso 3° de la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras comunicaciones judiciales).

3°) En el caso de la confesión, el confesante, debe de ser juramentado, bajo el apercibimiento de que en caso de faltar a la verdad podría incurrir en el delito de perjurio. En el supuesto del interrogatorio de parte esa juramentación, bajo la pena de cometer el delito de falso testimonio (artículos 350, 931 del Código Procesal Civil, 311 y 316 del Código Penal). Esa juramentación es un requisito de tipicidad para cualquiera de los delitos antes indicados¹³⁹.

139 Al respecto el Tribunal de Casación Penal ha indicado “De tal forma, que si en la subsección de la prueba confesional se encuentra el artículo 350 que textualmente dice: “ **El juramento. El juez no podrá diferir el juramento, sino en los casos especiales que la ley establezca que se pase por el dicho del demandante.**” Y luego en el título de disposiciones comunes dispone el artículo 931 en su último párrafo: “ **A los confesantes y testigos se les harán saber previamente las penas del perjurio y del falso testimonio.**” Tenemos entonces, que en la prueba confesional sí es procedente efectuar la juramentación, tal y como consta que lo hizo el juez civil en el acta de folio 27, máxime que la Sala Constitucional en el voto citado por el juzgador N° 5016-95 refirió entre otras cosas : “ ... **sí resulta conveniente indicar que**

4°) En principio, tanto el interrogatorio a la parte como las preguntas de la confesional deben ser efectuadas en forma oral. Solamente se admite por escrito cuando el proponente indica que no puede concurrir a la diligencia (artículo 342 del Código Procesal Civil). En este supuesto, las preguntas pueden ser presentadas en pliego abierto o en sobre cerrado, que deberá abrir el juzgador hasta el momento de la comparecencia. El documento en el que consten las preguntas debe venir debidamente firmado por la parte proponente y autenticado por su abogado director. En caso de que no se cumplan estos dos requisitos, no es posible evacuar la prueba. No obstante, estas omisiones pueden ser subsanadas si la parte proponente concurre a la diligencia, puesto que puede formular las preguntas en forma oral. Cuando la parte proponente no acude a la diligencia, se debe hacer constar esta circunstancia y no se podría evacuar la confesional ni el interrogatorio.

5°) Cada pregunta debe referirse a un solo hecho, de lo contrario la pregunta debe de ser dividida por la parte o por el juzgador. Asimismo, las preguntas confusas deben de ser aclaradas por las partes y las impertinentes deben ser denegadas por el juez o la jueza (artículo 342 ibídem).

la prueba confesional en última instancia es una sola para todo tipo de procedimientos civiles, regulada en términos generales y para todos los efectos en los artículos 333 y siguientes del Código de la materia, de modo que las formalidades en la evacuación de la prueba son uniformes para cualquier tipo de procedimiento en que se pretenda realizar.” Y por otra parte en voto N° 6357-93 dispuso: “**Se evacúa la consulta y se declara que el artículo 309 del Código Penal no resulta contrario a la Constitución Política.**” De tal forma, que la tipicidad del delito de perjurio que implica faltar a la verdad cuando la ley le impone bajo juramento o declaración jurada, la obligación de decirla con relación a hechos propios se encuentra vigente, no existiendo fundamento para considerar que si los hechos demostrados en el presente caso se ubican en dicha tipicidad, con una motivación insuficiente se llegue a concluir que la es conducta es atípica”Voto n° 645-2000.

No existe un límite al número de preguntas que puede formular el oferente (la Sala Constitucional por Voto n° 1018-97 declaró inconstitucional el límite establecido por el párrafo 4° del numeral 342 del Código Procesal Civil).

6°) Las preguntas deben de ser formuladas en forma asertiva –o sea afirmativa-, o no asertiva. Ejemplos de las primeras, ¿Es cierto que usted me debe a mí la suma líquida de cincuenta colones?; ¿es cierto o no que usted reside en Puntarenas?; ¿consumió usted licor antes de conducir su vehículo? ¿Escuchó usted música clásica el día viernes en la noche? En estas primeras, el interrogado debe indicar si el hecho es cierto o no. Ejemplos de las no asertivas ¿cuáles cláusulas se incluyeron en el contrato pactado con el actor?; ¿dónde reside usted con habitualidad? ¿En qué precio compró la motocicleta? Las segundas deben responderse en forma concreta.

7°) Las preguntas deben ser calificadas por el juzgador, el cual tiene la potestad de denegar las preguntas impertinentes, entre las que se incluyen aquellas que acaorean responsabilidad penal para el confesante y las que no guardan relación con el objeto en debate. Si se deniegan las preguntas se debe consignar en el acta (artículos 342 y 344 *ibídem*).

8°) El juzgador debe reproducir en el acta, hasta donde sea posible, las palabras del confesante o de la parte. En caso de que su abogado director se oponga a una pregunta o a una repregunta, se debe retirar al declarante del lugar en el que se practica la diligencia, hasta cuando se resuelva sobre la oposición. No se deben consignar los debates sobre admisión de preguntas o repreguntas, ni las protestas de las partes. No se permite al declarante, recurrir a ningún borrador de respuestas. No obstante, el juez o la jueza pueden permitirle que recurra a notas o apuntes, libros, documentos o papeles para recordar ciertos aspectos

que le permitan brindar su deposición. Incluso, es posible suspender la diligencia para que el declarante consulte estos documentos.

9°) Si el declarante se niega a responder o si sus respuestas son evasivas, se le debe apercibir que se podrán tener por ciertos los hechos.

10°) Únicamente el oferente o su abogado director, tienen derecho a repreguntar al declarante, no así el abogado de éste último, con respecto a su cliente¹⁴⁰. A pesar de lo anterior, una vez que el confesante haya rendido su confesión, en el caso de que la otra parte se encuentre presente, cabe la posibilidad de que el confesante pida la confesión de la parte contraria, la cual deberá evacuarse en ese mismo acto¹⁴¹ (numeral 346 *ibídem*).

11°) En el supuesto de que se reciba la declaración a dos o más declarantes, con base a un mismo interrogatorio, el juzgador, debe adoptar las medidas que sean necesarias para que los mismos no se enteren del interrogatorio (artículo 347 *ibídem*). Otra situación se da, cuando

140 *Acerca de este punto, PARAJELES VINDAS, indica “En la diligencia de prueba, el abogado de la parte confesante no tiene derecho a preguntar ni repreguntar a su cliente, pues de hacerlo en realidad el confesante se estaría preguntando a su mismo. La labor del citado es servir de controlar (sic) en la calificación del interrogatorio a su cliente...” PARAJELES VINDAS, Gerardo. “CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Volumen I. Editorial Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, San José, 1998, pág. 291.*

141 “Para este efecto, no es aplicable al segundo confesante lo dispuesto en el artículo 343 C.P.C.. Esa norma exige que el confesante sea notificado con tres días de anticipación, el cual rige cuando se llama a la primera de las partes, pero cuando la otra se encuentra en la prueba y es llamada según el numeral 346, no sólo no es necesario notificarle en el medio o lugar señalado, sino que ese plazo de tres días no se exige. Al estar presente se hace innecesaria la notificación y el plazo de antelación, lo que se justifica porque en la prueba confesional quien declara no requiere de preparación previa.” PARAJELES VINDAS, Gerardo. *Ob.cit.* pág. 292

se ofrece prueba confesional o el interrogatorio de parte, de una persona física o jurídica, cuya representación recae en dos o mas personas actuando conjuntamente. En nuestro criterio, la deposición se debe brindar en forma simultánea, actuando uno de los representantes como vocero de todos ellos, porque de lo contrario se podrían presentar divergencias en cuanto a las respuestas.

12) Cuando se comisione a otro juzgador para recibir la confesión o el interrogatorio debe acompañarse el pliego de preguntas por escrito –debidamente calificado-, por el juzgador comisionante (artículo 349 ibídem), salvo que la parte proponente indique que las preguntas serán efectuadas en forma oral. A pesar de lo anterior, la parte contraria tiene la posibilidad de que se ordene su comparecencia ante el juzgado comisionante para lo cual, el oferente, debe depositar los gastos de transporte, alojamiento, alimentación e indemnización por el tiempo invertido. Esa resolución carece de recurso (artículo 349 ibídem).

1.5. CONCLUSIONES:

1°) La declaración de parte constituye un medio de prueba en el que la parte, previamente juramentada, realiza una manifestación ante el juzgador.

2°) La declaración de parte es un género que se subdivide en dos especies, el interrogatorio de parte y la confesión.

3°) En el interrogatorio de parte, el declarante, es cuestionado sobre hechos no personales contenidos en la demanda o en la contrademanda, por lo cual se le juramenta indicándole que en caso de faltar a la verdad puede ser juzgado por el delito de falso testimonio. El resultado de su declaración puede ser dividido para efectos de su valoración por parte del juzgador.

4°) A diferencia del interrogatorio, en la confesión, al confesante se le pregunta acerca de hechos personales, por lo que es juramentado apercibiéndosele acerca del delito de perjurio. La confesión rendida ante el juzgador constituye plena prueba sobre los hechos desfavorables del que la rinda. El juzgador no puede dividir el resultado de la confesión.

5°) En lo demás, tanto la confesional como el interrogatorio de partes gozan de un procedimiento similar en materia de evacuación.

6°) La confesión cuenta con varias modalidades, entre los que se incluye la confesión ficta o en rebeldía, la espontánea y la extrajudicial. La ficta o en rebeldía, se produce como consecuencia de una ficción jurídica, debido a no comparecer al señalamiento efectuado para recibir la prueba confesional o bien cuando se deja de contestar la demanda o la contrademanda dentro del plazo establecido al efecto. La confesión espontánea surge que cualquier manifestación de la parte contenida en un escrito, en tanto que, la extrajudicial, es aquella rendida ante un funcionario público que no goza de la potestad jurisdiccional. Todas estas modalidades difieren de la confesión judicial, ya que solo esta constituye plena prueba por ser rendida por la parte ante un juzgador, previa juramentación.

Una vez analizada la declaración de parte como medio de prueba y su procedimiento de evacuación, desarrollaremos en la siguiente sección la declaración de los testigos.

2. LA PRUEBA TESTIMONIAL

2.1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de la anterior edición de este texto, en el que comencé definiendo el concepto de prueba esta vez desarrollaré este tema, a partir de la definición del término “testigo” para luego referirme a ciertas características del mismo que, usualmente no son analizadas por la teoría procesal tradicional.

El testigo es una persona ajena al proceso cuya declaración es traída al mismo por las partes con la finalidad de lograr el convencimiento del juez o de la jueza sobre aquello que las partes afirmen como cierto¹⁴².

El testigo es relevante por su conocimiento sobre los hechos y, por eso es calificado por la doctrina como “fuente de prueba”, preexistente al mismo proceso, mientras que la declaración prestada por el testigo ya en el proceso como tal, se le denomina medio de prueba, pues su declaración es el instrumento que permite introducir en el proceso y someter a la valoración del órgano jurisdiccional el conocimiento que sobre los hechos objeto de debate ha adquirido el testigo en un momento anterior a aquel en que presta su declaración ¹⁴³.

Chozas Alonso lo define como una persona física, dotada de capacidad de percepción y que da razón de la misma, procesalmente un tercero que declara sobre el conocimiento que posee sobre hechos relevantes del proceso¹⁴⁴.

Díaz Fuentes nos dice “...*Del diccionario extraemos dos acepciones del vocablo testigo. Una se refiere al que*

presencia algo, corresponde al acto de reconocimiento – ser testigos del suceso- y es la situación del que llamamos testigo instrumental, aparte de su función operativa en el otorgamiento, y otra corresponde al que declara (acto de deposición del testimonio). Entre esas dos ocasiones ha de haber alguna distancia en el tiempo, porque lo que el testigo trae al proceso es noticia del pasado, y en cada uno de los trances ejercita potencias distintas, primeramente, facultades sensoriales y función fijadora de la memoria, y luego, la memoria de evocación y la aptitud de comunicación”¹⁴⁵.

Asencio Mellado lo conceptualiza como “un sujeto tercero ajeno al proceso y a su objeto, que es llamado al mismo con el fin de que aporte su conocimiento personal sobre determinados hechos controvertidos y que son relevantes para la decisión del litigio y de los que tiene noticia bien de forma directa por haberlos presenciado o incluso tomado parte en ellos, o bien indirectamente y por tanto de referencia”¹⁴⁶.

Guasp y Aragoneses indican que “testigo es, la persona que, sin ser parte emite declaraciones sobre datos que conoce por cualquier sentido y que no habían adquirido, para el declarante, índole procesal en el momento de su observación, con la finalidad común a toda prueba, de provocar la convicción judicial en un determinado sentido”¹⁴⁷.

142 Corominas Mejías, Genoveva. “Cuestiones sobre interrogatorio de testigos” en “Aspectos prácticos de la prueba civil” (2006). J.M.Bosch Editor, p. 348.Barcelona.

143 Corominas Mejías, Genoveva.Ob. cit. P. 348.

144 Chozas Alonso, J.M. (2000). “La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil”. Editorial La Ley, Madrid, pp. 15-20.

145 Díaz Fuentes, A. “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Tratamiento y Práctica” (2004), Editorial Bosch, Barcelona, p. 315.

146 Asencio Mellado, J.M. (2005). Proceso civil práctico. Editorial La Ley. Madrid, p. 822

147 Guasp, J. y Aragones, P. (2003), Derecho Procesal Civil, Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, p. 2003.

II.- ¿CUÁLES SON LAS CONDICIONES OBJETIVAS QUE DEBE TENER LA PERSONA QUE ES OFRECIDA COMO TESTIGO?

Nuestro ordenamiento jurídico no regula en torno a estas condiciones. La autora española Genoveva Corominas Mejías, comentando la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, deduce las siguientes características:

- a) Ha de tratarse de una persona física. Esto dada la necesidad de que responda oralmente en la audiencia, por lo que no puede tener esa condición una persona jurídica o entidad pública, dado que han de responder las preguntas que se le formulan¹⁴⁸.
- b) Debe ser una persona ajena al proceso y sin conocimientos técnicos, artísticos o prácticos útiles para valorar los hechos controvertidos. Dicha condición le comentaré más adelante, cuando me refiera a la hipótesis del “testigo-perito”, la cual analizaré a nivel doctrinario como jurisprudencial. Dicha autora, comentando la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, indica que no pueden ser testigos los abogados o procuradores que en el proceso actúan en defensa o representación de las partes o incluso hace mención al juez o a la jueza de la causa. En el caso de los apoderados especiales judiciales o abogados directores, nuestra jurisprudencia ha sido más amplia porque permite esa posibilidad en aras de obtener una aproximación acerca del conocimiento que pueden tener éstos sobre hechos relevantes para la decisión del caso.

- c) Debe tener un conocimiento de los hechos objeto de controversia en el debate (se aclara que ese conocimiento puede ser directo o por referencia)¹⁴⁹.
- d) No puede tener interés directo o indirecto en el resultado del proceso. Esta característica es sumamente discutible. Nuestro ordenamiento establece en el numeral 357 del Código Procesal Civil, las llamadas “generales de ley” que son preguntas que se le hacen a la persona ofrecida como testigo. El inciso 4) hace referencia a este interés, sin embargo no puede ser utilizado como un parámetro para denegar la prueba testimonial, sino que se utiliza como un margen para posteriormente valorar la declaración dada por el testigo. Nuestro ordenamiento no define en que consiste este tipo de interés. En la práctica judicial, se le pregunta al testigo que si va a obtener o no un beneficio con el resultado del proceso. De forma más técnica, Corominas Mejías nos los define así “...*el interés directo podrá entenderse como una exigencia de que la conclusión del juicio no produzca ningún efecto en la esfera jurídica del testigo, mientras que el interés indirecto existiría en el caso de que el resultado del juicio tuviese un efecto reflejo en la misma y no derivado de forma inmediata de lo dispuesto en la sentencia o resolución que ponga fin al juicio*”¹⁵⁰.

La citada autora nos aclara que, a pesar de que él o la testigo tengan este “interés” en el resultado del proceso, no por ello impide que preste su declaración, pues como ya lo expliqué, no es un problema

148 *Ob.cit. pág. 348.*

149 *Ob. Cit. p. 349.*

150 *Ob.cit. p. 348.*

de admisibilidad de la prueba sino de valoración de la misma¹⁵¹.

Las personas que sufren algún tipo de discapacidad pueden declarar como testigos. Nuestra normativa no analiza esos supuestos concretos, no obstante, la actual política del Poder Judicial está llamada a tutelar y no a discriminar a estas personas, por lo que debe tomarse en cuenta para justificar la tesis que acabo de indicar. Al respecto, la Sala Constitucional a través de su Voto número 9811-2012, estableció que es obligación de los órganos jurisdiccionales el tomar las previsiones necesarias para garantizar el acceso y atención de las personas con discapacidad, de manera que están en la obligación de atender a la persona usuaria para permitir su tutela a través de dicho órganos, conforme lo dispone la Ley 7600 “Ley de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en Costa Rica”.

Ya con anterioridad a este voto, la Corte Plena a través del artículo XVI, de la sesión número 31-10 del primero de noviembre de 2014, dictó lo que se denominó “*Directrices para disminuir la re victimización de personas en condición de discapacidad en procesos judiciales*”. Dentro de dichas directrices se tutela el acceso a los servicios judiciales de este tipo de población, unido a la eliminación de todo procedimiento que implique discriminación por razones del estado físico, mental o síquico de la persona víctima. Especial importancia se le da a la “igualdad de oportunidades”, de manera tal que los recursos de la administración de justicia deben utilizarse con la finalidad de que las personas gocen de igualdad de oportunidades en cuanto al acceso y participación en idénticas circunstancias. Con respecto a la forma del interrogatorio que se debe efectuar a estas personas, el numeral XVI de esa

151 *Ob. Cit. P.348.*

normativa dispone que las preguntas que se les efectúan deben de ser claras y presentar una estructura simple, valorando su edad, nivel educativo, grado de madurez, capacidad de discernimiento, grado de discapacidad, condiciones personales y socioculturales, otorgándoles el tiempo necesario para contestar, asegurándose de su comprensión de la pregunta. Esta norma corresponde al artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas. Concretamente el artículo 30 de esas directrices regula que, en el caso de que la persona con discapacidad haya sido ofrecida como testigo, el juez o la jueza deberán prevenir a la parte oferente que indique cuáles son los requerimientos que deben cumplirse para garantizar la igualdad de participación en el proceso (traductores o intérpretes de ser necesarios). En conclusión, podemos inferir que nuestro Poder Judicial cuenta con normativa que garantiza que las personas con discapacidad puedan rendir su testimonio en los procesos.

Muñoz Sabaté explica que la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, contenía limitaciones expresas para las personas ciegas o sordas, pero solo cuando “el conocimiento depende de la vista o el oído”. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, solo exige que los testigos hayan tenido noticia sobre los hechos controvertidos, salvo que el testigo esté privado de la razón o de alguno de sus sentidos, pero solo cuando el conocimiento depende de esos sentidos. Por ende, es perfectamente factible que la persona ciega describa olores, sonidos o que perciba la naturaleza de los objetos a través de sus manos, etcétera, y también el sordo puede describir lo que oíó u observó. Yo voy más allá, pues considero que habría que valorar el caso concreto y la situación de la persona. Por ejemplo, es perfectamente factible que la persona que

sufra de síndrome de Down pueda declarar en torno a lo que percibió de un hecho.

Mi hipótesis, fundada en las directrices y en los pronunciamientos de la Sala Constitucional indicados, se apega a las características del testigo que señala Chozas Alonso –que reseñé líneas atrás–, basta que la persona física este dotada de percepción (por cualquiera de sus sentidos, ya sea que los posea todos o solo algunos de ellos) y que pueda dar razón de esa percepción, en virtud de una comunicación efectiva ante el órgano jurisdiccional y las partes, bien porque lo puede hacer directamente o a través de un traductor de lenguaje lesco o interprete de señas. Bajo esta perspectiva, me parece siempre adecuada la definición de De la Oliva y Fernández para quienes el testigo es una persona física, que no necesariamente debe contar con la capacidad de actuar, pero sí con facultades que le permitan percibir los hechos y dar razón de su percepción¹⁵².

En relación con este tema, Picó i Junoy y Abel Lluch exponen que *“Salvo que haya recaído una declaración judicial de incapacidad prohibiendo la declaración de una persona, puede resultar idónea una persona presuntamente incapaz, siempre que posea razón suficiente en el momento de la percepción y declaración, dado que los motivos de incapacidad siempre han de interpretarse restrictivamente (por ej. Sujeto presuntamente incapaz por trastornos mentales transitorios con intervalos lúcidos) E inversamente, puede resultar inidónea de una persona, aún no incapacitada, si carece de razón suficiente (por ejemplo sujeto sin declaración judicial de incapacitación y con un trastorno mental permanente)”*¹⁵³.

152 DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Angel. *Ob.cit.*, pág. 347.

153 Picó i Junoy J.y Luch X.A. (2008) *El interrogatorio de Testigos*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 41.

2.2. CONCEPTO DE PRUEBA TESTIMONIAL

Una vez que hemos definido lo que podemos considerar como testigo y sus condiciones para poder declarar en un proceso, pasemos ahora a definir lo que es este medio de prueba.

La prueba testimonial es aquella actividad procesal producida por la declaración de un tercero, que es distinto a las partes. Esa declaración es rendida, previo juramento, ante un órgano jurisdiccional, y la misma se basa en los hechos que el testigo percibe de acuerdo a sus sentidos¹⁵⁴.

Para Armenta Deu “la prueba testifical es un medio de prueba a través del cual un tercero declara sobre las percepciones sensoriales en relación con los hechos controvertidos y determinantes del proceso”¹⁵⁵.

Carnelutti la define como “...un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo”¹⁵⁶.

Devis Echandía como “...un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto de un hecho de cualquier naturaleza”¹⁵⁷.

154 “La prueba por testigos o prueba testifical es la actividad procesal que provoca la declaración de un sujeto, distinto de las partes y de sus representantes, sobre percepciones sensoriales relativas a hechos concretos procesalmente relevantes...” DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Angel. *DERECHO PROCESAL CIVIL*. Tomo II. (1996), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, p. 347.

155 Armenta Deu, T. (2002). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Proceso de Declaración. Proceso de Ejecución y Procesos Especiales. Madrid, Marcial Pons, p. 201.

156 Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil*. Editorial Desalma, Buenos Aires, p. 121.

157 Devis Echandía, Devis (1981). *Teoría General de la prueba civil*. Editorial Buenos Aires, p. 33.

Esta declaración adquiere carácter de prueba testimonial cuando es rendida ante el juzgador, no así cuando se produce ante un notario, pues este no ejerce función jurisdiccional y en ese sentido la deposición no surtiría tales efectos¹⁵⁸; sin embargo, no sería posible despreciarla como prueba de otra naturaleza. Lo anterior con la excepción de las declaraciones rendidas ante notario en una información para perpetua memoria, las que sí tienen ese carácter, pero limitado a los efectos prácticos que se persiguen con esos procesos no contenciosos –artículo 129 del Código Notarial y 874 y siguientes del Código Procesal Civil–.

Corominas Mejías indica que la declaración extraprocesal de una persona acerca de hechos que se van a debatir o se están debatiendo en un proceso, no puede calificarse como testimonial, antes de su incorporación al proceso. Ella explica que, si se considera al testigo como fuente de prueba y su declaración como medio probatorio, podemos concluir que se es testigo aunque no se esté vinculado al proceso, pero las declaraciones de este “eventual testigo” no pueden ser objeto de valoración por el órgano jurisdiccional, mientras no se incorporen al proceso¹⁵⁹.

158 “La declaración de una persona sobre los hechos que tiene conocimiento se convierte en prueba testifical precisamente cuando esa declaración se produce del modo previsto por la ley como medio de prueba, y no de otra manera. Esta nota supone que no estamos ante una prueba testifical si una persona declara ante notario, expresando el conocimiento que tiene sobre determinados hechos. El acta notarial, si luego es aportada al proceso, no puede tener en éste la consideración de prueba testifical, porque la declaración no se produce según la forma legal.” MONTERO AROCA, Juan. LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1998, pág. 216.

159 *Ob.cit.p. 350.*

2.3. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

En primer término nuestro ordenamiento procesal establece un límite para la admisión de este medio de prueba, en razón de la cuantía de la convención o del acto jurídico que se pretende acreditar, fijando como un supuesto que ese acto o convención debe constar en un documento público o privado¹⁶⁰.

El artículo 351 del Código Procesal Civil dispone que la prueba testimonial no resulta admisible “*para demostrar la convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor superior al diez por ciento de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación*”, suma que, a esos efectos, será la vigente a la fecha de la celebración del acto o de la convención.

Para la fecha de redacción de este documento, la suma mínima dicha fue fijada por la Corte Plena en TRES MILLONES DE COLONES, lo que implica, en principio, que no es admisible la testimonial para acreditar convenciones o actos jurídicos cuyo objeto sea superior a trescientos mil colones¹⁶¹.

Es posible entender que el legislador desconfía de la prueba testimonial y en su lugar le da mayor crédito a la documental cuando de negocios o actos jurídicos se trata. La doctrina procesal civil sostiene la hipótesis de que la prueba documental ostenta el título de *regina probatorum*

160 *No obstante, existen casos de excepción en que los convenios verbales pueden ser acreditados recurriendo a cualquier medio de prueba, sin importar su cuantía. Tal supuesto se da en el caso de los contratos de arrendamientos (artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos).*

161 *No obstante, existen casos de excepción en que los convenios verbales pueden ser acreditados recurriendo a cualquier medio de prueba, sin importar su cuantía. Tal supuesto se da en el caso de los contratos de arrendamientos (artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos).*

o reina de las pruebas¹⁶². Esta posición singular deriva de las peculiaridades propias del documento, dado que éste goza de una relevancia esencial en el tráfico jurídico actual que se basa en tres condiciones básicas: a) una función de perpetuidad: en cuanto sirva para fijar permanentemente en el tiempo las declaraciones de voluntad, hechos y actos jurídicos; b) una función autenticadora o de garantía: dada la posibilidad de identificar de manera inequívoca a la persona autora (artículo 372 del Código Procesal Civil) y c) una función probatoria: a través del documento puede demostrarse un determinado acto, hecho o negocio jurídico¹⁶³. Todo esto explica el por qué la documental es calificada como prueba pre constituida, dado que el documento se confecciona con anterioridad al origen del proceso, buscando una finalidad preventiva para eludir eventuales conflictos que puedan generarse ante una relación jurídica determinada. Es por esto que dicho medio de prueba, se prefiere a la testimonial –tal y como lo señala el párrafo segundo del numeral 351 ibídem-, pues se parte de la pre-concepción de que la versión de los testigos puede resultar parcial, incompleta y susceptible a variaciones y omisiones derivadas del transcurso del tiempo.

Un ejemplo sencillo puede servir para ilustrar esa posición. Pensemos en un caso donde una parte que carece de prueba documental pretende acreditar la compraventa de un vehículo por la suma de siete millones de colones. Si no estuviera fijado el límite de admisibilidad, se podría simplemente recurrir a las declaraciones de testigos para demostrar tan trascendental contrato, lo que generaría algún grado de inseguridad jurídica.

Esa desconfianza no es exclusiva de nuestro legisla-

dor, en realidad viene de tiempo atrás, desde la *Ordenanza de Moulins del año 1566* (artículo 54), cuyos principios básicos en esta materia fueron recogidos por el legislador napoleónico en el *Code*, legislación que, como es sabido, sirvió de base a nuestro Código Civil, el que a su vez influyó decididamente en el Código Procesal Civil en lo que a la prueba se refiere (artículos derogados del Código Civil, 752 y siguientes)¹⁶⁴.

No obstante, el mismo artículo 351, así como los antecedentes citados, establecen una serie de supuestos en los que resulta admisible la prueba testimonial, aun cuando el valor del objeto de la convención sea superior al indicado. Al respecto dice ese numeral:

1. *“Cuando exista un principio de prueba por escrito.*

2. *Cuando haya sido imposible al que invoca la prueba testimonial procurarse una literal, o cuando, a consecuencia de caso fortuito, haya perdido la que se había procurado”.*

El primero de los puntos referidos presenta una gran dificultad, pues comprende supuestos muy diversos no enunciados por el legislador, quien solo se limitó a señalar, en el artículo 372, que para que exista principio de prueba por escrito es necesario: *“1) Que el escrito del que se pretende hacerlo resultar, emane de la persona a quien se opone, o de aquél a quien ella representa, o de aquél que la haya representado. 2) Que tal escrito haga verosímil el hecho alegado”.*

Por ello, parece oportuno citar al menos una definición de ese instituto probatorio, de manera que le sirva al lector

162 Serra Domínguez, M. Ob.cit. p. 244.

163 Las características en cuanto a la función de la prueba documental fueron tomadas de Seoane Spiegelberg, J.L. (2000). La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Editorial Aranzadi, Navarra, p. 227.

164 Se puede profundizar sobre el particular en BRENES CÓRDOBA, Alberto. *TRATADO DE LAS OBLIGACIONES*. 5° edición, Juricentro, San José, 1977, p. 120 a 128; POTHIER, Robert Joseph, *TRATADO DE LAS OBLIGACIONES*. Editorial Heliasta S.R.L., edición argentina, Buenos Aires, 1993, p. 483 a 502.

para tener una mejor idea sobre el particular. El artículo 1347 del Código de Napoleón lo define como “...cualquier acto escrito que ha procedido de la persona contra la cual se endereza la demanda o de la que representa, y que hace verosímil el hecho alegado”. Sobre ese numeral decía Planiol: “1°- Es necesario que exista un acto escrito. La ley no exige que el acto se haya otorgado especialmente para servir de prueba. Por tanto, una carta misiva puede servir de principio de prueba. Es una solución tradicional; 2°- El escrito debe proceder de la parte contra la cual se hace valer, o de aquellas que representa, o aún de aquellos por quien ha sido representada, por ejemplo, su mandatario, su tutor. Un escrito debe considerarse que procede de una persona, no sólo cuando ha sido escrito por ella, sino cuando lo ha sido en su presencia, o con su consentimiento. De esta manera, el acta de un interrogatorio sobre hechos y artículos, aunque haya sido escrita por el actuario, contiene por escrito las declaraciones de las partes. De la misma manera debe considerarse un documento auténtico que la parte no ha firmado porque no sabía o no podía hacerlo. Estos documentos se le pueden oponer como precedentes de ella; 3°- Es indispensable, además, que el escrito sin constituir prueba complementaria, haga verosímil la existencia del hecho a probar. Esta última condición es una cuestión de hecho, que puede ser apreciada soberanamente por los jueces de fondo”¹⁶⁵.

En resumen, los casos posibles en que puede darse un principio de prueba por escrito son muchos y muy distintos, sin embargo para determinarlos es preciso que exista un documento, digámoslo así, incompleto, que por sí mismo no baste para probar el acto o contrato, pero que, por ser verosímil¹⁶⁶, podría ser completado por medio de

165 PLANIOL, Marcel. “TRATADO DE LAS OBLIGACIONES”. Cárdenas Editor, México, primera edición, p.34.

166 Verosímil es un adjetivo que significa: que tiene apariencia de

prueba testimonial. Además, que emane de la persona contra quien se pretende hacerlo valer.

Al respecto, Brenes Córdoba, refiriéndose a la aplicación del principio de prueba por escrito, indica:

“... La inseguridad que ofrece la prueba de testigos disminuye mucho en caso de hallarse apoyada por un elemento documental, que si bien incompleto, hace verosímil la existencia de lo que se pretende comprobar. El simple testimonio de las personas extrañas al punto en debate puede descansar ya sobre una manifestación procedente de aquél contra quien se aducen las comprobaciones orales. De ahí, que por haber disminuido el peligro que presenta el hacer reposar el cargo en expresiones verbales únicamente, se haya introducido la excepción de que se trata. No es de rigor que el escrito esté firmado por la persona de quien proceda; basta con que haya seguridad de que emane de ella, sea de un modo directo, sea de manera indirecta, esto es, “por medio de otro, pero con el consentimiento expreso del interesado”¹⁶⁷.

Para ilustrar aún más sobre la aplicación de este instituto probatorio, citemos algunos casos hipotéticos:

1°) Álvaro González le ofrece vender a Jorge Jiménez su vehículo por la suma de siete millones de colones. Jorge le contesta que le dé un tiempo para pensar en su oferta. A los días Álvaro recibe en su oficina a un mensajero, el cual le entrega una tarjeta de presentación membretada “Jorge Jiménez”. Al dorso del documento se encuentra escrita con bolígrafo la frase “Acepto tu oferta”. Después de esto, Álvaro rechaza varios ofrecimientos que le hicieron para comprarle el vehículo. Posteriormente llama a Jorge para

verdadero.

167 BRENES CÓRDOBA, Alberto. “TRATADO DE LAS OBLIGACIONES”. Editorial Juricentro, sexta edición, Costa Rica, 1990, p. 150.

finiquitar aspectos del negocio, pero este le informa que él nunca dio su consentimiento, pues la tarjeta fue enviada como una broma de su esposa. Álvaro plantea una demanda solicitando la ejecución forzosa de la compraventa y ofrece como prueba la citada tarjeta y la declaración del mensajero, quien indicará que fue Jorge quien le entregó la tarjeta y le ordenó llevarla a la oficina de Álvaro. De esta forma, se puede extraer cómo, en principio, la prueba testimonial era inadmisibles –por razón de la cuantía del negocio–; no obstante resulta admisible, pues la declaración del mensajero, analizada en conjunto con el documento en cuestión, hace verosímil la versión del actor (artículo 351 y 372 del Código Procesal Civil).

2°) Santiago desea que su hijo estudie en la universidad. Por esa razón elabora una carta dirigida a su amigo Julio, en la que le solicita que le preste la suma de un millón de colones, con la finalidad de brindar a su hijo educación universitaria. La carta es entregada personalmente por el hijo de Santiago a Julio, luego de lo cual este último le entrega el dinero, sin ningún recibo, dada la relación de amistad que existe con su padre. Al tiempo, Julio le cobra ese dinero a Santiago, ante lo cual niega que su hijo haya recibido algún dinero. El único documento con que cuenta Julio es la carta firmada por Santiago, que no acredita que el dinero haya sido entregado, sin embargo, ofrece como testigo al hijo de Santiago para probar no solo que Santiago le pidió la suma de dinero, sino también que fue entregada.

3°) Otro ejemplo que ayuda a entender la aplicación del principio de prueba por escrito, en relación con los documentos emanados por la parte a quien se representa, es el siguiente: Julián Pérez y Nico Troy, de nacionalidad rumana, llegan a un acuerdo. Nico se compromete a vender su propiedad a Julián, por la suma de veinticinco mil

dólares, sujeta a la condición de que el Club Sport Here-diano gane el campeonato de fútbol nacional durante la temporada que va del 2005 al 2006. Esta obligación condicionada queda plasmada en un documento firmado por las partes, del cual a Julián solamente se le entrega una copia. Al cabo del tiempo se cumple esa condición, por lo que Julián busca a Nico para que cumpla lo pactado. Luego se da cuenta que Nico salió del país, pero otorgó un poder generalísimo sin límite de suma a su primo Tony. Por esto plantea una demanda ordinaria solicitando el cumplimiento de lo pactado, la cual es notificada a Tony. Al contestar, este aduce que desconoce si la firma plasmada en la fotocopia del documento es la de su mandante, pues a pesar de que son familia, él no le comentó nada acerca de la posibilidad de vender el inmueble. Ante esto, Julián ofrece como testigos a tres personas que estuvieron presentes cuando Nico firmó el documento respectivo. Igual que en el caso anterior, nótese que la prueba testimonial no era admisible, pero como se ofrece para hacer verosímil lo indicado en el documento resulta admisible, porque se aplica el principio de prueba por escrito.

4°) Otro caso que ha generado pronunciamientos reiterados por parte de nuestra jurisprudencia, se relaciona con la aplicación de ese principio a los procesos de simulación, entablados por una de las partes participantes en el negocio simulado. Citemos un ejemplo: Tomás es deudor de varios acreedores que desean embargar sus bienes para cancelar el pago de sus deudas. A fin de distraer esos bienes, Tomás le vende a su hija María dos fincas ubicadas en el Partido de Cartago. Para tal efecto se elabora el contrato en escritura pública. No obstante, se elabora otro documento privado entre las mismas partes, en el que se aclara que la venta es ficticia y fue efectuada para tutelar los intereses patrimoniales de la familia. Tomás se entera

que María pretende constituir una hipoteca sobre los inmuebles, por lo que establece un proceso con la finalidad de que se declare que esa venta, a favor de María, fue simulada. Dentro de ese proceso se ofrece como pruebas el documento privado suscrito por las partes y la testimonial de dos peones de las fincas, quienes indicarán que Tomas continúa siendo el propietario y que estuvieron presentes cuando las partes dialogaron acerca de la posibilidad de pactar un negocio simulado para proteger las fincas¹⁶⁸.

5°) Por último, otro ejemplo sería el admitir prueba testimonial para comprobar la aceptación de un contrato de compraventa, por parte del receptor de una oferta, al emitir su voluntad por medio de un correo electrónico. La existencia del correo electrónico permitiría admitir prueba testimonial que pruebe su envío y, en consecuencia, la aceptación. Analicemos este caso: María encuentra una oferta interesante en una página electrónica para la compra de una motocicleta por la suma de treinta mil dólares. Ante esto le envía un correo electrónico a Álex –que es el propietario de la motocicleta–, en el que le informa que desea observarla. Álex le indica la dirección en la que se encuentra la motocicleta y María, después de verla, a los días le envía otro correo electrónico a Álex en el que le indica que acepta la oferta. Luego de esto, María se retracta pues encuentra otra moto mejor y más barata. Álex se da cuenta de esto y plantea una demanda abreviada para solicitar la ejecución forzosa del contrato. María, al contestar la demanda, aduce que ella no le envió ningún correo electrónico a Álex aceptando la oferta. Álex ofrece como prueba el disco duro de su computadora, en cuya memoria se encuentra el correo enviado por María, asimismo ofrece como testigos a dos amigos de María que se encontraban

168 *Analizar al respecto el considerando X del voto número 87-01 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.*

en el “café-internet” desde el cual ella envió su mensaje. Estos testigos declararán que María les indicó que había enviado un correo a Álex para adquirir la moto.

Según se expuso anteriormente, a pesar del límite de la cuantía, también es posible admitir prueba testimonial en otros dos supuestos: a) cuando el que ofrece la prueba testimonial indica que se le hizo imposible obtener una prueba literal –entiéndase documental– y b) cuando habiéndose obtenido prueba documental, se pierde por caso fortuito.

Nuestro Código Procesal Civil no establece en qué consisten los motivos que justifican la imposibilidad de obtener la prueba documental, por lo que dependerá del análisis de cada caso que el juzgador determine si esa imposibilidad se encuentra justificada o no.

Alsina ejemplifica esa imposibilidad con un caso regulado en la legislación argentina. Refiere al supuesto en el que, por circunstancias especiales, como por ejemplo el estar en la alta mar, se hiciera imposible plasmar el convenio en un documento¹⁶⁹.

La referencia al caso fortuito como circunstancia de hecho que genera la pérdida de la prueba ya obtenida, hace alusión a una situación que podría calificarse como imprevisible e inevitable. En mi criterio, lo trascendental aquí es demostrar que la prueba documental ya había sido obtenida cuando se dio la circunstancia que genera su pérdida (por ejemplo, que ocurra un siniestro en la oficina en la que se encontraban archivados los documentos).

Otro supuesto en el que resulta admisible la prueba testimonial, aunque el objeto del negocio exceda el valor

169 *ALSINA, Hugo. TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Tomo 2. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, p. 420.*

indicado, se da cuando el acreedor limita su reclamo a la suma que le permite ofrecer prueba testimonial y renuncia al exceso. La claridad de este supuesto no merece mayores comentarios.

2.4. ¿EXISTE EN REALIDAD UN LÍMITE PARA ADMITIR PRUEBA TESTIMONIAL POR RAZONES DE LA CUANTÍA?

La desconfianza en la prueba testimonial se hace aún más palpable por lo dispuesto en el artículo 353 íbidem. Dice ese numeral: *“Cuando un acto jurídico se haga constar en un documento público o privado, no se recibirá prueba alguna de testigos contra o fuera de lo contenido en el documento, no sobre lo que se pueda alegar que se dijo antes, al tiempo o después de su redacción, aun cuando se trate de una suma menor a diez mil colones”*. Si se estudian con cuidado esta norma y el artículo 351, veremos que ambos son congruentes entre sí, salvo por la suma que se indica, lo que deja al lector con algún grado de incertidumbre. En el proyecto del Código Procesal Civil que le dio origen al que ahora es ley, esa disonancia no existía, pues ambas normas hacían referencia a la misma suma. Pero lo importante e interesante no es destacar ese detalle, sino el hecho de que ambas eran normas congruentes. Usted dirá, por lo hasta ahora señalado, que en la actualidad también lo son, sin embargo el párrafo quinto del último canon citado, pone en total discordancia ambas normas e, incluso, los diferentes supuestos que el mismo artículo 351 contempla.

Dice ese párrafo: *“No obstante lo dispuesto en este artículo, los tribunales podrán permitir la prueba testimonial más allá del límite indicado en el párrafo primero, teniendo en cuenta las cualidades de las partes, la naturaleza de la convención o acto jurídico y cualquier otra circunstancia”* (el subrayado no es del original). Esto implica que las

limitaciones acordadas por el legislador en ese artículo y sus excepciones, así como lo dispuesto en el artículo 353, carecen de sentido. Véase que lo que esta norma está diciendo es que, a pesar de esas limitaciones, el juez puede decidir, en circunstancias totalmente imprecisas, si recibe prueba testimonial para demostrar actos jurídicos o contratos por encima de esas limitaciones. Lo curioso es que el párrafo disonante no existía en el proyecto, ni en las normas del Código Civil que antes de la promulgación del Código Procesal regulaban el tema de la prueba¹⁷⁰.

En mi criterio el legislador, al introducir el referido párrafo, optó por dar mayores posibilidades para admitir la prueba testimonial, dejando al juez con las facultades suficientes para decidir si aplica las restricciones referidas, o si, por el contrario, hace caso omiso de ellas y admite las que considere necesarias. Claro, con parámetros de imparcialidad y objetividad que no desequilibren los derechos de las partes en el proceso.

En síntesis, el legislador le restó aplicación práctica a las limitaciones que él mismo impuso y con ello a los referidos párrafos del artículo 351, así como a los numerales 352 y 353.

EL DERECHO DE ABSTENCIÓN DE DECLARAR EN MATERIA CIVIL.

Al igual que como ocurre en el derecho penal, existe este derecho en el campo civil. El numeral 360 del Código Procesal Civil, dispone que ese derecho se aplica a:

- 1) Los que por razón de su estado o profesión tengan noticia de hechos que se les hayan comunicado confidencialmente;

¹⁷⁰ Ver artículos 752 a 758 ya derogados del Código Civil y proyecto del Código Procesal Civil.

- 2) Los que sean examinados sobre hechos que importen responsabilidad penal contra el declarante o contra su cónyuge, ascendiente, descendiente o parientes colaterales hasta el tercer grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad.

Picó i Junoy y Abel Lluchs, señalan que, en la normativa española, ese derecho de abstención, por razón del estado o profesión, por razones deontológicas se extiende a los abogados y procuradores, ministros religiosos, profesionales sanitarios y funcionarios públicos, civiles o militares obligados por su cargo a guardar secretos¹⁷¹.

Nuestra legislación no explica el procedimiento para ejercer ese derecho. De La Oliva indica que el testigo afectado por dicho secreto debe alegarlo mediante una exposición razonada y, a su vez tiene la carga de probar la concurrencia de secreto, a través de una justificación razonable de su existencia, referida a su condición profesional o personal y la normativa que la ampara. El Tribunal resolverá mediante resolución justificada. Dicha exención solo afectará las preguntas relacionadas con ese secreto, pero no a la totalidad del interrogatorio. Él explica que la legislación española (artículo 371.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) dispone que, en caso de negativa a apreciar la causal de abstención, la resolución es impugnabile por la parte interesada en la no declaración de la persona dependiente¹⁷².

2.5. FORMALIDADES PARA EL OFRECIMIENTO Y EVACUACIÓN DE PRUEBA TESTIMONIAL

El ofrecimiento y la evacuación de la prueba testimonial se rige por una serie de procedimientos que, para mayor orden, pasó a exponer en párrafos separados:

171 *Ob.cit. p. 47.*

172 *Ob.cit.p. 326.*

1) En el momento procesal en que se ofrece la prueba testimonial, deben indicarse los hechos sobre los cuales el testigo va a ser examinado (artículo 354 *ibídem*). Las partes pueden presentar hasta cuatro testigos en relación con cada uno de los hechos que pretendan demostrar. El juzgador tiene la potestad de reducirlos a dos o tres, cuando los considere suficientes, para lo cual tendrá que prevenir a la proponente que elija los que crea pertinentes.

2) Para la recepción de la prueba testimonial, el juzgador señalará hora y fecha, procurando evacuarla toda en una sola audiencia o en la menor cantidad de señalamientos posible. El señalamiento debe hacerse en la resolución que admite esa prueba (artículo 316 y 356 *ibídem*). Es conveniente, además, indicar si los testigos no hablan el idioma español, a efecto de que se les nombre un intérprete. Si así fuera, previo a ese nombramiento habría que requerir el depósito de honorarios. Una vez que estos son depositados se procede a nombrar al mismo.

3) Cuando lo solicite la parte, deberá expedirse orden de citación para los testigos (artículo 361 *ibídem*). En la práctica es común que al momento de admitir la prueba testimonial, se le indique que las órdenes de citación quedan a su disposición en el despacho. En principio, la citación la realiza la parte interesada, no obstante, cabe la posibilidad de que la efectúe el notificador del despacho o de la correspondiente Oficina Centralizada de Notificaciones (artículo 361 *ibídem*). Aunque no se aplica mucho en la práctica, la citación del testigo debe efectuarse con al menos dos días de antelación, lo que no obsta para que este se presente voluntariamente.

4) Si a la primera audiencia señalada para la evacuación no concurren todos los testigos, la parte proponente puede pedirle al juzgador que haga un nuevo señalamiento. Sin embargo, este solo podrá ordenarse si la solicitud

se hace durante la audiencia –en forma oral–, o en los tres días posteriores a la misma. Asimismo, para poder solicitar este nuevo señalamiento, se debe aportar la orden de citación debidamente firmada por el testigo, a más tardar en el acto de la audiencia (artículo 356 y 361 *ibídem*). Si el testigo –debidamente citado para este segundo señalamiento– no comparece al llamado judicial, el juzgador podrá hacer un tercer señalamiento, pero solo en casos muy calificados. En este supuesto, el juzgador ordenará a la autoridad de policía la presentación del testigo y expedirá comunicación a la autoridad penal, para que inicie la causa por la contravención correspondiente¹⁷³, debido a su falta de comparecencia como testigo.

5) En la práctica de la audiencia, el juzgador debe hacerle al testigo los cuestionamientos generales de ley (artículo 357 *ibídem*). De Paula explica que estas preguntas están destinadas a la identificación del deponente (nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio); también preguntas dirigidas a verificar su idoneidad como testigo (relación de parentesco con partes o abogados) y preguntas destinadas a la obtención de elementos valorativos del deponente (relación de dependencia, comunidad de intereses con las partes, interés en el asunto, amistad íntima o enemistad. Incluso dicho autor incorpora un cuestionamiento no comprendido en nuestra normativa, como lo es el hecho de saber si el declarante ha sido condenado o no por falso testimonio¹⁷⁴. En el acta solamente se consigna la respuesta afirmativa del testigo a cada una de esas preguntas. De lo contrario, basta con establecer que sus respuestas fueron negativas.

¹⁷³ El artículo 387, inciso 3) del Código Penal establece que se impondrá multa de cinco a treinta días a la persona que, habiendo sido legalmente citada como testigo, se abstuviere de comparecer o se negare a prestar la declaración correspondiente.

¹⁷⁴ De Paula, F. (2001) La prueba de testigos, p. 160 y 161.

6) El testigo ha de ser juramentado por el juzgador y advertido de las penas con que la ley castiga el falso testimonio, salvo el caso de los menores de edad, quienes por tal condición no deben ser juramentados (artículo 358 y 931 *ibídem*). En mi criterio, es importante, además del juramento, indicarle al testigo las conductas que lo pueden llevar a incurrir en ese delito. Por ende, es necesario advertirle al testigo que incurre en el delito de falso testimonio quien omite, altera o modifica la verdad de los hechos tal y como fueron percibidos por sus sentidos. El testimonio rendido versará sobre hechos puros y simples, en los cuales el testigo está obligado a dar razón de su dicho. De lo contrario, el juzgador puede prevenirle que, de seguir con su negativa, incurrirá en el delito citado. Vale destacar que, en el caso de los menores, se les debe indicar que si incurrir en falso testimonio pueden ser juzgados de acuerdo con la normativa penal juvenil.

7) Una vez que el testigo haya rendido su declaración, las partes o sus abogados pueden proceder a formularle repreguntas. En el caso de los abogados, solamente pueden repreguntar cuando la parte a la que representen se encuentre presente o cuando se les ha otorgado un mandato judicial. Repregunta primero la parte proponente y luego la contraria. Las repreguntas solo pueden versar sobre los hechos relatados por el testigo. Cuando este finalice su deposición ha de indicársele que se retire del despacho y, en caso de que no lo pueda hacer, se le advierte que le está prohibido comunicarse con el resto de los testigos.

8) El artículo 358, párrafo 3° del Código Procesal Civil señala que el testigo no puede rendir declaración sobre aspectos de apreciación, ni sobre asuntos relacionados con opiniones suyas. Esta disposición ha sido interpretada por nuestros tribunales, pues en muchos casos se

permite la declaración del llamado “testigo-perito”, en la cual el deponente, además de su conocimiento personal de los hechos, cuenta con un conocimiento que le permite rendir una declaración más detallada y técnica acerca del hecho. Esta posición de nuestros tribunales también ha sido aceptada en el ámbito doctrinario¹⁷⁵.

Picó i Junoy y Abel Lluchs comentan esta figura. El numeral 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española establece que “*cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia que se refieren los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos*”¹⁷⁶. Tales autores comentan que los conocimientos del testigo-perito son cualificados, porque sobre los hechos del interrogatorio, posee un saber técnico. Incluso diferencian el testigo-perito del testigo y del perito. Tanto el testigo perito como el deponente poseen un conocimiento previo de los hechos, pero el primero posee un saber técnico del que carece el simple testigo. Por otro lado, tanto el perito como el testigo perito poseen conocimientos técnicos o artísticos, pero el testigo perito tiene un conocimiento histórico de los hechos, mientras que el perito entra en contacto con éstos a través de un encargo judicial¹⁷⁷.

175 “...el llamado testigo-perito no es más que un testigo, aunque el testimonio del mismo pueda tener más valor, atendida su mayor capacidad de percepción y comprensión de determinados hechos. Si dos personas presencian un incendio y una de ellas es un experto de compañía de seguros en la determinación de la causa de los accidentes, es evidente que el testimonio de la misma podrá referirse a aspectos de los que el no experto no se percató, pero en los dos casos se trata de testigos.” MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., pág. 216. En cuanto a la jurisprudencia nacional cabe citar el voto número 188-90 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

176 Ob.cit, p. 49.

177 Ob.cit.p.51

Serra Domínguez explica que esa figura comprende en una sola persona los dos conceptos de testigos y de perito, bien porque la persona que ha observado los hechos tenga especiales conocimientos técnicos, bien porque el perito designado por el juez se le confieren funciones de directa observación de los hechos¹⁷⁸.

Con respecto a la proposición de este tipo de prueba, he observado que tanto la parte proponente, como ciertos juzgadores, son del criterio de que, al ofrecer este tipo de prueba se deben seguir las formalidades de la prueba pericial, en el sentido de indicar los puntos sobre los que deberá versar la declaración o incluso el interrogatorio al que deberá ser sometido el testigo-perito (artículo 401 del Código Procesal Civil). En mi opinión esta hipótesis es incorrecta, pues en realidad se trata del ofrecimiento de una testimonial, por lo que basta indicar expresamente sobre los hechos sobre los que se va a basar la deposición (artículo 354 ibídem). Esta circunstancia ha sido resuelta por la jurisprudencia española al indicar que, la proposición, práctica y valoración de este tipo de prueba testimonial se sujeta al régimen general del testigo, con matizaciones, pues pese a su condición de técnico declara como testigo¹⁷⁹. En otras palabras, no se exige una proposición formal de prueba mixta a modo de testifical y pericial conjunta, ni el testigo puede ser citado como perito, ni el perito que ha elaborado un dictamen a instancia de parte, puede ser citado como testigo¹⁸⁰. Con ello se consigue que, la práctica del interrogatorio se adecue a su condición de testigo (cualificado) y se podrá evitar o, al menos prevenir o dis-

178 Serra Domínguez, M (1991), De la prueba de testigos en Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales, Editorial Edersa, Madrid, p. 462.

179 La SAP Madrid del 27 de abril de 2005 es comentada por Picó i Junoy y Abel Lluchs, ob. cit. P. 53.

180 Ob. cit. P.54.

minuir, la posibilidad de introducir una pericial fraudulenta, la que se daría, por ejemplo, cuando el dictamen pericial fue presentado en forma extemporánea, por lo que se pretende incorporar –no en forma de informe–, sino a través de una declaración de quien posee conocimientos técnicos. Por ende, la doctrina, aconseja que las preguntas al testigo-perito, deben observar los requisitos generales de las preguntas al testigo (artículo 358 del Código Procesal Civil), o sea versarán sobre hechos puros y simples, pero en sus respuestas el testigo-perito podrá expresar la razón de su ciencia y agregar sus conocimientos técnicos¹⁸¹, ello únicamente en torno a los hechos percibidos, pues reiteramos que su declaración se presta en el curso de un interrogatorio y no a través de un dictamen o mediante la posterior ratificación del mismo. En mi criterio, la parte que se afectada por este tipo de testigo-perito, puede hacerse acompañar con un asesor técnico al momento de la audiencia, para poder luego repreguntar al testigo-perito en torno a sus declaraciones.

9) En el caso de que una parte se oponga a una pregunta o repregunta, el juzgador debe hacer salir al testigo de la oficina en la que esté evacuando la prueba. No se deben consignar los debates entre las partes acerca de la admisión o no de una repregunta, pero sí se ha de consignar la oposición en la forma más lacónica posible. Resulta la oposición se hace pasar al testigo. La parte o el abogado que insinúe la respuesta al testigo será retirado de la audiencia.

10) En cuanto a los gastos y perjuicios en que incurra el testigo, el numeral 362 *ibidem* establece que esos rubros serán cubiertos por la parte proponente. En el supuesto de que la parte y el testigo no puedan llegar a un acuerdo,

181 *Picó i Junoy y Abel Lluch, ob.cit.p. 55.*

será el juzgador quien los fije, sin ulterior recurso. El juez, además, deberá prevenir el depósito con el apercibimiento de seguirle causa a la parte que incumpla por el delito de desobediencia a la autoridad.

2.6. MODALIDADES ESPECIALES EN CUANTO A LA RECEPCIÓN DE PRUEBA TESTIMONIAL

Nuestro Código Procesal Civil establece distintas formas de llevar a cabo la recepción de la prueba testimonial, entre las cuales tenemos las siguientes:

2.6.1. DECLARACIÓN ANTE JUZGADOR COMISIONADO

Se aplica en los casos donde el testigo reside en un lugar distinto del que se sigue el proceso y así lo solicite la parte. En virtud de que el testigo debe referirse en su declaración acerca de los hechos sobre los cuales fue ofrecido, debe prevenirse a la parte proponente que aporte una fotocopia del memorial en el que conste el ofrecimiento de prueba, o sea, de la demanda y de la contestación. Esto a efecto de que el órgano jurisdiccional comisionado tenga conocimiento acerca de la prueba.

2.6.2. DECLARACIÓN EN LA CASA O EN LA OFICINA

Se les permite rendir su testimonio en la casa de habitación a las personas enfermas y mujeres en estado avanzado de gravidez. Con respecto a este último término, vale destacar que corresponderá al juzgador valorar cuándo una mujer se encuentra en estado “*avanzado*” de gravidez, ya que será la apreciación de este la que llegue a determinar ese estado. Aunque la norma no hace referencia, también me parece que se deben tomar en cuenta los

llamados “embarazos de alto riesgo”, situación que hace necesario que el juzgador valore la posibilidad de evacuar la prueba en el domicilio de la testigo.

Pico i Junoy y Abel Luch, indican que los juzgadores deben de realizar un *juicio de pertinencia* con el fin de determinar la concurrencia de un motivo de enfermedad de carácter permanente, o también situaciones como la facultad o no de desplazamiento, circunstancias personales de la parte, etcétera¹⁸²

También se recibe testimonio en la oficina a los miembros de los supremos poderes, magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, contralor y subcontralor de la República, arzobispos, obispos diocesanos, diplomáticos, jueces superiores y jueces de primera instancia. A pesar de que la norma no establece un trámite para efectuar ese señalamiento, considero que lo pertinente es que el juzgador –de previo– realice una llamada para consultar la agenda del funcionario o de la autoridad religiosa, y una vez hecho esto, señale hora y fecha para la evacuación.

2.7. EL CAREO

Este instituto jurídico surge cuando existen discordancias entre las declaraciones de los testigos. En materia civil, es una práctica a la cual los juzgadores y las partes casi nunca recurren, contrario a lo que sucede en materia penal. Es una gestión que se debe ordenar luego de evacuarse el testimonio de los deponentes.

Picó i Junoy y Abel Luch nos explican que el careo constituye una de las manifestaciones de la revitalización del interrogatorio. Dichos autores, citando a Peláez Portales lo definen como “la diligencia que tiene por objeto confrontar ante la presencia judicial a dos o más personas ya examinadas, con el fin de resolver las discrepancias que

182 Ob. cit.p.65.

se hubieren puesto de manifiesto tras sus declaraciones o, en cualquier caso, obtener elementos de juicio sobre la verosimilitud de cada una de ellas a partir de las actitudes que acompañen a las nuevas manifestaciones vertidas en el acto”¹⁸³.

Dichos autores establecen que el careo no constituye un medio de prueba autónomo, sino que se inserta dentro del “interrogatorio de testigos”¹⁸⁴

La divergencia sobre uno o varios hechos esenciales de las declaraciones de los testigos lleva al juzgador a efectuar un nuevo señalamiento, para corroborar cuál de las declaraciones se ajusta a la verdad. Muchas veces no es necesario efectuar este nuevo señalamiento cuando los testigos que se pretende carear aún se encuentran en el despacho, pues en este caso el careo se puede evacuar de inmediato.

La diligencia inicia juramentando nuevamente a los testigos, con el apercibimiento del delito de falso testimonio. Luego el juzgador procede a leer los hechos narrados en cada una de las deposiciones en las que existe contradicción y les hace ver en qué consiste la discrepancia. Posteriormente, se anota en el acta todo el debate planteado en cuanto a los hechos, ya sea porque uno de los testigos modifica su declaración de acuerdo con la versión del otro, o bien porque ambos deciden mantener su versión acerca del hecho específico. En caso de que uno de los testigos modifique su declaración, debe dar las razones para ello, las cuales han de ser consignadas a efecto de valorar el testimonio rendido.

Ahora bien, existen dos modalidades de careo que se derivan del numeral 367 *ibídem*, el careo entre testigos y entre éstos últimos y las partes, lo que nos hace concluir

183 Peláez Portales, D. (2003). El careo en el proceso penal español, Editorial El Almendro, p.25.

184 Ob.cit.p, 93.

que el careo entre partes no resulta posible. Dentro de la primera modalidad, la doctrina permite el careo no solo entre los testigos propuestos por una parte y los de la adversaria, sino incluso cuando se produzcan contradicciones entre los testigos de una misma parte, por lo que basta tan solo con que dicha contradicción sea “grave”¹⁸⁵. Ambas modalidades de careo pueden ordenarse únicamente de oficio y no a instancia de parte, situación que se infiere de la lectura literal del segundo párrafo del numeral 367 en cuanto indica “*En cualquier momento en que el juez lo considere conveniente, podrá ordenar el careo entre los testigos, o entre los testigos y las partes*”¹⁸⁶. Dicha norma no exige que la contradicción entre testigos o entre testigos y partes sea grave, como si lo hace la legislación española (artículo 373 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Nuestra legislación ofrece la misma omisión que señala la norma supracitada, en tanto no regula la forma en cómo se debe practicar dicho careo. No obstante, Picó i Junoy y Abel Lluch sugieren el siguiente *iter* procedimental:

- a) Primeramente se debe efectuar la lectura o, preferiblemente, la reproducción de la grabación de las previas declaraciones testificales (o en su caso, de parte)
- b) La advertencia a las personas sometidas al careo sobre el modo en que llevará a cabo la diligencia, lo cual implica el deber de guardar su turno de palabra, no interrumpirse y respetar a la parte contraria, así como el recordatorio de que declaración se presta bajo juramento y sujeto el apercibimiento acerca de la comisión de delito de falso testimonio;

185 Picó i Junoy y Abel Lluch, ob.cit. p. 96.

186 Picó i Junoy y Abel Lluch explican que el numeral 373 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español permite el careo de oficio y a instancia de parte, sin que esta última petición vincule al juzgador pues es una facultad suya y no una imposición legal.

- c) También se debe delimitar la contradicción dentro de los extremos sujetos a careo, a fin de evitar una reiteración de las previas declaraciones testimoniales;
- d) Se debe fomentar la discusión o careo propiamente dicho, mediante una declaración oral y cruzada de los testigos o de éstos últimos y las partes, dirigida por la persona juzgadora, a cuyo efecto puede ser útil la invitación a cada uno de los careados a ratificar previamente su declaración o si por el contrario tienen algo que rectificar, indagando los motivos de esto último;
- e) La función directiva del juez o de la jueza, es fundamental para la práctica del careo, a fin de reducir la tensión psicológica que normalmente genera el contraste entre dos testimonios y procurar su desarrollo más fructífero tanto en su aspecto formal –lo que implica la observancia de un método de reciprocidad en las declaraciones de los careados-, como en lo material –que busca inquirir la verdad-¹⁸⁷.

Fernández Seijo aconseja que, para una mayor efectividad del careo es necesaria la incomunicación de los declarantes y la unidad del acto y la concentración de todos los declarantes. Es por esto que se le debe advertir al testigo que no se ausente de la diligencia, pues el careo puede realizarse a continuación. Dicha advertencia es difícil que en la práctica cotidiana se dé, dado que las contradicciones entre las declaraciones se detectarán, normalmente, una vez que hayan testificado todos ellos¹⁸⁸

187 Picó i Junoy y Abel Lluch, ob.cit.p. 98.

188 Fernández Seijo, J.M^a. Comentario al artículo 373, en “El proceso civil”, p. 2263.

2.8. CONCLUSIONES

Una vez analizado el tema anterior podemos concluir lo siguiente:

1) La prueba testimonial consiste en la declaración rendida ante el juzgador, por un sujeto que no corresponde a ninguna de las partes. Esa declaración se rendirá previa juramentación, en la cual el testigo debe ser apercibido de que, en caso de incurrir en falsedad, se le podrá juzgar por el delito de falso testimonio.

2) El testigo es una persona física, que no requiere haber adquirido la capacidad de actuar, pero sí debe contar con las facultades que le permitan percibir los hechos y dar razón de su percepción.

3) En principio, la admisión de la prueba testimonial está sujeta a limitaciones, en razón de la cuantía de la convención o del acto jurídico que se pretende acreditar. Este límite está relacionado con el valor de la convención o del acto jurídico. Este valor no puede ser mayor al diez por ciento de la suma mínima fijada para la procedencia del recurso de casación.

4) A pesar de lo anterior, el numeral 351 del Código Procesal Civil establece una serie de casos de excepción en los que es admisible la prueba testimonial para acreditar convenciones o actos jurídicos superiores a ese límite.

5) En mi criterio, de un análisis en conjunto de los artículos 351, 352 y 353 ibídem, se puede arribar a la conclusión de que el legislador le otorgó la facultad al juzgador para decidir si aplica las restricciones por la cuantía antes referidas, o si, por el contrario, hace caso omiso de ellas y admite la que considere necesaria. Esto de acuerdo con parámetros de imparcialidad y objetividad que no desequilibren los derechos de las partes en el proceso.

En la siguiente sección analizaremos la prueba documental y sus distintas clasificaciones.

3. LA PRUEBA DOCUMENTAL

3.1. INTRODUCCIÓN

En el tema anterior desarrollamos la declaración de los testigos como un medio de prueba.

Señalamos que la admisión de la prueba testimonial, en lo que concierne a convenciones y actos jurídicos, se encuentra sujeta a límites, en virtud de la cuantía que se pretende demostrar.

No obstante, existen varios supuestos en los que el juzgador puede admitir prueba testimonial más allá de los límites anteriormente citados.

Ahora desarrollaremos el tema de la prueba documental y la importancia de las distintas clasificaciones de documentos que establece nuestra normativa.

3. 2. CONCEPTO DE DOCUMENTO

En torno al concepto de documento existen diversos criterios doctrinales.

Algunos siguen uno amplio e indican que el concepto de documento debe relacionarse con el de “*cosa mueble*”. Tomando como base este criterio, el documento es todo objeto que puede ser llevado físicamente ante el juzgador¹⁸⁹.

Otros siguen uno restringido y lo relacionan con el de escritura, de modo que el documento es un “*objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento humano*”¹⁹⁰.

189 En este sentido consultar MONTERO AROCA, Juan. “LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL”. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1998, p. 143.

190 DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. DERECHO

De la Oliva Santos lo define como un objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento o acto humano¹⁹¹.

Por último, existe una tesis intermedia, en la que se le da mayor importancia al documento como un objeto representativo de un hecho relevante para el proceso, independientemente de que conste en un escrito o no. Siguiendo esta línea de pensamiento, tendrán carácter de documento todos aquellos objetos que representen un hecho, independientemente de que consten por escrito o no¹⁹².

Los autores Virginia Fernández Pérez y Beatriz Fernández Díaz (Juezas en Prácticas de la 56ª Promoción de la Escuela Judicial española) señalan que el uso de formas de expresión no escritas y la aparición paralela del desarrollo tecnológico de los últimos tiempos, que permite nuevos soportes distintos al papel o similares han abierto un intenso debate doctrinal en torno al concepto de documento¹⁹³.

Serra Domínguez resume los tres postulados en torno a la definición de documento:

- 1) Una postura amplia –iniciada por Guasp-, que adopta la noción tradicional de documento a las nuevas circunstancias y que utiliza el criterio de movilidad como elemento delimitador; identifica al documento como cualquier objeto físico mueble que pueda ser trasladado a presencia judicial, con independencia de su carácter escrito o representativo. Se distingue entre documento y monumen-

to reservándose esta última denominación para aquellas cosas que por estar incorporadas a un bien inmueble no pueden ser llevadas a la presencia judicial y serían por lo tanto objeto de reconocimiento judicial y/o prueba judicial.

- 2) Una posición estricta, defendida por Gómez Orbaneja, exige la forma escrita para poder hablar de documento, sin que resulten importantes para su configuración ni el soporte material ni el tipo de lenguaje gráfico o modalidad de escritura empleados.
- 3) Una postura intermedia, defendida por Carnelutti, que descansa sobre la idea de representación, considera como documento todo objeto material que representa un hecho de interés en el proceso. La principal consecuencia de esta posición es la inclusión dentro del concepto de documento de los medios e instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido y, en definitiva, de cualquier otra forma de representación no escrita independientemente del soporte material utilizado¹⁹⁴.

Es esta última tesis la que sigue nuestro Código Procesal Civil, ya que el artículo 368 establece que el documento es todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo¹⁹⁵. Dicha norma cita como ejemplos de documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos y las grabacio-

PROCESAL CIVIL II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., cuarta edición, Madrid, 1997, p. 358.

191 DE LA OLIVA SANTOS A. ob.cit. p.366.

192 MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p.144.

193 Fernández Pérez, Virginia y Fernández Díaz, Beatriz (2006). Cuestiones sobre la prueba documental. En Aspectos Prácticos de la Prueba Civil, Editorial Bosch, p. 323.

194 Serra Domínguez, M. (2000), La prueba documental en Instituciones del nuevo proceso civil. Editorial Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Barcelona, p. 236.

195 *El artículo en mención establece*: “Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”.

nes magnetofónicas¹⁹⁶. Sin embargo, esos ejemplos no configuran una lista taxativa, sino que basta con que sea un objeto que tenga carácter representativo o declarativo para incluirlo dentro de este medio de prueba.

La Ley de Cobro Judicial, en el artículo 2.1, incluye el concepto de “soporte físico” para establecer las características del documento que debe ser presentado al cobro. La norma señala “El documento en el que se funde un proceso monitorio dinerario deberá ser original, una copia certificada cuando la ley lo autorice, o estar contenido en un soporte físico, en el que aparezca como indubitable, quien es el deudor, mediante la firma de este o la firma a ruego con dos testigos instrumentales o cualquier otra señal equivalente”.

El tema de los soportes físicos y su vinculación con los denominados documentos electrónicos, serán analizados con posterioridad en este texto (aparte 3.8). No obstante, procederé a analizar este término a raíz de algunos votos del Tribunal Primero Civil de San José.

Este concepto de “soporte físico” lo ha definido el Tribunal Primero Civil de la siguiente forma: “...el soporte material de la deuda debe provenir de un soporte “documental” visualizado este concepto bajo un matiz genérico y amplio. Particularmente el artículo 2.1 de la Ley de Cobro Judicial exige condición de original y estar contenido en un soporte físico, en el que aparezca como indubitable quien es el deudor, mediante la firma de este o cualquier otra

196 *Asimismo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, por sentencia n°. 28, de las 15:15 horas del 22 de febrero de 1995, ha definido que el documento es una “cosa corporal que tiene la función de transmitir la representación escrita, emblemática o fonética de un dato jurídicamente relevante...”* (Explicaciones del artículo 368 del Código Procesal Civil elaboradas por la Comisión Redactora del Proyecto, *Código Procesal Civil*, San José, Ed. Juricentro, 1990, p. 155). Se trata, en suma, de la tesis de la representación apreciable no solo por la vista, sino también por otros sentidos (oídos, tacto –v. gr. escritura Braille–).

señal equivalente. El examen de este presupuesto referido a la expresión de la naturaleza documental en que conste la deuda, ofrece un amplio catálogo de eventuales documentos accesibles a este proceso que amplía toda posibilidad de “numerus clausus”. Debe subrayarse que el citado ordinal equipara a documento a soportes físicos en que aparezca la firma del deudor. Por tanto, aunque la aludida disposición legal no estable ninguna restricción en cuanto al tipo de soporte físico que debe sustentar el documento, la propia naturaleza de las cosas exige, para que pueda hablarse de un verdadero documento, que se trate de un soporte que relacione simplemente una escritura. Por consiguiente, la nueva legislación cobratoria presenta un viraje radical en atención al anterior escenario que brindaba el proceso ejecutivo de conocimiento sumario donde se exigía necesariamente y -ab initio-, la condición formal del linaje ejecutivo del documento base de la reclamación dineraria, a tal punto que sin esa condición de ejecutividad, la ley impedía de entrada la posibilidad de brindar curso a la demanda a través del denominado “auto precepto solvendo” (véase anterior artículo 440 del Código Procesal Civil ahora derogado). En esencia, la falta de ejecutividad se configuraba anteriormente como un valladar insuperable de acceso o adecuación al procedimiento con lo cual resultaba latente la condición formal del ejecutivo sumario visualizado como una modalidad de ejecución sui generis y que posibilitaba el embargo a través del despacho de ejecución desde el inicio del proceso, siempre que en la demanda se aporta un documento calificado, cuya formalidad consistía en la condición de esa ejecutividad, que sólo la ley reconocía. En el nuevo proceso monitorio, se presenta una fractura radical respecto a ese modelo descrito, por cuanto se abandona la exigencia del título ejecutivo y se brinda reconocimiento a deudas dinerarias documentadas, para lo cual, se hace referencia, más que

a documentos concretos, a distintas formas de realizar esa acreditación, posibilitando una serie de situaciones, sin que constituya un “numerus clausus”, rigiendo en este punto la libertad de forma limitada únicamente a la exigencia del soporte documental y la consecuente firma del deudor. Indudablemente, que ante la apertura descrita, es latente, que el Legislador actualmente no exige una prueba calificada o casi plena del derecho del acreedor según acontecía con el anterior ejecutivo como condición de acceso al monitorio. Actualmente, un documento no debe ofrecer -prima facie- de prueba de la existencia de un derecho, sino de algunos hechos a los que el derecho se anuda como efecto. Precisamente el derecho subjetivo invocado por el demandante radica en la descripción de la relación obligatoria invocada desde el punto de vista del acreedor. En efecto, para decidir, acerca de la viabilidad del procedimiento monitorio, el juez debe valorar si las explicaciones ofrecidas por el solicitante respecto del origen y la cuantía de la deuda se corresponden con la realidad aparentada por los documentos que sirve de soporte a la solicitud de la cual debe desprenderse una deuda dineraria, vencida y exigible en cantidad determinada -art. 1° de la Ley de Cobro Judicial-. La relación dineraria objeto del monitorio se presenta así en el actual escenario cobratorio bajo un carácter dinámico y cuya fijación no se circunscribe únicamente a títulos ejecutivos. Puede el acreedor contar con distintos documentos que acrediten las vicisitudes de la relación jurídica. Por consiguiente, resulta válido para la procedencia del monitorio, la invocación de cualquier obligación dineraria documental de la que pueda deducirse, en virtud de un principio de normalidad, la existencia de una relación jurídica obligacional entre el sujeto que insta el proceso monitorio y aquel otro quien se reclama el pago de una cantidad dineraria...” (Lo destacado no forma parte del original. Voto 1162- 10).

Como vemos la jurisprudencia citada vincula los conceptos de documento equiparándolo a soporte físico, pero con la característica de que dicho soporte se debe inferir algún tipo de escritura que vincule al deudor con el cobro adeudado.

En cuanto a los supuestos para formular un proceso monitorio cobratorio con una copia certificada cuando la ley lo autorice, se refiere a lo establecido por el párrafo 5° del numeral 70 de la Ley del Sistema Bancario Nacional (Voto número 571-12 del Tribunal Primero Civil de San José).

3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS

Nuestro Código Procesal Civil clasifica los documentos en dos grandes grupos: documentos e instrumentos públicos y documentos privados.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española incluye otra clasificación entre lo que denomina documentos procesales y materiales. Los primeros son aquellos en los que se acredita la concurrencia de los presupuestos y/o requisitos procesales (por ejemplo el memorial que contiene la demanda o la contestación de la misma), mientras que los materiales, son aquéllos relativos al fondo, o sea aquellos dirigidos a proporcionar prueba de los hechos base de la pretensión y de la resistencia discutidas en el proceso¹⁹⁷.

Doctrinariamente y, atendiendo al contenido al contenido de los documentos, también se diferencia entre documentos dispositivos y testimoniales, la cual se encuentra íntimamente vinculada con la distinción entre documento y acto documentado¹⁹⁸. Dispositivos son los que contienen

197 Montero Aroca, J. (1990), Presentación de documentos materiales en la demanda y contestación. Revista del Poder Judicial, número 17, p. 40.

198 Fernández Pérez, V. y Fernández Díaz, B. ob.cit, p. 325.

actos o declaraciones de voluntad, y por ende constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas, siendo su finalidad originaria la negocial, mientras que la consecuencia procesal es eventual o accesorio. Los testimoniales son aquéllos en que se plasma una declaración de conocimiento que, en relación con un hecho relevante para el proceso, efectúan las partes o terceros y nacen con una finalidad esencial o probatoria¹⁹⁹.

3.3.1. DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS

El párrafo 1° del artículo 369 del Código Procesal Civil establece que el documento público es todo aquel que ha sido redactado o extendido por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. De ahí se deduce su primer requisito esencial²⁰⁰.

De igual forma, el párrafo 2° de dicho artículo le otorga el carácter de documento público a las fotocopias de los documentos originales, siempre y cuando el funcionario que las autoriza certifique en ellas la razón de que son fieles a sus originales y cancele las especies fiscales correspondientes.

Por otro lado, el párrafo 3° del numeral 369 define qué es un instrumento público, al indicar que se trata de la escritura otorgada ante notario público, así como cualquier otro documento al cual la ley le otorgue ese carácter. El instrumento público, como se verá, es un tipo de documento notarial. Por ello, a fin de dar una definición clara de lo que constituye un “instrumento público”, conviene primero delimitarlo dentro de la amplia gama de documentos notariales, a efecto de no confundir los que nos interesan, con otros, también notariales, que no nos interesan.

199 Serra Domínguez, ob.cit. p. 233.

200 Consultar en este sentido, MORA VARGAS, Herman. “MANUAL DE DERECHO NOTARIAL”. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, primera edición, 1999, p.192.

De forma similar el numeral 1216 del Código Civil español define los documentos públicos como “los autorizados por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley”.

3.3.1.1. LOS DOCUMENTOS NOTARIALES

El artículo 70 del Código Notarial establece que el documento notarial es el expedido o autorizado por el notario público o el funcionario consular en el ejercicio de sus funciones notariales, dentro de los límites y la competencia establecidos por la ley. De acuerdo con los numerales 1 y 2 ibídem, el notario público es el profesional en derecho, especialista en derecho notarial y registral, habilitado legalmente para ejercer esa función, cuyos aspectos más relevantes son: a) directiva o asesora –mediante la cual funge como asesor o consejero jurídico de quienes solicitan sus servicios–; b) moldeadora o formativa y legitimadora –en su ejercicio califica la naturaleza del negocio jurídico pretendido, examina su legalidad, confecciona y redacta el instrumento– y c) la función autenticadora por la que ejerce la fe pública para la cual el Estado lo habilita²⁰¹ (artículos 30, 31, 34, incisos a), b), c), d), f), ibídem).

Por otro lado, notario consular es aquel funcionario diplomático que, por ministerio de ley, y debidamente autorizado por la Dirección Nacional de Notariado, ejerce funciones notariales en el extranjero (artículo 14 del Código Notarial)²⁰².

201 SALAS MARRERO, Óscar A. “DERECHO NOTARIAL DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ”. Editorial Costa Rica, San José, pp. 89-90.

202 BOGARÍN PARRA, Alicia. “CONCEPTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN NOTARIAL EN COSTA RICA”. CONAMAJ, San José, año 2001, p. 10. En cuanto a las funciones del notario consular, ver la sentencia del Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera, n°. 291, dictada a las 14:20 horas del 9 de setiembre de 2003, en la que se indicó: “**Notario consular:** Es el Cónsul o funcionario diplomático,

3. 3. 1. 2. CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES

Los documentos notariales se dividen en protocolares y extraprotocolares (artículo 80 *ibídem*). Los primeros constan en el protocolo del notario, mientras que los segundos no constan en dicho protocolo. A su vez, los documentos protocolares se subdividen en escrituras públicas, actas y protocolizaciones; por su parte, entre los documentos extraprotocolares tenemos las reproducciones de instrumentos públicos, las certificaciones de documentos o de piezas de expedientes o inscripciones, traducciones, actas, diligencias y, en general, todas aquellas actuaciones que el notario público, autorizado por ley, extiende fuera del protocolo (artículo 80 *ibídem*).

que por ministerio de ley y debidamente autorizado por la D.N.N., desempeña funciones notariales en el extranjero. Su ejercicio está limitado a la circunscripción territorial para la que ha sido nombrado, en actos o contratos que vayan a ejecutarse en Costa Rica, y dentro de las posibilidades que las especiales circunstancias personales y geográficas le permitan. Por disposición legal, está exento del requisito de ser abogado y especialista en derecho notarial y registral, sin embargo, tomando en cuenta que dentro de sus deberes como notario, se encuentra el asesorar jurídica y notarialmente a las partes, se estima altamente necesario que sí cuente con esa formación, de lo contrario, carece de un elemento básico para una prestación segura y eficaz del servicio notarial consular. Por expresa disposición del inciso c) del artículo 5 del Código Notarial, su condición de funcionario público no le impide ejercer funciones notariales, sin olvidarse que se encuentra bajo un régimen de servicio distinto, en el que más bien es esa condición de funcionario público consular, la que precisamente le permite acceder al ejercicio notarial. Sus labores son remuneradas de conformidad con el arancel consular respectivo. Las específicas regulaciones relativas al ejercicio del notariado consular, fueron desarrolladas en la Directriz número 2000-001, de las diez horas del dieciséis de febrero de dos mil”.

3. 3. 1. 2. 1. LOS DOCUMENTOS PROTOCOLARES

i. LA ESCRITURA PÚBLICA

Es una especie de instrumento público en el que el notario plasma la declaración de voluntad efectuada por él o por los contrayentes, con el propósito de que esta produzca efectos jurídicos y probatorios²⁰³.

Las escrituras públicas se clasifican en principales y adicionales –y estas últimas en complementarias, aclaratorias o accesorias (artículo 99 del Código Notarial).–

Mora Vargas define las principales como las que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Las adicionales –complementarias, aclaratorias o accesorias– tienden a rectificar, modificar, restringir, revocar o variar, de alguna forma, lo indicado en la escritura principal. Su función es la de corregir deficiencias en la voluntad de los comparecientes, que se indican en la escritura principal, ya sea para complementarla o adicionarla. Las escrituras públicas accesorias pueden ser: a) de ampliación: para aumentar el objeto del negocio que se acordó en el principal; b) de prórroga: tienden a ampliar un plazo; c) de confirmación: se elaboran para sanar vicios que generan la nulidad relativa del negocio jurídico; d) de ratificación o aceptación: en cuanto aceptan actos que fueron realizados por personas que no contaban con las facultades legales para ello y e) de adhesión: en las cuales las partes acuerdan un negocio jurídico pero remiten a las cláusulas de un contrato previamente pactado²⁰⁴.

ii. LAS ACTAS NOTARIALES

El artículo 101 del Código Notarial establece que el acta notarial es un instrumento público, mediante el cual,

203 *En este sentido, MORA VARGAS, Herman, ob. cit., pág. 212.*

204 *MORA VARGAS, Herman, ob. cit., pág. 215.*

a solicitud de la parte interesada, el notario comprueba los hechos, sucesos o situaciones que le consten u ocurren ante su presencia, para así otorgarles el carácter de auténticos a los mismos, o bien, hacer constar notificaciones, prevenciones o intimidaciones procedentes según la ley.

A diferencia de lo que sucede en la escritura pública, el notario no expresa en el acta notarial la voluntad de las partes, sino que narra los hechos, sucesos o situaciones que le consten u ocurren ante su presencia²⁰⁵ (artículo 102 *ibídem*). Mientras que el contenido sustantivo de la escritura pública es un negocio jurídico, o al menos un consentimiento negocial, en el acta el notario da fe de un hecho o de una pluralidad de hechos que presencie o que le consten o que personalmente realice o compruebe, pero que no constituyen negocios jurídicos²⁰⁶.

Las actas notariales se dividen en actas de presencia, de referencia, de notoriedad, de notificación, de requerimiento y de depósito. En las de presencia el notario es un receptor de su entorno, observa la realidad que interesa y así lo consigna. En las de referencia el notario recoge las declaraciones o relatos de los testigos o peritos, sobre hechos que presenciaron o sobre los que emiten su criterio técnico. Como lo indicamos en su oportunidad, este tipo de actas carece de valor judicial, dado que no únicamente es prueba testimonial la declaración rendida ante el juzgador y que le permite a la parte contraria ejercer el derecho al contradictorio. De notoriedad son aquellas actas en las que se consignan hechos históricos, científicos o de consecuencia de leyes; también en ellas se pueden plasmar las cualidades de personas que son reconocidas por la colectividad. Las actas de notificación son aquellas en las que el notario público comunica una resolución judicial –

205 MORA VARGAS, Herman, *ob. cit.*, p. 224.

206 SALAS MARRERO, Óscar A. “Derecho notarial de Centroamérica y Panamá”. *Ob. cit.*, p. 333 y 334.

consultar al respecto la Ley de Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Judiciales, la notificación notarial fue reglamentada por la Corte Plena en la sesión n°. 32-97–. Las actas de requerimiento se realizan con el fin de solicitar a alguien hacer algo, abstenerse de hacerlo o para la entrega de algo. Por último, las actas de depósito son efectuadas por el notario a solicitud de un requirente²⁰⁷.

Los requisitos formales que deben cumplir todas las actas notariales se encuentran establecidos en el numeral 102 del Código Notarial. En cuanto a los requisitos específicos de las actas de notificación, de requerimiento, de presencia o de comprobación, se encuentran regulados en el artículo 102 y 103 *ibídem*.

iii. LAS PROTOCOLIZACIONES

Con fundamento en el artículo 105 y 107 del Código Notarial, la protocolización es la transcripción de documentos públicos o piezas privadas en el protocolo del notario. Las protocolizaciones pueden ser literales, cuando el notario transcribe en su protocolo, textualmente, el documento. También pueden ser emitidas “en lo conducente” cuando se copia parte de él o aquello que resulta de interés. La protocolización que se hace “en referencia”, es cuando el notario realiza una interpretación de aquella información del documento que, según él, resulta relevante²⁰⁸.

3.3.1.2.2. LOS DOCUMENTOS EXTRAPROTOCOLARES

Por otra parte, dentro de los documentos extraprotocolares debemos incluir las reproducciones de instrumentos públicos, las certificaciones de documentos, las certificaciones de piezas de expedientes o de instrumentos, tra-

207 MORA VARGAS, Herman, *ob. cit.*, p. 228.

208 MORA VARGAS, Herman, *ob. cit.*, pág. 229.

ducciones y, en general, todo documento autorizado por un notario, pero que no conste en su protocolo.

i. LOS TESTIMONIOS

Los testimonios son una reproducción de un instrumento público, que se efectúa con la finalidad de desplazar sus efectos jurídicos²⁰⁹ (artículo 114 *ibídem*). En otras palabras, mediante el testimonio se comprueba la existencia del instrumento público a los terceros, que no tienen acceso a dicho instrumento (artículo 124 *ibídem*). Los testimonios constan de dos partes: 1) una copia literal o parcial de la matriz y 2) el engrose, que es la parte donde el notario, mediante la fe pública, expresa la conformidad de la reproducción con el original. La importancia del engrose radica en que le confiere al testimonio carácter de ejecutorio para producir los efectos jurídicos respectivos. El juzgador debe corroborar que ese engrose cumpla con las formalidades establecidas por el artículo 115 del Código Notarial. En mi criterio, de no cumplir con alguno de esos requisitos debe prevenirse al interesado que lo subsane.

El testimonio solo puede ser expedido por el notario o los notarios que autorizaron la escritura matriz (artículo 113 y 123 *ibídem*) y, en caso de que él o ellos no quisieran o no pudieran expedirlo y el protocolo estuviera depositado en el Archivo Notarial, corresponde al director de ese archivo expedir el indicado testimonio (artículo 25, inciso b) y 113 *ibídem*).

ii. LAS CERTIFICACIONES NOTARIALES

La certificación notarial es un documento extraprotocolar, en la cual el notario justifica la verdad de algún escrito, documento, acto o hecho (artículo 110 del Código

209 MORA VARGAS, Herman, *ob. cit.*, pág. 240.

Notarial). Es un acto por el cual el notario da fe de que algo le consta. Mediante ella, se manifiesta la fe pública del notario, debido, casi siempre, a la comprobación de orden visual, que se caracteriza por la afirmación de “*haber tenido a la vista*”²¹⁰.

Las certificaciones se clasifican en: a) literales, cuando se copia literalmente aquella información que el notario certifica; b) emitidas “en lo conducente”, cuando se certifica parte conceptual de la información, o sea, aquello que interesa y c) “en relación”, cuando el notario narra una información que tiene conexión entre sí²¹¹ (artículo 110 *ibídem*).

Cuando el notario transcribe o certifica parte de un documento, asiento, pieza o matriz, debe advertir, asumiendo su propia responsabilidad, que se trata de una transcripción en lo conducente y que lo omitido no modifica, altera, condiciona, restringe o desvirtúa lo transcrito (artículo 77 del Código Notarial).

En el supuesto de que el notario certifique con vista en una dependencia en donde conste la información (por ejemplo en el caso del Registro Público), esa certificación goza del mismo valor del documento público, tal y como si fueran expedidas por el funcionario que labora en dicha dependencia, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por el artículo 110 *ibídem*.

iii. LAS TRADUCCIONES

El artículo 109 del Código Notarial establece que el notario público, por sí y asumiendo su responsabilidad, podrá autorizar sus propias traducciones de documentos, instrumentos, cartas y otras piezas redactadas en idioma distinto del español. A la traducción es requisito necesario

210 MORA VARGAS, Herman, *ob. cit.*, pág. 247.

211 MORA VARGAS, Herman, *ob. cit.*, pág. 247.

adjuntarle el original del documento traducido o una copia autenticada por el notario, en donde se indicará que es idéntico al original.

Una vez definidos los distintos tipos de documentos notariales, procederemos entonces a definir lo que es un instrumento público.

3. 3. 1. 3. EL INSTRUMENTO PÚBLICO

Como lo indicamos anteriormente, el artículo 369, en su párrafo tercero, establece que el instrumento público es la escritura otorgada ante un notario público²¹², así como cualquier otro documento al cual la ley le dé ese carácter.

Etimológicamente, las palabras “documento” e “instrumento” guardan ciertas similitudes. La primera procede del latín “*docere*”, que significa enseñar y la segunda de “*instruere*”, que significa instruir²¹³. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el instrumento es la escritura, papel o documento con que se justifica o se prueba algo; en tanto el documento es todo escrito que ilustra acerca de un hecho²¹⁴.

Partiendo de esta definición, podemos afirmar que el instrumento público es una categoría especial de documento público, que puede constituir un documento notarial o bien cualquier tipo de documento al cual la ley le otorga

212 El párrafo 3º, artículo 369, deriva del artículo 733 del Código Civil, que a su vez corresponde al artículo 1317 del Código Civil Francés. PLANIOL y RIPERT, al comentar esta norma y refiriéndose a la raíz etimológica del verbo “instrumentar”, indican que se relaciona directamente con la función que ejerce el notario público. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL”. Cárdenas Editor, México, primera edición, p.62.

213 SALAS MARRERO, Óscar A. “DERECHO NOTARIAL DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ”. Editorial Costa Rica, 1973, p. 225.

214 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA”. Editorial Espasa Calpe S.A., vigésima segunda edición, año 2001, p. 844 y 1286.

el carácter de instrumento público. Esta afirmación se extrae del citado párrafo 3º del numeral 369 ibídem.

En su momento, este último párrafo del artículo 369 guardaba relación directa con la Ley Orgánica del Notariado, actualmente derogada. Esto porque el numeral 57 de esta ley establecía que: “*Es instrumento público la escritura otorgada conforme a las prescripciones de esta ley, así como cualquier otro documento al cual la ley le dé expresamente ese carácter*”.

De acuerdo con estas normativas, el único documento notarial que tenía carácter de instrumento público era la escritura pública.

No obstante, a raíz de la entrada en vigencia del Código Notarial –el día 22 de noviembre de 1998–, esta situación cambia, dado que, como lo indicamos, el artículo 101 del Código Notarial estableció que las actas notariales son también instrumentos públicos.

3. 3. 1. 4. DOCUMENTO PÚBLICO OTORGADO EN EL EXTRANJERO

El crecimiento de las relaciones jurídicas entre personas de distintas nacionalidades, ha llevado al ordenamiento procesal a resolver el problema de la validez y eficacia del documento otorgado de acuerdo con la legislación de otras naciones.

Una de las primeras soluciones con que se resuelve este problema, se da al distinguir el “fondo” de la “forma”, o sea, diferenciando entre el derecho sustantivo y las formalidades con que este se manifiesta²¹⁵. Desde esta perspectiva, al documento le es aplicable la ley sustantiva del lugar en donde deba surtir efectos jurídicos (artículo 26 del Código Civil), pero en cuanto a las formalidades que debe

215 SALAS, Óscar A. *Ob. cit.*, pág. 261.

reunir se le aplica la ley del lugar en donde se otorgó el documento (artículo 374 del Código Procesal Civil).

Con respecto a este punto, específicamente en cuanto a los documentos públicos, el artículo 374 establece que los documentos otorgados en el extranjero se equiparán a los públicos del país, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que en su otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos y contratos y b) que la firma del funcionario expedidor esté debidamente autenticada.

La anterior normativa debe relacionarse con el artículo 402 del Código Bustamante, el cual es aplicable a todo tipo de documentos –tanto públicos como privados–. Esta norma establece que los documentos otorgados en cada uno de los Estados suscriptores de dicho tratado, tendrán en los otros el mismo valor que los otorgados en ellos, si reúnen los siguientes requisitos: a) que el asunto o materia del acto sea lícito y permitido por las leyes del país de otorgamiento y de aquel en el que el documento se utiliza; b) que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a su ley personal; c) que en su otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos y d) que el documento esté legalizado y que llene los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se emplea.

3. 3. 2. DOCUMENTO PRIVADO

El documento privado es aquel extendido por las partes o por los terceros, conjunta (por ejemplo, un contrato) o separadamente (la carta que se envía a otra persona), sin intervención de ningún funcionario público²¹⁶.

216 PRIETO-CASTRO. *“DERECHO PROCESAL CIVIL”*. Editorial

La diferencia entre el documento público y el privado se basa, esencialmente, en la falta de autenticidad y de fecha cierta con las que no cuenta el segundo²¹⁷. Por ende, el ordenamiento procesal prevé las formas para darle autenticidad y razón de fecha cierta a ese tipo de documentos. A pesar de esta posibilidad, de que el documento privado adquiriera autenticidad y fecha cierta, no por ello se le otorga el valor de “plena prueba” –salvo algunas excepciones, como la del artículo 386 *ibídem*–, y como tal debe ser valorado en conjunto con el resto de las probanzas, de acuerdo con los principios de la sana crítica.

En cuanto a la autenticidad, el artículo 379 del Código Procesal Civil establece que los documentos privados reconocidos judicialmente o declarados como reconocidos conforme a la ley, hacen fe entre las partes y en relación con terceros, respecto de las declaraciones en ellos contenidas, salvo prueba en contrario.

En cuanto al documento reconocido judicialmente, este reconocimiento puede efectuarse en forma voluntaria o mediante señalamiento judicial llevado a cabo al efecto (artículo 388 *ibídem*). En el primer supuesto se requiere una aceptación expresa o tácita de la parte. En la expresa existe una manifestación en la que se reconoce el contenido del documento. La tácita ocurre cuando la parte no lo impugna dentro del plazo conferido al efecto.

Se recurre al señalamiento judicial cuando existe oposición acerca del contenido o la firma de un documento ofrecido por la parte contraria. Ese documento puede encontrarse suscrito por la parte contra la cual se ofrece o por un tercero. En la práctica, es a la parte que ofrece el

Tecnos, Madrid, Serie “Manuales Universitarios Españoles”. Volumen n.º 1, 1973, p. 162.

217 ALSINA, Hugo. *TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL*. Tomo 2. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, p. 314.

documento impugnado a la que le corresponde solicitarle al juzgador que efectúe un señalamiento, a fin de que comparezca la contraria o el tercero llamado a reconocer el documento.

En la diligencia, la persona citada debe ser previamente juramentada y apercibida de que si incurre en falsedad se le podrá iniciar causa por el delito de perjurio o por falso testimonio, ya sea que se trate de la parte o de un tercero. Una vez efectuada esa juramentación, se le muestra el documento al compareciente, quien debe indicar si reconoce o no el contenido y si su firma se encuentra plasmada en él. Se deben consignar en el acta todas las manifestaciones que haga el compareciente respecto del documento que se le muestra.

Por otra parte, el otorgarle fecha cierta a un documento privado implica oficializar la fecha de existencia de ese documento con respecto a terceros²¹⁸. El artículo 380 *ibídem* establece que esa condición la adquieren esos documentos: a) por la muerte de alguno de los firmantes; b) por la presentación del documento ante cualquier oficina pública, para que forme parte de cualquier expediente, independientemente del fin y c) por la presentación del documento ante un notario público, a fin de que autentique la fecha en que se presenta. Se debe destacar que la protocolización de ese documento privado no le confiere la condición de instrumento público, porque lo único que hace el notario es fijar una determinada realidad que constató a través de sus sentidos, incorporándola en su protocolo para efectos probatorios (artículo 107 del Código Notarial). En conclusión, la circunstancia de conferirle fecha cierta al documento privado no altera su naturaleza.

No obstante, existen excepciones a esa norma, ya que hay ciertos documentos privados que hacen fe de su fecha

218 MORA VARGAS, Herman. *Ob. cit.*, p. 230.

con respecto a terceros, independientemente de que no cuenten con fecha cierta. Tal sucede con los documentos en los que se hagan constar convenciones u operaciones comerciales (artículo 381 del Código Procesal Civil), salvo el caso del artículo 491 del Código de Comercio en el supuesto de la cesión de créditos.

Con respecto a los libros de comercio, el Código Procesal Civil se limita a remitir a lo dispuesto en el Código de Comercio. Estos libros constituyen documentos que deben llevar los comerciantes con el fin de registrar todas aquellas actividades que forman parte del tráfico comercial²¹⁹ de su actividad. El artículo 267 de este cuerpo de leyes establece ciertos principios que son aplicables a este tipo de documentación: a) los libros de comercio constituyen prueba contra su dueño, pero la parte contraria no puede admitir ciertos asientos y desechar otros, sino que estos deben ser valorados en conjunto (a este principio se le conoce como indivisibilidad de los asientos); b) si entre los libros de comercio ofrecidos por ambas partes hubieren discrepancias, si los de una de las partes estuvieren a derecho y los de la otra no, serán los asientos que estén en regla los que se valorarán en detrimento de los defectuosos, lo cual admite prueba en contrario; c) si una de las partes no presenta sus libros o manifiesta que no los lleva, se valorarán como prueba en su contra los de la parte contraria –siempre que se lleven en debida forma–. La única excepción a esto es que se acredite que no posee libros, en virtud de un caso fortuito o una fuerza mayor y que ofrezca prueba eficaz en contra de los asientos exhibidos por la contraria y d) si los libros de ambas partes se encuentran a derecho y fueran contradictorios, el juzgador deberá resolver de acuerdo con las demás probanzas.

219 ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *“LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL”*. Universidad de Costa Rica, 1981, p. 299.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico le otorga un mayor carácter probatorio a los libros comerciales llevados conforme a derecho²²⁰.

El artículo 383 del Código Procesal Civil regula lo relativo al documento privado que se encuentra en poder de la parte, al establecer que dicho documento no puede ser valorado contra la parte que lo escribió y firmó, si siempre ha permanecido en su poder.

El artículo 384 *ibídem* establece que la nota escrita por el acreedor enseguida, al margen, al dorso o en el cuerpo del documento, a pesar de que no esté fechada ni firmada, se debe valorar como prueba a favor del deudor.

El numeral 385 *ibídem* también establece que los asientos, los registros y los papeles domésticos únicamente hacen fe contra la persona que los haya escrito. No obstante, quien los ofrezca como prueba no podrá rechazarlos en la parte que le perjudique.

El numeral 386 *ibídem* regula una situación muy especial, puesto que la norma le confiere el carácter de plena prueba al documento firmado a ruego, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que dicho documento haya sido firmado ante dos testigos más y b) que tanto estos como el firmante a ruego declaren ante el juzgador haber presenciado el otorgamiento del documento. En mi criterio, esta disposición resulta aplicable únicamente en la elaboración de documentos privados en los que no participa un notario público. Esto se debe a que el numeral 111 del Código Notarial permite la posibilidad de que una persona firme a ruego de otra que no sabe firmar o que no puede hacerlo, siempre y cuando el notario pueda dar autenticidad a esa actuación, haciendo constar que la firma se realiza ante su presencia.

220 ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *“LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL”*. Universidad de Costa Rica, 1981, p. 300.

3.4. EL COTEJO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

Cotejar significa confrontar algo con otra u otras cosas; compararlas teniéndolas a la vista²²¹. El cotejo se efectúa cuando la parte contra la cual se ofrece un documento lo desconoce.

El Código Procesal Civil prevé el cotejo de documentos tanto públicos como privados, así como el de fotocopias.

3.4.1. EL COTEJO DEL DOCUMENTO PÚBLICO

El artículo 375 del Código Procesal Civil y el 125 del Código Notarial establecen que el juzgador podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar el cotejo de un documento público con su original.

Dicho cotejo debe ser practicado por el juzgador, el cual se apersonará al archivo o lugar donde se halle la matriz, previo señalamiento de hora y día. A esa diligencia podrán comparecer las partes y sus abogados. No obstante, en caso de ser posible, este cotejo puede ser efectuado en el despacho, cuando los registros, archivos o los protocolos puedan ser llevados ante la presencia del juez. Será a la parte proponente a la que le corresponda el pago de los gastos que genere la diligencia. En caso de que dicho cotejo no pueda verificarse por haber desaparecido la matriz, el documento continúa revestido de la fe pública, mientras no se acredite con otras probanzas su inexactitud o falsedad.

Cabe destacar que el artículo 125 del Código Notarial permite a los diferentes registros o entidades administrativas, solicitar en sede administrativa el cotejo del testimonio de escritura con la matriz. Esta gestión debe dirigirse

221 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Ob. cit.*, p. 676.

al Archivo Notarial o a la Dirección Nacional de Notariado, dependiendo del lugar en donde se encuentre el protocolo.

El cotejo de letras del documento público puede solicitarse cuando alguna de las partes niega o pone en duda la autenticidad de las firmas plasmadas en un documento cuya matriz ha desaparecido (artículo 376 *ibídem*). Tanto la parte que alega esa circunstancia, como la que se beneficia del documento, pueden ofrecer la prueba en cuestión. Como acto previo a ordenar esta diligencia, se debe citar al funcionario que expidió el documento y a los testigos que lo autorizaron, a fin de verificar su autenticidad. Solo en el caso de que estos no pudieran declarar, se procederá al cotejo de letras.

El artículo 389 *ibídem* establece que el cotejo de letras en el documento privado ha de ser realizado por un perito. Ahora bien, aun cuando el artículo 376 no señale a quién le corresponde realizar este cotejo a un documento público, me parece, relacionando estas dos normas, que también debe ser realizado por un perito, quien deberá comparar las letras del documento público con otros documentos indubitados (sobre los que no cabe duda).

La interpretación de qué es un documento indubitado genera un problema, ya que el Código Procesal Civil no establece qué se debe considerar como “*documento indubitado*”. Como aspecto de mera referencia, debo indicar que el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles derogado, sí establecía cuáles debían ser considerados con esa condición. Entre estos tenemos: a) aquellos a los que las partes reconocen como tales, de común acuerdo; b) las escrituras públicas originales, en caso de cotejo de la firma del otorgante y los originales y testimonios de estas, en caso de que se trate del cotejo de la firma del notario y c) los documentos privados, cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por la parte cuya firma o letra se pone en duda.

Por ende, al no haber normativa que defina esta circunstancia, en mi criterio, el juzgador podría basarse en esa norma tan solo como antecedente histórico, pues no cabe duda de su relación con la actual. En caso de no existir documento indubitado para efectuar el cotejo, se tendrá el documento como eficaz.

3.4.2. EL COTEJO DEL DOCUMENTO PRIVADO

El artículo 389 del Código Procesal Civil dispone que cuando el documento privado no es reconocido por aquel a quien se le atribuye, la parte que lo ofrece puede solicitar el cotejo de letras por parte de un perito. En este caso se debe efectuar el cotejo con los llamados “*documentos indubitados*”.

De no existir tales documentos indubitados, tanto el juzgador como la parte proponente pueden solicitar que se efectúe un cuerpo de escritura del firmante. Cuando este se oponga a efectuar dicho cuerpo, el juzgador podrá tener por reconocido el documento. Como se extrae de lo anteriormente expuesto, existe una diferencia sustancial entre el artículo 389 del Código Procesal Civil y la norma que refiere al cotejo de letras de documentos públicos, lo cual es relevante destacar.

3.4.3. COTEJO DE FOTOCOPIAS Y VALOR PROBATORIO DE LA REPRODUCCIÓN MECÁNICA

Si una de las partes se ve perjudicada por el contenido de un documento reproducido en una fotocopia, puede impugnar la exactitud de dicha reproducción solicitando que se verifique el cotejo de la fotocopia con el original (artículo 390 *ibídem*). En caso de que esto no fuera posible, se tendrá en cuenta el resultado de las demás pruebas. Lo indicado en esta norma se aplica a los dibujos, las fotoco-

pias, las pinturas, los croquis, los planos, los mapas y todo documento semejante.

Por otra parte, el numeral 391 ibídem dispone que las reproducciones fotográficas, cinematográficas, fonográficas o las de cualquier otra clase, hacen prueba acerca de los hechos o de las cosas en ellas representadas, en caso de que la parte contra quien se oponen las acepte expresa o tácitamente. Si dicha parte las impugna o desconoce la autenticidad de la reproducción, el juzgador ordenará la práctica de una prueba pericial, con la finalidad de determinar su autenticidad.

Sobre este punto, haré un desarrollo más amplio al referirme al llamado “documento electrónico”.

3.5. EL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS

El artículo 370 del Código Procesal Civil le confiere el carácter de plena prueba a los documentos e instrumentos públicos, acerca de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado, haber pasado en su presencia o en el ejercicio de sus funciones. Esa condición de “plena prueba” la instituye el legislador con fundamento en una potestad del Estado que, a su vez, es reflejo del principio de seguridad jurídica y es una consecuencia del carácter de fe pública que se le otorga a algunos agentes que actúan en representación del Estado. Con esto se pretende darle certeza a cierto tipo de afirmaciones o aseveraciones que facilitan el tráfico jurídico. Esa condición se mantiene hasta que se declare la falsedad, lo cual será objeto de un análisis posterior.

Conforme al numeral 370, únicamente tienen esa condición: a) el documento extendido o redactado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; b) las fotocopias de documentos originales, debidamente certificadas por el funcionario público (en este caso hay que hacer

la salvedad de que el artículo 110 del Código Notarial le confiere el mismo carácter a las certificaciones notariales tomadas de las dependencias en las que conste la información) y c) cuando se trate de un instrumento público.

En el caso del instrumento público –documento notarial–, debemos remitirnos al numeral 124 del Código Notarial, porque es el que regula los efectos jurídicos que de este se derivan. Para efectos probatorios, la existencia del instrumento público se demuestra con el original o las reproducciones de la matriz legalmente expedidas. En cuanto a su contenido probatorio, el instrumento prueba, por sí mismo, los hechos, las situaciones y las demás circunstancias de las cuales el notario haya dado fe en el ejercicio de su función.

3.6. EL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES

El artículo 371 del Código Procesal Civil merece un comentario especial²²². La norma en cuestión textualmente señala:

“DOCUMENTO OTORGADO ANTE UN NOTARIO. *El documento otorgado por las partes ante un notario hace fe, no sólo de la existencia de la convención o disposición para la prueba 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.*

Las enunciaciones extrañas a la convención o disposición principal, no podrán servir para otra cosa que no sea la del principio de prueba por escrito.”

²²² El actual artículo 371 corresponde al numeral 737 del Código Civil, actualmente derogado.

En principio, se podría pensar que la incorporación de esta norma, relativa al valor probatorio de los documentos otorgados ante notario, resulta innecesaria, debido a lo dispuesto por el numeral 370 *ibídem*. Sin embargo, veremos como el 371 contiene una disposición que permite extraer algunos elementos probatorios distintos de los señalados por el 370.

A fin de realizar un análisis de esta norma, es importante, primero, determinar qué se entiende por documentos otorgados ante notario. Otorgar significa “*disponer, establecer, ofrecer, estipular o prometer algo, en donde por lo común interviene solemnemente la fe notarial*”²²³. El contenido del artículo 370 nos aclara aún más ese término, cuando se indica que se trata de documentos notariales en los que las partes convienen o disponen. Aplicando una interpretación restrictiva, podríamos afirmar que cuando la norma se refiere a los “DOCUMENTOS OTORGADOS ANTE NOTARIO” se trata de un tipo de documento notarial, como lo son las escrituras públicas, debido a que estas se distinguen del resto, específicamente en que su contenido esencial es el de un negocio jurídico. Sin embargo, en mi criterio, esta disposición debe ser interpretada en forma amplia en relación con todo documento notarial.

Una vez aclarado lo anterior, analicemos el contenido de esa disposición. Planiol y Ripert, al explicar esta norma –que corresponde al numeral 1320 del Code–, establecen “*Las partes contenidas en un documento auténtico o privado pueden clasificarse en dos categorías. Unas forman el objeto mismo del documento; su inserción en el documento es la razón de ser de la confección del mismo, porque forman el análisis del hecho material o del acto jurídico cuya prueba debe de ser proporcionada por el documento. Por tanto, el fin del documento es contenerlas, y si se omiten,*

223 *Diccionario de la Real Academia Española*, p. 1640.

estando incompleto el documento, faltará la prueba normal, no pudiendo ya demostrarse sino muy difícilmente los elementos del hecho o acto de que se trate. El conjunto de esas enunciaciones constituye lo que Pothier llama parte dispositiva del documento... Además de ese contenido que necesariamente debe figurar en el documento, por formar parte de un objeto, hay otros que sólo se encuentran en él de una manera puramente accidental. Son hechos o actos anteriores que se mencionan incidentalmente; podríanse omitir o suprimir sin que el documento se perjudique en nada por lo que hace su utilidad propia. Estas menciones extrañas al objeto del documento se llaman simples enunciaciones”²²⁴.

Por esto el numeral 371 dispone que los documentos notariales dan fe acerca de la existencia de la convención o disposición para la cual han sido otorgados, pero también demuestran los “*hechos o actos jurídicos anteriores*” que se relatan en ella, en los términos simplemente enunciativos, “*con tal de que la enunciación se enlace directamente con la convención o disposición principal*”.

Nuestra legislación notarial se refiere a esos hechos o actos jurídicos anteriores en el artículo 86 del Código Notarial, el cual regula los llamados “*antecedentes*” que, algunas veces, se utilizan en las escrituras públicas. Tal norma establece: “*El notario público consignará, si lo estimare necesario o a solicitud de los comparecientes, la relación de todas las circunstancias de hecho o jurídicas, que constituyan antecedentes del acto o negocio otorgado. De igual modo indicará, si fuere indispensable, la condición de los comparecientes respecto de los bienes objeto del otorgamiento...*”.

224 PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. “*TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL*”. Cárdenas Editor, México, primera edición, p. 81 y 82.

Así las cosas, esas circunstancias de hecho o actos jurídicos que constituyen antecedentes del negocio o disposición, y que se citan como términos enunciativos –o sea como una expresión breve y sencilla de una idea²²⁵– en el documento notarial, también constituyen prueba, siempre y cuando exista una conexión directa entre esa enunciación y la convención o disposición principal.

En cuanto a los fundamentos de esa disposición, PLANIOL y RIPERT indican lo siguiente: “...*si lo expresado en términos enunciativos tiene relación directa con la parte dispositiva, su inserción en el documento debió atraer la atención de las partes interesadas: si al enunciar estos hechos no formularon ninguna objeción es que son verdaderos. Por ello, la ley le concede a este género de enunciados incidentales, el mismo valor probatorio que a la parte dispositiva. Por ejemplo, dos personas levantan un acta haciendo constar la existencia de un crédito en provecho de una y en contra de la otra; éste es el objeto del documento, su parte dispositiva, pero en la misma acta se dice a la vez que los intereses de ese crédito han sido regularmente pagados hasta ese día; y esta parte es enunciativa, pues el pago de intereses debió de haberse hecho constar en documentos especiales llamados recibos y entregados al deudor; el documento de reconocimiento de deuda, que se entrega al acreedor, no tiene por objeto demostrar dichos pagos; sin embargo, habiéndose mencionado tal pago y teniendo el mismo relación directa con el objeto del documento se tiene por verdadero*”²²⁶.

Respecto del valor probatorio, debemos recordar que algunos documentos notariales son, a su vez, instrumentos públicos –específicamente las escrituras públicas y las actas notariales–, lo cual les otorga un valor probatorio

²²⁵ El Diccionario de la Real Academia Española define el verbo enunciar como “expresar breve y sencillamente una idea”.

²²⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Ob. cit.*, p. 82.

privilegiado, puesto que el numeral 370 establece que tienen la condición de “plena prueba”. Esto implica que para interpretar correctamente el numeral 371, se hace necesario relacionarlo con el numeral 370, porque mientras este último establece el “valor probatorio” de los instrumentos públicos, como documentos que demuestran la existencia material de los hechos que el notario afirma haber realizado él mismo en ellas o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones, el 371 amplía ese “carácter de plena prueba” a los hechos o actos jurídicos anteriores que se enuncien en esos instrumentos públicos, siempre y cuando tengan relación directa con la convención o disposición principal. A contrario sensu, si esos hechos o actos jurídicos anteriores se relatan en cualquier otro tipo de documento notarial, no gozan de la condición de plena prueba y como tales deben ser valorados junto con el resto de los elementos probatorios.

Por otro lado, aquellas enunciaciones extrañas a la convención o disposición principal, únicamente pueden ser utilizadas como principio de prueba por escrito –artículo 372 del Código Procesal Civil–. Este principio fue desarrollado en la Sección II, relativa a la prueba testimonial.

3.7. LA FALSEDAD DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

A continuación analizaremos el procedimiento para alegar la falsedad de los documentos públicos y privados.

3.7.1. LA FALSEDAD Y LA NULIDAD DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

Un instrumento público deja de ser válido cuando se declara que es falso o cuando se declara su nulidad. A pesar de que ambas declaraciones tienen un mismo efecto, la nulidad y la falsedad se diferencian entre sí.

La falsedad se produce cuando lo que se afirma en el documento no se encuentra apegado a la realidad. Dicha falsedad puede ser de dos tipos: material e ideológica.

La primera se materializa cuando se crea un documento totalmente falso o se altera su contenido real –implica adulterar el contenido físico o corporal del documento– (artículo 359 del Código Penal). La falsedad ideológica se da cuando se consigna en el documento una circunstancia que no fue manifestada por las partes. En este supuesto se altera lo manifestado por los comparecientes.

Por otro lado, la nulidad de los instrumentos públicos se constituye cuando dicho instrumento carece de las condiciones formales o de fondo para ser eficaz (artículo 127 y 128 del Código Notarial). Tratándose de la nulidad formal, cuando se incurra en alguna de las causales del numeral 126 del Código Notarial, ello genera su ineficacia como documento y como instrumento público. Pese a esto, las escrituras públicas que contengan esos vicios, sí surtirán efectos como documentos privados con fecha cierta, cuando estén firmados por las partes, salvo los casos regulados en los incisos d) e i) del artículo 126 *ibídem*. Otros casos en que tales vicios generan la invalidez del negocio, son aquellos supuestos en que el otorgamiento de la escritura pública sea un requisito *ad sustancian* del contrato, como es el caso de la donación (artículos 1393 y siguientes del Código Civil).

El artículo 396 del Código Procesal Civil dispone que cuando se establezca un proceso penal sobre la falsedad de un documento o instrumento público y dicho documento sea de influencia en el proceso civil, se suspenderá este último en el estado en que se halle, hasta tanto no sea resuelto definitivamente el proceso penal.

En caso de que la falsedad se refiera a aspectos accesorios del documento, será facultad de los juzgadores decretar o no la suspensión. Esta accesoriedad, en mi

criterio, se refiere a aspectos que no inciden en el objeto principal de lo que se pretende demostrar con la prueba documental. Brenes Córdoba indica que esa suspensión también es innecesaria cuando el documento es de escasa influencia en el proceso²²⁷.

El artículo en cuestión debe relacionarse con el numeral 201, inciso 2) *ibídem*, el cual establece que la suspensión se decretará por un plazo de dos años, al cabo de los cuales procederá ordenar la continuación del proceso.

Existen supuestos en los que la falsedad del documento o instrumento público puede ser declarada por el juzgador civil (artículo 294 y 397 *ibídem*). Estos casos son los siguientes: a) cuando la pretensión penal se hubiera extinguido por prescripción; b) cuando hubieran muerto los autores o cómplices del delito y c) cuando no aparezcan responsables de la falsedad. Dicha falsedad debe declararse en la sentencia definitiva.

Estas normas también son aplicables cuando se alega la falsedad de la matriz o del testimonio de escritura cuya matriz ya no existe.

3.7.2. LA FALSEDAD DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

En cuanto a los documentos privados, el juzgador debe pronunciarse sobre su autenticidad cuando sean desconocidos por la parte contra la cual se ofrecen. En caso de que se interponga un proceso penal alegando su falsedad, se le aplica el mismo trámite supraindicado, en cuanto a la suspensión del proceso (artículo 202, inciso 2), 294 y 399 del Código Procesal Civil).

227 BRENES CÓRDOBA, Alberto. “Tratado de las Obligaciones”, Editorial Juricentro, sexta edición, San José, 1990, pág. 134.

3.7.3. DECRETO DE SUSPENSIÓN

El artículo 400 *ibídem* dispone que para decretar la suspensión del proceso civil es indispensable que se demuestre que se ha ordenado la “*instrucción*” del proceso penal. Esta norma debe ser interpretada en la actualidad, a raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, norma que no contempla el “auto de instrucción formal”.

En virtud de esto, algunos tribunales consideran que la suspensión del proceso civil debe ordenarse tan solo con la interposición de la denuncia penal (aplicando lo dispuesto por el artículo 13, párrafo 3° del Código Procesal Penal). En mi criterio, esta posición resulta incorrecta, dado que se ordenaría la suspensión de un proceso civil tan solo por el hecho de que se interponga una denuncia ante cualquier autoridad judicial o policial. Es cierto que este acto marca el inicio del proceso penal, no obstante, debido a los efectos jurídicos que genera la suspensión, esta debe ordenarse cuando existe una actuación procesal por parte del órgano investigador —en este caso el Ministerio Público—, que acredite una verdadera prosecución del proceso penal.

Desde esta perspectiva, considero que la suspensión del proceso se debe ordenar cuando se compruebe que existe al menos una acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público (artículo 303 del Código Procesal Penal).

3.8. LA NOCIÓN DE DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SU INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL COSTARRICENSE

En esta parte del texto, desarrollaré los cambios que han surgido en nuestro país a raíz de la implementación de la llamada cultura del “gobierno electrónico” y sus efectos en la noción de documento, para lo cual me basaré en

la excelente tesis de grado elaborada para la obtención del título de Licenciada en Derecho, por la actual Letrada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Gabriela Coronado Rojas, y de la cual tuve el honor de ser lector en la Universidad de Costa Rica.

Nos indica Coronado Rojas que la conceptualización de *prueba documental* no puede limitarse a aquella que utiliza el papel como soporte de la manifestación humana, dado que existen nuevas técnicas que han multiplicado las nociones de soportes capaces de corporeizar y perpetuar el pensamiento. Al respecto, dicha autora cita a Silvano Borusso, en cuanto señala que las innovaciones pueden y deben incorporarse al acervo jurídico en la medida de que son una realidad que el derecho no puede dejar de desconocer²²⁸.

El documento electrónico puede definirse como “aquél que tiene su origen en la informática, es decir que en su creación, almacenamiento y lectura se involucra al computador. Entendiendo creación como el proceso de traducción de una información expresada en lenguaje humano al lenguaje binario a través de un programa informático; almacenamiento como el archivo de la secuencia binaria en un soporte material, ya sea el disco duro de las computadoras, un disquete, una memoria USB, un CD, un DVD, entre muchos otros; y la lectura es el acto de traducción de la secuencia binaria, mediante un software a un documento que es perceptible por el hombre”²²⁹.

Se resalta en esta definición que la creación, almacenamiento y lectura se vincula necesariamente al computa-

228 Coronado Rojas, G. (2012). Incidencia de las nuevas tecnologías en el Proceso Jurisdiccional”. Tesis de Licenciatura. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. El autor supracitado es a su vez citado por Ilán Fernández, J.M. (2009). La prueba electrónica eficacia y valoración en el proceso civil. Editorial Aranzadi, p. 355.

229 Coronado Rojas, G. Ob.cit. p. 207.

dor²³⁰, que su soporte se realiza en medios electrónicos y está escrito en lenguaje binario (bits) por lo que requiere de herramientas tecnológicas para su acceso y lectura. Coronado Rojas nos explica que, el lenguaje expresado en código binario es una secuencia de unos y ceros y que es por excelencia el lenguaje computacional. Como todo código se utiliza como un instrumento para entregar datos e instrucciones al computador de una manera ordenada previamente. Dicho código permite representar toda clase de información lingüística, matemática o gráfica relativa a cualquier materia. Tal código se expresa a través de dígitos o símbolos denominados *bits*. El *bit* es el acrónimo de *Binary digit* (dígito binario) y representa la unidad mínima de información empleada en informática, representa un valor de 1 a 0²³¹.

La definición supracitada concuerda con la que dispone el numeral 2 del Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos electrónicos, en cuanto reza que documento electrónico es “cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático”.

Cierta parte de la doctrina sostiene que este tipo de documento no es solo aquél almacenado en un soporte electrónico, pues en la actualidad existen otros tipos de soporte que utilizan principios físicos distintos del electromagnetismo para almacenar y leer la información. Por ejemplo, existen los soportes ópticos como el CD ROM (Compact disc-read only memory) que utilizan la refracción de la luz producida por un rayo láser²³².

230 De Urbano Castrillo, E. (2002). La valoración de la prueba electrónica. Tirant Lo Blanch, España, p. 27.

231 Coronado Rojas, ob.cit. p.208.

232 Fernández Acevedo, F. (2004). El documento electrónico en el derecho civil chileno. (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-00122004000200005&Script=sci_arttext). Consulta 1 de noviembre de 2011. Citado por Coronado Rojas, G. Ob.cit. p.208.

A pesar de estas definiciones llenas de tecnicismo, el documento electrónico reúne las mismas características de un documento común que derivan del numeral 368 del Código Procesal Civil, dado que se trata de una cosa mueble que puede ser presentada ante el órgano jurisdiccional mediante su incorporación en un soporte determinado (CD, DVD, disquetes, disco duro, memoria USB). Es inteligible cuando se accede a su lectura a través del hardware y software adecuado, es inalterable cuando se protege a través de técnicas digitales de encriptación o firma digital y es atribuible a una persona autora²³³. Por otro lado, la encriptación se relaciona con la denominada criptografía que es el sistema de codificación de un texto a través de claves confidenciales y procesos matemáticos complejos (algoritmos), de manera que resulta incomprensible para una tercera persona que desconoce la clave descodificadora con la que se logra el restablecimiento del texto a su forma original²³⁴.

Esta misma discusión en torno a la admisión o no de la prueba electrónica ha sido analizada por la doctrina española. En un aparte de la Revista española “La Ley. Especial de Probática” el Magistrado Pau Izquierdo Blanco, establece la evolución que este tipo de prueba ha tenido en esa nación²³⁵, él indica que, a principios del año 1981, se seguía el criterio de denegar las pruebas magnetofónicas en razón de la dificultad de comprobar su autenticidad (STS del 30 de noviembre de 1981). Asimismo, en el año 1988 se discutía sobre la imposibilidad de otorgar valor a las grabaciones telefónicas al no estar prevista en la Ley

233 Coronado Rojas, ob.cit. p. 209.

234 Coronado Rojas, ob.cit. p. 209.

235 Izquierdo Blanco P. ¿Pueden practicarse los interrogatorios de testigos y de partes en los juicios por accidente de circulación con la visión del google maps para situar mejor a las partes en el lugar del accidente? La Ley. Especial Probática. Número 7494, p. 19.

de Enjuiciamiento Civil (sentencia del Tribunal Supremo del 5 de febrero de 1988). Ya en el año 1996 se admitió la posibilidad de que un contrato se perfeccione a través de un fax o de cualquier medio de comunicación electrónico moderno (STS del 30 de junio de 1996). Es por esto que hoy en día en ese país nadie cuestiona la posibilidad de incluir como documental cualquier soporte de papel o multimedia, los correos electrónicos, las grabaciones de vídeo, sonido, fotografías, etcétera, siempre que se obtengan de forma legal, sin vulneración de derechos fundamentales. Dicho autor sentencia que, la administración de justicia en general y los jueces en particular no pueden estar ajenos a la realidad técnica que los rodea ni los avances que la misma pone a disposición a cada día, so pena de desconectarse de la realidad social en la que han de surtir las resoluciones que se dictan²³⁶.

3.9. EL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

No es mi intención referirme profundamente en esta oportunidad sobre la valoración de la prueba en materia civil, no obstante, dado que he venido analizando el tema del documento electrónico, creo oportuno desarrollar un poco en cuanto a su valor probatorio.

Como bien lo señala Coronado Rojas, nuestro numeral 318 del Código Procesal Civil señala como medio de prueba los documentos, dado su carácter representativo o declarativo (artículo 368 *ibídem*). Interpretando estas disposiciones, se podría concluir que los documentos electrónicos o los obtenidos a través de todas las herramientas tecnológicas disponibles encajan en esa denominación. Así lo ha entendido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su Voto número 513-F1-2009, del veintisiete

236 Izquierdo Blanco, ob.cit. p. 20.

de mayo de 2009. En ese pronunciamiento, la Sala indica que, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, del 30 de agosto de 2005 –pero que se encuentra vigente desde el 30 de octubre de ese año–, los documentos electrónicos cuentan con un valor probatorio. Específicamente, la Sala cimenta su decisión en los ordinales 1, 3 4 y 5 de esa norma. El 1º en cuanto establece que dicha ley se aplicará a toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos o privados, salvo disposición legal en contrario o cuando la naturaleza del acto o negocio resulten incompatibles. El 3º que señala la “equivalencia funcional” de estos documentos, ya que dispone cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos. En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular. El 4º referente a la calificación jurídica y a su fuerza probatoria, que reza que los documentos electrónicos se calificaran como públicos o privados, y se les reconocerá fuerza probatoria en las mismas condiciones que a los documentos físicos. Por último, el ordinal 5º, que amplía lo regulado en el 4º, ya que indica que, en particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, contratos o negocios jurídicos, la utilización de documentos electrónicos es válida para la formación, formalización y ejecución de los contratos, con la salvedad de que no se podrán consignar en documentos electrónicos: a) Los actos o negocios en los que, por

mandato legal, la fijación física resulte consustancial. En el caso concreto, dentro de un incidente de cobro de honorarios, se admiten como probanzas una serie de correos electrónicos remitidos entre las partes en los que habían acordado una serie de pautas que regían la contratación de un abogado y su cliente.

Coronado Rojas señala que la admisión de este tipo de documentos también es factible en sede penal, de acuerdo al numeral 182 del Código Procesal Penal, que dispone que los hechos relevantes del proceso se acreditan a través de cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley²³⁷.

El autor Ernesto Martínez de Carvajal Hedrich, técnico informático de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales, nos brinda una visión novedosa acerca de cómo apreciar técnicamente los correos electrónicos como medio de prueba²³⁸. Él señala que, por regla general la parte que dispone de un correo de esa naturaleza lo imprime, de acuerdo al programa de gestión de correos utilizado, lo que provoca que el valor intrínseco de esa prueba sea nulo. Ello en virtud de que su valor queda sujeto a que la contraria no impugne dicho correo, pues en caso de hacerlo no es posible defender su legitimidad, a menos de que se cuente con el soporte técnico adecuado²³⁹.

Esta situación también se presenta en nuestra práctica cotidiana, dado que resulta común que, cuando la parte proponente ofrece prueba documental y se confiere audiencia de ella a la contraria, ésta impugna dicha prueba muchas veces sin dar un fundamento de esa impugnación, lo que lleva a la proponente que tener que acreditar la ve-

237 Coronado Rojas, ob.cit. p. 209.

238 Martínez de Carvajal Hedrich, E. (2013) Valor Probatorio de un correo electrónico. La Ley. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 8014, p. 10.

239 Martínez de Carvajal Hedrich. Ob. Cit., p. 10.

racidad y la autenticidad del documento, sin tener realmente claras las razones de la impugnación (artículo 317 y 379 del Código Procesal Civil). En el caso de los correos electrónicos la oposición contra la pretensión de introducirlos al proceso, debería ser justificada, máxime con base al valor probatorio que a los mismos les confiere a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos electrónicos.

Sin embargo, el autor citado nos explica que, la consecuencia generada al aportar únicamente la impresión del correo electrónico provoca muchas suspicacias, dado que resulta sumamente sencillo generar documentos de texto con una apariencia idéntica, lo que provoca una duda razonable en torno a su autenticidad y veracidad. En esa hipótesis, la parte oferente pretende reforzar el carácter probatorio recurriendo a una acta notarial, pero la realidad es que no logra su propósito, ya que la persona cartularia solo puede certificar que el correo electrónico está contenido en un determinado ordenador y que la copia impresa es fiel reflejo de lo que se ve en la pantalla, pero no puede llegar a certificar o hacer constar que lo que infiere de la pantalla sea o no el original o verídico²⁴⁰.

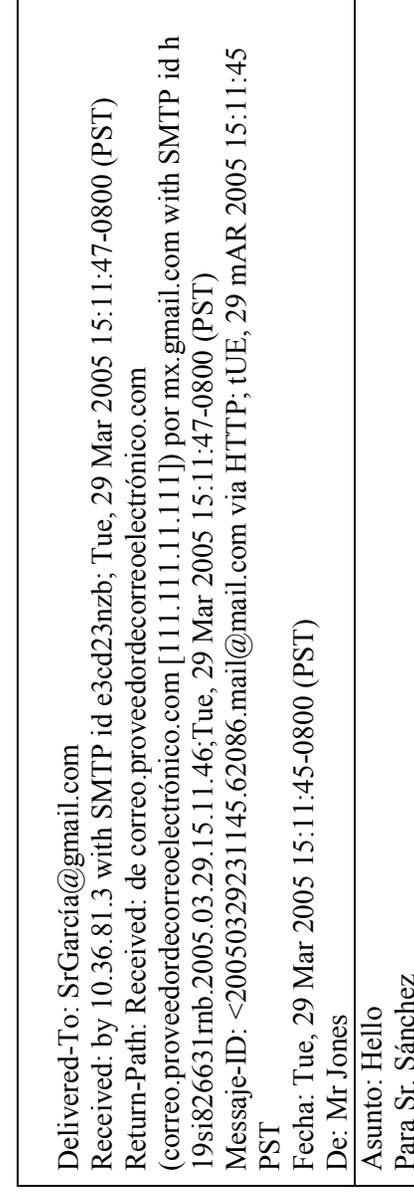
En otros casos, se llega a aportar la versión impresa, que incluye los datos ocultos de la cabecera del mismo, en un intento adicional de demostrar su autenticidad, pero una vez ello no sirve de nada, sin el adecuado soporte técnico, ya que al igual que sucede con el e-mail, es sencillo generar documentos impresos que asemejan correos electrónicos, incluyendo los datos ocultos de cabecera. Bajo esta perspectiva, dicho autor nos dice que es muy fácil generar a-posteriori un correo electrónico con un contenido, remitente, destinatario, fecha y hora y que sea extrañamente favorable para quien lo aporta. Es por esto que él afirma que el valor probatorio de un correo

240 Martínez de Carvajal Hedrich, ob.cit.p. 10.

electrónico solo se logra a través de un informe pericial informático en el que se analice el equipo, o equipos, que lo contiene, los datos de cabecera y sobre todo su correspondencia cronológica. Se resalta que esa experticia debe ser practicada por este tipo de perito, dado que las partes recurren a otros profesionales cuyo dictamen carece del contenido técnico. Según Martínez de Carvajal, el análisis forense de un correo electrónico se basa en los datos obtenidos en su cabecera, los cuales en principio están ocultos. Los mensajes de correo electrónico siguen una estructura predefinida (estándar RFC 822) para lograr una comunicación efectiva entre los distintos ordenadores por los que va pasando durante su proceso de transmisión del emisor hasta llegar al destinatario o destinatarios. Entre otras, esta estructura permite detectar la fecha y la hora en la que se realiza el envío, el remitente y el destinatario y los errores en la transmisión, etcétera. En esa estructura se distinguen dos partes fundamentales, la cabecera y el cuerpo del mensaje. La primera contiene toda la información relacionada con la transmisión del mensaje y permite esclarecer quien lo envía, cómo, qué día y a qué hora. El cuerpo del mensaje es la que contiene o transporta la información. Esta aparece después de la línea null que marca el fin de la cabecera y se compone de una serie de líneas que contienen caracteres ASCII, cuya longitud depende de la cantidad de información que el usuario pretende transmitir. La RFC 822 define el prototipo SMTP, que es de características cliente/servidor. Por definición, el cliente, SMTP es el que inicia la sesión y el servidor SMTP es el que responde (receptor SMTP), tanto el cliente como el servidor de una sesión SMTP corresponden a servidores de correo electrónico²⁴¹. Dicho autor recurre a la siguiente imagen que muestra la cabecera de un correo electrónico, para explicarnos:

241 Martínez de Carvajal Hedrich, ob.cit.p. 10.

Esta es una muestra de una cabecera de un mensaje de correo electrónico:



Delivered-To: SrGarcia@gmail.com
Received: by 10.36.81.3 with SMTP id e3cd23nzb; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47-0800 (PST)
Return-Path: Received: de correo.proveedordecorreoelectronico.com
(correo.proveedordecorreoelectronico.com [111.111.111.111]) por mx.gmail.com with SMTP id h19si826631rmb.2005.03.29.15.11.46; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47-0800 (PST)
Mensaje-ID: <20050329231145.62086.mail@mail.com via HTTP; tUE, 29 mAR 2005 15:11:45 PST
Fecha: Tue, 29 Mar 2005 15:11:45-0800 (PST)
De: Mr Jones
Asunto: Hello
Para Sr. Sánchez

Por otro lado el análisis de las diferentes secciones permite determinar:

La dirección de correo electrónico del destinatario	Delivered-To: SrSánchez@gmail.com
La fecha en la que el mensaje llegó a los servicios de Gmail	Received: by 10.36.81.3 with SMTP id e3cd239nzb; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47 -0800 (PST)
La dirección desde la que se envió el mensaje así como la fecha y hora de recepción	Received: from correo.proveedorcorreoelectronico.com (correo.proveedorcorreoelectronico.com [111.111.111.111]) by mx.gmail.com with AMTP id 19si826631r Tue, 29 Mar 2005 15:11:47-0800 (PST)
Un número exclusivo asignado por correo.proveedorcorreo.com para identificar el mensaje	Message-ID: 20050329231145.62086.mail@correo.proveedorcorreo.com
De dónde proviene el correo y el medio utilizado	Received: from [11.11.111.111] por correo proveedorcorreoelectronico.com via HTTP, Tue, 29 Mar 2005 15:11:45 PST
La fecha, el remitente, el asunto y el destino: el Sr. García introdujo esta información (excepto la fecha) al redactar el mensaje de correo electrónico	Date: Tue, 29 Mar 2005 15:11:45-0800 (PST) De: Mr Jones Asunto: Hello Para: Mr Smith



El análisis del mismo permite determinar lo siguiente:

1. Cuándo redacte el mensaje el Sr. García:

Fecha: Tue, 29 Mar 2005 15:11:45-0800 (PST) De: Mr Jones Asunto: Hello Para Sr. Sánchez
--

2. Cuándo se envía el mensaje a través de los servicios de correo electrónico del Sr García, correo.proveedorcorreo.com:

Message-ID: <20050329231145.62086.mail.emailprovider.com> Received: from [11.11.111.111] by mail.emailprovider.com via HTTP; Tue, 29 Mar 2005 15:11:45 PST



3. Cuando se transfirió el mensaje desde el proveedor de correo electrónico del Sr. García a la cuenta de Gmail del Sr. Sánchez:

DeliveredTo: DrSanchez@gmail.com
Received: by 10.36.81.3 with SMTP id e3cs239nzb: Tue 29 Mar 2005 15:11:47-0800 (PST)
Return Path: Sr.Garcia@proveedorcorreo.com
Received: from correo.proveedordecorreoelectronico (correo.proveedordecorreoelectronico.com [111.111.11.111]) by mx.gmail.com with SMTP id h 19si82663 1mb; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47-0800 (PST)

Así pues del contenido del mensaje, vemos que la cabecera permite extraer datos que son aportados por el servidor de correo del proveedor del servicio utilizado y que nos hace inferir la “huella cronológica real del correo”, al margen de la fecha y hora que pudiesen tener los equipos emisor y receptor. También permite conocer otra información, como el nombre del equipo en el que se redactó, lo cual puede señalar el equipo y el posible autor del hecho. Con respecto al contenido del mensaje, una vez determinada la autenticidad del correo electrónico en sí, queda también acreditado su contenido. A veces la labor del perito es localizar diferentes correos con un contenido específico, por lo que Martínez de Carvajal sugiere tener precaución con el llamado “derecho a la intimidad”, ya que el contenido del correo se equipara a la correspondencia tradicional, por lo que pertenece a la esfera de la persona, no así los datos de cabecera que se equiparan a los que aparece en el exterior de un sobre. El sugiere que lo pertinente es que el juzgador o la juzgadora, previamente a la pericia, le aclaren al experto cuáles son los contenidos del mensaje, así como el contexto del mismo²⁴².

3.10. LA ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE GRABACIONES.

La Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil de San José, también se ha referido al tema de la admisión de grabaciones magnetofónicas como medio de prueba documental (Voto 232-02). En esa oportunidad, el órgano de primera instancia, había denegado esa prueba, argumentando que la prueba fue obtenida sin el consentimiento del confesante y en forma secreta. Dicha cámara consideró que no se había demostrado que la grabación fuera obtenida con la negativa del confesante y de forma secreta, por lo que ordenó llevar a cabo el reconocimiento de lo que se

²⁴² Martínez de Carvajal Hedrich, ob.cit.p. 10.

extraña de la cinta, sin perjuicio del valor probatorio que se le otorgará en sentencia.

Otro antecedente más reciente lo constituye la sentencia número 272-2012, de la Sección Primera del mismo tribunal. En ese pronunciamiento, la parte actora ofrece como medio de prueba las grabaciones hechas a través de su teléfono celular de las llamadas efectuadas por un “call-center” de una entidad bancaria con la finalidad de ofrecer tarjetas de crédito y productos similares. El juez de instancia valora esa prueba en su fallo y, la parte accionada aduce que esa prueba debe de ser catalogada como “espuria”. Dicha cámara –integrada en ese entonces por el suscrito, y por los jueces Abel Jiménez Obando y Juan Carlos Brenes Vargas-, determinó que la naturaleza de espuria de la prueba deriva de la infracción a los derechos de la intimidad, los cuales no pueden ser reclamados por la persona jurídica accionada, sino únicamente por la persona empleada que efectuó la llamada, dado que eventualmente sería ella la perjudicada por esa grabación. De esta forma las grabaciones fueron admitidas como pruebas válidas y se valoraron en conjunto con la testimonial para acoger la demanda.

3.11. CONCLUSIONES

Al llegar al final de este tema, debemos destacar lo siguiente:

1) El artículo 368 del Código Procesal Civil le otorga la condición de documento a todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo.

2) Nuestro ordenamiento procesal divide los documentos en dos grandes grupos: los documentos e instrumentos públicos y los documentos privados. Los documentos públicos son aquellos que han sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y

dentro del límite de sus atribuciones. Los instrumentos públicos son una categoría especial de documento público, que puede constituir un documento notarial, o bien, cualquier tipo de documento al cual la ley le otorga el carácter de instrumento público. Los únicos documentos notariales que tienen la condición de instrumentos públicos son las escrituras públicas (artículo 369 del Código Procesal Civil) y las actas notariales (artículo 101 del Código Notarial). Los documentos privados son aquellos extendidos por las partes o por los terceros, pero sin la intervención de ningún funcionario público.

3) La diferencia entre el documento público y el privado se basa, esencialmente, en la falta de autenticidad y de fecha cierta con las que no cuenta el segundo.

4) El artículo 370 del Código Procesal Civil le confiere el carácter de plena prueba a los documentos e instrumentos públicos, acerca de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado, haber pasado en su presencia o en el ejercicio de sus funciones.

5) El documento y el instrumento público dejan de ser válidos cuando se declara su nulidad o falsedad. A pesar de que ambas tienen un mismo efecto, se diferencian entre sí. La falsedad se produce cuando lo que se afirma en el documento no se encuentra apegado a la realidad. Por otro lado, la nulidad se produce cuando el instrumento carece de las condiciones formales o de fondo para ser eficaz.

6) La existencia de un proceso penal en el que se investiga la falsedad de un documento público o privado, provoca la suspensión del proceso civil, por un plazo máximo de dos años.

7) Es posible declarar la falsedad de un documento público en sede civil, pero solamente cuando se dan los

siguientes supuestos: a) cuando la pretensión penal se hubiera extinguido por prescripción; b) cuando hubieran muerto los autores o cómplices del delito y c) cuando no aparezcan responsables de la falsedad.

Una vez expuesto el tema de la prueba documental, pasaremos a desarrollar la prueba pericial.

4. LA PRUEBA PERICIAL

4.1. INTRODUCCIÓN

Anteriormente analizamos la prueba documental como medio de prueba. Nuestro Código Procesal Civil le confiere la condición de documento a todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo.

También indicamos que los documentos se clasifican en públicos y privados, dependiendo de que hayan sido redactados o extendidos por un funcionario público o no. Procederemos ahora a analizar la prueba pericial.

La experiencia nos indica que el juzgador no puede tener todos los conocimientos técnicos necesarios para efectuar adecuadamente la función jurisdiccional. La diversidad de litigios que llegan a nuestros despachos, muchas veces requiere que tengamos conocimiento acerca de especialidades que no pertenecen propiamente al campo de lo jurídico.

Este conocimiento acerca de una ciencia específica debe brindársele al juzgador para que pueda valorar correctamente los hechos contenidos en la demanda y en su contestación, de ahí la importancia de la prueba pericial.

Desde esta perspectiva, la función del perito no es la de juzgar acerca de la existencia o no de los hechos, sino la de ser una herramienta para facilitar la valoración que debe efectuar el juzgador.

4.2. DEFINICIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

La doctrina define la prueba pericial como una actividad procesal realizada por una o varias personas expertas en materias no jurídicas, quienes elaboran y transmiten al juzgador una información especializada, tendente a permitirle el conocimiento y apreciación de algunos hechos relevantes para el proceso²⁴³.

Ahondando en esta conceptualización, Carnelutti establece que la pericia o peritación es una prueba que se realiza interviniendo el perito como auxiliar del juez, por faltarle o poderle faltar a éste las posibilidades técnicas de realizarla eficazmente²⁴⁴. Devis Echandía dice que la peritación es una actividad procesal desarrollada en virtud del encargo judicial, por personas distintas a las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos mediante la cual se le suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto a ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las actitudes del común de las gentes²⁴⁵. Para Lessona, existe prueba pericial cuando el juez confía a personas técnicas el oficio de examinar una cuestión de hecho que exige conocimientos especiales para tener de ellos un parecer jurado²⁴⁶. Sentís Melendo, indica que la peritación es un medio de prueba por el cual por medio del cual el perito llega a las fuentes de la prueba que el juez, requiriéndole ayuda, pone a su

243 DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. *DERECHO PROCESAL CIVIL*. Tomo II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1996, p. 376.

244 Carnelutti, F. La prueba pericial. Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 84.

245 Devis Echandía, H. (1969) Función y naturaleza jurídica de la peritación y el perito. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, p. 857.

246 Lessona, C. (1942). Teoría General de la Prueba en derecho civil. Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid.

disposición²⁴⁷. Garberí Llobregat y Buitrón Ramírez siguen una concepción más amplia al incluir *“cualquier dictamen que pueda contribuir a valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza de ellos, es un medio de prueba, tanto si es un dictamen elaborado fuera del proceso por perito designado por alguna de las partes (el llamado hasta ahora dictamen extrajudicial) como si es dictamen emitido dentro del proceso por perito designado por el Tribunal”*²⁴⁸. González Pillado e Iglesias Canle lo resaltan como aquel medio probatorio por medio del cual se aporta al proceso un informe o dictamen elaborado por un técnico en alguna de las ramas de las ciencias, de las artes o del saber en general, acompañado, en su caso, de la posibilidad de que el autor del mismo pueda comparecer en juicio y someterse a las preguntas, observaciones y aclaraciones solicitadas por las partes y por el órgano jurisdiccional, todo ello con el fin de acreditar hechos jurídicamente relevantes de pleito para cuya apreciación o comprensión se precisen unos determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos²⁴⁹.

El artículo 401 del Código Procesal Civil establece que la prueba pericial procede cuando haya que apreciar hechos o circunstancias que exigen conocimientos especiales extraños al derecho.

Estos conocimientos especiales son rendidos por el perito, gracias a un dictamen o informe en el que se le suministran al juzgador todas aquellas apreciaciones científicas, artísticas o prácticas, que van a servir para aclarar aspectos relacionados con los hechos del debate. Uno de

247 Sentís Melendo, S. (1979). La prueba. Editorial Ejea, Buenos Aires, p. 235.

248 Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G. (2004). La prueba civil, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.

249 González Pillado, E. e Iglesias Canle, I. (2000). La prueba pericial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en Revista Xurídica Galega, número 27, p. 309.

los aspectos más debatidos en torno a la prueba pericial es su naturaleza jurídica, respecto de lo cual se han desarrollado dos posturas.

Un sector doctrinal sostiene que el perito es un auxiliar de la persona juzgadora. Dicha posición tiene su impulsor principal en Carnelutti y es seguida también por autores españoles como Pietro Castro, Gómez Orbaneja, Serra Domínguez y Gómez Colomer. Para esta tesis, la labor de conocer y apreciar los hechos corresponde al juez, de modo que la pericial no introduce hechos nuevos, sino que sobre hechos ya aportados, le proporciona al órgano jurisdiccional máximas de experiencia para complementar su capacidad de juicio. Este lineamiento centra la función del perito en el auxilio de la función jurisdiccional, apartándola de la influencia de las partes, y configura el dictamen como la aportación al proceso de conocimientos técnicos especializados que faciliten el juicio de hecho del juez o de la jueza²⁵⁰.

Para otras corrientes, la pericial es un medio de prueba (Guasp, De la Oliva, Montero Aroca, Font Serra y Rifá Soler), señalan lo anterior en la medida que con su actividad se busca la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales, puesto que se llevan al proceso los conocimientos especializados del perito con la finalidad de determinar o fijar formalmente los hechos controvertidos que precisan ser conocidos o apreciados, siendo el perito nombrado ordinariamente por las partes, sin que pueda hacerlo de oficio el juez o la jueza y pudiendo el dictamen introducir hechos o circunstancias fácticas nuevas, considerándose, en todo caso que la actividad que ejecuta el perito tiene una finalidad probatoria²⁵¹.

250 Abel Lluch X. y Picó i Junoy, J. (2009). La prueba pericial. Editorial Bosch, Barcelona, p. 26.

251 Abel Lluch X. y Picó i Junoy, J. Ob.cit. p. 28.

En mi criterio, la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha decantado por la primera posición expuesta, ya que se ha indicado:

“... El perito debe desempeñarse como auxiliar del juez, en la búsqueda de aquellos conocimientos que no estén a su alcance. La prueba pericial es un medio probatorio porque permite explicar antecedentes de los hechos, es decir, indican principios científicos y técnicos, los cuales hacen que el juez forme un determinado criterio acerca de determinados hechos controvertidos en el proceso y así encontrar la verdad real de los hechos...” (sentencia n.º 42, de las 9:30 horas del 13 de febrero del año 2002. Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Segunda).

LA ADMISIBILIDAD DE LA PERICIAL SUJETA A CRITERIOS DE PERTINENCIA Y AL CONOCIMIENTO PRIVADO DE LA PERSONA JUZGADORA.

Doctrinariamente, se discute que la admisibilidad de ese medio probatorio plantea fundamentalmente dos cuestiones. Primero, si el juzgador puede prescindir del mismo cuando posee conocimientos técnicos y los parámetros para determinar la pertinencia de esa prueba. Picó i Junoy y Abel Lluch nos señalan que ciertas resoluciones de los Tribunales españoles estiman que la pericia es inútil cuando el juzgador ya posee conocimientos científicos²⁵².

252 Dichos autores hacen referencia a la STS, de la Sala 1ª, del 10 de febrero de 1994, en la que se afirma que “...el juez puede sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el hecho o el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado de la intervención de otra persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso”. En cuanto a seguidores doctrinarios de esa posición resaltan a Ramos Méndez y Gómez Colomer. Abel Lluch X. y Picó i Junoy, J. Ob. Cit. P. 32.

Sin embargo, dichos autores critican esta posición, dado que el conocimiento privado del juez no constituye un impedimento para admitir la pericial, ya que por el contrario permitiría su mejor valoración. Se destaca que el juez o la jueza no están llamados a tener conocimientos especializados, lo cual no implica que no puedan obtenerlos por sí mismos y los utilicen.

Esos escritores destacan que, la admisibilidad de este medio probatorio, debe asentarse en parámetros objetivos, prescindiendo de los conocimientos personales de la persona juzgadora, muchos más en los casos que suceden en nuestro país al igual que en otras latitudes, en las que el juez que admite las probanzas puede ser distinto del que dicte el fallo y, en todo caso será siempre distintos de los juzgadores que tengan que apreciar la prueba en segunda instancia o en casación²⁵³.

Ahora bien, en cuanto a criterios de pertinencia en torno a la pericial, nos referimos a lo que Serra Domínguez identifica como un *triple parámetro* de admisibilidad, lo cual implica que:

- 1) Los extremos del dictamen sean de carácter técnico;
- 2) Que dichos extremos guarden relación con los hechos controvertidos y
- 3) Que los extremos no hayan sido admitidos por las partes²⁵⁴.

En mi opinión, dichos parámetros de admisibilidad se infieren del numeral 401 de nuestro Código Procesal Civil, que exigen a la parte que ofrece este tipo de prueba los

253 Abel Lluch X. y Picó i Junoy, J. Ob.cit. p. 32.

254 Serrá Domínguez, M.(1991) De la prueba de peritos. En “Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales”, tomo XVI, volumen número 2, p. 293.

aspectos sobre los que va a versar la pericia, así como la necesidad de efectuar un interrogatorio al que debe dar respuesta el perito. Esto último, en la práctica, casi nunca se realiza, con lo cual se corre el riesgo de que a través del dictamen se incorporen hechos que no forman parte del planteamiento de las partes en su demanda o contestación. Es por esto que es importante que ese cuestionario sea solicitado como un criterio objetivo de admisibilidad de la prueba pericial, so pena de que de no aportarse se denegará la prueba.

Picó i Junoy y Abel Lluchs nos refieren que, precisamente una de las características de la pericial es que el experto no puede introducir hechos nuevos, sino que su experticia debe centrarse en los hechos introducidos en el proceso, lo que en la jurisprudencia española se denomina como *la regla de oro* de la pericial (STS, del 12 de abril de 2000)²⁵⁵.

La función del perito y su valoración sobre los hechos puede proyectarse en varias direcciones. Para Devis Echandía puede consistir en verificar la existencia y características de los hechos técnicos o bien limitarse a aplicar las reglas técnicas a los hechos verificados; o bien ser perito *percipiendi* (necesita averiguar los hechos) u otras veces *deduciendi* (aporta su juicio técnico)²⁵⁶. Bajo esta perspectiva, la pericial puede versar sobre la reconstrucción de hechos pasados, ya ocurridos, a través de las huellas dejadas en el proceso (por ejemplo vicios en la construcción); o bien en la proyección futura de hechos actuales (las secuelas derivadas de un accidente de circulación), o sobre hechos presentes para cualificarlos o valorarlos con aplicación de máximas de experiencia (me-

dición de distancias, levantamiento de planos, cálculos de superficie, tamaños o pesos, etcétera)²⁵⁷.

CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA PERICIAL:

La prueba pericial es una actividad auxiliar, rogada, técnica y compleja²⁵⁸. Se le considera una actividad auxiliar para el ejercicio de la función jurisdiccional, dado que es utilizada para que el juzgador o la juzgadora puedan conocer o apreciar circunstancias de influencia para la decisión de un determinado asunto²⁵⁹. Con respecto al término “rogada” se refiere a que es solicitada a instancia de una persona distinta del perito, lo que implica un encargo judicial previo. Tal característica es importante porque, a diferencia de las partes y de los testigos que tienen un conocimiento extraprocesal de los hechos, el perito no ha tenido contacto con los mismos y lo tiene, en virtud del mandamiento que recibe por parte del juez. Esta circunstancia la describe muy claramente Font Serra al indicar “*otras personas son llamadas al proceso porque conocen, el perito para que conozca*”²⁶⁰.

257 Serra Domínguez, ob.cit. p. 295 y 296. Los ejemplos corresponden a Abel Lluch X. y Picó i Junoy, J. ob.cit. p. 38.

258 Picó i Junoy, J. y Abel Lluch, X. Ob. Cit. P. 40.

259 Tal característica que es comentada por Picó i Junoy y Abel Lluch en el texto citado, tiene fundamento en el artículo 485 del Proyecto de Profesores de 1974, pero a su vez esta intención de tener al juez como destinatario de la pericial, quedó desdibujada en el artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que solo indica “las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar...”. En nuestro Código Procesal Civil, sucede una situación similar, dado que el numeral 401, no establece claramente que la pericial está dirigida al conocimiento del juzgador, sino que se limita a indicar que tal probanza puede ser ofrecida cuando “haya que apreciar hechos o circunstancias que exijan conocimientos especiales extraños al Derecho”

260 Font Serra, E. (1974). La prueba de peritos en el proceso español. Editorial Hispano-Europea, Barcelona, p- 14.

255 Abel Lluch X. y Picó i Junoy, J. Ob. Cit. P. 36.

256 Devis Echandía, H (1969). Función y Naturaleza Jurídica de la peritación y el perito, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, págs. 858, 862 y 879.

En cuanto al carácter técnico, ello se exige dada la naturaleza de la prueba, en cuanto introduce la intervención de una persona con conocimientos especializados, pues su experticia descansa sobre hechos que escapan del conocimiento medio de la persona común y de los conocimientos técnicos del juzgador o de la juzgadora²⁶¹.

Por último, la actividad pericial se le denomina compleja porque, a diferencia de lo que sucede con el interrogatorio de partes o de testigos, la pericia no finaliza con una declaración ante el órgano jurisdiccional, sino que cuenta con distintas facetas, como lo son el reconocimiento por parte del perito de los hechos, objeto o lugar a valorar, la emisión del dictamen, la audiencia a las partes, y las objeciones y aclaraciones que se le presenten al mismo. Font Serra denomina estas etapas de la pericial como “*facetas de percepción, deducción o inducción técnica y declaración técnica o dictamen*” o también como “*fase de análisis y la fase de conclusiones del dictamen*”²⁶².

LA VALORACIÓN DE LA PERICIAL

La pericial no es vinculante para el juzgador, puesto que debe ser apreciado de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Expliquemos esto.

No es mi intención referirme en este parte del texto en los principios que integran la sana crítica, puesto que este aspecto será analizado posteriormente cuando se desarrolle el tema de los sistemas de valoración de la prueba en materia civil y su relación con el numeral 330 del Código Procesal Civil. Sin embargo, creo que es importante en esta etapa indicar algo en torno a esos principios aplicados en la apreciación de la pericial.

261 Picó i Junoy, J. y Abel Lluch, X., Ob.cit. p. 41.

262 Font Serra, ob.cit. págs. 14 y 15.

La doctrina española asume la paternidad en cuanto a la utilización del término sana crítica, pues indica que fue introducido por vez primera en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885 y de ahí fue exportada a otras legislaciones procesales²⁶³. Lo transcendental es que constituye un sistema de valoración, cuyo alcance es resumido de la siguiente forma:

- a) La sana crítica permite ajustarse a las circunstancias “*cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto*”²⁶⁴. No constituyen reglas legales ni aparecen definidas en ningún texto normativo, de ahí su adaptabilidad. Muchas veces se vinculan con las llamadas “*máximas de la experiencia*”, las cuales son definidas por Stein como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de estos casos, pretenden validez para otros nuevos”²⁶⁵.
- b) Es un sistema de valoración motivada. Una libre valoración debe ser razonada, lo que implica que el juez o la jueza debe explicar el cómo y el por qué otorga credibilidad al testimonio, al perito o a la parte, en observancia del deber de motivación de las resoluciones judiciales²⁶⁶ (artículos 153 y 155 del Código Procesal Civil). Bajo esta perspectiva,

263 Gómez Colomer, J.L., (2000) El nuevo proceso civil, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 340.

264 Serra Domínguez, M. (1991). De la prueba de las obligaciones, En Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales, Tomo XVI, Editorial Edersa, Madrid, págs. 23 a 26.

265 Stein, F. (1990). El conocimiento privado del juez. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., Madrid, p. 22.

266 Picó i Junoy, J. y Abel Lluch, X. Ob.cit. p. 135.

Picó i Junoy y Abel Lluch señalan que las reglas de la sana crítica permiten racionalizar la discrecionalidad judicial en la valoración de la pericial, lo que obliga a explicar el por qué adherirse o apartarse de la posición pericial vertida en el dictamen²⁶⁷.

- c) A partir de la terminología legal, Guasp explica que las reglas de la sana crítica son “*criterios normativos (reglas) pero no jurídicas que sirven al hombre normal en una actitud prudente y objetiva (“sana”) para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: “crítica” acerca de una cierta realidad)*”²⁶⁸. Aplicando dichas reglas a la valoración de la pericial, la doctrina española sugiere replantearse el tema con base a los siguientes factores: 1) el control del método utilizado por el perito, de forma tal que el juzgador actúa como un controlador del método tecnológico o científico, admitiendo solo la prueba pericial que resulte “metodológicamente segura”; 2) el análisis de la pericia misma conforme a criterios “lógicos-deductivos”, reforzando aspectos como la lógica racional, la valoración probatoria, la argumentación y el análisis técnico-jurídico y; 3) el plasmar claramente en la resolución judicial el control del método utilizado por el experto y su valoración racional, lo cual comprende el identificar los extremos de la pericia, la justificación de la técnicas de detección de errores o lagunas y el uso adecuado de la terminología, la coherencia y la conclusión del razonamiento²⁶⁹.

267 Picó i Junoy, J. y Abel Lluch, X. Ob.cit. p. 135.

268 Guasp, J. (1947), Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo II, M. Aguilar, editor, Madrid, págs. 187 y 188.

269 Pereda Gámez, F.J. (2006) La prueba pericial en los litigios derivados de la ley de edificación, en La prueba pericial en el proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial, número XII, págs.. 116 a 122.

Bajo esta perspectiva, la valoración del dictamen pericial debe partir de dos premisas fundamentales: primera, la antigua máxima que considera que el *peritus peritorium* que significa que los juzgadores “no están obligados a seguir el dictamen pericial”, por lo que pueden aceptarlo o rechazarlo. Segunda, que tanto si se da esa admisión o rechazo deben valorarlo críticamente, pudiendo acudir a su propio conocimiento privado, dado el carácter notorio de las máximas de experiencia técnica, o bien por poseer privadamente ese conocimiento, o bien por haberlo obtenido de alguna manera, lo que parte de la doctrina considera un deber de la persona juzgadora²⁷⁰.

4.3. TRÁMITE PARA EL OFRECIMIENTO Y EVACUACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

El numeral 401 ibídem establece que la parte que ofrezca la prueba pericial deberá indicar, con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales se pretende rendir la pericia. Igualmente, deberá formular un interrogatorio al que ha de dar respuesta el perito.

En la práctica judicial, muchas veces ese interrogatorio no se aporta junto con el ofrecimiento de la prueba. Tal y como lo desarrollé anteriormente, esta omisión debe ser prevenida por el juzgador, como acto previo al nombramiento del experto, a fin de que este pueda formular su dictamen de acuerdo con los cuestionamientos que tenga la parte proponente.

El artículo 402 ibídem establece que la parte contraria –en la contestación de la demanda o en la réplica– puede adherirse al ofrecimiento de prueba efectuado, indicando a su vez los puntos sobre los cuales pretende que se refiera la pericia. Por otro lado, dicha parte también tiene la

270 Serra Domínguez, M. Ob.cit. p. 322 y 323.

posibilidad de indicar su oposición sobre todos o algunos aspectos del peritaje.

Una vez que el juzgador decida admitir la prueba pericial, como acto previo al nombramiento del perito, se debe prevenir a la parte proponente que efectúe el depósito de los honorarios del experto, así como los posibles gastos que demande la diligencia –por ejemplo, el transporte, alojamiento y alimentación del perito–.

Esos honorarios se establecen de acuerdo con la tabla dispuesta por el Consejo Superior del Poder Judicial, en relación con ciertos parámetros que procederemos a desarrollar a continuación.

Inicialmente, fue la Corte Plena, en sesión celebrada el 27 de mayo de 1991 –artículo LXVI–, la que determinó ciertos lineamientos para la fijación de los honorarios de los peritos. En esa sesión se indicó que estos debían fijarse en forma equitativa, justa y racional, para evitar que las partes pudieran influir en los peritos, o bien, para que se les cancelara un pago justo por su labor.

A partir de ese año, se han dictado varias reglamentaciones al respecto. La más reciente para el año 2015, fue aprobada por Sesión de Corte Plena número 47-14, del seis de octubre ese año, que modificó el “Reglamento para regular las funciones de las y los intérpretes, traductores, peritos y ejecutores del Poder Judicial”, número 134-12, del 11 de julio de ese año. Esta última versión fue comunicada a través de la circular número 2-2015 del Consejo Superior. En dicha normativa se define al perito como “un especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio” (artículo 2, inciso c)). El artículo 7 establece los requisitos que debe cumplir una persona para ser como inscrita como perito del Poder Judicial, los cuales deben ser presentados ante la Dirección de Asesoría Legal de la Dirección Ejecutiva. Entre esos requisitos tenemos una fotocopia del o de los títulos que avalen la

idoneidad del cargo, una certificación del Colegio Profesional respectivo en la que se demuestra su inscripción en dicho colegio, así como que no se encuentra impedida para ejecutar el cargo, una declaración jurada en la que se hace constar que no se labora para otra institución del Estado. Una vez que la persona cumple con esas condiciones debe ser juramentada ante la Dirección supracitada y luego se le incluye en lo que se denomina un “Sistema de Administración de Peritos” y en la lista oficial que se lleva al respecto, la cual se publicará en el Boletín Judicial, cada vez que sea necesario (artículo 8). A la persona designada como perito se le emite un carné que lo identifica como tal, el cual se extiende por un año y es renovable por periodos iguales y consecutivos, siempre y cuando no hayan impedimentos para el ejercicio de la función. Es obligación de los despachos judiciales respetar el rol del nombramiento de peritos y se les prohíbe a los expertos aceptar la designación si no están capacitados para ello (numerales 8, 9 y 10). Una vez designado en el cargo, el experto debe aceptar el nombramiento dentro del plazo de tres días, a partir del día siguiente de notificado, lo cual podrá hacer por correo electrónico, fax, nota dirigida al despacho o comparecencia personal. En ese término deberá indicar las razones de su no aceptación, si no acepta el cargo dentro de ese plazo, o bien no da razones del porqué de sus justificaciones para no aceptar, sin justa causa, la Asesoría Legal de la Dirección Ejecutiva procederá a iniciar un procedimiento administrativo, para determinar si procede o no una sanción disciplinaria (artículo 11). Se permite la designación de peritos por inopia en el caso de que el despacho no cuente en su lista oficial con el experto requerido por las partes, procurando siempre la idoneidad para efectuar la pericia (artículo 12). El numeral 13 establece la forma en cómo deben rendirse los informes, dado que dispone que deberán elaborarse en computadora u otro dispositivo

electrónico o en su defecto en máquina de escribir para la edición de texto. Deberán ser claros, completos, precisos y tener buena ortografía, así como presentarse en perfecto estado de limpieza, fechado y firmado. De igual forma se procederá con la traducción de documentos. El informe que rinda el perito debe contemplar, como mínimo, el objeto sobre el que versa el peritaje, los antecedentes del caso, la metodología empleada y las conclusiones. Además, deberá anexar toda la documentación de soporte que considere necesaria. Sobre el plazo de presentación de los dictámenes, así como las solicitudes de aclaración o ampliación, ya sea a instancia de parte o de oficio por el despacho, se estará a lo dispuesto a las normas procesales correspondientes. El numeral 15 dispone que cuando sean las partes las que deban cancelar los honorarios y demás gastos de los intérpretes, traductores, traductoras, peritas y peritos, el Despacho hará la prevención a la parte proponente en cuanto al depósito de los honorarios, indicándole el plazo para efectuarlo, y la suma que corresponde a gastos. Ya en cuanto a las reglas para establecer los honorarios, el artículo 17 dispone lo siguiente: “Los honorarios de las peritas y los peritos se fijarán de conformidad con la tabla de honorarios que apruebe el Consejo Superior, y con base en las siguientes pautas:

- a) En principio es aplicable a toda clase de procesos, salvo ley especial que indique otro procedimiento.
- b) Si la pericia tiene que ver con objetos susceptibles de valor económico, para calcular los honorarios se aplicará la tabla correspondiente, tomando en consideración el valor del bien objeto de la pericia. En aquellos casos en que éste supere la cuantía del proceso, se tomará como parámetro para la fijación de honorarios el monto de la cuantía. En el caso de los procesos sucesorios, los honorarios

siempre se calcularán de acuerdo con el valor del bien valorado y no en la estimación del proceso.

- c) En cuanto a dictámenes no valorativos, sea aquellos que no aluden a una valoración de tipo económico de un bien, para calcular los honorarios se utilizará como referencia la cuantía del proceso.
- d) Si se tratara de asuntos de cuantía inestimable en los que la pericia carece de consideraciones económicas, o bien teniéndolas, no se pueden utilizar como parámetro, los honorarios podrán ser fijados de manera prudencial, tomando en cuenta la extensión y complejidad del estudio.
- d) La fijación de honorarios según las reglas anteriores, podrá ser aumentada o disminuida en un veinte por ciento, para lo cual se tomará en cuenta el criterio de la autoridad judicial respecto a la complejidad o simplicidad del peritaje. Esta variación del monto de los honorarios es de carácter excepcional y debe estar debidamente razonada por el despacho que así lo ordene²⁷¹.

Por otro lado, los numerales 31 y 32 establecen todo un régimen disciplinario para las personas designadas como peritos. En este sentido, el numeral 31 indica que las denuncias por las faltas que se alegue hayan sido cometidas por los intérpretes, traductores, traductoras, peritos y peritas, y auxiliares ejecutores, serán investigadas conforme al debido proceso administrativo. En tal caso, se les hará el traslado de cargos por el plazo de cinco días a fin de que ejerzan el derecho de defensa. El Director Ejecutivo del Poder Judicial será el órgano competente para dictar el acto final del procedimiento disciplinario que se entable. Contra lo resuelto cabrán los recursos ordinarios

271 Circular número 71-12 del Consejo Superior del Poder Judicial.

de revocatoria ante dicha Dirección y de apelación ante el Consejo Superior. Ambos recursos deben interponerse dentro de un plazo de tres días, contados a partir del día siguiente a la notificación del acto final. El artículo 32 establece todo el marco sancionatorio, pues indica que tomando en cuenta la gravedad de la falta, la reincidencia y la imposición de sanciones en casos similares a los investigados, se impondrá a la persona perito o perita las siguientes sanciones:

- a) Advertencia,
- b) Amonestación escrita,
- c) Suspensión por seis meses,
- d) Exclusión de la Lista Oficial.

Para la imposición de las sanciones, a falta de regla expresa, se aplicará lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública así como en lo que fuera compatible con la índole de estos asuntos y su tramitación sumaria conforme lo prevé el ordinal 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En todo caso se considerarán faltas gravísimas y graves las siguientes:

Faltas gravísimas:

- a) Interesarse indebidamente, mediante órdenes o presiones de cualquier tipo, en asuntos cuya resolución corresponda a los tribunales.
- b) Adelantar criterio, según lo dispuesto el artículo 8 inciso 3) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- c) Recibir dinero directamente de las partes, sea para realizar actos contrarios a sus labores o como adición a los honorarios definidos por el Despacho.
- d) Reincidir al menos en dos ocasiones en la comisión de alguna falta grave de las indicadas en este

Reglamento, las cuales hayan sido debidamente sancionadas.

- e) Cuando se deba sancionar simultáneamente la comisión de tres o más faltas graves.
- f) Declinar injustificadamente la designación que haga un despacho judicial.
- g) Utilizar de manera indebida el carné que lo acredita como auxiliar de la Administración de la Justicia.
- h) Negarse a presentar las aclaraciones o ampliaciones que se le soliciten de la diligencia realizada.
- i) La comisión de cualquier hecho constitutivo de delito doloso, como autor, autora o partícipe.
- j) La infracción de las incompatibilidades, a los deberes o el incumplimiento de las obligaciones como intérprete, traductor o traductora, perita o perito, o auxiliar ejecutor establecidos en las leyes y en el presente Reglamento.

Faltas graves:

- a) Irrespetar a las autoridades judiciales, a las partes, abogados y abogadas así como a otras personas intervinientes en el proceso.
- b) Retardar injustificadamente el cumplimiento de sus labores.
- c) Faltar de forma injustificada a diligencias judiciales señaladas, cuando no constituya falta gravísima.
- e) Cualquier otra infracción o negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de la función de éstas y éstos auxiliares de la justicia, no prevista en este artículo, será sancionada según la gravedad de la falta, con el objeto de aplicar la sanción correspondiente.

De igual forma, existen una serie de circulares del Consejo Superior del Poder Judicial que establecen obligaciones para las personas que desempeñan el cargo de peritos. Así por ejemplo, la circular número 98-13, aprobada en sesión número 42-13 del 30 de abril de 2013, en su artículo XLIX, dispone que el contenido de los dictámenes y experticias debe ser facilitado a las autoridades judiciales como único destinatario final, sin que se le pueda facilitar a nadie más. Siendo el juzgador del respectivo proceso quien puede determinar quienes pueden tener acceso al mismo.

La tabla de honorarios de peritos más actualizada, al momento de la redacción de este texto es la que fue comunicada a través de la circular 15-15 de la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, que establece los siguientes parámetros: (Ver en páginas. 235 y 236).

Se debe tener en consideración que cuando la otra parte también hubiere solicitado ampliación del peritaje e igualmente cuando hubiere ofrecido la prueba pericial –con base en su propio interrogatorio–, debe depositar la mitad de los honorarios y los gastos. En el supuesto de que en el proceso existan varias partes contrarias, los emolumentos serán depositados en forma proporcional (artículo 403, párrafo 2° ibídem).

El plazo para practicar ese depósito es de ocho días; si el mismo no se efectúa, se tendrá por abandonada la prueba o se prescindirá de la ampliación. Es importante no hacer el nombramiento del perito hasta tanto no se depositen esos honorarios. De no ser así se presenta el problema de que, por desconocimiento, el perito rinde la pericia sin que sus emolumentos hayan sido depositados, lo cual se agrava más cuando dicha pericia lo desfavorece y la parte proponente se niega a efectuar el depósito.

También a las partes se les permite arribar a un acuerdo para designar al experto, lo cual debe ser avalado por el juzgador.

Tabla de Honorarios de Peritos

Actualización de la Tabla de Honorarios de Peritos (IPC: 5, 13%)
Rige a partir del 01 de enero de 2015

	Topes monto peritaje	Diferencias de excesos	Porcentaje anterior Máximo a Aplicar	Porcentaje actual Máximo a Aplicar	Honorarios actualizado	Honorarios actualizados (redondeado a la centena superior próxima)
	φ 545.600,00	φ 545.600,00	8,5229%	8,9602%	φ 48.886,59	φ 48.900,00
Sobre exceso	φ 818.400,00	φ 272.800,00	6,8031%	7,1521%	φ 68.397,59	φ 68.400,00
Sobre exceso	φ 1.091.200,00	φ 272.800,00	5,1408%	5,4045%	φ 83.141,17	φ 83.200,00
Sobre exceso	φ 1.364.000,00	φ 272.800,00	3,4014%	3,5759%	φ 92.896,23	φ 92.900,00
Sobre exceso	φ 2.728.000,00	φ 1.364.000,00	1,7008%	1,7881%	φ 117.285,34	φ 117.300,00
Sobre exceso	φ 6.820.000,00	φ 4.092.000,00	1,2782%	1,3437%	φ 172.270,58	φ 172.300,00

	Topes monto peritaje	Diferencias de excesos	Porcentaje anterior Máximo a Aplicar	Porcentaje actual Máximo a Aplicar	Honorarios actualizado	Honorarios actualizados (redondeado a la centena superior próxima)
Sobre exceso	φ 13.640.000,00	φ 6.820.000,00	0,8520%	0,8957%	φ 233.355,63	φ 233.400,00
Sobre exceso	φ 34.100.000,00	φ 20.460.000,00	0,4319%	0,4541%	φ 326.265,48	φ 326.300,00
Sobre exceso	φ 68.200.000,00	φ 34.100.000,00	0,3373%	0,3546%	φ 447.175,06	φ 447.200,00
Sobre exceso	φ 102.300.000,00	φ 34.100.000,00	0,2592%	0,2725%	φ 540.084,91	φ 540.100,00
Sobre exceso	φ 136.400.000,00	φ 34.100.000,00	0,1702%	0,1789%	φ 601.083,03	φ 601.100,00
Adicionales, por cada	φ 5.000.000,00		0,1160%	0,1219%	φ 6.097,22	φ 6.100,00

Nota: (1) El monto de los honorarios indicado en cada línea se compone de la suma del porcentaje que corresponde del exceso más los anteriores. Ejemplo de aplicación: Si el peritaje indicado es de φ35.000.000,00, se toman los honorarios del monto de φ34.100.000,00 que es φ326.300,00 y a la diferencia de los φ35.000.000,00 que son φ900.000,00 se le aplica el 0,3546% (φ3.191,40), se suman ambos honorarios y da como resultado el monto final a cancelar por concepto de honorarios, que es φ329.491,40.

El artículo 405 ibídem establece la necesidad de que el perito acuda al despacho a aceptar su cargo y a rendir juramento sobre el mismo. Esta norma, en la actualidad, tiene aplicación práctica solamente cuando se nombra a un perito no incluido en la lista de la Dirección Ejecutiva. Esto porque como lo señalé anterior dicho juramento es rendido ante la Dirección de Asesoría Legal de la Dirección Ejecutiva.

El numeral 406 dispone la posibilidad de practicar un reconocimiento judicial como acto previo al nombramiento del perito o junto con este.

Una vez presentado el dictamen pericial, este se pone en conocimiento de todas las partes por un plazo de tres días. Tanto el juzgador como las partes pueden solicitarle al perito que amplíe, aclare o complete el dictamen, sin que por esto pueda cobrar nuevos honorarios. Dicha resolución carece de recurso (artículo 407 ibídem).

Por último, el numeral 408 establece la posibilidad de cobrarle daños y perjuicios al perito que no concurre a un reconocimiento judicial –artículo 406 ibídem– y al que no rinde el informe, sin justa causa, dentro del plazo señalado al efecto. En este caso se debe nombrar un perito sustituto.

4.4. CONCLUSIONES

Como conclusiones generales de este tema tenemos que:

1) La prueba pericial consiste en la actividad procesal realizada por una o varias personas expertas en materias no jurídicas, quienes elaboran y transmiten al juzgador una información especializada, tendente a permitirle a este el conocimiento y apreciación de los hechos relevantes para el proceso.

2) El artículo 401 del Código Procesal Civil establece

que la prueba pericial procede cuando haya que apreciar hechos o circunstancias que exigen conocimientos especiales, extraños al derecho.

3) La función del perito no es la de juzgar acerca de la existencia o no de los hechos, sino el servir de instrumento para facilitar la valoración que ha de efectuar el juzgador.

4) Existen ciertas pretensiones que no deben ser fijadas teniendo como parámetro el dictamen de un perito, sino que han de ser otorgadas por el juzgador recurriendo a criterios de equidad. Tal es el caso del resarcimiento por daño moral.

Finalizado el tema de la prueba pericial, procederemos a analizar los medios científicos de prueba.

5. LOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE PRUEBA

5.1. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de esta sección profundizaremos en el análisis de cada uno de los medios de prueba que establece el Código Procesal Civil. En la pasada edición de este libro, comencé el desarrollo de este tema, desde una perspectiva que ahora, a través de los años me parece un enfoque erróneo. Lo anterior porque inicie el análisis del mismo, de primera entrada criticando la regulación contenida en nuestro Código Procesal Civil en torno a esta materia.

Esta vez iniciaré su estudio, bajo la perspectiva de uno de mis autores preferidos en materia probatoria, como lo es el ilustre profesor Michelle Taruffo. Con ocasión de una entrevista brindada a la revista española La Ley, el profesor italiano destaca que uno de los temas más importantes en el universo probatorio actual es el de la denominada

“prueba científica”²⁷². Él basa su opinión en el hecho de que, para ese momento (año 2012), la última edición del Reference Manual of Scientific Evidence del Federal Judicial Center, contiene 1.200 referencias, únicamente generales sobre la prueba científica, lo cual denota que nuestro conocimiento del tema es bastante reducido.

En mi criterio, esa referencia abstracta que critica el profesor italiano se refleja en nuestro Código Procesal Civil, puesto que en él también se utilizan conceptos ambiguos y clasificaciones relativas a otros medios de prueba para encasillar los denominados medios científicos de prueba.

5.2. LOS MAL DENOMINADOS MEDIOS CIENTÍFICOS DE PRUEBA

La Sección séptima del Capítulo II del Libro II del Código Procesal Civil se identifica con el título de “*Medios científicos*”. Es evidente que mediante esa normativa se pretendía crear una disposición abierta, que permitiera abarcar todos los medios de prueba que día a día la ciencia fuera desarrollando.

Doctrinalmente, existen tendencias que afirman que la faceta instrumental de la prueba requiere de un sistema en el que la enumeración de los medios de prueba no obstaculice la posibilidad de ofrecer otros que no hayan sido expresamente previstos²⁷³.

Desde esta perspectiva, debemos recordar que con la promulgación del Código Procesal Civil se incluye una serie de medios de prueba que originalmente no estaban

272 Taruffo, M. (2012). Entrevista con el Profesor Dr. Michelle Taruffo. La Ley. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 7887, p. 2.

273 MONTÓN REDONDO, Alberto. “LOS NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA Y LA POSIBILIDAD DE SU USO EN EL PROCESO”. Universidad de Salamanca, año 1977, p. 25.

regulados en el Código Civil²⁷⁴ y se establecieron las definiciones de algunos de ellos. Por ejemplo el concepto de documento, el cual fue definido en forma amplia por el artículo 368 del Código Procesal Civil, como todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo.

El párrafo 2° del artículo 412 *ibídem* establece la posibilidad genérica de ofrecer todo tipo de prueba científica. Hasta ahí podemos indicar que la función instrumental de la norma cumplió su cometido, como lo es el otorgar la facultad de ofrecer la evacuación de cualquier tipo de prueba científica.

No obstante, si se analiza con detenimiento la forma en que fueron redactadas por el legislador las dos normas que integran esta sección, en principio, pareciera que esas disposiciones, lejos de introducir un nuevo medio de prueba, establecen una mera referencia a otros medios tales como la prueba documental o la pericial. Veamos el porqué de esta aseveración.

El primer párrafo del artículo 412 del Código Procesal Civil se titula “*reproducciones*”. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, por reproducción se entiende la acción y efecto de reproducir o reproducirse; así como la cosa que se reproduce o se copia de un original. Por último, la copia de un texto, una obra u objeto de arte conseguida por medios mecánicos²⁷⁵.

El verbo reproducir significa “*volver a producir o producir de nuevo... Volver a hacer presente lo que antes se dijo y alegó... Sacar copia en uno o muchos ejemplares, de una obra de arte, objeto arqueológico, texto, etc., por pro-*

274 El artículo 720 del Código Civil establecía que los medios de prueba eran los siguientes: la cosa juzgada, la confesión de partes, los documentos, las deposiciones de testigos, los dictámenes de peritos y las presunciones e indicios.

275 Real Academia Española. *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Tomo II, vigésima segunda edición. Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., octubre 2001, p. 1951.

cedimientos calcográficos, electrolíticos, fotolitográficos o mecánicos y también mediante el vaciado...”²⁷⁶.

Estas definiciones nos permiten identificar más claramente el término “reproducción”, con el cual la normativa denomina la práctica de calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, documentos y lugares, las cuales, a fin de cuentas, vienen a ser reproducciones de un objeto que es el relevante para el proceso.

El problema se da por cuanto algunas de estas “reproducciones” también entran perfectamente dentro de la clasificación de pruebas documentales. Al respecto, recordemos que el artículo 368 del Código Procesal Civil le da la condición de documento a todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo²⁷⁷, incluidos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos y las grabaciones magnetofónicas.

Por ende, parece innecesario que se establezca una norma para darle la condición de medio científico de prueba a estas “reproducciones”, si en realidad existe otra norma que lo clasifica, correctamente, como prueba documental.

Parajeles Vindas señala que la diferencia entre estos medios científicos de prueba y la documental, radica en que se consideran documentos cuando se trata de prueba preconstituida que se encuentra en poder de la parte, en tanto constituye un medio científico si se ofrece la reproducción como un medio de prueba que debe evacuarse en el proceso²⁷⁸.

276 Real Academia Española, *ob. cit.*, p. 1951.

277 El artículo en mención establece “Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”.

278 PARAJELES VINDAS, Gerardo. “LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL”. *Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia*, 1999, pág. 267.

A pesar del criterio de tan estimado autor, a mi entender tal diferenciación depende solamente de la etapa procesal en que se ofrece la prueba, por lo que no encierra ninguna diferencia sustantiva en concreto.

Según mi criterio, en la redacción de la norma se comete el error de introducir el término “reproducciones” con la intención de dar un ejemplo de lo que se considera un medio de prueba científico, cuando, en realidad, el término reproducción, como lo señalamos anteriormente, comprende otros conceptos que no necesariamente están vinculados con este tipo de prueba.

Al seguir el análisis del párrafo segundo del artículo 412, debemos indicar que, a pesar de que el título del artículo inicia con la palabra “reproducciones” –y el párrafo primero se refiere a ellas–, en el párrafo segundo de la norma se incluye otro tipo de prueba que no constituye una reproducción, sino más bien podría calificarse como una clase de prueba científica. Tal es el caso de las radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos u otros. Como lo reseñé anteriormente, la radiografía es definida como prueba documental por el numeral 368 ibídem, lo que también acarrea confusión.

Para confundir aún más el concepto de medios científicos de prueba con el de prueba documental, el párrafo tercero del mismo artículo denomina como medios científicos de prueba a las comunicaciones telegráficas, radiográficas, telefónicas y cablegráficas, con lo que parece que se le pretende conferir el carácter de medio científico de prueba a este tipo de comunicaciones, cuando muchas de ellas también constituyen prueba documental.

Así las cosas, ante las confusiones terminológicas antes expuestas, considero que lo conveniente es interpretar que lo que el numeral 412 otorga es la posibilidad amplia de ofrecer todo tipo de prueba científica, y este es el mayor aporte que se puede extraer de esta disposición.

Los ejemplos de “medios científicos” incluidos en esa norma, como lo son las radiografías, radioscopias, análisis hematológicos y bacteriológicos, sirven para enunciar algunos de estos medios científicos, debido a que, según mi criterio, la intención del legislador fue establecer un *numerus apertus* respecto del ofrecimiento de este tipo de prueba, en el que también resulta factible incluir la prueba de marcadores genéticos, tal y como expresamente lo establece el artículo 98 del Código de Familia. Aunque valga destacar que la Sala Constitucional ha establecido que este tipo de prueba es de naturaleza pericial, pero goza de un notable carácter científico²⁷⁹.

5.3. CONCLUSIONES

Al finalizar el desarrollo de este apartado las conclusiones son:

1) La Sección séptima del Capítulo II del Libro II del Código Procesal Civil regula lo relativo a los “*Medios científicos de prueba*”, y mediante esa normativa se pretendía crear una disposición abierta, que permitiera abarcar todos los medios de prueba que día a día la ciencia fuera desarrollando.

2) Esta finalidad de la norma se plasmó en el párrafo 2° del artículo 412 ibídem, que establece la posibilidad genérica de ofrecer todo tipo de prueba científica.

3) A pesar de lo anterior, la normativa referente a estos medios de prueba genera algún tipo de confusión al utilizar el término “reproducción” referido a la práctica de calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, documentos y lugares, las cuales, a fin de cuentas, vienen a ser prueba

279 “1.- La prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, es una prueba pericial, por ello rendida por expertos, pero de un notable carácter científico...” Voto n°. 348-94.

documental, de acuerdo con la definición amplia que establece el numeral 368 *ibídem*.

4) También esta confusión se produce en el párrafo segundo del numeral 412, en el que se establecen algunos ejemplos de pruebas científicas, entre ellos las radiografías, a las que de igual forma se les clasifica como documentos.

5) El párrafo tercero del mismo artículo también denomina como medios científicos de prueba a las comunicaciones telegráficas, radiográficas, telefónicas y cablegráficas, con lo que parece que se le pretende conferir el carácter de medio científico de prueba a este tipo de comunicaciones, cuando muchas de ellas también constituyen prueba documental.

6) Ante las confusiones terminológicas expuestas, de acuerdo con mi criterio lo conveniente es interpretar que lo que el numeral 412 otorga es la posibilidad amplia de ofrecer todo tipo de prueba científica, y este es el mayor aporte que se puede extraer de esta disposición.

En la siguiente sección nos encargaremos del tema del reconocimiento judicial.

6. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

6.1. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora hemos analizado cómo se introduce la prueba al proceso de acuerdo con la versión de otros, por ejemplo, la declaración del testigo, de la parte o el dictamen del perito, con el reconocimiento judicial, que es el medio que corresponde ahora analizar, en el cual el juzgador logra conocer directamente los hechos.

6.2. CONCEPTO

El reconocimiento judicial se desarrolla por medio de la actividad directa del juzgador, permitiéndole ello conocer y apreciar, en forma inmediata, elementos de prueba relacionados con aspectos sustanciales que se discuten en el proceso, de manera que pueda sacar conclusiones que coadyuven a la determinación del cuadro fáctico²⁸⁰.

Ese conocimiento y apreciación no se limita a los elementos que capta el juzgador con el sentido de la vista, dado que la percepción puede darse a través de otros sentidos. Por ejemplo, cuando al juzgador se le pide un reconocimiento a efecto de que constate olores que provienen de una fábrica cercana a determinado vecindario; o los ruidos o sonidos provocados por una discoteca ubicada en un barrio residencial. En materia de protección a los derechos del consumidor, es posible que se solicite al juzgador constatar la mala calidad de cualquier producto, por lo que, perfectamente, este puede probar el estado de los alimentos así como su funcionamiento.

En conclusión, mediante el reconocimiento el juzgador hace constar aquello que capta directamente por medio de sus sentidos.

6.3. PROCEDIMIENTO DE EVACUACIÓN

Como lo indicamos anteriormente, lo que diferencia al reconocimiento judicial del resto de los medios de prueba, es la percepción directa que realiza el juzgador. Al respecto, el artículo 409 del Código Procesal Civil establece que el juzgador señalará hora y día para el examen de personas, lugares o cosas. Aunque la norma no lo establece, corresponde a la parte indicarle al juzgador, en forma

²⁸⁰ DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. *DERECHO PROCESAL CIVIL*. Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1996, p. 388.

clara y precisa, cuál es el objeto, el lugar, o la persona sobre la que se pretende efectuar el reconocimiento, no solo a efecto de informar para su correcta actuación, sino, además, para comunicar a la contraparte y así poder prepararse debidamente a efectos de la evacuación del reconocimiento (aquí están en juego los principios de buena fe procesal y del contradictorio).

Al respecto, conviene recordar lo que anteriormente explicamos en el punto 3 de la Unidad I de este texto, en torno a los principios procesales en materia probatoria, específicamente el de intermediación. Dijimos que en la medida de lo posible, se debe procurar que quien dicte el fallo sea quien recibe, recaba o evacua la prueba. Solo en casos en que el reconocimiento se deba practicar en un lugar distante de donde se ubica el tribunal, podrá comisionarse al órgano jurisdiccional más cercano al sitio del reconocimiento (artículo 409, párrafo 1° *ibídem*). En este supuesto, la comisión que se le envía al juzgador comisionado debe indicar claramente cuál es el objeto, lugar o persona que se debe reconocer, y también cuáles son los hechos que se pretende demostrar con ese reconocimiento. Esto debido a que el órgano comisionado desconoce las pretensiones de las partes y las razones de las controversias.

A pesar de la facultad de comisionar que otorga esa norma, por la naturaleza de este medio de prueba, siempre ha de procurarse de que el mismo juzgador que va a dictar el fallo sea quien practique el reconocimiento. Son razones de índole económica —especialmente costos por el traslado y tiempo utilizado por el juzgador y colaboradores—, las únicas que justifican la comisión.

Por ello, cuando el reconocimiento deba practicarse en un lugar distinto del despacho y la parte proponga que se comisione a efecto de practicar la diligencia, se debe insistir en que sea practicado por el mismo juzgador ante el cual se tramita el proceso. Para esto se le debe preve-

nir a la parte proponente el depósito, ante el despacho, de los gastos de transporte y alimentación del juzgador y sus auxiliares, a efecto de realizar la diligencia. También se puede recurrir a que sea la parte proponente la que se encargue de transportar a los funcionarios al lugar de la diligencia, lo cual, en mi criterio, no tiene por qué poner en entredicho la objetividad del juzgador, tal y como algunos podrían pensar.

El artículo 227, párrafo 2° *ibídem*, permite al juzgador fijar, de forma prudencial y moderada, las sumas necesarias para gastos de viaje, hospedaje y alimentación, los cuales deben ser suplidos por la parte antes de realizarse la diligencia. Es importante destacar que esa fijación prudencial debe ser comunicada a la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia y a la Inspección Judicial, caso contrario podrá ser corregido disciplinariamente (mismo numeral).

Las partes, sus representantes y sus abogados pueden concurrir a esa diligencia y efectuar las observaciones que estimen oportunas. Tanto a solicitud de parte, como de oficio, el juzgador puede recibir, en el lugar del reconocimiento, las declaraciones de testigos cuando la vista del lugar y de las cosas objeto del reconocimiento puedan contribuir, de alguna manera, a comprender mejor las distintas deposiciones. Igualmente, se puede practicar junto con el reconocimiento la prueba pericial. En todo caso, las diligencias se deben consignar en diferentes actas (artículo 409 del Código Procesal Civil).

En la práctica se pueden presentar situaciones que obstaculicen la evacuación del reconocimiento, por ejemplo aquellos supuestos en los que se impide la entrada al juzgador al lugar en el que se pretende practicar o cuando la parte se niegue a presentar el objeto sobre el que se deba verificar. En estos casos, el juzgador puede ordenar cualquier tipo de medida que sea necesaria para lograr la

efectividad de la prueba, como podría ser que en caso de impedirse el ingreso al lugar donde se vaya a practicar el reconocimiento, o ante la no presentación del objeto por reconocer, se le siga causa por el delito de desobediencia al que impida ese ingreso o al incumpliente. Incluso existe jurisprudencia del Tribunal Primero Civil que establece la posibilidad de ordenar el allanamiento del lugar en donde se deba practicar el reconocimiento (voto número 504-R-2000-), situación que a continuación se analizará.

6.4. ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE ORDENAR EL ALLANAMIENTO DE UN LUGAR EN DONDE DEBE PRACTICARSE EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

El artículo 23 de la Constitución Política establece que el domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República es inviolable. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.

En el voto supracitado, el Tribunal Primero Civil considera que el juez civil se encuentra dentro de los órganos competentes para dictar esta medida, con fundamento en el numeral 242 del Código Procesal Civil. Dicha norma establece la posibilidad de que el juzgador utilice medidas no previstas, cuando existe un temor fundado de que una de las partes puede causar al derecho de la otra una lesión grave o de difícil reparación. Debo afirmar que el fundamentar la aplicación del allanamiento en esa norma es incorrecto, pues no constituye un tipo de medida cautelar, sino un procedimiento para ejecutar una resolución firme que puede o no ser una medida de este tipo.

Otro fundamento citado en esa sentencia es la interpretación que se realiza del voto número 1620-93 de la

Sala Constitucional, del que, según los miembros del tribunal, es posible extraer que la competencia para dictar el allanamiento la otorga la ley para aquel juzgador que resuelva acerca de la aplicación o no de esa medida.

Contrario al criterio sostenido por el tribunal, considero que el voto dictado por la Sala Constitucional no indicó que el allanamiento era posible en materia civil. Veamos el porqué de mi afirmación. El voto 1620-93 fue dictado a raíz de la interposición de una acción de inconstitucionalidad contra el numeral 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias –vigente en ese momento–, el cual facultaba al juzgador de esa materia para ordenar el allanamiento del lugar en donde se encontrara el deudor alimentario, esto con la finalidad de practicar su detención. El accionante argumentaba que esa medida solo era posible ordenarla en materia penal, en los casos establecidos por el Código de Procedimientos Penales, y no en el campo del derecho de familia, al cual consideraba una derivación del civil. La Sala Constitucional indicó lo siguiente:

“Los argumentos dados por el gestionante carecen de validez, toda vez que la interpretación constitucional que da a la norma cuestionada es incorrecta. En cuanto a este punto es importante recordar que si bien es cierto la deuda alimentaria –y las consecuencias por su incumplimiento– no proceden de un asunto penal, debemos tomar en consideración que tratándose de asuntos en los cuales se encuentra de por medio derechos de la familia o de los menores, la Constitución Política establece protecciones sobre ellos, protecciones que imponen, en caso de incumplimiento, restricciones –inclusive en cuanto a la libertad personal se refiere– y en la especie, a la inviolabilidad del domicilio consagrada en el artículo 23 constitucional como derivación

de aquel incumplimiento. Estos derechos encuentran además protección en el artículo 7, inciso 7 del Pacto de San José, el cual desarrolla lo referente a los derechos a la libertad personal, con la excepción o restricción dicha. Es así como el artículo citado señala: 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos alimentarios.

Vemos en consecuencia, que la orden de allanamiento que contempla el artículo cuestionado como inconstitucional, aun cuando remite a regulaciones procedimentales penales que deben observarse bajo pena de nulidad –conforme lo establece el numeral 213 del Código de Procedimientos Penales–, y la cual debe ser emitida únicamente en casos de excepción (Art. 20. de la Ley de Pensiones Alimenticias), no lo hace incurrir en el vicio de inconstitucionalidad alegado, ya que es menester aclarar que si bien es cierto el juez que dicta el allanamiento de conformidad con el artículo 20 cuestionado, no lo es el Juez de Instrucción, sino el juez que conoce del incumplimiento alimentario, debemos interpretar con claridad que cuando el artículo 23 constitucional hace referencia a juez competente no define que sea necesariamente un juez de la materia penal, sino el que la ley considera como competente para conocer del caso concreto, de manera que el allanamiento, no solo es posible –como erróneamente lo interpreta el recurrente–, para perseguir un delito o recabar pruebas en relación con éste, sino que la norma constitucional deja abierta al legislador la posibilidad de que, en los casos en que se considere necesario, pueda or-

denarse allanamiento en otras ramas del Derecho y con mucho más razón si se trata de la protección del derecho de alimentos constitucionalmente tutelado. Por todo lo expuesto, el artículo 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias N° 1620 de 5 de agosto de 1953 y sus reformas no deviene en inconstitucional, debiendo declararse, en consecuencia, sin lugar la acción interpuesta por el recurrente...”

De lo expuesto se puede extraer que la Sala, haciendo referencia al numeral 20 de la Ley de Pensiones Alimenticias, considera posible que el legislador, en los casos que considere necesario, pueda ordenar el allanamiento en otras ramas del derecho, por lo que se requiere de una norma específica que le otorgue la competencia al juez para ejercitar este tipo de medidas, como consecuencia del principio de legalidad. Esto porque tratándose de derechos constitucionales, como lo es la inviolabilidad del domicilio, debe existir una norma clara y expresa que establezca la posibilidad de infringir ese derecho, en aras de intereses individuales opuestos o de la colectividad.

Es evidente que mediante su resolución, el Tribunal Primero Civil pretende dotar a los juzgadores civiles de un mecanismo que les permita realizar en forma más efectiva sus actuaciones, lo cual obedece a la falta de disposiciones normativas en la materia. Sin embargo, al intentar llenar ese vacío con su interpretación del voto 1620-93 de la Sala Constitucional, arriban a conclusiones, a mi parecer, incorrectas, tales como afirmar que cualquier juez civil que conozca del caso concreto puede ordenar un allanamiento y que esa facultad se puede extraer de una norma genérica como lo es el numeral 242 del Código Procesal Civil, cuando en realidad, al tratarse de un derecho constitucional como lo es la inviolabilidad del domicilio, se requiere

de una norma que específicamente permita infringir ese derecho frente a intereses jurídicos superiores.

En conclusión, no existe una normativa clara que permita ordenar el allanamiento para evacuar un reconocimiento judicial en materia civil, esto a pesar de que en la práctica se presenten múltiples casos en que esa medida se hace necesaria. Por eso en el artículo 34.4 del proyecto del Código General del Proceso se establece: “los jueces tendrán autorización para 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 en caso de oposición”.

6.5. EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS

El artículo 410 *ibídem* regula el llamado “reconocimiento de personas”, al que poco se recurre a pesar de ser un importante medio de prueba, ya que por su medio se podría demostrar el estado físico o mental de una persona.

El reconocimiento físico se practica sobre el cuerpo mismo, sobre los rasgos, caracteres y signos físicos externos de una persona²⁸¹ (como por ejemplo, color de la piel, complexión física, existencia de cicatrices, etc.).

Por medio del reconocimiento mental se pretende demostrar las circunstancias anímicas, mentales o psicológicas de una persona.

Nuestra normativa no señala la forma en la que se debe practicar el segundo tipo de reconocimiento. Por el contrario, en España, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 355, establece que ese reconocimiento se practica mediante la oportuna conversación o las preguntas que el juzgador considere necesario hacer a la persona sometida al reconocimiento.

281 ORDOÑO ARTES, Carmen. “LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL”. *Servicios de Formación Continuada de la Escuela Judicial*. Madrid, 2000, pág. 5.

Este tipo de diligencia debe practicarse respetando el derecho a la intimidad de la persona, por ello que la norma dispone que se deben ejecutar las medidas necesarias para respetar el pudor y la honestidad.

No debemos olvidar que el derecho a la intimidad forma parte de las garantías individuales, según el artículo 24 de la Constitución Política. La Sala Constitucional, mediante voto n.º. 4463-96, refiriéndose al derecho a la intimidad ha indicado lo siguiente: “...*El derecho a la intimidad tiene un contenido positivo que se manifiesta en múltiples formas, como por ejemplo: el derecho a la imagen, al domicilio y a la correspondencia. Para la Sala el derecho a la vida privada se puede definir como la esfera en que nadie puede inmiscuirse. La libertad de vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho de intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona; esta limitación puede manifestarse tanto en la observación y captación de la imagen y documentos en general, como en las escuchas o grabaciones de las conversaciones privadas y en la divulgación de lo captado u obtenido sin el consentimiento de la persona afectada...*”

Para garantizar este derecho, a quien se le va a practicar el reconocimiento puede acudir acompañado de un familiar o amigo de confianza, e incluso puede pedir que se practique sin la participación de las partes o sus abogados, o en su casa de habitación.

Esta posibilidad debe relacionarse con lo que establece el numeral 46 del Código Civil en cuanto dispone, en su párrafo 2º, que si una persona se niega a someterse a un examen médico, que sea necesario para acreditar en juicio ciertos hechos controvertidos, el juzgador podrá tener por probados los hechos que se trataban de demostrar por la vía del examen.

En principio, no habría mayores inconvenientes en evacuar una diligencia de reconocimiento de personas y prueba pericial médica o psicológica, cuando es la propia parte proponente la que pretende que el juzgador practique un reconocimiento judicial sobre aspectos físicos o mentales propios. Pensemos en el siguiente caso: a raíz de un accidente de tránsito, se le solicita al juzgador que practique un reconocimiento sobre el actor de la demanda, para determinar las lesiones físicas y los problemas psicológicos generados como consecuencia del accidente.

El problema podría surgir cuando la parte proponente pretende que se efectúe un reconocimiento judicial a la contraria, por ejemplo, cuando se quiere demostrar que las heridas sufridas por la parte actora no son tan graves como las relatadas por ella en su demanda. En estos supuestos, en la anterior edición de este texto consideré que no existía ninguna obligación procesal de someterse a la diligencia de reconocimiento judicial. Pasado el tiempo, y analizado el punto al amparo de lo dispuesto por el numeral 46 del Código Civil, pienso que es perfectamente factible aplicar esa norma y, ante la no comparecencia, que el juez pueda considerar como probados los hechos que se pretenden acreditar por la vía del examen.

La Sala Constitucional, en una serie de pronunciamientos, ha dado una respuesta muy clara a este tipo de interrogantes. En principio, la Sala ha indicado que existen diferencias evidentes entre el sujeto como objeto de prueba en la materia penal y en la civil.

En el campo penal se ha establecido que, en aras de la búsqueda de la verdad real, el imputado puede ser fuente de prueba, siempre y cuando la obtención de las probanzas no genere un daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios del ser humano. Por ende, aquellos actos que se realizan con la colaboración pasiva del sujeto, tales como la extracción de sangre, el reconoci-

miento, el corte de cabellos para la realización de pruebas de ADN, pueden ser realizados aun sin su consentimiento, dependiendo del caso concreto y cumpliendo con las formalidades requeridas (voto n°. 556-91).

En el campo civil, la Sala Constitucional, en una acción interpuesta para impugnar la inconstitucionalidad del artículo 98 del Código de Familia, en cuanto establece que la inasistencia del accionado a la prueba de ADN en un proceso de investigación de paternidad debía ser valorada como indicio de veracidad, determinó importantes lineamientos con respecto al tema que nos ocupa (voto n°. 348-94). La Sala indicó que, en aquellas actuaciones procesales dirigidas a evacuar prueba, en las que se requiere la colaboración del demandado, no resulta inconstitucional ordenar la cooperación pasiva del accionado. No obstante, al tratarse de un acto voluntario, no es posible obligarlo a que se presente a la diligencia si él no quiere hacerlo, lo cual, en el caso específico del numeral 98 del Código de Familia, genera un indicio de veracidad que, junto con el resto de las pruebas, debe ser valorado por el juzgador para declarar la paternidad. Dicho indicio de veracidad también se derivaría en materia civil de lo establecido por el párrafo 2º del numeral 46 del Código Civil.

Con fundamento en este pronunciamiento y la interpretación del numeral 46, se podría concluir que en materia civil, cuando se ofrezca el reconocimiento judicial físico o psiquiátrico de la parte contraria como medio de prueba, la incomparecencia a la diligencia le daría pauta al juzgador para tener por demostrados los hechos controvertidos que dependan del examen.

De acuerdo con esta misma línea de pensamiento, Ordoño Artes, en su artículo denominado “La Prueba del Reconocimiento Judicial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, señala que las partes no pueden ser coaccionadas físicamente para someterlas a reconocimiento, puesto que

no existe un deber sancionable a soportar este tipo de diligencias. A lo sumo, la incomparecencia puede entenderse como un indicio que, valorado junto con otros, puede llevar a tener por demostrado lo que se pretende acreditar con el reconocimiento²⁸².

Al continuar con el trámite de la diligencia, el artículo 411 *ibídem* dispone que se extenderá un acta en el mismo lugar del reconocimiento, en caso de ser posible, de lo contrario se levantará en el despacho. En la práctica, muchas veces el juzgador levanta un acta en borrador, en la que refiere las situaciones más relevantes que capta en el reconocimiento, así como las manifestaciones de las partes. Aunque ninguna disposición legal lo dice, yo recomendaría que dicha acta sea firmada por las partes y por el juez. Luego, después de pasarla en limpio, ponerla en conocimiento de las partes, por si tienen alguna objeción. El fundamento de esa recomendación se basa en que, debido a la incomodidad en que muchas veces se realiza este tipo de diligencias y a la rapidez con que se debe practicar, el juzgador no cuenta con la posibilidad de redactar en forma debida las diversas situaciones que capta, lo cual sí podría hacer en su despacho. Otra forma de hacerlo es transcribir el acta a mano y proceder a leerse a las partes en el mismo lugar del reconocimiento. La única ventaja de esta última forma es que no requiere posteriormente poner en conocimiento a las partes del acta.

Es importante destacar que, aunque el reconocimiento judicial sea ofrecido por la parte, el juzgador no se debe limitar a plasmar en el acta lo que el proponente considere relevante para efecto de acreditar los hechos que fundamenten su pretensión. En este sentido el juez o la jueza, en el ejercicio de su potestad de dirección del proceso, ha de hacer constar todos aquellos elementos probatorios

282 *ORDOÑO ARTES, Carmen. Ob. cit., p. 7.*

o circunstancias especiales que capte, con sus sentidos, siempre y cuando tengan trascendencia para la solución definitiva del conflicto entre las partes.

En mi criterio, es totalmente factible que las partes pidan el reconocimiento judicial y, a su vez realicen la grabación de vídeo o tomen fotografías de la diligencia, para luego utilizarlas ya sea como un medio complementario de prueba o bien para impugnar la valoración que del acta de reconocimiento judicial efectúe el juzgador. En tales supuestos, la grabación o las fotografías podrían ser ofrecidas como prueba documental o un método científico de prueba.

6.6. CONCLUSIONES

Al llegar al final de este tema, las conclusiones son las siguientes:

1) El reconocimiento es un medio de prueba que le permite al juzgador conocer y apreciar los hechos, como consecuencia de tener un contacto directo con los objetos materiales, lugares y personas.

2) En ese conocimiento y apreciación de los hechos, el juzgador no solo debe recurrir al sentido de la vista, sino a todos los sentidos que le permitan captar esos hechos.

3) Cuando el reconocimiento se practica sobre una persona, el juzgador debe, en todo momento, tutelar el derecho a la intimidad de la persona, por lo que dicho reconocimiento puede ser practicado sin asistencia de partes ni de abogados, en la propia casa de la persona por reconocer, o bien, esta puede comparecer acompañada de un familiar cercano o amigo de confianza.

Indicado lo anterior, nos corresponde ahora analizar el último tema de esta sección denominada las presunciones.

7. LAS PRESUNCIONES

7.1. INTRODUCCIÓN

En apartados anteriores desarrollamos el tema de las presunciones, enfocado desde el ejercicio del poder de dirección por parte del juzgador. Señalamos que este tiene la potestad de denegar la prueba ofrecida para demostrar los hechos que surgen a partir de una presunción (artículo 316 del Código Procesal Civil). Asimismo, en ese momento, indicamos que las presunciones se subdividen en legales y humanas.

En esta oportunidad nos ocuparemos del tema de las presunciones como un medio de prueba establecido en nuestro ordenamiento procesal.

7.2. CONCEPTO

La doctrina ha definido la “presunción” como la facultad del juzgador de deducir un hecho –relevante y desconocido– a partir de otro hecho conocido, y de cuya presencia cabe deducir la existencia del anterior²⁸³.

Su objetivo fundamental es facilitar la prueba de determinados hechos que se consideren relevantes. Sin embargo, para que ese mecanismo deductivo entre en funcionamiento, es necesario que la parte a quien favorece la presunción acredite la existencia del hecho base que activa ese mecanismo. El conocimiento de este hecho base debe ser seguro, constatable a través de la prueba.

Debido a que la presunción surge a partir de la aplicación de este mecanismo de deducción por parte del juzgador, se ha llegado a discutir si, en realidad, puede ser ofrecido por la parte como un medio de prueba.

283 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. *“La Presunción de la Existencia del Contrato de Trabajo”*, Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 31.

Al respecto, Montero Aroca señala “... las presunciones no constituyen un medio de prueba, dado que no surgen de ninguna actividad procesal ofrecida por las partes para incorporar una fuente de prueba”. Para este autor, la presunción constituye un mecanismo que tiene como finalidad producir un efecto probatorio²⁸⁴.

Nuestro Código Procesal Civil sí incluye a las presunciones y a los indicios como un medio de prueba (artículo 318, inciso 7) y 414 a 417 del Código Procesal Civil). Debemos señalar que el proyecto del Código General del Proceso no las incluye como tales.

7.3. DIFERENCIAS ENTRE INDICIOS Y PRESUNCIONES

A menudo vemos que los términos “indicio” y “presunción” son analizados como sinónimos. No obstante, ambos guardan diferencias entre sí.

El indicio es un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene.

Por otro lado, la presunción, instituto de difícil definición, es entendida por Varela como “...una dinámica de aproximación relacional que brota del hecho conocido, constituye un juicio lógico del legislador o del juez que le permite formar convicción sobre determinada eficacia del indicio como medio de prueba para el conocimiento del hecho investigado”²⁸⁵.

Pothier la define como “*un juicio que la ley o el hombre forman sobre la verdad de una cosa por ilación con otra cosa diferente*”²⁸⁶.

284 MONTERO AROCA, Juan. *“LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL”*. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1998, p. 84.

285 VARELA, Casimiro. *“VALORACIÓN DE LA PRUEBA”*. Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 115.

286 POTHIER, R.J. *“TRATADO DE LAS OBLIGACIONES”*. Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1993, p. 508.

7.4. LAS PRESUNCIONES LEGALES Y HUMANAS

Las presunciones se dividen en legales y humanas. En las primeras la ley establece la veracidad de un hecho²⁸⁷ a partir de la existencia de otros hechos que le sirven como base.

Por ende, quien invoca este tipo de presunción se encuentra eximido de demostrar el hecho presunto (artículo 414 del Código Procesal Civil), pero sí debe acreditar siempre la existencia de los hechos indicadores que sirven de fundamento a ese hecho presunto (párrafo 2° del artículo 414 *ibídem*). Citemos un ejemplo.

El artículo 18 del Código de Trabajo establece que se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando se da una prestación personal de servicios de parte de uno a favor de otro que recibe esa prestación. El hecho indicador que sirve de base para que surja esa presunción, consiste en demostrar la existencia de la prestación personal de servicios a cargo del trabajador a favor de su empleador. Si se demuestra ese hecho se da una presunción legal, como lo es que existe un contrato de trabajo entre la persona que presta el servicio y aquella que recibe esa prestación, por lo que no se requiere demostrar ese hecho presunto. Será la parte contraria, por el principio de inversión de la carga de la prueba, quien deba aportar hechos para destruir esa presunción, como por ejemplo, que entre las partes existía una relación de índole civil o comercial, o que no existen los otros elementos de la relación laboral.

Las presunciones legales se dividen en absolutas y relativas. Las primeras no admiten prueba en contrario y

287 Al respecto, Arguedas Salazar indica "...cuando la ley dispone la verdad de un hecho, estamos en presencia de una presunción..." ARGUEDAS SALAZAR, Olman. *La crisis de la motivación. Lectura compilada por ARDÓN ACOSTA, Víctor. En "La prueba en materia laboral". Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1999, p. 49.*

en virtud de ellas la ley anula ciertos actos o acuerda una excepción de fondo.

La circunstancia de que nuestro Código Procesal Civil establezca que las presunciones absolutas no admitan prueba en contrario, tiene como antecedente los artículos 760 y 761 del Código Civil –actualmente derogados–, los cuales establecían:

“Artículo 760: Fuera de las presunciones absolutas, las demás pueden ser combatidas por prueba en contrario, para lo cual son admisibles todos los medios legales, salvo lo establecido por la ley en ciertos casos sobre el tiempo y modo de atacarlas.”

“Artículo 761: Se deben considerar como presunciones absolutas, aquellas en virtud de las cuales la ley anula ciertos actos, o acuerda una excepción perentoria contra una acción, si en esas hipótesis la ley no ha reservado expresamente la prueba en contrario.”

Esas normas, a su vez, derivan del Código Civil francés, cuyo artículo 1352 indica que: “*No se admite prueba alguna contra la presunción de la ley cuando, fundada sobre esta presunción, anula ciertos actos o niega la acción de la justicia, a no ser que la misma ley haya reservado la prueba contraria y sin perjuicio de lo que se dice acerca del juramento o la confesión*”.

Según mi criterio, resulta muy difícil encontrar casos en los que nuestra legislación establezca presunciones de carácter absoluto, en los que “*la ley anula ciertos actos*” (artículo 415 *ibídem*), y no admita prueba en contrario.

Podría pensarse en casos muy extremos, como el que a continuación se presenta. Supongamos que un contrato de compraventa es suscrito por Juan Solís el día 13 de febrero del año 2004. No obstante, se logra demostrar que Juan, para la fecha de suscripción, tenía cinco años de edad, o sea, que era una persona absolutamente inca-

paz para obligarse contractualmente (artículo 38 del Código Civil). Ante esto, si se pretendiera la declaratoria de nulidad de ese acuerdo, bastaría con acreditar que Juan tenía esa edad en el momento en que plasmó su firma en el contrato –como hechos indicadores–, para que surja la presunción absoluta de que el contrato es nulo e ineficaz debido a su incapacidad, por lo que no es posible admitir prueba para combatir esa presunción.

Aún más confusos resultan los casos en los que la presunción absoluta surge cuando la ley “*acuerda una excepción de fondo*”. El Diccionario de la Real Academia Española indica que “*acuerdo*” implica “...*acuerdo normativo al que han de ajustarse otros de carácter más concreto*”²⁸⁸. Interpretando esa frase conforme a lo que establecen los numerales 761 del Código Civil y 1352 del Código francés, la presunción absoluta derivaría de que la ley establezca una excepción de fondo, cuyo efecto torne imposible la acción posterior de la justicia. La única excepción que produce ese efecto procesal es la cosa juzgada material (artículo 162 del Código Procesal Civil), veamos el porqué. Si se demuestra la existencia de una sentencia con eficacia de cosa juzgada material, dictada un proceso entre las mismas partes, existe una presunción de veracidad en cuanto a los hechos que se tuvieron por demostrados en ese fallo, a pesar de que en la realidad esos hechos no hayan ocurrido en la forma como lo tuvo por demostrado la sentencia. Estos hechos no pueden ser rebatidos en otro proceso y resulta imposible admitir prueba ofrecida con la finalidad de probar que la sentencia fue dictada en forma incorrecta, en razón de esa presunción de veracidad.

288 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*. Tomo I. Editorial Espasa-Calpe S.A., octubre 2001, Madrid, p. 35.

Debo aclarar que la doctrina procesal más reciente insiste en que todas las presunciones admiten prueba en contrario. Al respecto, Alsina interpreta que el prohibir la prueba en contrario en las presunciones absolutas, no quiere decir que no se puede aportar prueba para destruir el fundamento de la presunción, por lo que nada impide demostrar la inexistencia del hecho que se tuvo como base para inferir la presunción o que este hecho no es el que exige la ley para ello²⁸⁹. Más radical es la posición de Montero Aroca, quien afirma que, aun demostrada la existencia del hecho base, la parte que resulta perjudicada por la presunción absoluta puede aportar cualquier medio de prueba en contrario²⁹⁰.

En mi criterio, tanto la posición que no admite prueba contra las presunciones absolutas, como la que la admite, resultan correctas, dependiendo de la óptica con que se analicen. Así, en el ejemplo de la compraventa realizada por Juan Solís –quien según certificación del Registro Civil contaba con 5 años de edad al momento del acuerdo–, no sería admisible prueba para destruir esa presunción, a menos que las probanzas busquen acreditar la falsedad de esa certificación y que en realidad tenía 16 años cuando firmó el contrato. De igual forma, en el supuesto de la excepción de la cosa juzgada material, no se admitiría prueba para modificar los hechos consignados por el juzgador, pero sí para demostrar la falsedad de la sentencia ejecutoria de la que se pretenden derivar esos efectos.

Las presunciones relativas son aquellas que, en principio, pueden ser combatidas mediante todo medio de prueba (artículo 416 *ibídem*). Un ejemplo de esto es el caso que anteriormente indiqué respecto del artículo 18 del Código de Trabajo, en relación con la presunción de

289 ALSINA, Hugo, *ob. cit.*, p. 534.

290 MONTERO AROCA, Juan. *Ob. cit.*, p. 68.

existencia de una relación laboral cuando se demuestra una prestación personal de servicios.

Por otro lado, el artículo 417 regula lo concerniente a las presunciones humanas. Este tipo de presunciones, a diferencia de las legales, no surgen de ninguna disposición jurídica, sino más bien de una “deducción” de un hecho comprobado –indicio– que realiza el juzgador de acuerdo con los principios que informan la sana crítica –la lógica, la experiencia y la psicología–²⁹¹. Estas presunciones solo sirven como medio de prueba si son consecuencia directa, precisa y deducida de un indicio comprobado.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que este tipo de presunción “... es el resultado del ejercicio de la discrecionalidad otorgada al juzgador para apreciar la prueba, derivando entonces la presunción de otros hechos que se han tenido por ciertos...”²⁹². (El subrayado no es del original).

Un ejemplo de este tipo de presunción puede ser el llamado “reconocimiento de vientre” que se produce en los procesos de investigación de paternidad. Esta presunción surge cuando se demuestra que el presunto padre ha efectuado una serie de actuaciones que, valoradas en conjunto, hacen presumir que reconoce como suyo el embarazo de la mujer. Así, actitudes como el acompañar a la mujer embarazada a la cita de revisión periódica con el ginecólogo y el comprar todo el ajuar para el futuro bebé, constituyen indicios que dan fundamento para presumir, de acuerdo con la experiencia y la lógica, que es el padre de la criatura, dado que lo reconoció como suyo aun antes de su nacimiento.

291 *Devis Echandía indica que las presunciones humanas o “de hombres” consisten en principios lógicos que, basados en el orden normal de las cosas, permiten una correcta valoración de las pruebas, convirtiéndose en reglas para el criterio del juez. Ob. cit., p. 602.*

292 *Voto número 848-F, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de octubre de dos mil uno.*

Otro ejemplo de esto se da en los procesos tendientes a declarar la simulación de un contrato. Si el deudor, al día siguiente de que es notificado del establecimiento de un proceso cobratorio en su contra, acude ante un notario público a fin de transmitirle todos los bienes a su hermano, es posible inducir de ese indicio que su intención era la de distraer los bienes en perjuicio de sus acreedores, lo cual es una presunción humana, derivada de la aplicación de la sana crítica por parte del juzgador, en la valoración de la prueba.

7.5. CONCLUSIONES

Las conclusiones de esta sección son las siguientes:

1) La presunción es una facultad del juzgador de deducir un hecho –relevante y desconocido en una determinada controversia–, a partir de otro hecho conocido, y de cuya presencia cabe deducir la existencia del anterior.

2) Los indicios y las presunciones difieren entre sí. Un indicio constituye un hecho, o una actitud que indica la existencia de una relación a partir de la que puede presumirse la existencia de otro hecho. En tanto la presunción opera en el plano mental, de ahí que, aplicando esa relación, es posible deducir el hecho.

3) Las presunciones se dividen en legales y humanas. Las primeras son aquellas en las que la ley establece la veracidad de un hecho a partir de la existencia de otros que le sirven como base. Las humanas, a diferencia de las legales, no surgen de ninguna disposición jurídica, sino más bien de una deducción que realiza el juzgador de acuerdo con los principios que informan la sana crítica –la lógica, la experiencia y la psicología–.

4) Las presunciones legales, a su vez, se subdividen en absolutas y relativas. Las primeras son presunciones que no admiten prueba en contrario y son aquellas en vir-

tud de las cuales la ley anula ciertos actos o acuerda una excepción de fondo. Las presunciones relativas son aquellas que, en principio, pueden ser combatidas a través de todo medio de prueba en contrario.

Con el desarrollo de este tema finalizamos la unidad relativa a los medios de prueba. Seguidamente analizamos la posibilidad de admitir prueba para mejor proveer, así como la de ofrecer prueba en segunda instancia y los recursos en materia probatoria.

UNIDAD III

LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER, LA ADMISIBLE EN SEGUNDA INSTANCIA Y LOS RECURSOS EN MATERIA PROBATORIA

PRESENTACIÓN

En el primer apartado del Capítulo III se analizan las dos modalidades de que disponen las partes para introducir prueba no evacuada o no ofrecida en su oportunidad: la prueba para mejor proveer y la que se ofrece hasta en segunda instancia. Asimismo, analizaremos la potestad que tienen los juzgadores de admitir probanzas para mejor proveer.

El segundo se refiere a los recursos ordinarios y extraordinarios, incidencias que pueden ser interpuestas con ocasión de las distintas situaciones que rodean la denegatoria, admisión y evacuación de las pruebas. Por tal motivo, dentro de esta sección estudiaremos cuándo proceden los recursos de revocatoria o apelación en esos supuestos; también, cuándo la nulidad debe ser alegada junto con estos recursos o independientemente en la vía incidental.

De igual forma será analizada la posibilidad de interponer un recurso de casación por razones de forma o de fondo. En el primer supuesto, por denegación de pruebas admisibles o por falta de citación de las partes a las diligencias probatorias. En el segundo, por errores de hecho o de derecho. Todo esto con la finalidad de que los juzgadores tengan conocimiento de las infracciones por las cuales puede ser interpuesto ese recurso. Por último, y siempre con esa misma finalidad, haremos referencia a las causales relacionadas con la materia probatoria, por las que puede formularse el recurso de revisión.

1. LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER Y LA ADMISIBLE EN SEGUNDA INSTANCIA

1.1. INTRODUCCIÓN

En la unidad anterior analizamos cada uno de los medios de prueba que establece el Código Procesal Civil, a saber: la declaración de parte, la declaración de testigos, la prueba documental, el reconocimiento judicial, la prueba pericial, los medios científicos y las presunciones.

En esta oportunidad estudiaremos la posibilidad que tienen las partes de introducir prueba no ofrecida en la oportunidad procesal pertinente, a través de dos medios distintos, como lo son la prueba para mejor proveer y la que se ofrece en segunda instancia; asimismo, la potestad que tiene el juzgador de solicitar prueba para mejor proveer.

1.2. LA PRUEBA PARA MEJOR PROVEER

En la sección 4 de la Unidad I indicamos que existen distintas etapas procesales en donde las partes pueden ofrecer sus pruebas, de acuerdo con la naturaleza de cada uno de los procesos.

Además de esas etapas, el ordenamiento jurídico procesal admite el ofrecimiento y la admisión, incluso oficiosa, de prueba nueva o ya ofrecida en otras etapas distintas de las indicadas, así como solicitar una ampliación de las probanzas ya evacuadas.

Las pruebas declaradas inevacuables, nulas, inadmisibles o extemporáneas en otras etapas del proceso, están

comprendidas entre las que se pueden ofrecer para mejor resolver (artículo 331, párrafos 1° y 2° del Código Procesal Civil).

El juzgador tiene la facultad tanto de admitir o no esa prueba, como de solicitar de oficio la que considere pertinente. Con esto no se trata de subsanar errores de las partes respecto de esta carga procesal, sino que este tipo de prueba debe ser introducida solamente con la intención de clarificar las dudas que hayan surgido, una vez analizadas las pruebas existentes, sobre lo que es objeto de debate.

La prueba oficiosa que señala el artículo 316 ibídem y la prueba para mejor proveer solicitada por el juzgador, difieren en lo que respecta a la etapa procesal en que una y otra se ordenan. La prueba oficiosa se ordena al inicio de la fase demostrativa del proceso, junto con el resto de las probanzas ofrecidas por las partes; la ordenada para mejor proveer, en la mayoría de los casos, se introduce cuando ya ha finalizado la fase demostrativa y el proceso se encuentra pendiente de dictar el fallo. También puede solicitarse en segunda instancia e incluso, excepcionalmente, en casación, en el supuesto previsto en el artículo 609 del Código Procesal Civil. Al respecto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

“...IV.- El recurso de casación, ha sido concebido para dos finalidades: una inmediata, cual es el desagravio a las partes, afectadas con los quebrantos de las leyes cometidos por el tribunal ad quem; y otra mediata, consistente en la defensa del derecho y su información con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan los tribunales de casación (artículo 9° del Código Civil). Técnicamente sirve para juzgar las sentencias en atención a lo cual el juez de casación es un revisor y un contralor de la

legalidad y no un juez de instancia. El juez de instancia juzga el caso conforme a los hechos y al derecho y su quehacer intelectual está encaminado a la búsqueda de la justicia; vislumbra la solución que justamente se impone en el caso y la acomoda a lo que resulta de lo substanciado y de la ley, aunque algunas veces deba renunciar a su intuición, porque así lo obliguen deficiencias probatorias o los preceptos legales, incluyendo dentro de éstos aquellos que regulan el principio de la congruencia que rige el proceso judicial. Una aplicación estricta de esa concepción, impide ampliar el debate ante el tribunal de casación, con la recepción de nuevas probanzas, pues la valoración de éstas, una vez recibidas, y la solución del pleito con base en ellas, conlleva el juzgamiento del caso por el fondo, en justicia, al estilo de la instancia, y no el de la sentencia a la luz de la legalidad. Por eso, el Código de Procedimientos Civiles que rigió hasta el 2 de mayo de 1990, apegado a ese sistema del recurso, establecía en su artículo 906, párrafo 1°, lo siguiente: “Ante la Sala de Casación no pueden proponerse ni admitirse ninguna prueba, ni le es permitido al tribunal ordenar pruebas para mejor proveer”. Pero quienes emitieron el Código Procesal Civil que rige en la actualidad, introdujeron una innovación en el sistema, que permite el funcionamiento del recurso de casación, no sólo para controlar la legalidad de los fallos e informar el derecho en los términos dichos, sino también para conocer los casos por el fondo, en justicia, o sea, a pesar de la legalidad del fallo del ad quem. Y ello resulta así, por el agregado que se le hizo a lo que antes decía el artículo 906, inciso 1°, del Código

de Procedimientos Civiles, que se destaca a continuación en letra negrita. Dice así ahora en ese párrafo, el cual forma parte del artículo 609: “Ante la sala de casación no podrá proponerse ni recibirse prueba, ni le será permitido recibir alguna para mejor proveer, salvo que se trate de documentos públicos de influencia efectiva en la decisión de la litis, y siempre que consten en el proceso o que hayan sido presentados con el recurso o con el escrito de ampliación”. Si se permite al tribunal de casación introducir prueba documental nueva, que el ad quem nunca tuvo a la vista, necesariamente tiene que ser para que la valore y resuelva la litis de acuerdo con los hechos que esa probanza refleje y, en ese caso, la sentencia de casación no estará juzgando propiamente la sentencia del ad quem, sino el negocio en sentido amplio. En efecto, si el tribunal ad quem dictó su sentencia a la luz de las probanzas que legalmente tuvo a su disposición y de conformidad con las leyes gobernantes de esa verdad judicial, el pronunciamiento no puede considerarse viciado desde el punto de vista de la ley y su modificación que se haga en casación con base en nuevas probanzas, es el resultado de la actividad del juez en pro de la verdad real, del mismo modo que procede un juez de instancia...” (Sentencia n° 161-96. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia).

Sobre las condiciones que han de existir para ordenar, en general, la prueba para mejor resolver, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

“...Dentro de las facultades instructoras y ordenatorias del juez, está la de ordenar prueba para mejor proveer (artículo 97, inciso 2, y 331 del Código Pro-

cesal Civil), cuando las probanzas por practicar tengan una influencia decisiva en el resultado del proceso. Esta facultad ha sido instituida en consideración al juez, pero no está orientada a excluir o sustituir la actividad probatoria correspondiente a cada una de las partes intervinientes en el proceso y que deben desarrollar conforme a los preceptos reguladores de la distribución de la carga de la prueba (onus probandi). Por consiguiente, la prueba para mejor proveer posee un carácter complementario, tendiente a disipar el estado dubitativo del juez cuando la prueba producida por las partes no es lo suficientemente clara. Uno de los límites insoslayables de esta prueba de oficio, lo constituye la prohibición que tiene el juez de suplir o subsanar, por su medio, la omisión, inactividad o negligencia cometida por una de las partes en la producción de la prueba ofrecida, pues se lesionaría seriamente el principio de igualdad de los litigantes y se comprometería la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Tampoco debe remediarse a través de este instituto procesal las deficiencias técnicas en la defensa. Por ello el juzgador al ordenar prueba para mejor resolver debe respetar la garantía de defensa en juicio de cada uno de los litigantes. El aspecto medular de la prueba para mejor proveer es su carácter facultativo o discrecional, no pudiendo ser exigida por las partes; su ordenación depende, enteramente, de la iniciativa, prudente arbitrio y criterio del órgano jurisdiccional, consecuentemente su denegatoria no causa indefensión alguna...” (Sentencia n°. 203-F-91 de las 14:35 horas del 15 de noviembre de 1991).

Puede solicitarse, para mejor proveer, la evacuación de cualesquiera de los medios de prueba establecidos en

el Código Procesal Civil (artículo 318 *ibídem*), así como la ampliación de cualquier prueba ya evacuada en la fase demostrativa –como por ejemplo la ampliación de un dictamen pericial– (artículo 331, párrafo primero).

También, como se indicó líneas atrás, pueden ofrecerse aquellas pruebas que han sido declaradas nulas o inevaluables y las rechazadas por extemporáneas o inadmisibles. Incluso, puede admitirse prueba sobre los hechos que deberían ser tenidos como ciertos en rebeldía del demandado, siempre que el juzgador considere que sean hechos de influencia decisiva en el proceso.

En este punto, vale la pena destacar el hecho de que la confesión en rebeldía, conforme lo ha indicado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, constituye un indicio que debe complementarse con otros elementos probatorios para fundar la veracidad de lo afirmado por la parte que se pretende beneficiar con esa confesión²⁹³.

También el juzgador puede solicitar, para tener a la vista, cualquier actuación, de lo cual se dejará constancia en el expediente si fuera importante para la decisión. Como ejemplo de esto tenemos el caso en que el juzgador solicita un expediente o algún documento que resulte esencial para la decisión del proceso. Si se trata de un documento o un expediente que es conocido por las partes, porque ellas intervinieron en él, basta tan solo con solicitarlo y que el juzgador deje constancia de los folios o del documento que tuvo a la vista, por lo que no es necesario dar audien-

293 “pues la confesión ficta es una ficción, relativa y no absoluta, por lo cual siempre, frente a la contestación afirmativa en rebeldía, el juicio debe abrirse a pruebas y facultar al demandado a ofrecer la de descargo contra lo tenido por contestado en forma afirmativa (Sentencias N° 199 de 8:00 hrs. del 13 de marzo de 1962, 3 de 9:10 hrs. del 5 de enero de 1965, y 697 de 8:35 hrs. del 20 de diciembre de 1966).” SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, N° 590-00. En este mismo sentido, consultar las sentencias 751-00, 122-F-98, 76-F-98 y 16-F-94.

cia a las partes de esa prueba. Caso contrario, si es un expediente o un documento del cual no tienen conocimiento, sí se deberá dar tal audiencia.

En cuanto a este último aspecto, aunque el artículo 331 del Código Procesal Civil no establece que la prueba para mejor proveer deba ser puesta en conocimiento de las partes, jurisprudencialmente se ha establecido que esa audiencia es necesaria de acuerdo con los principios que informan el debido proceso.

Una vez que la prueba para mejor proveer es admitida, es obligación de la parte que se ve beneficiada con su evacuación, suplir las expensas que sean necesarias para su diligenciamiento. De lo contrario, el juzgador podrá prescindir de esta, sin necesidad de resolución que lo establezca.

De acuerdo con el principio de concentración de los actos procesales, la prueba para mejor proveer debe ser ordenada en un solo auto y solamente en casos excepcionales podrá ordenarse una nueva prueba de esta clase (artículo 331, párrafo 5°).

La solicitud de esa prueba suspende el plazo que tiene el juzgador para dictar el fallo, por lo que, una vez evacuada, dicho plazo continúa corriendo.

Especial mención se debe hacer en cuanto a la participación de las partes en la evacuación de este tipo de pruebas. Como ya se indicó líneas atrás, es necesario otorgar audiencia cuando esa prueba llegue al proceso, lo cual puede darse, por ejemplo, con un dictamen pericial o un documento.

Sin embargo, la duda surge cuando se ordena la evacuación de otro tipo de medio de prueba –por ejemplo, la testimonial o la confesional–, ya que en estos casos el numeral 331 le otorga al juzgador la facultad de limitar la participación de las partes en la evacuación. Lo anterior ha

sido objeto de una serie de pronunciamientos por parte de la jurisprudencia de nuestros tribunales.

En este sentido se ha indicado que, conforme al artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y a los principios que informan el debido proceso, como lo son el de lealtad procesal, orden, certeza, igualdad y ejercicio del derecho de defensa, no es posible limitar la actuación de las partes en ninguna diligencia judicial²⁹⁴.

294 “...Ahora, tratándose de pruebas testimoniales, el Código Procesal Civil, determina los linderos dentro de los cuales ha de desarrollarse la comparecencia de éstos. Impone la necesidad de que, las partes, en dicha diligencia, sean asistidas por profesionales en Derecho, en procura de esclarecer la verdad real, por medio de la verificación de los hechos en disputa. Tales son los requisitos indispensables. Su necesaria relación la preceptúa en forma expresa el artículo 358 Ibídem que, en lo que interesa dispone: “...A la audiencia sólo podrán comparecer las partes y sus abogados; no obstante, el juez podrá permitir la presencia de otros abogados y de estudiantes de derecho, para fines didácticos...”. A su vez, el párrafo tercero, señala: “...Una vez que el juez haya hecho las preguntas al testigo conforme a lo dicho en el artículo 354, las partes o sus abogados podrán hacer sus repreguntas...”. Asimismo, el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su letra, cita: “ (2)... el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombre defensor dentro del plazo establecido por la ley; f- derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...”. Dentro de ese marco, se procura asegurar aquellos orden y equilibrio, y aquellas lealtad, igualdad y certeza, atrás señalados, elementos necesarios para garantizar, a su vez, la obligada debida defensa en juicio. La oportunidad de contar con la presencia de los directores legales, permite que las partes ejerzan su derecho, pues podrán combatir, por ejemplo, la manera de conducir el interrogatorio por el juzgador o bien repreguntar al deponente, aclarando o ampliando así su declaración. El administrador de Justicia tendrá, entonces, todos los elementos necesarios, que deberá apreciar acorde con los principios de la sana crítica racional, para que la solución definitiva del caso, se ajuste a Derecho. Es así como se establece el indispensable equilibrio, dentro de la contienda judicial... Al acordar el Tribunal Superior denegar la posibilidad de que, el demandado, pudiese asistir a ésta; indudablemente

1.3. LA PRUEBA OFRECIDA EN SEGUNDA INSTANCIA

Nuestro ordenamiento procesal contempla la posibilidad de ofrecer prueba ante el órgano jurisdiccional encargado de resolver y de tramitar el recurso de apelación interpuesto por las partes contra las resoluciones judiciales.

Arguedas Salazar –en los cursos de capacitación para jueces– explicaba que la impugnación es una nueva etapa del proceso²⁹⁵, en la que el escrito de apelación constituye

traspasó los límites dentro de los cuales debía resolver, quebrando así los principios anteriormente relacionados. Con ello, se alteró el orden procesal, en perjuicio del debido equilibrio y del derecho real y efectivo de defensa, que le asiste a las partes, pues se le negó una posibilidad que lo sumió dentro de un estado de indefensión. Lo anterior no puede hacerse invocando siquiera la facultad discrecional del Juez, con base en el artículo 331 párrafo final del Código Procesal Civil, como lo hace el Ad-quem; pues podría suceder, que la parte actora ofreciese testigos parciales, sin otorgársele a la contraparte, su oportunidad de defensa, garantizada desde el nivel constitucional. Máxime si tales declaraciones pudiesen llegar a ser la base para que, el Tribunal, proceda a declarar con lugar un proceso de investigación de paternidad. De ahí que, en litigios tan trascendentales como éstos debe, necesariamente, seguirse los lineamientos legales establecidos del debido proceso. Tal ha sido la constante trazada por la jurisprudencia de esta Sala. Entre otras, cítanse las sentencias número 31, de las 9:00 hrs, del 30 de enero de 1991; 268, de las 9:30 hrs, del 19 de noviembre de 1993 y 367, de las 14:30 hrs, del 11 de noviembre de 1994.” (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, n°. 161-96).

295 “Dentro de esta categoría del proceso de conocimiento de carácter especial y por razones jurídico procesales, tenemos una característica que es exclusiva de los recursos y que no es propiamente una tercera categoría del proceso, pero que está catalogada dentro de los procesos especiales; me estoy refiriendo al proceso de impugnación y ustedes pueden observar que en el Código Procesal Civil, el nombre de ese título es impugnación de las resoluciones judiciales... Todos los recursos en realidad son procesos de impugnación... En todos los procesos: ordinario, abreviado, ejecutivo, interdicto, etc. En la demanda se formula una pretensión sobre la cual el juez tiene que pronunciarse en sentencia; cuando se formula el recurso se formula una pretensión que en el caso del Recurso de Casación es una pretensión de nulidad de la sentencia de segunda instancia...” ARGUEDAS SALAZAR, Olman. CONFERENCIA TRANSCRITA BRINDADA EN EL TALLER SOBRE

la demanda que marca el inicio de esta etapa y los agravios expuestos en ese escrito son similares a las pretensiones a las cuales debe limitarse el juzgador al conocer en segunda instancia (artículo 565 del Código Procesal Civil).

De acuerdo con esta similitud de términos, podemos señalar que al igual que en el proceso de conocimiento existen etapas para ofrecer prueba, también en el llamado procedimiento de impugnación existe una etapa para ofrecer prueba ante el órgano encargado en segunda instancia de pronunciarse acerca del recurso.

A diferencia de la prueba para mejor proveer, la ofrecida con esta modalidad no puede ser admitida o denegada de acuerdo con la facultad discrecional del juzgador, dado que, como indicamos, se trata de una oportunidad procesal que otorga el ordenamiento para ofrecer prueba en la segunda instancia.

Desde esta perspectiva, el artículo 575 del Código Procesal Civil prevé la posibilidad de ofrecer diversos medios de prueba junto con la expresión de agravios, como una etapa dentro del procedimiento de impugnación, la cual debe ser admitida siempre y cuando cumpla con los requisitos formales establecidos por dicha norma. En caso de que las probanzas sean denegadas debe fundamentarse debidamente el porqué de su rechazo.

De la lectura del primer párrafo del numeral 575 se extrae que la prueba documental y la confesional pueden ser ofrecidas sin necesidad de que se cumpla alguna condición previa, contrario a lo que sucede con los otros medios de prueba, para los cuales sí debe cumplirse con alguno de los supuestos que establece esa misma norma.

En cuanto a la confesional y la documental, cabe cues-

tionarse si solo son admisibles cuando son ofrecidas como prueba nueva hasta en esta instancia o, por el contrario, si es posible admitirlas a pesar de que hayan sido denegadas en etapas anteriores. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que un documento ofrecido por la parte actora o que la confesión del demandado son denegados por el juzgador de primera instancia, con este supuesto, ¿podrá el accionante solicitar en segunda instancia que se evacúen estas pruebas? En mi criterio, la respuesta debe ser afirmativa. La denegatoria anterior no tiene por qué ser vinculante para el órgano de segunda instancia, ni limitar el derecho que la norma en comentario le otorga a las partes de ofrecer prueba.

Como lo indicamos anteriormente, para poder ofrecer otros medios de prueba debemos encontrarnos en alguna de las circunstancias que señala el numeral 575 *ibidem*, las cuales explicaremos a continuación:

1) Que toda o parte de la prueba propuesta en primera instancia no hubiere podido practicarse por causas no imputables al apelante.

En estos casos, en mi criterio, resulta intrascendente que la prueba haya sido declarada inevacuable o que el juzgador haya prescindido de ella. Lo importante es que se debe acreditar que su no evacuación no se debió a la parte recurrente. De lo contrario estaríamos en el supuesto de una prueba que fue abandonada, lo que provoca que no pueda ser admisible en segunda instancia (artículo 575, párrafo 3°).

2) Cuando hubiere ocurrido algún hecho que *importe* excepción superviniente.

En este contexto, el verbo “importar” debe ser asimilado a ocasionar o causar²⁹⁶, en tanto “superviniente” debe

RECURSOS DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL. En la obra: “Recurso de Casación Civil”. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1996, p. 96.

296 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia

asimilarse a sobrevenida²⁹⁷. En este supuesto se trata de prueba que se ofrece para acreditar un hecho que, a su vez, va a fundamentar la oposición de una nueva excepción. Citemos un ejemplo: el actor reclama la reivindicación de un inmueble. Su demanda es declarada con lugar por el juez de primera instancia. No obstante, posteriormente al dictado de la sentencia, el accionante vende el inmueble. Al darse cuenta de esto, el accionado, quien recurre la sentencia, ofrece prueba para acreditar que el actor no goza de legitimación *ad causam activa*, ni de interés actual para continuar ejerciendo esa pretensión, en virtud de que vendió el inmueble.

3) Cuando el demandado ausente, a quien se le hubiere nombrado curador, se apersona en el proceso después de la oportunidad de ofrecer prueba en primera instancia.

Debemos recordar que una de las características del demandado ausente, es que se trata de una persona que no es localizable a efecto de notificarle el contenido de la demanda, por esto se le nombra un curador procesal para que lo represente. Sin embargo, esta norma le permite ofrecer prueba incluso en este estado procesal, a diferencia del demandado rebelde, quien, al momento de apersonarse, toma el proceso en el estado en que se encuentre.

4) “Cuando hubiere ocurrido algún hecho nuevo de influencia efectiva en la decisión, que no hubiere podido alegarse en primera instancia, o que hubiere llegado a conocimiento de la parte interesada alguno anterior, de la misma importancia y del cual asegure no haber tenido antes noticia”.

Española, vigésima segunda edición, año 2001, Editorial Espasa-Calpe, p. 1255.

297 Ob. cit., p. 2111.

Lo importante aquí es que se debe tratar de hechos que no hubieren podido alegarse en primera instancia^{298,299}, pero que no causen un cambio en las pretensiones de la demanda o de la reconvencción, puesto que de ser así se estaría ampliando o modificando la pretensión, lo que no es posible en este estado procesal.

5) Si las partes estuvieren conformes con su necesidad y procedencia.

Aquí las partes, en aplicación de los principios de buena fe y de lealtad procesal y también en aras de favorecer la averiguación de la verdad, se ponen de acuerdo para que se evacue la prueba ofrecida.

298 “...Plantea la parte actora recurso de casación por la forma, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cartago, al sentir que se infringieron los artículos 5, 98 inciso 4), 351 párrafo final, 575 inciso 4), 594 inciso 2) todos del Código Procesal Civil. La infracción, la fundamenta en la circunstancia de que, en segunda instancia, ofreció prueba testifical para demostrar hechos acaecidos después de la demanda y, el Tribunal Superior de Cartago, no hizo pronunciamiento sobre este ofrecimiento de prueba, con lo que denegó prueba perfectamente admisible. El recurso de casación por la forma, debe desestimarse, porque el ofrecimiento de prueba testifical en segunda instancia, tiene limitaciones. Es admisible la prueba, cuando se refiera a hechos nuevos ocurridos y que no se hayan podido alegar en primera instancia o que haya llegado a conocimiento de la parte, uno anterior, del que asegure no haber tenido noticia. En cambio, la prueba testifical, ofrecida por la parte actora, se refería a hechos ocurridos el 18 de agosto de 1992 y como la sentencia de primera instancia fue dictada hasta el día seis de octubre de 1992, no hay razón atendible, para que no se ofreciera esta prueba ya desde la primera instancia...” Sala Segunda de la Corte, sentencia n°. 40-94.

299 “En el caso que nos ocupa, el documento aportado por la parte demandada no está dentro de ninguno de los supuestos establecidos por ese artículo, dado que, conforme fue reconocido por esa parte, desde 1984, tenía conocimiento de que al demandado se le había practicado, supuestamente, una vasectomía lateral (contestación del hecho primero de la demanda a folio 19 y dictamen médico de folio 17, en donde el doctor Willy Feinzag Rosenstein indica que el demandado le comunicó esa situación). Por ende, no se trata de una circunstancia nueva, sobre la que no haya podido aportarse prueba en primera instancia”. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia n°. 248-97.

El órgano jurisdiccional de segunda instancia sólo admitirá la prueba que considere indispensable y deberá rechazar la prueba que haya sido abandonada con anterioridad; aquella que se ofrezca para retrasar, para fundamentar hechos que no son objeto de debate, ni para fundamentar hechos sobre los que ya se ha evacuado prueba testimonial en primera instancia.

La parte contraria también podrá ofrecer prueba dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de admisión de prueba. No existe la declaratoria de inejecutabilidad de las probanzas, dado que el numeral 575 ibídem permite prescindir de la prueba no evacuada sin necesidad de resolución.

1.4. CONCLUSIONES

Finalizamos el desarrollo de este tema con las siguientes conclusiones:

1) La prueba para mejor proveer es una posibilidad que el ordenamiento jurídico le otorga a las partes para ofrecer medios de prueba no indicados con anterioridad, o bien para solicitar la ampliación de las probanzas ya evacuadas. El ofrecimiento de pruebas también puede comprender las declaradas inejecutables, nulas, inadmisibles o extemporáneas. La admisión o no de esa prueba, depende de la facultad discrecional del juzgador.

2) También el juzgador tiene la facultad de solicitar, oficiosamente, este tipo de prueba, pero la misma debe ser introducida solamente con la intención de clarificar las dudas que hayan surgido, una vez analizadas las pruebas existentes, sobre lo que es objeto de debate.

3) De acuerdo con el principio de concentración de los actos procesales, la prueba para mejor proveer ha de ser

ordenada en un solo auto y solamente en casos excepcionales podrá ordenarse una nueva prueba de esta clase.

4) La prueba ofrecida en segunda instancia, se fundamenta en la posibilidad que otorga nuestro ordenamiento procesal de ofrecer prueba ante el órgano jurisdiccional encargado de resolver y de tramitar el recurso de apelación interpuesto por las partes contra las resoluciones judiciales.

5) La prueba ofrecida en segunda instancia se diferencia de la ofrecida para mejor proveer, en que la primera no puede ser admitida o denegada en virtud de la facultad discrecional del juzgador, como sucede con la segunda. La prueba que se ofrece en segunda instancia tiene su fundamento en una oportunidad procesal que otorga el ordenamiento para ofrecer prueba y esta debe ser admitida siempre y cuando se cumplan las circunstancias para ello (artículo 575 del Código Procesal Civil).

Con estas conclusiones terminamos el estudio de la prueba para mejor proveer y la que se ofrece en segunda instancia. A continuación analizaremos los recursos en materia probatoria.

2. LOS RECURSOS EN MATERIA PROBATORIA

2. 1. INTRODUCCIÓN

Anteriormente desarrollamos el tema de las pruebas que se ofrecen para mejor proveer o en la segunda instancia.

Indicamos la diferencia que existe entre una y otra, dado que la admisión o la denegatoria de la prueba para mejor proveer depende de la facultad discrecional del juzgador, mientras que la admisión de la que se ofrece en

segunda instancia depende de circunstancias objetivas fijadas por la normativa.

En esta ocasión, desarrollaremos el tema de los recursos ordinarios y extraordinarios en materia probatoria.

2. 2. LOS RECURSOS ORDINARIOS

El Título V del Libro II del Código Procesal Civil establece el procedimiento de impugnación de las resoluciones judiciales. El numeral 551 *ibídem* indica los distintos tipos de recursos que pueden ser interpuestos contra dichas resoluciones, entre los cuales tenemos el recurso de revocatoria, el de apelación –dentro del cual se incluye la apelación por inadmisión y la adhesiva–, la casación y la revisión.

La revocatoria y la apelación constituyen recursos ordinarios, en tanto la casación y la revisión son recursos extraordinarios.

El Código Procesal Civil se rige por el principio de taxatividad de los recursos, lo cual implica que las resoluciones judiciales solo pueden ser recurridas de acuerdo con los medios y en los casos establecidos por dicho cuerpo de leyes³⁰⁰ (artículo 550 *ibídem*).

Como lo señalamos anteriormente, los recursos ordinarios que establece el Código Procesal Civil son la revocatoria y la apelación. Su diferencia radica en que el primero es de carácter horizontal, o sea, que se formula y es resuelto por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la

300 “De acuerdo con el artículo 550 del C.P.C., las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. Por medios se refiere a las clases de recursos previstos en el numeral siguiente (551 *ibídem*): revocatoria, apelación, apelación por inadmisión, apelación adhesiva, casación y revisión. La lista es taxativa sin que sea posible la creación de nuevos medios de impugnación...” PARAJELES VINDAS, Gerardo. “CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, p. 239.

resolución recurrida. Mientras que el segundo es de carácter vertical, debido a que, en definitiva, es resuelto por un órgano jurisdiccional superior al que dictó la resolución³⁰¹.

Específicamente en el campo probatorio, existen normas en las que de forma expresa se establece cuáles resoluciones pueden ser recurridas y los medios para ello.

Al respecto, de la lectura de los artículos 316 y 329 *ibídem* se extrae que únicamente tendrán recurso de revocatoria las siguientes resoluciones:

- a) en las que se admite la prueba; por el contrario, aquellas resoluciones en que se deniega gozan, además de este recurso, del de apelación³⁰² (artículo 329 *ibídem*).

301 ALSINA, Hugo. *TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Tomo 2. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982, pág. 604. En este mismo sentido, PARAJELES VINDAS, Gerardo. Ob. cit., p. 239.*

302 *En el voto n.º. 97-02 de la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil se indicó lo siguiente “II.- El Juzgado, en resolución dictada a las quince horas cuarenta minutos del diecisiete de octubre del dos mil uno –folio 4 del legajo de pruebas de la demandada–, admitió la prueba ofrecida por el actor de que se llamara al representante legal de la sociedad demandada a reconocer una grabación magnetofónica aportada por él. Para ese fin señaló las catorce horas del cinco de noviembre siguiente, misma oportunidad en que dicho representante legal debía rendir confesión judicial –ver además resolución de folio 1 en el legajo de pruebas del actor–. Llegada esa hora y fecha, y una vez rendida la confesión indicada, el señor juez a quo consignó a continuación lo siguiente, dentro de la misma acta que levantó al efecto:*

² Se hace la INDICACION, que no se procede a oír la grabación que la parte actora ofrece como prueba, no obstante que está ordenada en autos, en vista de que ella se llevó a cabo sin el consentimiento del aquí confesante y en forma secreta, considerando el Suscrito que por ese motivo, ello no es procedente y en este acto como se señaló rechazo dicha probanza... ² (sic) –acta de recepción de pruebas a folios 16 y 17 del legajo de pruebas del actor–. De lo así decidido apeló el accionante, y el Juzgado le rechazó el recurso bajo el argumento de que con arreglo a lo establecido en el artículo 199 del Código Procesal Civil, la nulidad de actuaciones deberá ser reclamada en vía incidental. De ese rechazo

b) las que se dicten en incidencias creadas con motivo de la práctica de la prueba. Incidencias son

nace la presente apelación por inadmisión. III.- Teniendo en cuenta esos antecedentes, la pregunta que surge es si la decisión tomada por el señor juez a quo de rechazar la prueba indicada, consignada en el acta mencionada de folios 16 y 17 del legajo de pruebas del actor, constituye o no, en si misma, una resolución, entendida ésta como ² Acto de decisión de un juez o de un tribunal, consistente en la aplicación del derecho objetivo (material o procesal) mediante una operación lógica a una condición de hecho que previamente se considera dada. ² (Diccionario Jurídico Espasa, 2001, p. 1268); y en consecuencia si puede ser objeto o no de recursos, tales como los de revocatoria y apelación (artículos 153, 554 y 559 del Código Procesal Civil). O bien si constituye una mera actuación, entendida como un acto puramente material realizado por el juez, carente de todo efecto decisorio, que se presenta más bien como consecuencia de una ²resolución ² previa que le da sustento (verbigracia, realizar un remate, recibir una prueba testimonial o confesional, o realizar un reconocimiento judicial, etc.), y por lo tanto no susceptible de recurso alguno. IV.- En nuestro proceso civil predomina la manifestación o expresión escrita. Sin embargo, están también permitidas las manifestaciones orales, tanto en relación con las partes como en relación con el juez, y en ambos supuestos esas manifestaciones tienen plena eficacia en el proceso. Con respecto a las partes, y solo para citar un ejemplo de lo que se acaba de afirmar, véase lo preceptuado en el artículo 159 del Código Procesal Civil, en cuanto señala que tratándose de autos, ² ...En caso de que un funcionario omitiera proveer acerca de un pedimento concreto, la parte o su abogado podrá pedir verbalmente al mismo funcionario que, de oficio, subsane la omisión. ² Es decir, la petición de la parte, en el evento indicado, puede hacerse en forma oral, y el juez está obligado a resolverla en la forma que proceda. Con respecto al juez, también solo para citar un ejemplo, y precisamente a propósito de la controversia aquí planteada, téngase en cuenta lo estipulado en el numeral 345 ibídem, con motivo del procedimiento a seguir cuando el juez está recibiendo una prueba confesional, en cuanto se señala que ² ...El juez no consignará (en el acta respectiva, se aclara) los debates sobre la admisión de preguntas o repreguntas, simplemente hará constar la oposición de la parte, en la forma más lacónica posible, y la resolución que dicte. Lo mismo hará con cualquier otra cuestión incidental... ² -el subrayado es suplido-. Quiere decir que el juez puede dictar resoluciones en forma oral, en el transcurso de la celebración de una diligencia como la señalada, y que no por el hecho de que queden documentadas en el acta respectiva que debe levantarse al efecto

todos aquellos acontecimientos que sobrevienen en el curso de un asunto principal, con el que tienen conexión. Por ende, este inciso se refiere a las resoluciones dictadas en circunstancias relacionadas con la evacuación de la prueba. Algunos ejemplos son los siguientes: cuando las partes se muestran inconformes con la admisión o no de un tipo de pregunta a un testigo o a un confesante (artículo 345 y 359 del Código Procesal Civil)³⁰³; por

(artículos 152 y 345 ibídem), sin los requisitos formales que prescribe el numeral 153 del mismo Código, deben considerarse como meras actuaciones, y por ende no susceptibles de impugnarse mediante los recursos correspondientes que quepan contra ellas. Eso es así porque los actos procesales no están sujetos a formas determinadas, sino cuando la ley expresamente lo exija (ordinal 132 ibídem), y en este caso está permitido dictar resoluciones orales en el transcurso de una diligencia como la aquí cuestionada. V.- Desde esa perspectiva no hay duda que lo decidido por el señor juez, a propósito de la prueba de comentario que es objeto de controversia, constituye una resolución y no una mera actuación, como parece ser que lo entendió la autoridad de primera instancia, y por tanto susceptible de recurrirse. Ahora bien, lo que hizo el a quo fue rechazar dicha prueba, a pesar de que anteriormente la había admitido, y desde ese punto de vista lo así resuelto sí tiene recurso de apelación, según lo dispone claramente el artículo 329 del Código Procesal Civil”.

303 *Al respecto el voto número 27-03 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda establece “II.- Indica el licenciado R.H. Q., en su condición de coapoderado de las sociedades demandadas, que la resolución apelada se dictó durante la diligencia de recepción de prueba confesional y declaración de parte del señor D. G. C.B., efectuada a las diez horas del diez de setiembre del dos mil dos (folio 130 legajo de pruebas de la parte demandada). Durante dicha diligencia el juzgador rechazó las preguntas octava, novena y décima, así como la última pregunta formulada. En cada caso el ahora recurrente interpuso verbalmente recurso de revocatoria, que fue rechazado. Posteriormente, mediante memorial de fecha 12 de setiembre del 2002, formuló recursos de revocatoria y apelación subsidiaria en relación con el rechazo de las preguntas dichas, los cuales fueron rechazados en resolución de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta de setiembre del dos mil dos (folio 163 ibídem). III.- El*

la negativa del juzgador de indicar ciertas circunstancias en el acta de reconocimiento judicial o por el retiro de la parte o de su abogado de la diligencia (numeral 345 y 359 ibídem).

- c) aquellas en que se declare la inevacuabilidad de las pruebas (artículo 325 ibídem) o su nulidad. El primer supuesto considero que no requiere mayor explicación. El segundo se aplica a los casos en los que de oficio o a petición de parte exista un pronunciamiento acerca de la nulidad de ciertas actuaciones desplegadas en la práctica de la prueba. La resolución que se dicte, ya sea acogiendo o denegando la nulidad, solamente tendrá recurso de revocatoria (ver en este sentido la resolución número 388-02³⁰⁴ del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda).

rechazo de las preguntas o repreguntas que se planteen durante la recepción de una prueba confesional o de declaración de parte, no implica un rechazo de la prueba, sino que se trata más bien de una incidencia creada con motivo de la práctica de la prueba en sí y como tal no tendrá más recurso que el de revocatoria, como efectivamente ocurrió en el presente asunto (artículos 316 y 329 del Código Procesal Civil). Por esta razón, procederá rechazar la apelación por inadmisión interpuesta, se confirmará el auto desestimatorio dictado a las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del treinta de setiembre del dos mil dos (folio 163) y se ordenará el envío de este legajo al Juzgado, a fin de que sea agregado al expediente principal.”

304 “... II.- La resolución apelada de derecho de las 11:00 horas del 19 de julio del 2002, en lo que a la inconformidad del recurrente se refiere anuló parcialmente la resolución de las 9:00 horas del 24 de abril de ese mismo año “únicamente en el sentido de que la readecuación de honorarios del perito debía la parte actora depositarlos dentro del octavo día bajo el apercibimiento de prescindir de dicha prueba, pues no hay norma legal que lo autorice, ya que la única sanción pertinente en ese caso sería el no tener por rendido el respectivo informe hasta tanto la parte interesada completara el saldo faltante de los emolumentos del experto” (folio 534). Lo resuelto carece de alzada, pues versa sobre incidencias creadas con motivo de la práctica, inevacuabilidad o nulidad de las pruebas, que conforme los artículos 316, párrafo tercero, y 329 del Código Procesal Civil, no tienen más recurso que el de revocatoria.”

2.3. LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES Y DE LAS ACTUACIONES RELACIONADAS CON LA MATERIA PROBATORIA

El numeral 199 ibídem establece que la nulidad de toda resolución judicial debe alegarse junto con los recursos que quepan contra ella.

Por otro lado, la nulidad que se genera con ocasión de las actuaciones procesales ha de alegarse en la vía incidental. Esto significa que si la parte pretende que se declare la nulidad producida en cualquier diligencia de evacuación de prueba, por ser esta una actuación procesal, debe alegarse su nulidad en vía incidental.

2.4. LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

Nuestro Código Procesal Civil establece como recursos extraordinarios el de casación (artículo 591 y siguientes) y el de revisión (artículo 619 y siguientes).

Los objetivos de este texto no van dirigidos a realizar un análisis detallado de este tipo de recursos, no obstante, considero importante que los juzgadores tengamos conocimiento acerca de los motivos que pueden dar fundamento a la interposición de estos, especialmente cuando esos motivos se basan en aspectos de admisión y de valoración de prueba.

2.4.1. EL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación está previsto como un mecanismo de impugnación de carácter extraordinario, razón por la que procede solo en los casos y por los motivos taxativamente previstos en la ley ^{305_306}

El artículo 591 del Código Procesal Civil establece su procedencia únicamente contra las siguientes resoluciones:

- a) autos con carácter de sentencia o sentencias dictadas por los tribunales en procesos ordinarios y abreviados (artículo 153, inciso 3) y 4) ibídem), conforme a la cuantía que para este recurso establezca la Corte Plena o cuya cuantía sea inestimable.
- b) autos con carácter de sentencia y sentencias dictadas en otro tipo de procesos que produzcan cosa juzgada material y cuya cuantía sea superior a la fijada por Corte Plena;

- c) sentencias definitivas o autos con carácter de sentencia dictados por los tribunales civiles en única instancia, siempre que sean de cuantía inestimable o superior a la fijada por Corte Plena; y
- d) los demás casos que establezca la ley.

El recurso de casación puede interponerse por razones procesales o de fondo (artículo 594 y 595 ibídem). El primero se fundamenta en la infracción a las normas que informan el debido proceso, en tanto el segundo se formula ante una errónea valoración del derecho sustantivo; cuando la resolución sea contraria a la cosa juzgada o cuando exista error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas³⁰⁷⁻³⁰⁸.

2.4.2. RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES PROCESALES

El artículo 594, inciso 2) establece como causales de casación: a) la denegación de pruebas admisibles y b) la falta de citación para alguna diligencia probatoria durante la tramitación, en el caso de que produzcan indefensión.

305 “La casación –recurso o anulación de la sentencia– procede cuando existe una infracción o errónea aplicación de una norma de Derecho...”VÉSCOVI, Enrique. “EL RECURSO DE CASACIÓN”. Ediciones IDEA, Montevideo, 1996, p. 59.

306 “III.- Por otro lado, ubicados en el ámbito de lo esencial tocante al recurso de casación, es necesario reparar en su carácter extraordinario. Sea que, a diferencia de los recursos ordinarios, en los cuales basta la mera disconformidad de la parte para su interposición, el de casación establece causales específicas, con arreglo a las cuales debe ser formulado. Esas causales están diseñadas con base en las diversas violaciones de ley en que es permitido ejercitar el recurso. Y ello es así, por cuanto éste gira –se repite– en torno a la legalidad. Por eso es esencial, en todo recurso de casación, ya sea por la forma o por el fondo y, en cuanto a este último, por violación directa o indirecta, señalar expresamente las normas que se reputen quebrantadas. Tratándose de infracción indirecta por error de derecho es menester indicar los preceptos infringidos concernientes al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, y en las dos clases de errores, de hecho o de derecho, es indispensable señalar también las leyes vulneradas en cuanto al fondo, como consecuencia de los errores de apreciación reclamados. Amén de ello, es obligatorio señalar con igual rigor, en cuanto a claridad y precisión, cuáles fueron las pruebas mal apreciadas y en qué consisten los yerros cometidos a juicio del recurrente (artículos 595, 596 y 597 del Código de Procedimientos Civiles). Como se ve, el recurso de casación no puede configurar una relación generalizada de disconformidades, pues debe ceñirse a requisitos técnicos que establecen su linaje de remedio procesal extraordinario, otorgado en salvaguarda de la legalidad. El cumplimiento de tales requisitos resulta insoslayable so pena de la desnaturalización del recurso. Ellos determinan su carácter técnico, por lo cual escapan al catálogo de formalidades pasibles de omisión en materia de casación.” Sala Primera de la Corte, número 101-f-95.

307 MONTENEGRO TREJOS, Rodrigo. “LA DISTINCIÓN ENTRE “FORMA” Y “FONDO” EN LA CASACIÓN CIVIL”. En la obra “Recurso de Casación Civil”. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1996, p. 114.

308 La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto número 101-F-95, estableció “Sobre el tema en cuestión es menester recordar siempre la finalidad primaria del recurso de casación cual es no propiamente remediar fallos injustos sino resguardar la legalidad. A lo último se añade, siempre por la ruta del amparo a la legalidad, el propósito de mantener la uniformidad de la jurisprudencia, así como la estabilidad y el rigor de los procedimientos en la tramitación de un proceso. En consecuencia, se otorga el recurso por razones de forma o de fondo. Pero ello, sólo respecto de ciertas resoluciones definitivas dictadas en juicios de trascendencia en procura de la correcta y uniforme aplicación o interpretación de la ley; asimismo, de evitar la introducción de prácticas viciadas y abusivas en el trámite de los juicios, las cuales impidan a las partes actuar sus respectivas pretensiones dentro de un clima de igualdad y equidad...”.

2.4.2.1. DENEGACIÓN DE PRUEBAS ADMISIBLES

Por denegación de pruebas admisibles se entiende un rechazo de las probanzas que, conforme a la legislación procesal, resultan admisibles, por estar previstas en el numeral 318 del Código Procesal Civil y por haber sido ofrecidas dentro de la etapa procesal pertinente³⁰⁹.

No obstante, no existe infracción al numeral 594, inciso 2) cuando la prueba ofrecida para mejor proveer se ha denegado, ya que como lo indicamos anteriormente, la admisión de esta descansa en una facultad discrecional del juzgador³¹⁰.

Por el contrario, sí se incluye dentro de esta causal la circunstancia de que el juzgador no fundamente en forma debida por qué rechaza las probanzas ofrecidas.

309 “En este supuesto se exigen dos condiciones: una, que la prueba sea admisible conforme a las leyes, y la otra, que la denegatoria haya producido indefensión. En otras palabras, se refiere a aquellos casos en que el juez no admite una prueba que es admisible conforme a nuestras leyes, como por ejemplo la admisión de documentos que se encuentren en los supuestos del artículo 292 CPC; o bien, cuando deniega cualquiera de los medios de prueba previstos por el CPC para el juicio ordinario...” HERRERA CASTRO, Luis Guillermo. “RECURSO DE CASACIÓN”. En la obra “Recurso de Casación Civil”. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1996, pág. 26.

310 *En cuanto a este punto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha indicado* “La posibilidad de evacuar prueba para mejor proveer constituye una potestad discrecional del juzgador, por lo que tampoco puede ser objeto de revisión, por parte de la Sala. Aunado a lo anterior, no se trata de denegación de prueba admisible, en los términos del artículo 594, inciso 2), del Código ibídem -supuesto que se refiere a las pruebas que, en el momento procesal oportuno, han sido debidamente ofrecidas por alguna de las partes...” Sentencia n°. 94, de las diez horas cuarenta minutos del seis de marzo del año dos mil dos. Consultar en este mismo sentido las sentencias n°. 85-2001, 596-2002 y 252-2003 de la misma Sala.

2.4.2.2. LA FALTA DE CITACIÓN A DILIGENCIAS PROBATORIAS

La falta de citación a alguna diligencia probatoria constituye una violación del principio del contradictorio, ya que las partes deben tener la oportunidad de combatir la prueba ofrecida por la contraria³¹¹. Ejemplos de esta citación a las partes se encuentran regulados en cada uno de los medios de prueba, en la confesional (artículo 343), en la testimonial (artículo 356), en la pericial (artículo 407) y en el reconocimiento judicial (artículo 409).

2.4.3. RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES DE FONDO

El artículo 595 ibídem establece el recurso de casación por razones de fondo con fundamento en los siguientes motivos: a) cuando el fallo contenga violación a la ley sustantiva; b) cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre y cuando esa excepción haya sido alegada en el proceso y c) cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, con infracción de las leyes relativas al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, o cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si este resulta de pruebas constantes en el proceso y es evidente la equivocación del juez.

Este recurso se utiliza para impugnar los eventuales vicios que la sentencia recurrida contenga ante una inadecuada aplicación de las leyes sustantivas; o sea, por la posible

311 “El contradictorio es un principio esencial del proceso, de tal forma que toda cuestión que surja en éste (entre ellas las pruebas) debe ser puesta en conocimiento de las partes a fin de que tengan la oportunidad de formular las objeciones pertinentes...” HERRERA CASTRO, Luis Guillermo. Ob. cit., p. 27.

presencia de un vicio “in iudicando”. Esa violación de la ley sustantiva puede darse de manera directa o indirecta^{312_313}.

La directa se produce cuando no media ninguna cuestión probatoria en la aplicación de la ley, ya sea porque el juzgador no la aplicó o porque lo hizo indebidamente; o bien, porque interpretó mal alguna norma aplicable al proceso.

La violación indirecta es la que se da cuando la infracción de la normativa sucede por errores en la valoración de la prueba. Esos errores pueden ser tanto de hecho como de derecho. El error de hecho deriva de equivocaciones del juzgador en su apreciación del material probatorio; por su parte, el error de derecho se da cuando se le niega su valor legal –aquel que conforme a derecho les corresponde– a los elementos probatorios del proceso, o cuando infringe los principios de la sana crítica al valorar esos elementos³¹⁴.

312 “Siguiendo la legislación española, nuestro Código autoriza que la sentencia se pueda impugnar en dos casos, el llamado error de derecho y el error de hecho...La violación de la ley puede ser directa cuando el yerro no depende de un error en la apreciación de la prueba, sino que recae de manera directa en la tarea de aplicación del derecho, bien por vía de interpretación (errónea), o de indebida aplicación (una ley derogada por ejemplo) o falta de aplicación de la ley. La violación indirecta se refiere a la lesión que sufre una norma de fondo como consecuencia de un vicio en la apreciación material de la prueba (error de hecho) o en el valor que la ley le da a cada elemento probatorio (error de derecho)...” HERRERA CASTRO, Luis Guillermo. Ob. cit., p. 47.

313 *La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su voto n.º 46-01 estableció:* “En cuanto al recurso por el fondo, se otorga éste por violaciones de la ley sustantiva. La vulneración legal puede ser directa o indirecta. Es directa, cuando no existe error de índole probatorio. Los hechos están correctamente seleccionados y enunciados en el fallo, pero el Tribunal se equivoca en su calificación jurídica o interpreta mal la ley sustantiva. Es indirecta cuando se produce a través de yerros cometidos al apreciar las pruebas, los cuales pueden ser de hecho o de derecho...”

314 *Al respecto, pueden verse las resoluciones de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia números 19 de las 9:10 horas del 24 de enero y 220 de las 9:20 horas del 20 de setiembre, ambas de 1997.*

En razón del contenido y los objetivos de este texto, nos centraremos en el estudio de las violaciones indirectas que pueden generar la interposición del recurso de casación, las que trataremos de explicar de la forma más detallada, a efecto de que evitemos incurrir en errores cuando, como juzgadores, valoremos la prueba.

Como se señaló anteriormente, el error de hecho se produce cuando el juzgador incurre en equivocaciones materiales al apreciar la prueba, lo cual sucede, por ejemplo, al afirmar que un testigo rindió una declaración que en realidad no fue emitida por él; también cuando se indica que un documento tiene un contenido que no se extrae del mismo^{315_316}.

Por otro lado, el error de derecho consiste en dar a las pruebas un valor distinto del otorgado por el ordenamiento jurídico, o bien, dejar de otorgarles ese valor, por ejemplo

315 “Opera el error de hecho cuando los Tribunales incurren en equivocaciones materiales al apreciar la prueba (el caso típico consiste en deducir de la declaración de un testigo un hecho no manifestado por éste, o de un perito poner como expresada una calificación no indicada por él, o bien extraer de un documento un contenido inexistente). En esta eventualidad de error de hecho el recurrente no está obligado a señalar las normas probatorias infringidas, pues por tratarse de un error material del juzgador, o los juzgadores, al apreciar el elemento probatorio no infringen normas de prueba sino, por el contrario, se equivocan leyendo mal o dándole un sentido contrario de cuanto consta en esas pruebas. La expresa acusación del yerro o su constatación debidamente acusada le basta a la Sala para tener competencia para el estudio o análisis, para determinar si en la especie se encuentra o no el reproche probatorio planteado...” Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, n.º. 74-f-2001. Consultar en este mismo sentido las sentencias de la misma números 124-2001 y 86-2001.

316 “Para que el error de hecho se produzca se requiere que sea notorio o evidente, es decir que se manifiesta en la equivocación del juzgador al apreciar las pruebas. Lógicamente en cada prueba específica, la equivocación presenta sus particularidades como resultado de la naturaleza de los medios de prueba. No obstante, en todos los casos el error se genera cuando el juez aprecia equivocadamente el contenido de la prueba...” HERRERA CASTRO, Luis Guillermo. Ob. cit., p. 49.

al darle el carácter de plena prueba a un documento privado que ha sido impugnado por la parte contraria; también al no otorgarle ese carácter a la confesión rendida por una parte acerca de hechos que la perjudican³¹⁷.

Asimismo, el error de derecho surge cuando la apreciación de la prueba se efectúa de manera contraria a los principios de la sana crítica (artículo 330 del Código Procesal Civil). Estos principios están constituidos por la lógica, la experiencia, la psicología y la técnica, los cuales serán analizados posteriormente. Sin embargo, vale indicar que, en relación con este error, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

“...el Juez no puede analizar los elementos de juicio que aportan las partes al proceso, aislada e individualmente, sino en su conjunto, para darles de acuerdo a la sana crítica o a la tarifa legal, el valor correspondiente. En el proceso de análisis que realiza el Juzgador, es necesario que examine primeramente las diversas pruebas con las que se pretende demostrar cada uno de los hechos, para luego evaluarlas globalmente, separando las que son favorables a las hipótesis planteadas por las partes, de las desfavorables. Finalmente, debe estudiarlas comparativamente para que la conclusión que adopte constituya una verdadera síntesis de la totalidad de los medios de convicción y consecuentemente, de los hechos que por su medio se mani-

317 “El error de derecho, por el contrario, consiste en otorgarle a las pruebas un valor distinto al otorgado por el ordenamiento jurídico, o dejar de concederles el valor atribuido a ellas por las mismas leyes. Con el error de derecho el recurrente deberá indicar en forma clara la prueba específica conculcada, como también acontece con el error de hecho, y explicar técnicamente el yerro, pero además deberá señalar las normas legales infringidas sobre el valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente...” Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, n°. 74-01. En este mismo sentido votos números 75-2001, 86-2001 y 101-2001.

fiestan, y por último aplicar a la relación fáctica así lograda la normativa de fondo atinente al caso. En la búsqueda de hacer justicia, desideratum de la función jurisdiccional, es preciso actuar con suma cautela. Deben tomarse en cuenta hasta los más pequeños detalles y todas las pruebas, para determinar si son o no importantes en la solución de la controversia. En el proceso de valoración de los elementos de juicio, de conformidad con la sana crítica, no basta aplicar la lógica, es también necesario recurrir a las reglas de la experiencia humana suministradas por la sicología, la sociología y la técnica, que son las que verdaderamente dan al Juez el conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir con certeza lo que es verdadero de lo que es falso.” (En este sentido, ver sentencia de esta Sala N° 67 de 15 horas y 15 minutos del 20 de octubre de 1993, Considerando VII) ...”. Valga agregar que la conculcación del principio de la sana crítica se pone en evidencia cuando la interpretación del juzgador sobre los hechos acreditados es manifiestamente absurda o arbitraria, al punto que las conclusiones hieren la lógica o el sentido común...” (Lo destacado es nuestro).

2.5. EL RECURSO DE REVISIÓN

Al igual que el recurso de casación, el de revisión es un recurso extraordinario, el cual procede únicamente contra las sentencias firmes que tengan eficacia de cosa juzgada material (artículo 619 del Código Procesal Civil).

El fundamento de este recurso radica en la existencia de hechos que, en su momento, impidieron el ejercicio del derecho o ante el surgimiento de situaciones nuevas

que hacen que el órgano jurisdiccional pueda revisar el fallo y modificar la decisión tomada en su oportunidad³¹⁸.

Específicamente, lo que corresponde a las causales que se refieren a la materia probatoria, tenemos las siguientes:

1) *“Si la parte que la pide demostrar que por impedirsele fuerza mayor, o por obra de la contraria, no pudo presentar algún documento u otra clase de prueba, o comparecer al acto en que se evacuó alguna de la prueba; de modo que en uno y otro caso haya habido indefensión y no haya sido posible en el curso del proceso pedir rectificación del vicio.”*

Para los efectos de este primer supuesto, se permite la revisión del fallo cuando la parte presenta un documento o cualquier otro tipo de prueba que no pudo presentar con anterioridad; también cuando no pudo comparecer a alguna diligencia de evacuación de prueba. La norma establece que la parte debe demostrar las circunstancias de fuerza mayor o las acciones de la contraria que no permitieron el ofrecimiento de esas probanzas o la comparencia a la evacuación. Además de esto, en ambos casos se debe acreditar que la no presentación de la prueba, o su

318 “ II.- El recurso de revisión es de naturaleza extraordinaria y también excepcional; por cuanto, con él, se ataca una sentencia firme, con la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada material y está previsto no como un recurso normal dentro del proceso, sino fuera de él, con el objeto de remediar cualquier injusticia derivada no de errores de técnica jurídica –que debieron haberse atacado a través de los recursos normales, dentro del respectivo proceso–, sino por hechos que impidieron el ejercicio del derecho o por situaciones novedosas, sobrevinientes, que ameriten revisar la anterior decisión jurisdiccional. Por esa naturaleza, precisamente, sólo es procedente en los casos taxativamente establecidos en el artículo 619 del Código Procesal Civil y debe necesariamente incoarse dentro de los plazos indicados en el numeral 620 ídem –3 meses o 10 años–, según sean las circunstancias...” Sentencia número 214-01. Sala Segunda de la Corte.

no evacuación, generó una indefensión que no se pudo alegar en el desarrollo del proceso.

2) *“Si la sentencia hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba el interesado haber sido declarados falsos, o cuya falsedad hubiere sido declarada después de la sentencia.”*

En este caso, la revisión de la sentencia se da como una consecuencia directa de la declaratoria de falsedad de un documento utilizado como base para el dictado de la resolución. La circunstancia de que los documentos se hubieran declarado falsos pudo haber sido desconocida por el recurrente al momento del dictado del fallo o, incluso, dicha declaratoria pudo darse con posterioridad al dictado de la sentencia que se pretende revisar.

3) *“Si habiéndose dictado en virtud de prueba testimonial, los testigos hubieran sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.”*

Al igual que el anterior supuesto, la circunstancia de que una sentencia penal firme determine que los testigos incurrieron en el delito de falso testimonio al rendir sus declaraciones en un proceso civil, acarrea que la sentencia dictada en ese proceso sea revisable.

4) *“Si habiéndose dictado en virtud de dictámenes de peritos, éstos hubieran sido condenados penalmente por falso testimonio al producir dicha prueba.”*

A diferencia del anterior caso, la condenatoria por el delito de falso testimonio se da con ocasión del informe rendido por el perito.

5) *“En caso de procesos seguidos con un curador procesal, si el recurrente justificare haber estado ausente de la República desde el principio, de manera que no hubiere podido presentarse en tiempo hábil para rendir prueba.”*

En este último supuesto, se permite la revisión del fallo dictado en proceso contra un accionado ausente que no se encontraba en el territorio de la República, cuando en virtud de esa circunstancia no tuvo posibilidad de ofrecer prueba.

2.6. CONCLUSIONES

Al terminar este tema es importante citar las siguientes conclusiones:

1) El artículo 551 del Código Procesal Civil contempla los distintos tipos de recursos que pueden ser interpuestos contra las resoluciones judiciales, entre los cuales tenemos la revocatoria, la apelación –dentro del cual se incluye la apelación por inadmisión y la adhesiva–, la casación y la revisión.

2) En el campo de las resoluciones que se dictan en materia probatoria, únicamente tendrán recurso de revocatoria las siguientes: a) en las que se admite la prueba; b) las que se dicten en incidencias creadas con motivo de la práctica de la prueba y c) aquellas en que se declare la inevaluabilidad de la prueba (artículo 325 ibídem) y las que se refieren a la nulidad de estas. Solo goza de recurso de apelación la resolución en la que se deniegue algún medio de prueba ofrecido por las partes (artículo 329 ibídem).

3) La nulidad de las resoluciones judiciales dictadas en materia probatoria debe alegarse junto con los recursos que quepan contra ellas (artículo 199 ibídem). Por otro lado, la nulidad que se genera con ocasión de las actuaciones procesales, debe alegarse en la vía incidental. Esto significa que si la parte pretende que se declare la nulidad producida en cualquier diligencia de evacuación de prueba, por ser esta una actuación procesal, debe alegarse su nulidad en dicha vía.

4) Los recursos de casación y de revisión son mecanismos de impugnación de carácter extraordinario, razón por la que proceden solo en los casos y por los motivos taxativamente previstos en la ley.

5) El recurso de casación puede interponerse por razones procesales o de fondo (artículo 594 y 595 ibídem). El primero se fundamenta en la infracción a las normas que informan el debido proceso, en tanto el segundo se formula ante una errónea valoración del derecho sustantivo.

6) El recurso de casación, por razones procesales, procede cuando existe: a) denegación de pruebas admisibles y b) falta de citación para alguna diligencia probatoria durante la tramitación, en el caso en que las mismas produzcan indefensión.

7) El artículo 595 ibídem establece el recurso de casación por razones de fondo, con fundamento en los siguientes motivos: a) cuando el fallo contenga violación a la ley sustantiva; b) cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre y cuando esa excepción haya sido alegada en el proceso y c) cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, con infracción de las leyes relativas al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, o cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si este resulta de pruebas constantes en el proceso y es evidente la equivocación del juez.

8) A diferencia del recurso de casación, el de revisión se fundamenta en el surgimiento de nuevas circunstancias objetivas, que hacen que el órgano jurisdiccional pueda revisar el fallo y modificar la decisión tomada en su oportunidad.

Con el análisis de este tema finalizamos la unidad III de este texto. En el siguiente desarrollaremos algunos de

los sistemas de valoración de la prueba y las formalidades que debe contener el fallo con respecto a ciertos elementos probatorios.

UNIDAD IV
LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA
Y SU INTRODUCCIÓN EFECTIVA
EN LA SENTENCIA

PRESENTACIÓN

En la sección primera de esta unidad estudiaremos algunos de los sistemas de valoración de la prueba. Previamente establecemos la diferencia que existe entre los conceptos de interpretación y valoración de la prueba. Luego nos referiremos al sistema de tarifa legal de las pruebas y analizaremos el de libre convicción o valoración de prueba en conciencia, finalizando con el sistema fundado en los principios de la sana crítica. Al llegar a este punto intentaremos definir cuáles son los principios que informan este sistema y concluiremos estableciendo cuál es el sistema que impera en nuestro Código Procesal Civil.

Las formalidades que debe contener el fallo en relación con aspectos probatorios es el título del segundo apartado de esta unidad. Aquí se analizan las formalidades establecidas en el numeral 155 del Código Procesal Civil, que guardan relación con la inserción de ciertos elementos probatorios dentro de la sentencia, como lo son: 1) el pronunciamiento acerca de incidentes relativos a documentos presentados en forma extemporánea y 2) el que versa sobre el análisis de la confesión en rebeldía. Posteriormente se explicará cómo deben elaborarse los hechos probados y los no demostrados y la importancia de la aplicación de una técnica correcta en esa elaboración. Concluiremos con un análisis de las resoluciones que, sin tener el carácter de sentencias, deben cumplir con las formalidades antes apuntadas.

1. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1.1. INTRODUCCIÓN

Una vez analizadas las etapas procesales para el ofrecimiento de la prueba y la evacuación de los distintos medios de prueba que establece el Código Procesal Civil, es momento de ocuparnos de uno de los aspectos más importantes de la función del juez, como lo es la valoración de la prueba que surge de dicha evacuación.

Esta valoración constituye toda una actividad intelectual desplegada por el juzgador, que consiste en analizar y ponderar las distintas pruebas traídas y evacuadas, con la finalidad de determinar la certeza o incertidumbre de los hechos que sustentan las distintas pretensiones sometidas al escrutinio del tribunal.

La doctrina procesal nos ofrece distintos sistemas de valoración de pruebas, entre los que citaremos ahora solo algunos, los más importantes, para luego concluir cuál es el que asume nuestra normativa procesal civil.

1.2. LA VALORACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA

La doctrina procesal moderna diferencia entre los términos valoración y apreciación de la prueba, indicando que esta última se divide en dos actividades intelectuales distintas, una de ellas es la interpretación y otra la valoración de la misma³¹⁹.

319 *“En el fenómeno, pues, de la apreciación de la prueba están*

La interpretación se produce cuando el juzgador, sin valorar el resultado de los distintos medios de prueba, establece lo que se extrae de cada uno de ellos. En este sentido, Montero Aroca indica *“Después de practicada la prueba lo primero que debe hacer el juzgador, y con relación a cada una de las fuentes-medios, es determinar cuál es el resultado que se desprende de ella...Se trata, por tanto, sin atender al valor probatorio, de establecer qué es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a que llega el dictamen pericial, qué es lo que realmente se dice en el documento. A esta operación se le denomina interpretación de la prueba porque consiste en, partiendo de una forma de representación de los hechos, fijar lo que el testigo afirma, del documento se deducen, el perito concluye...”*³²⁰.

La valoración consiste en decidir si la prueba es creíble o no y si confirma los hechos que sustentan las posiciones de las partes. Es un procedimiento que ha de aplicarse no a una probanza, sino a todas, cuya finalidad es determinar lo cierto, o al menos lo que el juzgador considera cierto. Al respecto, Montero Aroca indica: *“...Establecido el resultado de cada fuente-medio, el paso siguiente ha de consistir en determinar el valor concreto que debe atribuirse al mismo en la producción de la certeza, lo que comporta una decisión sobre su credibilidad. Se trata ahora de decidir si el testigo merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad, si el documento es auténtico y representa fielmente los hechos tal y como se produjeron, si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la lógica, etc....”*³²¹

implícitas dos actividades intelectuales que deben ser claramente diferenciadas...Esas dos operaciones son...1. Interpretación...2. Valoración...” MONTERO AROCA, Juan. *“LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL”*. Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 307.

³²⁰ MONTERO AROCA, Juan. *Ob. cit.*, pág. 307.

³²¹ MONTERO AROCA, Juan. *Ob. cit.*, p. 308.

Una vez establecida la diferencia entre valoración e interpretación de la prueba, analizaremos algunos de los sistemas para su valoración.

1.3. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Luego de establecer lo anterior, procederemos a señalar cuáles son los tres grandes sistemas de valoración de la prueba en materia civil, en concreto: el de “tarifa legal”, el de “libre convicción” y el de la “valoración fundamentada en las reglas de la sana crítica”.

1.3.1. SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL DE LAS PRUEBAS

Este sistema se fundamenta en la idea de que es al ordenamiento jurídico al que le corresponde establecer el valor que el juzgador le debe asignar a un determinado medio de prueba³²².

Su origen se encuentra en el derecho canónico, como una consecuencia de la ignorancia y falta de preparación de los jueces que aplicaban ese derecho. Esto llevó al legislador eclesiástico a establecer reglas sobre la forma en que debían valorarse las pruebas, utilizando tradiciones romanas junto con principios tomados de la Biblia, como por ejemplo aquellas que requerían un determinado número de testigos para arribar a un convencimiento³²³.

³²² “...supone otorgar por vía legislativa un valor determinado a cada medio de prueba, o bien, solamente para algunos en específico...”. GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *“TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL”*. Editora Ediar S.A., Buenos Aires, 1999, p. 234.

³²³ “...El derecho canónico se impone definitivamente, como un apreciable avance en la cultura jurídica, a pesar de estar dominado por el criterio de regulación detallada de los medios de prueba y su apreciación previa, que para esa época fue quizás indispensable en la lucha contra los sistemas místicos oprobiosos que regían en toda Europa; se trató de darle una base jurídica al proceso, y la ignorancia e impreparación de los jueces hizo aconsejable la predeterminación

Posteriormente, esas reglas se incorporan en los llamados sistemas de prueba apriorística³²⁴, que fueron concebidos en los estados absolutistas como una forma de control de la labor del juzgador. Para otros autores este sistema no tenía esa finalidad, sino que surgió como un instrumento de defensa del acusado y como una ayuda para el ejercicio eficaz de la labor jurisdiccional, al suminis-

por el legislados eclesiástico, primero, y luego por el civil, de todo un sistema probatorio. Los papas dan instrucciones detalladas para el proceso canónico y los canonistas elaboran muchas reglas sobre pruebas, guiados por el método escolástico, utilizando las tradiciones romanas, especialmente el derecho justiniano, pero mezclando en ocasiones principios tomados de la Biblia, como en el caso del número de testigos necesarios para formar la convicción.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Teoría General de la Prueba Judicial”. Tomo 1°, ediciones Fidenter, Buenos Aires, 1981, p. 61.

324 Sobre estos sistemas apriorísticos y sus antecedentes, señala Montero Aroca: “Las ordalías se basaban, por un lado, en la ignorancia y, por otro, en la superstición; en la ignorancia de las relaciones de causa y efecto en los fenómenos de la naturaleza, y en la superstición de que todo dependía de la voluntad de Dios. Sólo desde estas perspectivas pueden explicarse las ordalías del duelo, del fuego, de la suerte, de la cruz y tantas otras. En ellas se trataba básicamente de que Dios se manifestaba haciendo que venciera en el combate quien tenía razón, no el más fuerte ni el más diestro con las armas, que no sufriera quemaduras o, por lo menos, que no fueran graves el inocente que tenía que caminar sobre hierros ardientes o que tocarlos, que sostuviera los brazos más tiempo en alto el litigante que decía verdad, etc. ... Desterrado el sistema de las ordalías, lo típico del proceso común fue el establecimiento de toda una serie de reglas que determinaban el valor probatorio de todos y cada uno de los medios de prueba, tasándose así el resultado al que podía llegar el juez atendidas las pruebas practicadas. El establecimiento de un sistema legal completo y cerrado en torno al valor de las pruebas tuvo muy variados fundamentos, pero pueden destacarse dos: 1.) Filosóficamente se trataba de primar lo abstracto y lo general sobre lo concreto y especial, lo cual era propio de la filosofía escolástica...2) Políticamente respondía al intento de limitar las facultades del juez que es, aunque parezca paradójico, algo típico de los estados absolutistas en los que, concentrando el poder en unas manos y actuando los jueces por delegación del poder absoluto, este pretende controlar lo que hacen aquellos...”. MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 312.

trarle al juzgador una normativa establecida con base en los resultados de la experiencia secular y colectiva³²⁵. Devis Echandía señala como los defensores de este sistema indicaban que “*el magistrado, aún novicio y poco acostumbrado a analizar claramente los movimientos de su conciencia, sin hacer otra cosa que seguir las prescripciones del legislador, se halla en posición de hacer en cualquier caso una segura aplicación de las leyes eternas, de donde éstas se derivan*”³²⁶.

Sin importar las razones, es evidente que el legislador desconfiaba de las deducciones a las que podía llegar el juez, por lo que impuso una “lógica oficial” con base en criterios de normalidad general o uniformidad en la valoración de la prueba. Así por ejemplo, se consideraba como normal el darle un mayor valor al testimonio de un hombre que al de una mujer, o a lo declarado por un noble respecto de lo declarado por un plebeyo; también que quien reconociera hechos en su contra dijera la verdad o que el documento público acredite fielmente la verdad de los actos que en él se constituyan³²⁷.

De esta forma, el legislador le imponía al juzgador las reglas para determinar los hechos probados. Estas respondían a las concepciones sociales imperantes³²⁸ y a jui-

325 “*Como explica Florian, este método se interpretó, no como una coerción a la conciencia del juez, sino como eficaz defensa del acusado frente al juez y como ayuda para éste, al suministrarle los resultados de la experiencia secular y colectiva, debidamente codificada...*”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., p. 89.

326 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., pág. 90.

327 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, ob. cit., pág. 89.

328 “COUTURE cita en Fundamentos...varios ejemplos extraídos de la legislación española anterior a la codificación —el Fuero Viejo de Catilla (sic), las Leyes de Partidas— que muestran el verdadero absurdo, a varios siglos de distancia naturalmente, de aquellas soluciones por las cuales la ley imponía al Juez, pero si ambas partes presentaban el mismo número de testigos, prevalecían los que eran de mejor fama, y así sucesivamente.” TARIGO, Enrique E. “Lecciones de Derecho

cios de contenido general que derivaban de la experiencia –conocidas como “máximas de la experiencia”–.

En la actualidad, los sistemas que se basan en la prueba legal no encuentran su justificación en esas concepciones sociales, sino en la seguridad jurídica³²⁹ y en las llamadas “máximas de la experiencia”.

Estas últimas son esenciales en la valoración de la prueba. Constituyen definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, que se obtienen de la experiencia y se utilizan como valor general para casos posteriores³³⁰. Montero Aroca señala que en este sistema la aplicación de esas máximas se da de la siguiente forma:

1) La valoración de la prueba es una operación mental que se manifiesta en un silogismo en el que la premisa menor es el medio de prueba (por ejemplo la declaración del testigo, el contenido del documento, etcétera); la premisa mayor la constituye la máxima de la experiencia y la conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar³³¹.

2) En este sistema, las máximas de experiencia son establecidas por el legislador. En consecuencia, este se ve imposibilitado para aplicar la que considere necesaria para un caso concreto.

Así por ejemplo, cuando el ordenamiento jurídico le otorga carácter de plena prueba a la confesión de hechos desfavorables al confesante (artículo 338 del Código Procesal Civil) y a la prueba que consta en un documento o instrumento público (artículo 370 del Código Procesal

Procesal Civil”. Compilado por PARAJELES VINDAS, Gerardo, en LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, 1999, p. 335.

329 MONTERO AROCA, Juan. *Ob. cit.*, p.313.

330 MONTERO AROCA, Juan. *Ob. cit.*, pág. 313.

331 MONTERO AROCA, Juan. *Ob. cit.*, pág. 313.

Civil), al juzgador se le está dando un mandato para que valore esa prueba en una determinada forma.

En el caso de la confesión de hechos desfavorables, el ordenamiento jurídico se fundamenta en una máxima de experiencia, como lo es el hecho de que, por lo general, nadie confiesa en su propio perjuicio. En el caso de los documentos e instrumentos públicos, su carácter de plena prueba deviene de un principio de seguridad jurídica, en virtud de que son emitidos por un funcionario que cuenta con fe pública³³².

1.3.2. SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN O VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN CONCIENCIA

Este sistema es el resultado del proceso revolucionario francés de finales del siglo dieciocho, específicamente en materia criminal. Se enfrenta a los excesos de la prueba tasada promoviendo la libertad del juzgador –jurado– en la valoración de los medios probatorios. Es un juzgamiento que interpela a la conciencia del juez, quien, a su vez, queda eximido de justificar su fallo, en tanto su condición soberana constituía suficiente sustento de lo resuelto. Se ha dicho que el fallo deja de ser el resultado de un proceso razonado en el sentido de justificado, para convertirse en

332 “La eficacia probatoria de la confesión de hechos desfavorables se basa precisamente en la máxima de experiencia que demuestra que nadie confiesa en contra de uno mismo si los hechos son falsos, pues si es normal mentir para obtener un beneficio, no cabe dentro de un juicio medianamente lógico mentir para obtener un perjuicio; por la misma razón, desde el punto de vista probatorio, no son atendibles las declaraciones favorables de uno mismo. En cuanto a los documentos, se impone una máxima de experiencia en cuanto a los documentos públicos, la seguridad del tráfico jurídico exige la necesidad de ofrecer la fe pública a determinados funcionarios (notarios, agentes, secretarios, etc.) en el ejercicio de sus funciones, de modo tal que aquello que autorizan, oyen o ven queda investido de certeza.”PARAJELES VINDAS, Gerardo. *Ob. cit.*, p. 325.

una declaración de voluntad, solo sujeta a la conciencia de los juzgadores³³³.

Para este sistema, la decisión del juzgador no necesariamente se debe apoyar en la prueba que consta en los autos, sino que puede basarse en circunstancias y pruebas que no consten en ellos³³⁴.

En principio, se podría pensar que algunas manifestaciones de este sistema las encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, en las materias del derecho agrario y laboral. Sin embargo, analizaremos cómo la jurisprudencia se ha encargado de interpretar estas disposiciones para darles una aplicación que corresponde a la del sistema basado en la sana crítica.

Primeramente analicemos el artículo 493 del Código de Trabajo. Esa norma establece que *“Salvo disposición expresa en contrario de este Código, en la sentencia se apreciará la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas del Derecho Común; pero el Juez al analizar la que hubiere recibido, está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier otra naturaleza en que funde su criterio.”* (El subrayado no es del original).

333 “La ruptura con el sistema de la prueba apriorística se produce históricamente primero en el proceso penal y es obra de los ideólogos de la Revolución Francesa; esa ruptura estuvo íntimamente unida al establecimiento del jurado y acabó convirtiendo la valoración de la prueba en una declaración de voluntad y no de certeza o de conocimiento...” MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 314. En el mismo sentido ver SENTIS MELENDO, Santiago. Ob. cit., pp. 253, 254.

334 “En cuanto a la libre convicción, debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes...Dentro de este método, el juzgador adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos...”. PARAJELES VINDAS, Gerardo. Ob. cit., p. 325.

La Sala Constitucional, con motivo de la interposición de una acción de inconstitucionalidad contra ese artículo, dictó el voto número 4448 de las nueve horas del treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis, en el que, a pesar de declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad contra esa norma, indicó que es una obligación del juzgador el fundamentar el fallo de acuerdo con las reglas de la sana crítica y de la razonabilidad. Específicamente, la Sala estableció que el valorar la prueba en conciencia no significa resolver de forma arbitraria, por cuanto los jueces –como funcionarios públicos– estamos sujetos al principio de legalidad, por lo que no es posible dictar una sentencia que vaya en contra de los principios constitucionales de sana crítica y de razonabilidad, ya que estos forman parte del principio del debido proceso. Por ende, se infringe ese principio cuando se dicta una sentencia tan solo con base en la conciencia del juzgador, esto es, sin tener que justificar su fallo en las reglas de la sana crítica o en el principio de razonabilidad³³⁵.

Por otra parte, el numeral 54 de la Ley de la Jurisdicción Agraria tiene una redacción similar a la del 493 del Código de Trabajo. Esa norma dispone:

“La sentencia deberá resolver todos los puntos que hayan sido objeto de debate, y no comprenderá más cuestiones que las debatidas.”

335 “Debe hacerse la advertencia que lo que sí resulta contrario al orden constitucional es el fallar en conciencia y con total prescindencia de los demás elementos de convicción, tal y como lo señaló esta Sala en sentencia de constitucionalidad número 5546-95, de las quince horas seis minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro. Con fundamento en lo anterior, es que procede interpretar la norma en cuestión de tal manera que no resulta inconstitucional la facultad de los jueces laborales de apreciar la prueba en conciencia, siempre y cuando se dicte un fallo fundamentado, en aplicación de las reglas de la sana crítica y razonabilidad...”. Voto n°. 4448-96 de la Sala Constitucional.

Al resolver sobre el fondo del negocio, el juez apreciará la prueba a conciencia y sin sujeción estricta a las normas del derecho común, pero, en todo caso, al analizar el resultado de la prueba recogida en el proceso, deberá expresar los principios de equidad o de derecho en que basa su criterio.” (El subrayado no es del original).

A pesar de que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que esa norma permite la aplicación del sistema de libre convicción en detrimento del de sana crítica³³⁶, este criterio iría en contra de lo establecido por la Sala Constitucional en el voto antes comentado.

1.3.3. EL SISTEMA DE VALORACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA SANA CRÍTICA

A diferencia del sistema de prueba tasada, en el de sana crítica la valoración no se realiza sujetándose al valor que le otorga el ordenamiento jurídico a cada uno de

³³⁶ *En cuanto a esto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado: “III. Sobre el sistema de valoración de la prueba en materia agraria esta Sala se ha pronunciado en múltiples oportunidades. La libre valoración de la prueba es un sistema diferente a la sana crítica racional. La primera surge como la convicción de Juez que adquiere mediante el contacto directo con la prueba, el lugar de los hechos y la apreciación de todos estos elementos en conciencia. En este sistema no existe la sujeción estricta a criterios preestablecidos, solo cuando se procede a valorar debe el juez expresar los principios de equidad o de derecho sobre los cuales se funda, (entre muchas se puede consultar la sentencia de esta Sala número 70 de las 15 horas 15 minutos del 3 de noviembre de 1993). Por ello no es de recibo la queja del apoderado de la recurrente al alegar una violación de las normas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, porque este sistema es propio del proceso civil. En este proceso agrario el juzgador se sirve de la ley civil para resolver el fondo del asunto, pero ello no implica que deba interpretarlas con el sistema del proceso civil. Todo lo contrario, el artículo 54 de la Ley de Jurisdicción Agraria expresamente ordena al juzgador la forma de valorar la prueba, la cual es en conciencia y sin sujeción estricta a las normas del Derecho común. No obstante como se analizará en considerandos posteriores la prueba no ha sido debidamente valorada por los motivos que se dirán...”* Voto n°. 102-01.

los medios de prueba, tampoco se resuelve sin razonar el fallo, como sucede en el sistema de la íntima convicción; sino de acuerdo con la libre apreciación razonada de la prueba³³⁷.

Conforme a este sistema, el juez debe expresar sus conclusiones sobre la valoración de la prueba, indicando por qué considera que determinan la verdad de lo acontecido. Además, esas conclusiones deben partir de lo que se ha denominado sana crítica, a lo cual se hará referencia de inmediato.

El término “sana crítica” se comenzó a utilizar en el artículo 317 de la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855, con respecto a las funciones del Consejo Real. Específicamente, esa norma establecía que: “*Los jueces y los tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*”. Caravantes –citado por Sentis Melendo–, señalaba que, en realidad, los antecedentes de esa norma se encuentran en los numerales 147 y 148 del Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado Español, en cuanto indicaban que dicho Consejo debía apreciar “*según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones*”³³⁸.

Para autores como Devis Echandía y Sentis Melendo, esa norma rompía todos los principios del sistema tarifa-

³³⁷ *Casimiro Varela citando a Devis Echandía señala que: “Igualmente dice DEVIS ECHANDIA que “sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso...”* VARELA, Casimiro. *Diversos sistemas de apreciación de la prueba*. En “La Prueba en materia civil”. PARAJELES VINDAS, Gerardo. Ob. cit., p. 311.

³³⁸ *SENTIS MELENDO, Santiago. “La Prueba”. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 259.*

do legal de la prueba, ya que permitía al juzgador valorar prudencialmente la declaración de los testigos, pudiendo llegar a la conclusión de tener por probado un hecho con solo la deposición de uno de ellos, a pesar de la existencia de dos o más que declarasen lo contrario. Esto, claro está, dando siempre las razones por las que llegaba a esa conclusión, como por ejemplo, las facultades síquicas del testigo, su moralidad, el contenido de su declaración, su probidad, etcétera³³⁹.

Tal disposición, que en principio solo se refería a la valoración de la testimonial, fue implementada a su vez en otras normativas, lo que permitió la aplicación de la “*sana crítica racional*” para la valoración de otros medios de prueba³⁴⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 330 del Código Procesal Civil establece que los jueces deben apreciar los medios de prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal en contrario.

1.3.3.1. ¿QUÉ ES LA SANA CRÍTICA?

La doctrina procesal se ha enfrentado con el problema de definir qué es la sana crítica.

Según lo señala Sentis Melendo, ni las leyes, ni la doctrina, ni la jurisprudencia han definido ese concepto. Para

339 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *ob. cit.*, p. 105. SENTIS MELENDO, Santiago, *ob. cit.*, pp. 259-261.

340 Sentis Melendo señala que Caravantes efectuaba una interpretación analógica entre esa norma y lo dispuesto por el artículo 82 del Decreto de 20 de junio de 1852 sobre Jurisdicción de Hacienda y por la regla 45 de la Ley Provisional para la aplicación del Código Penal. El primero en cuanto establecía que las reglas ordinarias de la sana crítica racional debían aplicarse a los indicios, datos y comprobantes de toda especie que aparecieran en la causa. La segunda porque señalaba que esas reglas debían aplicarse para examinar y valorar las pruebas en cuanto a la criminalidad del acusado. SENTIS MELENDO, Santiago, *ob. cit.*, p. 260.

algunos se identifica con la lógica, con el buen sentido basado en la ciencia, la experiencia y la observación; con las reglas del correcto entendimiento humano; con la crítica o el criterio racional o con la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces³⁴¹. Por ello resulta difícil obtener una noción concreta de ese concepto.

Con la finalidad de aclarar un poco el problema, me parece importante exponer el criterio de autores como Rafael de Pina y Santiago Sentis Melendo, para quienes la definición de la sana crítica no se debe buscar en las leyes, sino en las mujeres y los hombres que aplican la justicia.

Al respecto Sentis Melendo, citando a De Pina, afirma: “*En conjunto todo el problema de la sana crítica podría resolverse con la sencillez con que lo resuelve, acaso mejor, con que lo plantea Rafael De Pina cuando nos dice “Recomendar al juez que en la apreciación de la prueba testifical (como en cualquier otra manifestación de su actividad profesional) tenga en cuenta las reglas normas del pensamiento lógico, resulta excesivo, porque si el funcionario judicial se halla en su cabal juicio procederá de tal forma, sin necesidad de semejante recomendación, y si no lo hiciera, demostraría una incapacidad absoluta para el cargo, que justificaría plenamente su separación fulminante”. Ciertamente, estas afirmaciones del profesor que fue de Sevilla y después de México, tan llenas de cordura, nos dicen una vez más que la justicia es cuestión de hombres y no de leyes; y que, por tanto, más que a la sana crítica, deberíamos estar dedicando todas estas páginas al SANO CRITERIO; más que de la sensatez de las resoluciones ocuparnos de la sensatez del juzgador; en seguida veremos que esa figura del “hombre sensato” y del “hombre medio”, que, en nuestro caso, puede traducirse por el “juez sensato” es la que especialmente interesa y puede ser de-*

341 SENTIS MELENDO, Santiago. *Ob. cit.*, p. 266.

*cisiva porque: es siempre la figura del juzgador la que interesa como sujeto del proceso...*³⁴².

Por eso, lejos de buscar llenar el vacío de ese concepto indeterminado que es la “sana crítica”, lo aconsejable es determinar cuál es el sano criterio que se requiere en los juzgadores, los cuales constituyen las figuras esenciales dentro de este sistema fundamentado en la sana crítica. Dependiendo de esto, se exigiría un grado de “sensatez” de parte de ellos para razonar sus resoluciones. Así, utilizando parámetros similares como los referidos a la “diligencia del hombre medio” o “la del buen padre de familia”, se podría utilizar la figura del “juzgador sensato” para determinar cuál es el grado de fundamentación con que se debe dictar una resolución judicial.

Según Sentis Melendo, esta figura del “juez sensato” difiere de lo que podríamos llamar un “juez especialista en cuestiones de derecho”. Dicho autor, recurriendo a frases utilizadas en la obra “Los Elogios del Juez escritos por un abogado”, de Calamandrei, indica: “...*Aquí no se necesita el juez de profundos conocimientos de derecho, de ciencia jurídica, ese juez especialista en cuestiones de derecho que Calamandrei nos ha pintado siempre magníficamente, se trata, sencillamente, del juez con buen criterio; de aquél en que predomina la “rápida intuición sobre los dotes de la inteligencia”; el juez que posee “el sentido de la justicia, mediante el cual se aprecian los hechos y se siente rápidamente de qué parte está la razón”; “en el juez no cuenta la inteligencia; le basta poseer la normal para llegar a comprender, como encarnación del hombre medio quod omnes intellegunt; importa, sobre todo la superioridad moral”...*”³⁴³.

342 SENTIS MELENDO, Santiago. Ob. cit., p. 274.

343 SENTIS MELENDO, Santiago, ob. cit., p. 281.

En conclusión, el concepto de sana crítica jurídica se refiere a una serie de reglas indeterminadas, generalmente relacionadas con la lógica, la experiencia y la psicología, las cuales no pueden llenarse, pues su indeterminación crea precisamente un amplio camino por el que el juez puede transitar. El concepto de “juez sensato” de alguna forma coadyuva a clarificar esa definición, pues centra la atención en el juez y su actuar, pero es igualmente indeterminado, lo que no podría ser de otra forma por la amplitud que se entiende de esta forma de valoración.

1. 3. 3. 2. LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

Como una consecuencia de la indeterminación del concepto de sana crítica, también la doctrina procesal ha encontrado enormes dificultades para establecer cuáles son las “reglas” que la conforman. Para algunos devienen de una actividad lógica y psicológica desplegada por el juzgador en lo que concierne a la apreciación de la prueba³⁴⁴.

Para otros, dichas reglas no pueden ser especificadas, sino que dependen de criterios racionales fundamentados en la lógica, la psicología y la experiencia que, utilizados en conjunto, se transforman en instrumentos para crear un estado de convicción en la mente del juzgador sobre determinados hechos.

Con el fin de precisar un poco más el sustrato del sistema en cuestión, la Sala ha indicado que este sistema de valoración no constituye una facultad ilimitada, por el contrario, el juzgador queda sujeto a las siguientes limi-

344 Casimiro Varela, citando a Sentis Melendo, indica que este autor señala que la sana crítica es un concepto difuso “...ya que algunos hablan de la actividad lógica y psicológica, de la soberanía en la apreciación de las pruebas, en la crítica y el arte crítico de las pruebas, etc., en términos que no adoptan una posición precisa sobre el tema...”. VARELA, Casimiro. Ob. cit., p. 313.

taciones: a) está obligado a fundamentar su sentencia en apreciaciones o razonamientos que tengan como base elementos probatorios que se extraigan de los autos, sin posibilidad de aplicar el conocimiento privado que pueda tener acerca de los hechos y b) debe analizar las probanzas en conjunto otorgándole a cada una de ellas el valor que le corresponde³⁴⁵.

Por último, cabe mencionar que la misma Sala ha considerado que se infringen los principios de la sana crítica cuando la interpretación que el juzgador efectúa de los hechos acreditados, mediante los medios de prueba, es absurda y arbitraria, contraria a la lógica o al sentido común.

1.4. EL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA QUE ESTABLECE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Una vez analizados los distintos sistemas de valoración de la prueba en materia civil, es momento de señalar cuál de estos se aplica en nuestro ordenamiento procesal.

Del análisis que hemos hecho de los sistemas de valoración y de los distintos criterios jurisprudenciales, es fácil concluir que en Costa Rica existe un sistema que posee

³⁴⁵ “En el proceso de valoración de los elementos de juicio, de conformidad con la sana crítica no basta aplicar la lógica, es también oportuno recurrir a las reglas de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología y la técnica, que son las que verdaderamente dan al Juez el conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir con certeza lo que es verdadero de lo que es falso. VIII.- Al adoptar el Juzgador una decisión con respecto al proceso, haciendo uso de estas reglas, se encuentra sujeto a varias limitaciones, puesto que no se trata de un mecanismo legal que pueda utilizar de manera absoluta e irrestricta. Así: a.-Está obligado a fundamentar en la sentencia sus apreciaciones o razonamientos solo en los elementos constantes en los autos, sin que pueda aplicar el conocimiento privado que eventualmente pudiera tener sobre los hechos. Y; b.- Debe respetar el valor que la ley le señala expresamente a algunas probanzas...”. Voto n°. 67 de las quince horas quince minutos del veinte de octubre de mil novecientos noventa y tres.

características propias de aquel fundado en la sana crítica, pero a su vez tiene ciertos elementos del tarifado legalmente.

Esta afirmación se extrae de la lectura de los artículos 330, 338 y 370 del Código Procesal Civil. En principio, el artículo 330, como lo indicamos anteriormente, establece que el juzgador debe apreciar los medios de prueba en conjunto, con fundamento en las reglas de la sana crítica, salvo texto legal en contrario. Esta salvedad se refiere a aquellos casos en los que el Código Procesal Civil –de acuerdo con el sistema de prueba legal o tasada–, le confiere un valor legal a la prueba que se extrae de ciertos medios de prueba, tales como la confesión de hechos desfavorables al confesante y los documentos e instrumentos públicos, los cuales por disposición legal tienen el carácter de “plena prueba”.

Lo anterior implica que aunque el juzgador debe apreciar la prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, está obligado también a otorgarle un determinado valor probatorio a los medios de prueba antes indicados –tasados por el legislador–.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en los votos números 67, de las quince horas quince minutos del veinte de octubre de mil novecientos noventa y tres, 74 de las quince horas diez minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y siete, y 104 de las catorce horas cuarenta minutos del diecinueve de noviembre de ese mismo año, al referirse a la interpretación del numeral 330, indicó:

“En este sentido, al interpretar esa norma jurídica, debe tenerse presente que la frase “...apreciarán los medios de prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica,...”, no significa que los Juzgadores estén librados y puedan pasar

por inadvertida la llamada prueba tasada, es decir aquella a la que la ley le asigna un determinado valor, como ocurre en nuestro ordenamiento con los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos y con la confesión (artículo 338 y 370 Ibidem) que ostentan el carácter de plena prueba, pues éste es el principio que rige en materia civil, al seguir el Código de rito (sic) y el Código Procesal Civil el sistema mixto, con algunas pruebas legales o tasadas y otras sujetas a la libre apreciación.”

En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico procesal aplica un sistema de valoración de la prueba cuyas bases principales se encuentran en el sistema de la sana crítica, pero que debe ser desarrollado junto con algunas normas que le otorgan un valor “legal” a cierto tipo de prueba.

1.5. CONCLUSIONES

Las conclusiones de esta sección son las siguientes:

1) La apreciación de la prueba la desarrolla el juzgador al realizar dos actividades intelectuales distintas. La primera es la interpretación de la prueba y la segunda es la valoración de la misma.

2) La interpretación se produce cuando el juzgador, sin valorar el resultado de los distintos medios de prueba, establece lo que se extrae de cada uno de ellos. La valoración consiste en decidir si la prueba es creíble o no, y si confirma los hechos que sustentan las posiciones de las partes. Es un procedimiento que no ha de aplicarse solo a una probanza, sino a todas, pues la finalidad es la determinación de lo cierto, o al menos, de lo que el juzgador considera cierto.

3) Los sistemas de valoración de la prueba se dividen en: sistema de prueba legal, sistema de valoración libre o de libre convicción y sistema de valoración con fundamento en la sana crítica.

4) El sistema de prueba legal se fundamenta en la idea de que es al ordenamiento jurídico al que le corresponde establecer el valor que el juzgador le debe asignar a un determinado medio de prueba.

5) En el sistema de libre valoración, la decisión del juzgador no necesariamente se debe apoyar en la prueba que consta en los autos, sino que puede basarse en circunstancias que no consten en los autos.

6) El sistema de sana crítica se basa en que la valoración de la prueba no se realiza de acuerdo con el valor que le otorga el ordenamiento jurídico a cada uno de los medios de prueba, ni en la conciencia del juzgador, sino de acuerdo con la libre y razonada apreciación de la prueba por parte de este.

7) De la lectura de los artículos 330, 338 y 370 del Código Procesal Civil, se deduce que nuestro ordenamiento jurídico procesal aplica un sistema de valoración de la prueba que tiene sus bases principales en el sistema de la sana crítica, pero que debe ser desarrollado junto con algunas normas que le otorgan un valor “legal” a cierto tipo de prueba.

Como continuación de este tema, desarrollaremos las formalidades que debe contener el fallo en cuanto a la incorporación de elementos probatorios.

2. LAS FORMALIDADES QUE DEBE CONTENER EL FALLO EN RELACIÓN CON ASPECTOS PROBATORIOS

2.1. INTRODUCCIÓN

Anteriormente analizamos los tres sistemas de valoración de la prueba que existen en la doctrina procesal civil, a saber: el sistema de prueba legal, el de libre convicción y el de sana crítica. Asimismo, concluimos que nuestro Código Procesal Civil aplica un sistema mixto de valoración de la prueba que tiene su fundamento, esencialmente, en la sana crítica, pero que también cuenta con características propias de un sistema de tasación legal.

A continuación desarrollaremos el tema de las formalidades que deben contener las resoluciones judiciales, específicamente en cuanto a aspectos de prueba.

2.2. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN GENERAL

Las resoluciones judiciales constituyen actos que expresan la potestad jurisdiccional y son dictadas por la gestión de las partes u oficiosamente³⁴⁶.

El artículo 153 del Código Procesal Civil clasifica este tipo de resoluciones en cuatro grupos: providencias, autos, sentencias y autos con carácter de sentencia. Las providencias constituyen resoluciones de mero trámite. Los autos, a diferencia de las primeras, sí contienen un juicio valorativo o criterio del juzgador. Las sentencias son resoluciones en las que se deciden, definitivamente, las pretensiones formuladas en la demanda o en la reconvencción, y los autos con carácter de sentencia son aquellos

³⁴⁶ DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. "DERECHO PROCESAL CIVIL". Tomo II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1997, p. 147.

que se dictan al resolver excepciones o pretensiones incidentales que ponen término al proceso.

Nuestro Código Procesal Civil dispone, como principio general, que todas las resoluciones deben ser claras, precisas y congruentes. Debe identificarse el órgano jurisdiccional que la dicta³⁴⁷, e indicarse el lugar, el día, la hora, el mes y el año.

Sin embargo, no existe ninguna disposición normativa que, de forma general, establezca cuáles son las formalidades que han de contener las resoluciones judiciales.

El numeral 155 *ibídem* establece únicamente los requisitos formales de las sentencias, lo que en la práctica genera algún tipo de confusión sobre cuáles son las formalidades que deben cumplir los otros tipos de resoluciones. Por ejemplo, es común que nos cuestionemos si al resolver un incidente de prescripción extintiva de la obligación debe incluirse un considerando en donde se analice la confesión en rebeldía del incidentado; o si en la resolución en la que se resuelve una excepción previa deben o no formularse "hechos probados". Situaciones como estas serán analizadas con posterioridad.

No obstante, para efectos de este texto, conviene primero analizar las formalidades que debe contener una sentencia en relación con la inserción de los elementos probatorios obtenidos en la etapa de conocimiento del proceso.

³⁴⁷ GOZÁINI indica que la identificación del órgano jurisdiccional que dicta el fallo constituye un requisito subjetivo de la sentencia. Al respecto señala "la eficacia de la sentencia depende de la jurisdicción que ostente quien vaya a dictarla. Ese recaudo supone tener competencia para declarar el derecho aplicable; su ausencia priva de legitimidad el fallo...". GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. Ob. cit., p. 242.

2.3. LOS REQUISITOS FORMALES DE LA SENTENCIA EN RELACIÓN CON LA INSERCIÓN DE ELEMENTOS PROBATORIOS

Según lo indica la doctrina, la sentencia es un proceso lógico que se desarrolla confrontando los hechos probados con lo que el derecho establece para la solución del caso en concreto³⁴⁸.

La sentencia es un acto jurídico procesal donde el juzgador ejerce su potestad jurisdiccional, adecuando las situaciones de hecho acreditadas en el proceso a lo establecido por el ordenamiento jurídico³⁴⁹.

El artículo 155 del Código Procesal Civil indica que las sentencias deben resolver todos los puntos que hayan sido objeto de debate; igualmente, establece cuál es el orden estructural que estas deben contener. Dicha estructura se divide en cuatro partes: el encabezado³⁵⁰, el

348 “La elaboración de la sentencia...se trata de subsumir las circunstancias que se consideren probadas a las realidades que establecen las normas preexistentes, sin que esa tarea signifique forzar el encuadre legal o extralimitar sus alcances...”. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. “TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL”. Editora Ediar S.A., Buenos Aires, 1999, p.240.

349 “...la sentencia representa el acto jurídico procesal donde se reúnen todas las potestades de la jurisdicción y...simultáneamente acceden inteligencia sobre los hechos y adecuación de las normas: el producto es justamente la creación de una nueva situación o relación jurídica...”. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Ob. cit., p. 253.

350 *A pesar de que el inciso 1) del numeral 155 ibídem señala que en el inicio del llamado “encabezado” se da la indicación de los nombres y las calidades de las partes y sus apoderados y la condición en que litigan, en realidad, esa parte de la sentencia, se inicia con la identificación del órgano jurisdiccional que dicta el fallo, así como el señalamiento del lugar, hora, día, mes y el año en que se dicte –artículo 153 ibídem–.* Son estos datos, aún más que los referentes al nombre de las partes y de sus abogados, los que permiten determinar cuál fue el órgano jurisdiccional que dictó el fallo, así como las coordenadas de tiempo y lugar en que esa decisión se dictó. (Consultar en este sentido a ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y RODRÍGUEZ CAMPOS,

resultando³⁵¹, los considerandos y la parte dispositiva o por tanto.

En razón de los objetivos de este texto, haremos hincapié en aquellas partes que guardan relación con la inserción de ciertos elementos probatorios dentro del fallo, lo cual, según el orden establecido por el artículo en cuestión, se da en la parte considerativa del mismo.

Específicamente, los apartes b), c), ch) y d) del inciso 3) del numeral 155 son los que establecen las formalidades que ha de contener el fallo en cuanto a la inserción de dichos elementos. Dentro del orden estructural de la sentencia se debe destacar que, incluso antes de la elaboración de los hechos probados, se ubican dos pronunciamientos esenciales, como lo son: 1) el que analiza la procedencia o no de los “incidentes relativos a documentos presentados en forma extemporánea” y 2) el que versa sobre el análisis de la confesión en rebeldía. Tales pronunciamientos tienen una incidencia directa en la formación definitiva de los hechos probados.

Su ubicación obedece al razonamiento lógico que debe contener el fallo, en virtud de que, si analizamos la sentencia como un gran silogismo, la premisa menor de este se encuentra conformada por los hechos históricos concretos que el juzgador tiene por demostrados. Solo al formar esa premisa es que podemos llegar a formular la premisa mayor, que consiste en la aplicación de las nor-

Alexánder. “LOGICA JURÍDICA Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL”. Editorial Jurídica Continental, 2002, San José, pág. 48, asimismo, DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, ob. cit., p. 151.

351 *El inciso 2) del artículo 155 ibídem dispone que el “resultando” se elabora mediante párrafos separados y numerados en los que se consigna: a) un resumen de las pretensiones; b) la respuesta de la parte demandada y, c) la indicación de que se han observado las prescripciones de ley en la sustanciación del proceso, señalando las omisiones o defectos en que se ha incurrido.*

mas jurídicas a esos hechos que conforman la premisa menor³⁵².

Refiriéndose a este punto, Montero Aroca señala que dentro de este juicio mental o silogismo, que es la sentencia, el juzgador debe fijar primeramente cuáles son los hechos –entre los alegados por las partes y debatidos en el proceso–, que se deben considerar como probados, por ser esta la premisa necesaria para obtener una determinada conclusión a favor de alguna de las partes³⁵³.

2.3.1. SOBRE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS EN FORMA EXTEMPORÁNEA

Cuando el aparte b) del inciso 3) del artículo 155 establece la obligación del juzgador de resolver en el fallo acerca de los incidentes relativos a documentos, se está refiriendo precisamente a aquellos documentos que han sido ofrecidos de forma extemporánea (artículo 293 ibídem), o sea, fuera de los plazos normales de ofrecimiento, cuya procedencia debe ser establecida en la sentencia definitiva.

El artículo 293 dispone que después de la demanda y de la contestación, no es posible presentar otros documentos, salvo los siguientes:

1) *“Los de fecha posterior a dichos escritos.”*

2) *“Los anteriores cuya existencia jure no haber conocido antes la parte que los presenta.”*

352 “la sentencia, se presenta, en efecto, como un silogismo, en el que la premisa mayor está constituida por los hechos subsumibles en las normas, siendo el fallo la conclusión. Esta visión es útil y la empleamos con frecuencia, incluso para mostrar el descubrimiento de las premisas mayores de carácter fáctico, tan necesarias en la subsunción de los hechos históricos concretos (premisas menores fácticas) en las normas...”. DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. cit., p. 418.

353 MONTERO AROCA, Juan. *“LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL”*. Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 319.

3) *“Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, siempre que, en su caso, se haya hecho oportunamente la designación del archivo o lugar en que los mismos se encuentren”* (este supuesto debe relacionarse con lo indicado en el numeral 292 ibídem).

4) *“Aquellos que, no siendo fundamento de la demanda, sirvan para combatir excepciones del demandado o constituyan una prueba complementaria.”*

Así las cosas, el pronunciamiento sobre documentos extemporáneos debe realizarse en los anteriores supuestos.

2.3.2. LA CONFESIÓN EN REBELDÍA

El aparte c) del inciso 3) del artículo 155 establece que antes de la elaboración de los hechos probados, el juzgador debe efectuar un análisis de la confesión en rebeldía.

Como lo analizamos en la sección 1 de la Unidad II de este texto, la confesión judicial de hechos personales desfavorables al confesante tiene el valor de plena prueba (artículo 338 del Código Procesal Civil). La confesión en rebeldía se produce cuando el confesante no acude al señalamiento efectuado con la finalidad de recibir su declaración –artículo 343 ibídem–, por lo que, como consecuencia de esa inasistencia, el ordenamiento procesal crea la “ficción jurídica” de que la parte contestó afirmativamente las preguntas que le serían formuladas en ese momento procesal.

Al igual que sucede en el caso de los “incidentes de prueba documental extemporánea”, la ubicación del análisis de este tipo de confesión, antes de la elaboración de los hechos probados, obedece a que por la condición de plena prueba que, en principio, tiene la confesión, es importante valorar cuáles hechos, relevantes para el pro-

ceso, se pueden extraer de esa confesión en rebeldía de una de las partes.

Como acto previo al análisis de la confesión en rebeldía, el juzgador debe tener a la vista el pliego de preguntas o el acta en la que estas fueron calificadas y admitidas por el despacho, en el momento en que la parte proponente se presentó a la diligencia. En la práctica, muchas veces ocurre que esa calificación y admisión de las preguntas no se realiza con anterioridad. A pesar de ese vicio, la situación puede ser subsanada si tal calificación y admisión se hace al momento de dictar el fallo; no obstante, lo aconsejable sería hacerlo en un considerando aparte del de la confesión en rebeldía, en el que se señale ese vicio procesal y se proceda a calificar las preguntas.

Otra circunstancia que se puede presentar tiene que ver específicamente con la calificación. Esto sucede cuando el juez que presidió la diligencia de evacuación de la prueba, a la que no acudió el confesante, califica y admite ciertas preguntas, las cuales, al momento de ser valoradas por el juzgador que va a dictar la resolución de fondo, lo llevan a la conclusión de que no debieron ser admitidas por determinadas circunstancias, como por ejemplo, por no ser hechos personales del confesante, o bien porque debido a la formulación de las preguntas no puede extraerse ningún elemento probatorio, ni aun teniéndola por contestada afirmativamente. Citemos ejemplos para dar claridad a estos casos.

En el Juzgado Primero Civil de San José se tramita el proceso ordinario de Pedro contra Silvia. Pedro ofrece como prueba que se llame a confesión a Silvia. Al momento de la diligencia de recepción de prueba, Silvia no acude a la misma. Debido a esto, el abogado de Pedro procede a formular las preguntas que iban a ser realizadas a la confesante, entre las que se encuentran las siguientes: “¿Es cierto que Julia es la propietaria de una finca inscrita

en el Registro Público?”, “¿Pedro recibió de Julia la suma de cien mil colones por concepto de alquiler de ese inmueble?”. El juzgador califica y admite ambas preguntas, cuando en realidad evidentemente se trata de cuestionamientos acerca de hechos no personales de Silvia, que es la confesante, por lo que, a pesar de que fueron admitidas y calificadas en su oportunidad, no pueden utilizarse como fundamento probatorio para cimentar la decisión del juzgador y así se debe indicar en el considerando sobre la confesión en rebeldía.

La otra situación se presenta cuando la forma en la que fueron redactadas las preguntas no permite extraer elementos probatorios de estas, a pesar de tenerlas por contestadas en forma afirmativa.

En el mismo proceso de Pedro contra Silvia se incluyen las siguientes preguntas: “¿dónde estuvo usted el día 21 de setiembre del año en curso?”, “¿cuánto pagó usted por el alquiler de la finca propiedad de Pedro?”, “¿pagó usted mediante cheque certificado o con dinero en efectivo?”. En estos casos, es necesario que el juzgador indique esa situación dentro del análisis de la confesión en rebeldía.

Estos ejemplos los citamos porque cada vez más se constituye en un error común de nuestros juzgadores, el formular los hechos probados sin hacer primero un pronunciamiento acerca de la confesión en rebeldía, lo cual genera que los tribunales anulen las sentencias con fundamento en esa omisión.

Por otra parte, no debemos olvidar la circunstancia de que la confesión en rebeldía es una “ficción jurídica”, tal y como en forma reiterada lo ha establecido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia³⁵⁴.

354 “La confesión ficta-expresa otro precedente, es un valor relativo y debe ser apreciada en armonía con las demás probanzas del expediente (Sentencia N° 78 de las 15 horas del 21 de junio de 1971). Esta Sala, por su parte, recientemente, mantuvo la misma línea jurisprudencial. La

Al respecto, se ha interpretado que la confesión ficta descansa en una presunción relativa y no absoluta, por lo que, por sí sola, no puede ser valorada como plena prueba, sino que debe ser apreciada junto con las demás probanzas que constan en los autos.

Ahora bien, existen dos criterios distintos en cuanto a la forma de elaborar el considerando sobre la confesión en rebeldía. Algunos sostienen que en dicho considerando el juzgador debe analizar cada una de las preguntas de las que es posible asumir una contestación afirmativa por parte del confesante, junto con el resto de los elementos probatorios que constan en los autos, para así extraer el contenido probatorio de la confesión en rebeldía.

En este sentido, la mayoría de la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil de San José ha indicado:

“...IV. El precepto 343 del Código Procesal Civil establece que si el llamado a confesar no compareciere, podrá ser tenido por confeso. Quiere ello decir que, en cada caso concreto, deberá valorarse si se tiene, o no, por confeso, a quien no compareció a la prueba correspondiente. De igual manera podrá tenersele como tal únicamente respecto a unas preguntas y no acerca de otras. Obviamente que al ser la confesión ficta una presunción iuris tantum, si hay prueba en contrario en los autos, no cabe tener al no compareciente por confeso. Lo mismo ocurre aún en el caso de que no habien-

confesión ficta descansa en una presunción de verdad. No es absoluta sino relativa. Por esta razón es susceptible de ser combatida por medio de otras pruebas. El fundamento lógico consiste en la imposibilidad del juzgador de atribuir a la parte declaraciones contrarias a las auténticas ofrecidas por él dentro del proceso (Sentencia N° 364 de las 14:10 horas del 26 de diciembre de 1990).” (Cotejar, además, fallo número 16 de las 14:40 hrs. del 13 de abril de 1994)”. (ver sentencia N° 76-98 de las 14 horas 50 minutos del 29 de julio de 1998)...”. Sentencia número 590-00. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

do prueba en contrario, la pregunta sea contraria a la lógica de las cosas, o bien, cuando no existan elementos de prueba complementarios que la hagan verosímil; pues resulta claro que la frase: “podrá ser tenido por confeso”, implica la aplicación de las reglas de la sana crítica para apreciar y valorar la idoneidad de cada una de las preguntas en relación con el resto de pruebas que obren en el expediente. En el caso bajo examen no cabe tener por confesa a la señora M. C. A. A., acerca de la pregunta número 1 del interrogatorio visible a folio 331. En dicha pregunta se afirma que los pagos efectuados por ella para la construcción de la casa que se hizo en el inmueble en disputa se realizaron con dinero que para ese efecto le daba don P.C. No existe en autos ninguna otra prueba complementaria en este sentido. De la documentación aportada –véanse folios 111, 112, 114, 115, 117, 122, 131 y 133–, así como de los testimonios rendidos por H. H. Ch. a folio 234 y por O. A. A. a folio 235, más bien se deduce que quien hizo esos pagos fue la señora M. C., sin que ello signifique tampoco que los efectuó con dinero de su exclusiva pertenencia; pues bien pudo ocurrir que los pagos se hicieran a nombre de ella, pero con dinero aportado por ambos, sean don P. y doña M. C., o bien, con dinero exclusivamente entregado por don P., o, por el contrario, dado del peculio exclusivo de ella. Hay duda al respecto. Así, mientras el testigo H. afirmó que con la venta que M. C. hizo de un terreno que le heredaron, en la sucesión de la madre de ella, fue que adquirió los materiales de construcción de la casa y que ella era quien pagaba las planillas de los trabajadores; el deponente A. señaló que si bien doña M. C. le entregaba el

dinero para pagar a los trabajadores y a ella era a quien él le pedía materiales, los que efectivamente llegaban, añadió que no sabía quién efectuaba el pago de ellos. Aparte de que concretamente expresó: “... No me consta si el dinero que recibía mis trabajadores y yo era de la accionada M. C. o se lo entregaba el actor...” (Folio 235 vuelto). No procede entonces, tener por contestada afirmativamente la pregunta número 1 del interrogatorio de folio 331 formulado a la confesante A. A.

V. Sí cabe tener por contestadas afirmativamente, por parte de doña M.C., las preguntas números 2, 3 y 4 de dicho interrogatorio, en la forma que se dirá. Dicha señora no acreditó en el expediente haber comprado algún terreno al señor O. B. C. Únicamente se cuenta con su afirmación, ayuna de pruebas, dentro del proceso de titulación de vivienda campesina, en donde manifestó haber adquirido el inmueble de dicho señor. Por el contrario, don P. sí aportó prueba de la que se deduce la adquisición –primero por su parte, y luego por la sociedad Inversiones Centella S. A., representada por él–, del inmueble en disputa a su anterior dueño, señor B. C. Lo que fue corroborado por este señor al contestar la contrademanda y rendir confesión. Además, como esposa que fue de don P., lógicamente tuvo conocimiento que el inmueble fue vendido por el señor B. a aquél. De lo que no tuvo conocimiento fue de la venta hecha por B. a I.C. S. A., pues en la época de dicha venta ya no convivía con el señor P., quien había salido para ese tiempo del hogar conyugal, por orden judicial. Nótese que esa venta ocurrió en mayo de 1993 –folio 12– y desde febrero de 1989 se le había prevenido a

don P. que abandonara el domicilio conyugal –folio 108–. De ahí que la pregunta número 3 se tiene por contestada afirmativamente de parte de doña M. C., pero en la siguiente forma: 3) Que ella siempre tuvo conocimiento que el inmueble en disputa lo vendió don O. B. a don P. C.. La cuatro, como se expresó, se tiene por respondida afirmativamente. No procede tenerla por confesa con respecto a la pregunta número 5, por la posible responsabilidad penal que pudiera haberle.

VI. Procede igualmente tener a la señora A. por confesa con relación a las preguntas números 6, 7, 8, 9 y 10; aclarando que respecto a la primera de dichas preguntas, sea la numerada 6, se le tiene por confesa únicamente en la primera parte de ella, es decir, se tiene por cierto: “Que ella le donó la finca en disputa a M. A. C. A”. No cabe tenerla por confesa con relación al resto de esa pregunta, por cuanto el hecho de donarle el inmueble al citado M. A., no implica, necesariamente, el poner obstáculos a la reivindicación del fundo. La donación se produjo por ser él hijo de la señora A. En punto a las numeradas 11, 12 y 13, no se tiene por confesa a doña M. C., por razones similares a las que se expresaron para no tener por respondida afirmativamente la pregunta 1. Obsérvese que se trata de preguntas similares a esta última. Finalmente, tampoco procede tenerla por confesa respecto a la pregunta número 14, por la posible responsabilidad penal que pudiere haberle. En síntesis, únicamente se tienen contestadas afirmativamente por parte de M. C. A. A. las preguntas números 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9 y 10. Denegándose la confesión ficta respecto a las numeradas 1, 5, 11, 12, 13 y 14, todas

del interrogatorio visible a folios 331 y 332.” (Voto número 94-2003 del Tribunal citado).

En ese mismo voto se establece otra posición, según la cual un análisis de esa naturaleza no debe realizarse en esa parte del fallo, sino en etapas posteriores. Al respecto se señala que ese considerando, únicamente, debe incluir los siguientes pronunciamientos: a) indicar por qué en el caso en concreto existe o no confesión en rebeldía y b) de encontrarnos en el primer supuesto, se deben admitir las preguntas que se tienen por contestadas en forma afirmativa y denegar por ejemplo aquellas que, por su redacción, no permiten extraer ningún elemento probatorio desfavorable al confesante; así como las que no constituyan hechos personales de este o que le pudieran hacer incurrir en responsabilidad penal, o que se refieran a derechos indisponibles (artículo 338, párrafo 2º del Código Procesal Civil).

Esa otra posición fue expuesta en el voto salvado dictado en la sentencia 94-2003, por el juez Juan Ramón Coronado Huertas, quien indicó:

“III.- En mi criterio, y desde luego respetando el de mis compañeros de Tribunal sobre el punto, la norma de comentario está redactada en términos potestativos y no imperativos con respecto a tener por confeso al llamado a confesar si no comparece al llamamiento hecho, pero ello es así porque en el momento en que el Juez hace el señalamiento para que se lleve a cabo la diligencia, no se sabe con certeza si en el momento en que se producirá la eventual incomparecencia del que ha de ser interrogado (que es un momento futuro, constituido por la hora y fecha señalada para realizar la diligencia) será legalmente posible tenerlo por confeso, porque perfectamente pueden presentarse circuns-

tancias que, aún y cuando no haya comparecido, realmente impiden tenerlo por confeso, distintas a aquellas constitutivas de justa causa para no haber comparecido, tales como que el interrogatorio presentado no verse sobre hechos pasados, personales, desfavorables al confesante y favorables a la otra parte, que como se sabe son los hechos que constituyen el objeto de la confesión (doctrina del artículo 338 del Código Procesal Civil); o que las preguntas se refieran a hechos relativos a derechos indisponibles (párrafo segundo del mismo numeral 338); o que se refieran a hechos no controvertidos o ajenos a lo que es materia de debate (numeral 316 ibídem). O bien que se den otras circunstancias tales como que el llamado a confesar no haya sido notificado del llamamiento con la debida antelación que señala la ley; o que simplemente el interrogatorio respectivo no haya sido presentado por el que pidió la prueba de confesión (artículos 343 y 336 ibídem, respectivamente).

IV.- Es en esos supuestos, mencionados solo a modo de ejemplo, que considero que el juez tiene la facultad o potestad de no tener por confeso en forma tácita en sentencia al que es llamado legalmente a confesar por la parte contraria, y no comparece sin tener justa que se lo impida. Pero si no media ninguna de esas situaciones, la consecuencia es que el juez debe tener por confeso al llamado a declarar. Eso es así sin perjuicio, desde luego, de la fuerza probatoria que pueda tener ese medio de prueba así producido, lo que debe ser objeto de análisis en un momento posterior dentro del fallo, junto con todas las demás pruebas producidas por ambas partes en el proceso, examen en

conjunto que, es sabido, debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal en contrario (numerales 155 inciso 3, apartes c) a d) y 330 del Código Procesal Civil).

V.- En otras palabras, en relación con la confesión ficta estimo que existen dos momentos fundamentales y claramente diferenciados, que deben ser tomados en cuenta a la hora de dictarse el fallo respectivo: el primero circunscrito a determinar si se produjo o no la confesión ficta. Si se produjo, el juez está obligado a declarar su existencia, pues de lo contrario estaría rechazando una prueba legalmente admisible, en perjuicio de la parte respectiva, lo que crea indefensión. En ese primer momento el juez no puede, por ende, rehusarse a declarar su existencia, fundado en que choca con otras pruebas producidas en el proceso que la desvirtúan. El segundo momento es aquel donde el juez, ya declarada la existencia de la confesión ficta, se dedica a analizar su fuerza probatoria en el proceso; o lo que es lo mismo, su eficacia probatoria. Es decir, en este segundo momento el juez examina si ese medio de prueba ha desplegado todos sus efectos probatorios, pues debe tomarse en cuenta que según lo tiene dicho la jurisprudencia y la doctrina, la confesión ficta produce los mismos efectos probatorios que la confesión expresa en cuanto hace a la admisión de los hechos contenidos en la posición o posiciones de que se trate, pero que, a diferencia de aquélla, es susceptible de desvirtuarse mediante prueba en contrario. Y es claro, como ya lo dijimos antes, que la apreciación de esa prueba el juez debe hacerla en conjunto con las demás producidas en el proceso, y de acuerdo

con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal en contrario...”. (Lo subrayado no es del original).

En conclusión, vemos que existen dos criterios que pueden ser aplicados por los jueces al elaborar el pronunciamiento acerca de la confesión en rebeldía, por lo que corresponderá a ellos elegir cuál utilizarán.

2.4. LA FORMULACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

Una vez analizadas las formalidades que deben contener los anteriores pronunciamientos, es momento de referirnos a la elaboración del considerando sobre los hechos probados.

El aparte ch) del numeral 155 ibídem establece que los juzgadores deben efectuar una declaración concreta de los hechos tenidos por probados, la cual contendrá una cita de los elementos de prueba en que se fundamenta cada uno de los hechos, asimismo debe indicarse los folios respectivos del expediente en donde conste la prueba.

La elaboración clara y correcta de los hechos probados es uno de los requisitos de motivación efectiva de la sentencia, cuya infracción, según lo ha establecido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, constituye una violación a los principios que informan el debido proceso, específicamente el de congruencia³⁵⁵.

³⁵⁵ Al respecto, la Sala Primera en su voto número 85, de las quince horas treinta y cinco minutos del veinticuatro de enero del año dos mil uno estableció “Es así como el artículo 290, inciso 2º del Código Procesal actual ordena: “En la demanda se indicará necesariamente:...2) Los hechos en que se funde, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados...”. El interés palmario ahí reflejado de que se definan claramente los hechos relativos a la causa, propende a apereibir debidamente a la contraparte sobre los extremos con arreglo a los cuales deberá ejercer su defensa; a la vez, a propiciar el orden indispensable dentro del cual ha de transcurrir el debate judicial, pues de otra forma se entronizaría la anarquía en éste. Por supuesto que, si tales medidas se toman respecto al papel de las partes, el juzgador por su lado, al momento

La formulación correcta de los hechos probados es todo un arte, al que, por desgracia, no se le presta el cuidado debido por parte de nuestros juzgadores.

Si visualizamos la sentencia como una obra intelectual, en la que el juzgador da a conocer las razones de su decisión, evidentemente, los cimientos de esta obra están conformados por los hechos demostrados o no probados, que permiten llegar a un resultado en uno u otro sentido. La sentencia –como pronunciamiento definitivo que es– debe expresar las razones que llevaron a la solución del proceso, indicando para esto las pruebas que se tomaron en cuenta para determinar los hechos que se tuvieron por demostrados.

de resolver, deberá hacerlo necesariamente circunscrito a los extremos determinados por aquéllas, para mantener así el concierto de rigor en la globalidad del proceso. Según se infiere de lo expuesto, el conocimiento judicial ha de estar ceñido a un poder absoluto reconocido a las partes en orden a la determinación del cuadro fáctico. Sea, en su fallo, el juez no podrá trasponer los linderos definidos por lo pedido, alegado y probado por aquéllas. Por ello, el código Procesal Civil, en su artículo 99, imbuido de ese principio cardinal, estatuye: “La sentencia se dictará dentro de los límites establecidos en la demanda. Es prohibido para el juez pronunciarse sobre cuestiones no debatidas respecto de las cuales la ley exige la iniciativa de la parte”. Los hechos, de conformidad con el precitado artículo 290 inciso 2) del Código de rito y el 155 ibídem, configuran, precisamente, una de esas cuestiones dependientes de la iniciativa de las partes, enmarcada en la acción instaurada. Así lo corrobora dicho ordinal 155 ab-initio, el cual, refiriéndose a los requisitos de las sentencias, dispone que éstas “...deberán resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate, con la debida separación del pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos, cuando hubiese varios. No podrán comprender otras cuestiones que las demandadas, ni conceder más de lo que se hubiere pedido...”. Como se ve, a la luz de nuestro derecho procesal positivo, consonante con los principios doctrinales antes comentados, a las partes les asiste un poder absoluto dimanante de la exposición de los hechos, el cual marca el radio de acción dentro del cual ha de moverse el juez al resolver sobre la procedencia o improcedencia de los extremos petitorios sometidos a su consideración. El fallo que desdeñare ese poder incurrirá irremisiblemente en el vicio de incongruencia al cual alude el artículo 99 del Código Procesal Civil...”.

Desde esta perspectiva, el arte de la correcta elaboración de los hechos probados tiene como base seleccionar, del universo probatorio, aquellos hechos que fueron demostrados con la prueba idónea aportada al proceso³⁵⁶.

La redacción de los hechos probados es uno de los pilares fundamentales del fallo, ya que en su elaboración el juzgador debe valorar los elementos probatorios y expresar la convicción que extrae de cada uno de ellos³⁵⁷.

Dentro de esta obra de arte que constituye la elaboración correcta de los hechos probados, podemos indicar algunas recomendaciones para su formulación:

1°. En principio, se deben ubicar todos los hechos afirmados por las partes en sus escritos, para así lograr identificar cuáles de estos son admitidos por ellas en conjunto, y así tenerlos como hechos no controvertidos (artículo 316 ibídem).

También es posible que esos hechos no controvertidos se extraigan en forma tácita, dado que la parte a la cual perjudican no los rechazó de forma expresa. Al respecto, recordemos que el numeral 305 del Código Procesal

³⁵⁶ El exmagistrado Hugo Picado Odio en su trabajo denominado “EL RAZONAMIENTO EN LA FORMULACIÓN DE LA SENTENCIA”, señala la importancia del considerando sobre los hechos probados, al indicar “...En él se consigna, en primer lugar, una relación de aquellos hechos de relevancia para la resolución del juicio. Esto último reclama una adecuada atención del juzgador, pues del universo probatorio ha de seleccionar aquellos hechos debidamente demostrados con prueba idónea aportada al proceso...”. PARAJELES VINDAS, Gerardo. “LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL”. Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, 1999, p. 358.

³⁵⁷ “La determinación judicial de los hechos probados es el nudo gordiano de la sentencia. Se procura que los jueces fijen con espíritu crítico la valuación de cada elemento arrimado al proceso, expresando la convicción que se obtenga de cada uno, sin necesidad de explicarlos pormenorizadamente. Inclusive, puede elegir unos y descartar otros, pero debe fundar la selección, porque así se lo impone la regla descriptiva del fundamento suficiente...”. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Ob. cit., p. 256.

Civil establece con claridad que es obligación de la parte demandada rechazar los hechos contenidos en la demanda, indicando que son inexactos o bien, admitiéndolos con variantes o rectificaciones. En ambos supuestos también se debe indicar por qué se niega ese hecho, con el apercibimiento de tenerlos por admitidos, salvo que se contradigan con un documento o una confesión judicial³⁵⁸. Esta salvedad surge producto de que la admisión de los hechos por parte del demandado es consecuencia de una ficción jurídica, que como tal puede ser contradecida recurriendo a la prueba documental o a la confesión judicial rendida por él.

2°. Ubicados los hechos no controvertidos por las partes, se debe proseguir identificando cuáles hechos pueden calificarse como evidentes o notorios (artículo 316 *ibídem*). Con respecto a la naturaleza jurídica de este tipo de hechos, ambos fueron analizados en los apartados 6.7 y 6.8 de la sección 6 de la Unidad I³⁵⁹.

3°. Realizado lo anterior, procede señalar cuáles son los hechos controvertidos. Una vez ubicados, debe valorarse si es posible tenerlos por demostrados, conforme a los elementos de prueba que consten en el proceso. Para determinar esto debemos apreciar los medios de prueba evacuados en el proceso.

El aparte ch) del inciso 3) del numeral 155 establece como requisito indicar el hecho concreto que el juzgador tiene por probado, además de los elementos probatorios que le permiten llegar a esa conclusión. En esta parte de la

358 El párrafo 2° del artículo 305 establece que si los hechos no se contestan en la forma dicha, el juzgador debe prevenir su corrección dentro del plazo de tres días, bajo pena de tenerlos por admitidos, salvo aquellos que resulten contradichos por un documento o por una confesión judicial.

359 Consultar al respecto en la sección 6 de la Unidad I, denominada “La potestad de dirección del juzgador y la aplicación del principio de oficiosidad en cuanto a la admisión y el rechazo de prueba”.

sentencia no se requiere desarrollar todo el razonamiento lógico que nos llevó a tener por probado el hecho, basta con señalar los medios de prueba a los cuales les concedemos credibilidad.

4°. Ahora bien, una vez delimitados los hechos no controvertidos, los notorios, los evidentes y los controvertidos –así como la prueba que acredita estos últimos–, corresponde valorar cuáles de estos hechos son jurídicamente relevantes para el proceso. Esto porque con frecuencia muchos de los hechos aducidos por las partes en el desarrollo del debate no resultan relevantes para el proceso, de acuerdo con las pretensiones y los fundamentos jurídicos expuestos por las mismas.

Las normas jurídicas contienen preceptos generales que regulan circunstancias “ideales” –abstracciones–, los cuales han de ser aplicados a los hechos que se acreditan en el proceso.

Esta identificación de los hechos jurídicamente relevantes se logra a partir de la llamada “*subsunción*”, palabra que deriva del verbo “subsumir”, la cual, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, significa “...*considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general*”.³⁶⁰ Así, la “subsunción” consiste en relacionar los hechos probados con los supuestos establecidos en la norma jurídica, para determinar si lo dispuesto por la norma se aplica a tales hechos³⁶¹.

360 *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Editorial Espasa Calpe S.A., Vigésima segunda edición, año 2001, p.2101.*

361 “La norma es un precepto general, abstracto. Como tal, frente al hecho que representa lo real, significaría lo ideal. Como precepto, la norma entraña supuestos, a los cuales, como se dijo, han de conformarse los hechos, para la aplicación de ella. Por lo tanto, una vez realizada por el juzgador esa tarea de traslación, a través de la prueba, para recrear con los hechos seleccionados, la verdad real o

Según lo explica la doctrina procesal, la subsunción se logra a través de la aplicación de un silogismo, cuya premisa mayor está constituida por la norma jurídica, en tanto la premisa menor lo está por los hechos relevantes que se desprenden de la valoración de la prueba. De ambas premisas se extrae una conclusión. Veamos un ejemplo para clarificar más este punto.

1°. PREMISA MAYOR

El artículo 853 del Código Civil dispone “*Por prescripción positiva se adquiere la propiedad de una cosa. Para la prescripción positiva se requieren las condiciones siguientes: título traslativo de dominio, buena fe y posesión*”.

El 856 ibídem establece “*La posesión ha de ser en calidad de propietario, continua, pública y pacífica*”.

El 860, en lo que interesa indica “*Para adquirir la propiedad de los inmuebles, o algún derecho real sobre ellos por prescripción, se necesita una posesión de diez años...*”

2°. PREMISA MENOR

Juan plantea una demanda en el año 2005 para que se le declare como propietario de una finca sin inscribir ubicada en el cantón de San Mateo, provincia de Alajuela. Los hechos probados jurídicos relevantes para acoger la pretensión de Juan son:

Juan ha poseído la finca sin inscribir desde febrero del año 1990.

La propiedad sobre ese inmueble le fue traspasada por su padre Isidoro mediante carta de venta realizada en esa fecha.

Desde ese momento, Juan ha habitado y cuidado el inmueble junto con su familia.

subyacente, ha de introducir esa historia reconstruida, en la norma de ley...”. PICADO ODIO, Hugo. Ob. cit., p. 360.

A lo largo de este tiempo, no ha tenido ningún tipo de problema con persona alguna en relación con la posesión ejercida por él.

La finca colinda al norte con la propiedad de Julio Cevallos, al sur con Teresa Salgado, al este con calle pública y al oeste con María Torres.

3°. CONCLUSIÓN: Juan debe ser declarado como propietario de la finca sin inscribir ubicada en San Mateo, por aplicación de la prescripción positiva.

Picado Odio³⁶², en su artículo denominado “Técnicas para la elaboración de hechos probados y no probados”, recurre a un caso para explicar la diferencia que existe entre los hechos probados, jurídicamente relevantes, y aquellos que, aunque también quedan demostrados, no deben introducirse en el fallo, ya que no son relevantes para la aplicación de la normativa jurídica. Nos referiremos a este caso a continuación.

Los herederos de Pedro plantean una demanda ordinaria de reivindicación en contra de Carlos y Lucas, con fundamento en los siguientes hechos:

- 1) En el año 1984, Pedro compra una finca de 90 hectáreas a Héctor.
- 2) Héctor fue contratado por Pedro como administrador del inmueble, que se encuentra dedicado a la explotación agrícola.
- 3) Héctor desempeña el cargo de administrador hasta 1992.

362 Picado Odio, Hugo. *Técnicas para la elaboración de hechos probados y no probados*. En: *La prueba en materia civil (antología) de Gerardo Parajeles Vindas (compilador)*. Poder Judicial, Escuela Judicial, p. 358 a 370.

- 4) Durante este tiempo, Héctor, con el permiso de Pedro, construyó una casa de habitación, en la que habitó por 8 años.
- 5) En el año 1990, Héctor, con la ayuda de Carlos –quien era un peón que trabajaba para Pedro–, le introdujo cambios al sistema de riego de la propiedad.
- 6) En esa finca, desde el año 1982, trabajaba también Lucas, quien era otro peón de Pedro.
- 7) En 1990, Pedro decide segregar el citado inmueble en tres parcelas de 30 hectáreas cada una.
- 8) Pedro tenía tres hijos –Saúl, Néstor y Polonio–.
- 9) A finales de 1990, Pedro decide trasladarse a vivir a otra ciudad.
- 10) Al año siguiente su hijo mayor, Saúl, contrae nupcias con Virginia.
- 11) Nueve meses más tarde, nace su primer hijo.
- 12) En el año 1998 muere Pedro.
- 13) En ese mismo año se inicia el proceso sucesorio de Pedro.
- 14) Saúl, como albacea de la mortual de Pedro, se interesa en inventariar el citado inmueble.
- 15) Luego de un estudio registral constata que la finca aparece segregada en tres parcelas, cuyo propietario registral es Pedro.
- 16) En la actualidad, en una de las parcelas se ubica la casa que era de Héctor y que ahora se encuentra habitada por Lucas.
- 17) Las otras dos parcelas las posee Carlos.
- 18) Hasta la muerte de Pedro, este continuó recibiendo informes de las dos parcelas por parte de Carlos.

Al plantear la demanda contra CARLOS y LUCAS, estos aducen los siguientes hechos:

CARLOS alega que las dos parcelas que ocupa fueron adquiridas por prescripción positiva.

LUCAS aduce que había acordado un contrato de arrendamiento con el difunto PEDRO, en virtud del cual tenía derecho a ocupar el inmueble hasta febrero del año 2005. Aporta un testimonio de escritura en el que acredita este acuerdo.

A pesar de que la totalidad de los hechos alegados en el proceso fueron debidamente acreditados, no todos constituyen hechos jurídicamente relevantes. Veamos el porqué.

Primeramente, debo destacar que es una costumbre de los litigantes el incluir en sus demandas una serie de hechos que no guardan ninguna relación con la pretensión deducida, ni con el fondo jurídico del asunto. Pese a esto, a veces los juzgadores incurrimos en el mismo error del litigante, al incorporar dentro del elenco probatorio una serie de hechos históricos que no son determinantes para la decisión que vamos a tomar.

Otro vicio en que incurrimos se da cuando el juzgador, en la elaboración de los hechos probados, no sigue un orden cronológico, sino que los incorpora en forma desordenada, sin tener en consideración las situaciones de espacio y tiempo en que, según nuestra valoración, ocurrieron los mismos.

Debemos tener en cuenta que, como la hemos desarrollado en este texto, la función del juzgador es similar a la de un arqueólogo que reconstruye los hechos relevantes de esta historia, que se desarrolla gracias al proceso. Desde esta óptica, la descripción de los hechos probados constituye un relato histórico, en el que no es posible pasar de la Edad Media a la Revolución Francesa sin antes indicar los hechos relevantes que se dieron entre estas

dos etapas. Asimismo, si estamos haciendo una recopilación histórica, esta debe efectuarse en forma ordenada, sin transponer hechos anteriores a circunstancias posteriores. Esto sucede cuando en el hecho indicamos eventos que sucedieron entre las partes, por ejemplo, en el año 2002 y luego en un hecho posterior hacemos referencia a situaciones ocurridas diez años antes.

Como lo indiqué anteriormente, muchas veces ocurre esto porque para la elaboración de los hechos probados tomamos como fuente primaria la narración que de estos hace la parte en su demanda, cuando en realidad es al juzgador al que, con base en el conjunto de pruebas, le corresponde reconstruir en forma razonada la historia del proceso, la cual muchas veces va a diferir de la expuesta por los litigantes en sus escritos.

De nuevo al referirse al caso reseñado, tenemos que el fundamento del proceso gira en torno a los institutos jurídicos de la reivindicación y de la prescripción (artículo 316 y siguientes y 853 y siguientes del Código Civil). En esta línea de pensamiento, no tienen relevancia alguna para el proceso los siguientes hechos:

El hecho 2, relativo a que Héctor fue contratado como administrador, puesto que él ni siquiera es parte en el proceso.

Por la misma circunstancia, carece de interés el hecho 3, sobre la fecha en que Héctor dejó de trabajar como administrador.

También carece de interés el hecho 4, referente a que Héctor construyó una casa de habitación en el inmueble en litigio, ya que Héctor no es parte en el proceso y no está pretendiendo el pago de las mejoras efectuadas en el inmueble.

No es relevante el hecho 5, el cual relata que Héctor, junto con Carlos, efectuó cambios en el sistema de riego de la propiedad.

Mucho menos relevante es el matrimonio de Saúl –hijo de Pedro– con Virginia (hecho 10) y el nacimiento de su hijo (hecho 11).

Por el contrario, sí son relevantes para el proceso los siguientes hechos:

El hecho 1 relativo a la compra de la finca por parte de Pedro en el año 1984.

La circunstancia de que los demandados Carlos y Lucas eran trabajadores del difunto Pedro (hechos 5, 6 y 18).

Los hechos 7 y 15, relativos a la segregación del inmueble en tres parcelas, las cuales actualmente se encuentran registradas a nombre de Pedro.

La rendición de informes de Carlos a Pedro, acerca de las dos parcelas que eran poseídas por el primero (hecho 18).

La existencia de un contrato de arrendamiento vigente hasta el año 2005, en virtud del cual Lucas posee una parcela del inmueble (hecho alegado por Lucas en la contestación).

De la relación de dichos hechos con las normas jurídicas relativas a la reivindicación y a la prescripción positiva, según Picado Odio³⁶³ podemos extraer la solución del caso. En cuanto a la reivindicación en contra de Carlos, esta procedería, dado que su supuesto derecho de propiedad, adquirido por prescripción positiva, no resulta procedente. Ello en virtud de que, pese haber poseído las dos parcelas que forman parte del inmueble, nunca lo hizo a título de dueño, puesto que siempre rindió informes de administración a su propietario registral que era Pedro. Aunado a esto, no consta que Carlos tuviera un título traslativo de dominio a su favor, lo cual es un requisito *sine qua non* para la procedencia de la usucapión.

363 *Ob. cit.*, p. 358 a 370.

Por otro lado, la demanda dirigida contra Lucas no procede porque él posee el inmueble, con fundamento en un contrato de alquiler otorgado por Pedro.

2.5. LOS HECHOS NO DEMOSTRADOS

Una vez desarrollado el tema acerca de los hechos probados, corresponde referirse al considerando relativo a los hechos no demostrados.

El aparte d) del inciso 3) del numeral 155 *ibidem* establece que este tipo de considerando se elabora en caso de que existan ciertos hechos alegados por las partes –que el juzgador considere relevantes para la decisión–, y que se estimen no probados. Asimismo, debe incluirse las razones por las que se estima que están faltos de prueba.

Contrario a lo que sucede con los hechos probados, en este considerando el juzgador debe indicar cuáles hechos aducidos por las partes se encuentran ayunos de prueba, estableciendo las razones del porqué se produce esa situación.

Es un error muy común de nuestros jueces, el introducir este considerando a pesar de que en él se indique que no existen hechos no probados de relevancia para la solución del asunto. Esto evidentemente constituye una práctica errónea, pues de la lectura de la normativa citada se extrae que el pronunciamiento sobre hechos no demostrados, únicamente se hace en caso de que exista este tipo de hechos.

En otro orden de ideas, como lo establece la misma norma, debe indicarse las razones claras por las que, a criterio del juzgador, los hechos no fueron debidamente demostrados.

2.6. LAS FORMALIDADES QUE DEBEN CONTENER LAS DEMÁS RESOLUCIONES JUDICIALES

Como lo indicamos anteriormente, el numeral 155 solo indica los requisitos que deben contener las sentencias. Esto nos lleva a cuestionarnos si el resto de las resoluciones judiciales –tales como las providencias, los autos o los autos con carácter de sentencia– también deben contener, en su caso, pronunciamientos tales como el análisis de la confesión en rebeldía o la elaboración de los hechos demostrados o no probados.

Parajeles Vindas nos indica que las providencias, en razón de su naturaleza, no deben cumplir con ninguno de estos requisitos, dado que mediante ellas no se resuelven las pretensiones de las partes³⁶⁴.

La situación no es tan simple en lo que concierne a los autos, ya que estos sí contienen un juicio de valor de parte del juzgador, sobre todo al resolver gestiones interlocutorias del proceso. Pensemos en el caso de aquellos incidentes o excepciones que no pongan término al proceso, pero que guarden relación con la pretensión. Por ejemplo, un incidente de nulidad de notificación, de remoción de depositario judicial o de albacea, de exceso de embargo o de pago parcial. También una excepción de falta de competencia –por razón de la materia, del territorio o de la cuantía–, o de indebida acumulación de pretensiones.

En todos estos supuestos, debido a la importancia de la incidencia o de la excepción, se hace necesaria la formulación de los considerandos sobre hechos probados y

364 *En este sentido, Parajeles Vindas explica que las providencias “son simples resoluciones como dar audiencia a un incidente (artículo 483 del Código Procesal Civil), a una tercería (artículo 494 *ibidem*), o una liquidación de intereses (artículo 693 *ibidem*). No se resuelve ninguna pretensión de las partes, de ahí que no hay juicio de valor de juez, quien se limita a resolver conforme a la norma procesal...”*. PARAJELES VINDAS, Gerardo. Ob. cit., p. 371.

no probados, y se debe analizar la confesión en rebeldía, en caso de que esta última se haya ofrecido como prueba.

Si los autos en que se resuelven pretensiones incidentales o excepciones que no pongan término al proceso deben ser resueltos cumpliendo con esas formalidades, con mayor razón los autos con carácter de sentencia, cuya pretensión se dirige expresamente a poner fin al litigio. En este supuesto tenemos, entre otros, los incidentes de prescripción, de pago total y de deserción, así como las excepciones de cosa juzgada, de litispendencia y de transacción.

Como lo indica Parajeles Vindas, en los procesos sumarios de desahucio y ejecutivos simples, en los que no haya oposición de la parte demandada, existen disposiciones legales que facultan al juzgador para dictar las sentencias en forma de autos, sin contener pronunciamiento acerca de los hechos probados o no demostrados (artículo 437 *ibídem*)³⁶⁵.

2.7. CONCLUSIONES

Se debe destacar lo siguiente:

1. De acuerdo con el artículo 155 *ibídem*, las sentencias deben contener una serie de requisitos en cuanto a la forma de insertar los elementos probatorios evacuados en el proceso, lo cual se logra mediante la elaboración de los hechos probados. Por el contrario, en el considerando sobre hechos no probados, el juzgador debe indicar cuáles hechos aducidos por las partes se encuentran sin prueba, estableciendo las razones del porqué se produce esa situación.

2. De previo a formular los hechos probados, el juzgador, en caso de ser procedente, debe efectuar dos pro-

nunciamientos. El primero se basa en la admisión o no de los documentos presentados de forma extemporánea, o sea fuera de los plazos normales de ofrecimiento (artículo 155, inciso 3), aparte b y 293 del Código Procesal Civil). En el segundo pronunciamiento se efectúa un análisis de la confesión en rebeldía de alguna de las partes (aparte c del numeral 155, inciso 3).

3. Existen dos criterios distintos en cuanto a la forma de elaborar ese considerando. Algunos sostienen que en él se debe analizar cada una de las preguntas de las que es posible asumir una contestación afirmativa del confesante, junto con el resto de los elementos probatorios que consten en los autos, para así extraer el contenido probatorio de la confesión en rebeldía. Por el contrario, otros piensan que ese considerando únicamente debe incluir los siguientes pronunciamientos: a) indicar por qué en el caso concreto existe o no confesión en rebeldía y b) de encontrarnos en el primer supuesto, se deben admitir las preguntas que se tienen por contestadas en forma afirmativa y denegar, por ejemplo, aquellas que por su redacción no permiten extraer ningún elemento probatorio desfavorable al confesante; así como las que no constituyan hechos personales de este o que le pudieran hacer incurrir en responsabilidad penal, o que se refieran a derechos indisponibles (artículo 338, párrafo 2° del Código Procesal Civil). Cualquiera de estos criterios puede ser escogido por los juzgadores.

4. Una vez efectuados estos pronunciamientos, el juzgador ha de efectuar una declaración de los hechos que estime probados. Cada hecho debe contener una cita de los elementos de prueba que le den fundamento y de los folios del expediente en los que conste esa prueba.

5. La elaboración clara y correcta de los hechos probados es uno de los requisitos de motivación efectiva de

³⁶⁵ PARAJELES VINDAS, Gerardo. *Ob. cit.*, pág. 372.

la sentencia, cuya infracción constituye una violación a los principios que informan el debido proceso, específicamente al de congruencia.

6. Las providencias y, en general, la mayoría de los autos puros y simples no deben contener considerandos acerca de hechos probados o indemostrados. No obstante, existen ciertos autos en los que se resuelven gestiones procesales, tales como incidentes y excepciones, que no tienden a la finalización del proceso, pero que, debido a su trascendencia, han de contener un pronunciamiento acerca de este tipo de hechos y, en cada caso concreto, un análisis de la confesión en rebeldía.

7. Los autos con carácter de sentencia consisten en resoluciones judiciales que se dictan con ocasión de un incidente o una excepción dirigidos a poner fin al proceso, por lo que sí deben cumplir con los requisitos antes citados. Lo anterior salvo los llamados “autos-sentencias sin oposición”, que se dictan en los procesos sumarios ejecutivos simples y de desahucio, los cuales, por imperativo legal, no deben cumplir con los requisitos relativos a los hechos probados y no probados.

Con esta sección finalizamos todos los temas que nos propusimos desarrollar al elaborar este texto.

UNIDAD V

“LA ADMISIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL”

I.- INTRODUCCION:

En las cuatro anteriores unidades que conforman este curso hemos desarrollado el tema de la admisión y la valoración de la prueba en el Código Procesal Civil. Analizamos, primeramente, los conceptos generales que rodean la prueba, luego los medios de prueba, para posteriormente desarrollar los diversos sistemas de valoración de la prueba y, por último, las formalidades que debe contener el fallo con respecto a la inserción de los elementos probatorios. Toda esta temática fue analizada de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil.

Seguidamente nos adentraremos en el estudio de las disposiciones contenidas en un proyecto de ley que intenta revolucionar el campo del derecho procesal civil costarricense, como lo es el proyecto de reforma al Código Procesal Civil.

Dicha revolución surge porque la intención de los precursores de este proyecto es la de impulsar un sistema procesal basado eminentemente en la oralidad, como respuesta a la gran lentitud y al formalismo excesivo que tiene el actual sistema procesal que nos rige en materia civil, cuyo procedimiento, en su gran mayoría, es de naturaleza escrita.

Aunque el proyecto de ley al que hacemos referencia aún es objeto de estudio por la Asamblea Legislativa, a través del expediente número 15.979, mi intención es aprovecharme de la coyuntura que ofrece la segunda edición de esta obra, para llevar a las personas operadoras del

derecho una visión general de los cambios que conllevan la introducción de esta nueva normativa en comparación con la vigente.

Ello con la finalidad de incentivar el estudio de este nuevo sistema y así poco a poco crear una mentalidad de apertura hacia las posibles ventajas que para los usuarios y para los operadores tendría la implantación del mismo.

En consecuencia, una vez determinadas las circunstancias que motivan la introducción de esta unidad en el curso que nos ocupa, procederemos ahora a analizar cuáles son los antecedentes que impulsaron a los precursores del proyecto del Código Procesal Civil a promover tan importante reforma.

II.-ANTECEDENTES:

A lo largo de los últimos años, el Poder Judicial ha experimentado cambios sustanciales en el campo del derecho procesal, tales como la promulgación del Código Procesal Penal, la Ley que regula la resolución alternativa de conflictos, el Código Procesal Contencioso Administrativo.

No obstante, en cuanto a la evolución de un proceso que cumpla los objetivos de administrar justicia en forma rápida y eficaz, ha sido la materia penal en la que más se han desarrollado estos objetivos. Esto es posible, según mi criterio, debido a la inserción de principios tales como el de intermediación de la prueba y el de oralidad, que permiten a los juzgadores tener una visión más amplia de la finalidad del proceso.

Lo contrario sucede en el derecho civil en el que, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil –en el año 1990-, no se han dado modificaciones importantes que vengán a alterar los problemas graves que afectan a la administración de justicia en esta materia, tales como el excesivo formalismo y la lentitud en la tramitación de los procesos. La discusión en el seno parlamentario del

proyecto de reforma del Código Procesal Civil, ha generado que se hayan tenido que aprobar leyes que conforman parte de este proyecto, como lo son la Ley de Cobro Judicial y la Ley del Monitorio Arrendaticio, los cuales constituyen procedimientos aislados fundados en la intermediación y la oralidad que se desarrollan en forma independiente de un proceso civil cuyas bases se encuentran en un sistema escrito.

Dentro de esta misma línea de pensamiento, el ex Presidente de la Corte, Doctor Luis Paulino Mora Mora (q.d.D.g.) indicaba que el sistema procesal basado en la escritura ha colapsado. Sostenía dicho ilustre jurista que como muestra de esto tenemos la lentitud de un proceso civil que a veces raya en la denegación de justicia pronta y cumplida y en la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y que contrasta con la aplicación del sistema oral introducido hace treinta años en materia penal³⁶⁶.

La mayoría de los juzgadores que hemos desempeñado funciones en Tribunales Mixtos hemos palpado la diferencia abismal que existe en el desarrollo del proceso penal y del civil. La sola circunstancia de que en un debate penal el juzgador tenga las posibilidades de captar con sus sentidos las manifestaciones y las pretensiones de las partes, así como las declaraciones de los testigos y el concentrar en una sola audiencia la evacuación de la prueba y la decisión final, hace que los que amamos la materia civil nos ilusionemos con la idea de aplicar estos principios a los procesos declarativos³⁶⁷, no solo a la ma-

366 MORA MORA, Luis Paulino. *Presentación del libro "LA GRAN REFORMA PROCESAL"*, Corte Suprema de Justicia, San José, primera edición, año 2000, p. IX.

367 Al respecto, Sáenz Elizondo María Antonieta afirma "...Lo que he estado diciendo es que la justicia civil ha quedado a la zaga no precisamente frente a otros países sino frente a nuestros propios códigos. Sabemos muy bien de los desarrollos que en forma integral se están dando en el área penal de manera dinámica y sostenida durante

teria cobratoria y a la arrendaticia.

Cerremos nuestros ojos y pensemos en toda la complejidad actual que envuelve la tramitación de un proceso declarativo –como el ordinario o el abreviado-. Ahora imaginemos que la solución de esos procesos pudiera reducirse a un par de audiencias en las que los litigantes expongan sus pretensiones y evacuen toda la prueba para fundamentar esos alegatos. Luego, los juzgadores, tendríamos de un término prudencial para deliberar y dictar nuestra resolución final que, únicamente, tendría como medio de impugnación un recurso de casación.

Esta imagen que, en principio parece utópica, es posible que la transformemos en una realidad si nosotros, como jueces y juezas, tenemos una mentalidad abierta al cambio, que nos permita entender que la función jurisdiccional se basa en lograr la paz social de manera rápida y efectiva³⁶⁸, lo que a su vez nos permitiría día a día aliviar nuestros despachos y cumplir el sagrado deber de administrar justicia para nuestros semejantes.

Con esta finalidad, la Corte Suprema de Justicia, en el año 1998, conformó una comisión con la finalidad de redactar un proyecto que reestructurara todos los campos del derecho procesal en materia de familia, civil, laboral y agrario. La comisión estuvo conformada entre otros por los ex Magistrados Ricardo Zeledón Zeledón y Rodrigo Mon-

las dos últimas décadas gracias al entusiasmo y visión de distinguidos penalistas y la recepción del legislador...” SAENZ ELIZONDO, María Antonieta. “Consideraciones para una reforma del Proceso Civil”. Comisión Nacional para el mejoramiento de la Administración de Justicia. San José, 1999, pág. 10.

368 “No cabe duda, debemos cambiar el paradigma al más corto plazo si no queremos una “justicia paralela” que puede convertirse en la primera enemiga de la justicia ordinaria en manos del estado. Las denuncias de la Defensoría de los Habitantes, no deben pasarse por alto. Nos hablan de múltiples quejas de la sociedad civil urgida de soluciones reales a sus demandas judiciales...” SAENZ ELIZONDO, María Antonieta. Op.cit.pág. 13.

tenegro Trejos, y los Doctores Olman Arguedas Salazar, Sergio Artavia Barrantes y Gerardo Parajeles Vindas. Los Doctores Zeledón Zeledón y Arguedas Salazar entregaron un borrador, en la Sesión de Corte Plena número 34, de diciembre de 1998 para que sirviera de base para un futuro anteproyecto. En razón de esto, se convoca a un taller denominado “Modernización del Proceso Civil” organizado por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, la Corte Suprema de Justicia y la Escuela Judicial.

En marzo del año 2000, la denominada “Comisión de Oralidad” integrada en ese momento por el magistrado Zeledón Zeledón y el Doctor Artavia Barrantes entregó una versión preliminar del anteproyecto del Código Procesal General. En julio de 2002 se presenta otra versión de ese código, pero en esta nueva propuesta participan dos comisiones: una redactora integrada por los ex magistrados Zeledón Zeledón y Rodrigo Montenegro Trejos y por el Doctor Artavia Barrantes y, otra comisión denominada revisora conformada por los ex magistrados dichos y por el actual Presidente de la Sala Segunda, Magistrado Orlando Aguirre Gómez. Dicho proyecto fue valorado por Corte Plena y se le hicieron múltiples modificaciones que fueron tomadas en cuenta por las posteriores comisiones redactoras. Este proyecto fue presentado a la Asamblea Legislativa y se le asignó el número de expediente que hasta la fecha le corresponde a la modificación en materia civil, como lo es el expediente número 15.979. A finales del año 2002 y principios del 2003, la jurisdicción laboral decide separarse de la propuesta de reforma general y se inicia la redacción de la propuesta de codificación procesal para esa materia.

A mediados del 2003, la Corte Suprema de Justicia a instancia del ex presidente Luis Paulino Mora Mora y del Magistrado Luis Guillermo Rivas Loaiciga, toma la deci-

sión de constituir una nueva comisión redactora del Código Procesal General, esta vez integrada por los Doctores Jorge López González, José Rodolfo León Díaz y Gerardo Parajeles Vindas. En diciembre de ese año, dicha comisión entregó a la Presidencia de la Corte una nueva versión del Código Procesal General, a la cual se le hicieron cambios en el año 2005. Dicha versión incluía modificaciones a las materias de familia, agrario y ambiental. Sin embargo, dichas jurisdicciones decidieron continuar en la elaboración de una codificación para cada una de ellas, situación que, ya para el año 2006 aparejó la creación de un proyecto de reforma al Código Procesal Civil, que fue expuesto por la Comisión Redactora el 21 de abril de 2008. Tal proyecto se presentó en la Asamblea Legislativa y, el 21 de setiembre de 2010, es aprobado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y publicado en la Gaceta n° 227, del 23 de noviembre de 2010, además se consultó a la Cátedra de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Costa Rica, al Colegio de Abogados, a la Asociación Costarricense de la Judicatura y a la Corte Suprema de Justicia. Muchas de las propuestas de esas entidades fueron acogidas, producto de lo cual se produjo una nueva versión en abril de 2011 que fue entregada a una Comisión Revisora integrada por la Magistrada Anabelle León Feoli, los Magistrados Luis Guillermo Rivas Loaiciga y Orlando Aguirre Gómez y el Doctor Sergio Artavia Barrantes. Esta comisión propuso una versión nueva, la de setiembre de 2011 que fue valorada por Corte Plena y que fue remitida como texto definitivo a la Asamblea Legislativa.

Esta reforma va dirigida a introducir la oralidad, eliminar las etapas de la mayoría de los procesos contenciosos, limitar la utilización de formalismos excesivos y el concentrar la evacuación de pruebas en el mínimo número de audiencias posibles³⁶⁹. Si pudiera resumir en pocas palabras

369 “La más reciente experiencia legislativa es la promulgación de

en qué consiste la reforma propuesta, diría que en esencia consiste en una etapa de formulación escrita seguido de una audiencia –denominada inicial o preliminar–, que es propia solo de los procesos ordinarios, y otra audiencia complementaria o de recepción de prueba –que se aplica a los ordinarios, sumarios y monitorios–, inmediatamente después de la cual procede el dictado de la sentencia.

De seguido, pasaré a analizar cuáles son las modificaciones introducidas en el proyecto de reforma al Código Procesal Civil, en lo concerniente a la admisión y valoración de la prueba.

Iniciaré con el estudio de los principios procesales que se pretenden introducir en esta nueva normativa, con la salvedad de que haré hincapié en aquellos principios que guardan relación con la admisión y la valoración de las pruebas.

1990 del vigente Código Procesal Civil, confirmó la regla del predominio del sistema de escritura, de forma excesiva y desconcentración del proceso. La duración excesiva de los procesos es la tónica de nuestro sistema. Por tal razón la Corte Suprema de Justicia nombró en 1998 una comisión que redactara un proyecto de código que rigiera todas las ramas procesales –excepto la penal–, que tuviera como norte la introducción de la oralidad, la eliminación de etapas, la simplificación de los procedimientos y la concentración interna del mismo.” ARTAVIA BARRANTES, Sergio. “El proceso civil por audiencias y la oralidad (El proyecto del Código Procesal General para Costa Rica)”. En “LA GRAN REFORMA PROCESAL”. Corte Suprema de Justicia. San José, año 2000, pág. 31.

LOS PRINCIPIOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA MATERIA PROBATORIA ESTABLECIDOS EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

I.- INTRODUCCION:

En la unidad número 1 de este curso, analizamos el tema de los principios procesales que rigen la prueba, conforme a lo establecido por el Código Procesal Civil.

En esa oportunidad resaltamos que los principios procesales que imperan en ese cuerpo normativo son: el dispositivo, el de economía procesal, el de concentración, el de preclusión, intermediación y el de gratuidad.

La intención de esta unidad es profundizar el estudio de los principios procesales incluidos en el proyecto citado.

II.- LOS PRINCIPIOS PROCESALES:

El artículo 2°, del proyecto al Código Procesal Civil, se caracteriza por incluir principios de naturaleza procesal, que se consideran esenciales debido a que se encuentran establecidos en nuestra Constitución Política.

Así tenemos que dentro de estos principios se encuentra el derecho a la igualdad procesal, instrumentalidad, buena fe procesal, dispositivo, impulso procesal, oralidad, intermediación, concentración, preclusión y publicidad. No es la finalidad de esta obra efectuar un análisis detallado de esos principios, sin embargo me avocaré a definir algunos que considero relevantes para el desarrollo del tema probatorio en la materia civil.

a) EL PRINCIPIO A LA IGUALDAD PROCESAL (Artículo 2.1):

Deriva del artículo 33 de la Constitución Política que establece que todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad hu-

mana. El citado artículo fue reformado por las leyes números 4123, del 31 de mayo de 1968 y 7880 del 27 de mayo de 1999.

Este principio también se encuentra establecido en el numeral 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”, en el que se prohíbe toda discriminación en contra de la dignidad humana³⁷⁰.

Conforme a lo establecido de forma reiterada, tanto por la jurisprudencia de la Corte Plena como, posteriormente, por la Sala Constitucional, el principio de igualdad no tiene un carácter absoluto, debido a que, la aplicación del mismo, no implica que una persona debe ser equiparada a otra en igualdad de circunstancias. Por el contrario, el principio permite exigir que no se hagan diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas. En otras palabras, no es posible exigir un trato igual cuando las condiciones o las circunstancias entre las personas son desiguales³⁷¹.

370 CHEVES AGUILAR, Nazira y ARAYA POCHE, Carlos. *“Constitución Política comentada de Costa Rica”*, editorial Mcgraw-Hill Interamericana Editores S.A., México, año 2001, p. 104.

371 *Op.cit.* p. 105. En este sentido consultar las sesiones extraordinarias de Corte Plena n° 32 del 27 de junio de 1963 y del 28 de junio de 1984. En el voto n° 5797-98, la Sala Constitucional estableció “El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad (...) sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada caso concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso...”

Desde el punto de vista procesal, este principio, se refiere a que tanto la parte que ejercita el derecho de acción, como aquél que se opone al mismo, deben disponer de iguales derechos para defender sus respectivas posiciones dentro del proceso, o sea las partes deben contar con iguales posibilidades para fundamentar lo que estimen conveniente, de acuerdo a su posición procesal³⁷².

Ahora bien como lo indicamos anteriormente la aplicación de este principio no significa que podemos equiparar a las partes, dado que no es posible afirmar que ellas son iguales en el proceso. Esto debido a que tanto la parte actora como la demandada no se encuentran en situaciones idénticas. Evidentemente existen diferencias sustanciales entre la parte que plantea la demanda y aquella que se opone a ésta. Citemos como ejemplo la situación que se presenta con la carga de la prueba. Mientras que el actor le corresponde demostrar las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho, al demandado le concierne probar las de los modificativos, impeditivos o extintivos del derecho del accionante, pero en ambos supuestos las partes gozan de iguales oportunidades para oponerse a los alegatos de la contraria, así como para recurrir a los medios probatorios que establece el ordenamiento.

2. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD (Artículo 2.6) :

El artículo citado del proyecto del Código Procesal Civil establece:

“El proceso deberá ajustarse al principio de oralidad. La expresión oral será el medio fundamental de comunicación. Sólo serán escritos, ya sea en soporte físico o tecnológico, aquellos actos auto-

³⁷² DE LA OLIVA, Andrés y FERNANDEZ, Miguel Ángel. *“Derecho Procesal Civil”*. Tomo I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1996, p. 142.

rizados expresamente por la ley y los que por su naturaleza deban constar de esa forma. En caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el tribunal escogerá siempre la oralidad.”

Dentro del campo del derecho procesal, el principio de oralidad, se manifiesta como la necesidad que tienen las partes de sustanciar toda actuación procesal a viva voz³⁷³. Sin embargo, para otros, la verdadera definición de este principio, consiste en que el desarrollo de determinadas etapas del proceso en las que las partes pueden, en forma oral, alegar las pretensiones, las defensas en contra de las pretensiones, ofrecer sus pruebas y evacuarlas, dentro de un ambiente en el que se permita el ejercicio del derecho al contradictorio³⁷⁴.

En un sistema moderno procesal, las partes requieren una participación más humanizada del juzgador. Dicha humanización se logra cuando los alegatos de las partes y sus probanzas son vistos y escuchados directamente por los juzgadores, por la parte contraria y por los intervinientes. Por el contrario, un sistema netamente escrito limita la interacción entre los jueces y las partes, puesto que no permite a los primeros valorar de forma inmediata las expresiones, las pruebas que pretenden introducir los se-

³⁷³ En este sentido, LEIBLE indica “Principio de oralidad significa que el juicio se sustancia a viva voz y que sólo se consideran para la sentencias las pruebas y los alegatos efectuados en forma oral.” LIEBLE, Stefan. “PRINCIPIO DE ORALIDAD Y PRINCIPIO DE CONCENTRACION –posibilidad y límites de acelerar los procesos civiles mediante elementos de oralidad”. En LA GRAN REFORMA PROCESAL, San José, Poder Judicial, primera edición, 2000, p. 34.

³⁷⁴ WACH afirma “El ideal del proceso oral es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de las afirmaciones, ofertas de prueba, excepciones de prueba y, si fuera posible, de la recepción de la prueba”. WACH, Adolf, citado por ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, en *SALVEMOS LA JUSTICIA (Humanización y oralidad para el Siglo XXI)*. San José, Ediciones Guayacán, primera edición, 1998, p. 13.

gundos y, en síntesis genera la separación entre estos³⁷⁵.

Esto no implica que el procedimiento escrito se elimina totalmente, por el contrario, debe de ser aplicado como un complemento necesario para el desarrollo eficaz de las etapas esencialmente orales del proceso³⁷⁶. Es por esto que deben constar por escrito: la interposición de la demanda (artículo 35.1), su contestación (artículo 37.1), ciertas providencias y autos (numeral 58.2), ciertos tipos de sentencias complejas (artículo 61.1), la aclaración y la adición de esas sentencias (artículo 63) y los recursos que se interpongan contra la misma (artículos 66, 67.1), los convenios de cuota litis (numeral 76.5), así como los documentos, peritajes e informes.

Por otro lado, la aplicación del principio de oralidad permite, a su vez que el trámite de los procesos se desarrolle con una mayor celeridad, pues el juzgador recibe directamente, en una audiencia oral, tanto las pretensiones

375 *Op.cit.p. 32. En este mismo sentido se afirma* “El principio de oralidad, una vez instaurado en un sistema procesal, lo impregna de humanidad y eleva la calidad de la justicia, al punto que su infracción, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una vulneración a la tutela judicial, que modernamente quiere separarse de la frialdad de las comunicaciones escritas, para dirigirse al contacto humano, a la percepción directa de los hechos y a una justa decisión...” LOPEZ GONZALEZ, Jorge. TEORIA GENERAL SOBRE EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL. Primera edición, San José, agosto 2001, p. 31.

376 “Es indispensable aprovechar todas las ventajas de la escritura para documentar muchas partes del proceso. La etapa de la demanda debe estar individualizada necesariamente en formulas escritas, documentada para seguridad de las partes y su posterior revisión. Igualmente lo estarán algunas pruebas con ese carácter como documentos, periciales, reconocimientos. Pero siempre se recibirá oralmente la testimonial y la declaración de parte o la confesional. Toda la etapa de la demanda, así como la sentencia necesariamente deberán consignarse por escrito. Aun cuando en el juicio oral la parte dispositiva de la sentencia se lee, es decir también es oral, la sentencia documento debe ser escrita bajo pena de nulidad o inexistencia.” ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. *Op.cit. p. 34.*

como las probanzas de las partes. Esto elimina la lentitud de tener que resolver cada una de las gestiones escritas que se formulen³⁷⁷.

Bajo esta perspectiva, la aplicación de la oralidad guarda relación también con el principio de concentración de los actos procesales; puesto que lo ideal es reunir, en una audiencia única, tanto la recepción de la prueba como el dictado del fallo³⁷⁸.

3. EL PRINCIPIO DE INMEDIACION (Artículo 2.7):

Este principio fue definido y desarrollado en forma amplia en la unidad 1 de este curso, al referirnos a los principios procesales que rigen la prueba en el Código Procesal Civil. No obstante, en virtud de su importancia en la nueva normativa que se propone, haré unos breves comentarios acerca del mismo.

El numeral citado establece “*Todas las audiencias serán realizadas por el tribunal que conoce del proceso, salvo disposición legal en contrario. Las sentencias deberán dictarse por el tribunal ante el cual se practicaron todas las pruebas. La utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso, no implica ruptura del principio de inmediación*”.

La doctrina procesal moderna señala que la inmediación se caracteriza, precisamente, por exigir un contacto directo –presencial-, entre el juzgador y aquellos elementos subjetivos y objetivos que intervienen en el proceso³⁷⁹.

Sin embargo, esta presencia del juzgador no debe ser pasiva, sino que requiere una participación activa en la dirección del proceso, lo cual implica:

- a) una correcta comunicación entre el juzgador y las partes;

377 *LEIBLE, Stefan. Op.cit.p. 52.*

378 *ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. Op.cit. p. 32.*

379 *LOPEZ GONZALEZ, Jorge Alberto. Op. cit. p. 39.*

- b) un conocimiento de los hechos que motivan la controversia, lo cual se logra mediante la intervención de los juzgadores en todas las etapas del proceso; y
- c) que el dictado de la sentencia corresponda, necesariamente, a los juzgadores que intervinieron en dichos actos^{380 381}.

Como lo señalamos en su oportunidad, tal principio guarda relación directa con el de oralidad, puesto que la aplicación de ambos, permite que las partes puedan comunicarse con el juzgador con la finalidad de hacerle ver sus argumentos y, a su vez, escuchar los de la contraria, así como conocer los medios de prueba ofrecidos para fundamentar sus pretensiones³⁸².

380 *Op.cit.p. 40-41.*

381 “En cuanto a la intermediación se impone la obligación ineludible que sea el juez de la causa o quien falla el asunto quien celebre la audiencia preliminar, así se logra la intermediación y contacta del juez con las partes, las pruebas en el proceso y el objeto de la pretensión, lo que conlleva a un menor manejo de la audiencia, que facilita el dictado inmediato de las resoluciones y concentra tales actos de tramitación...” ARTAVIA BARRANTES, Sergio. EL PROCESO CIVIL POR AUDIENCIAS Y LA ORALIDAD (EL PROYECTO DEL CODIGO PROCESAL GENERAL PARA COSTA RICA). En “La Gran Reforma Procesal”. Primera edición, San José, Poder Judicial, 2000, p. 41.

382 “El acercamiento de las partes permite la humanización del proceso en tanto ellas pueden comunicarle personalmente al juez sus criterios, también escuchan de la contraria sus argumentos y le formulan los suyos, y en general se acercan a su propia prueba y la de sus contendientes, frente a todos los demás, para extraer de ellas los criterios sobre los cuales va a definir el asunto sometido a los tribunales de justicia...”ZELEDON ZELEDON, Ricardo op.cit.p. 15

4. EL PRINCIPIO DE CONCENTRACION:

Este principio también fue analizado en la unidad n° 1 de este curso. Bajo este entendido, debemos indicar que el artículo 2.8 del proyecto establece que “*Toda la actividad procesal deberá desarrollarse en la menor cantidad de actos y tiempo posible. Las audiencias se celebrarán en el menor número de sesiones. Su posposición, interrupción o suspensión solo es procedente por causa justificada a criterio del tribunal y siempre que no se contraríen las disposiciones de este Código*”.

De esta forma se prevé que las audiencias respectivas –que como veremos se dividen en audiencias preliminares y de recepción de prueba-, deben realizarse en dos sesiones, respetando el derecho de las partes de alegar, probar y contradecir. En la práctica de la audiencia, se le prohíbe al juzgador dividir, interrumpir o suspender INJUSTIFICADAMENTE las mismas³⁸³.

Igualmente, otra manifestación de este principio se establece en la forma en la que las resoluciones deben ser dictadas, puesto que se obliga al juzgador a resolver en una resolución la mayor cantidad de gestiones efectuadas por las partes. Esto con la finalidad de implementar la celeridad procesal.

5- EL PRINCIPIO DISPOSITIVO (Artículo 2.4):

El proyecto del Código Procesal Civil dispone una serie de características en cuanto a la aplicación de este principio que difieren de lo que regula el actual Código Procesal Civil.

383 “La experiencia de audiencias muy largas, o sujetas a diversos tipos de interrupciones, desarrolladas en varios momentos separados por días, o donde los abusos de las partes o la arbitrariedad de los jueces las prolonguen excesivamente, pierden sentido, se malogran afectan directamente el proceso y sus fines...”ZELEDON ZELEDON, Ricardo, op.cit. p.16.

Serra Domínguez lo define como aquél que “*comprende todas aquellas facultades derivadas de la titularidad afirmada en el proceso de los derechos sustanciales*”³⁸⁴

Como lo señalamos en la unidad número 1 de este curso, este principio se relaciona con la potestad que tienen las partes de disponer el desarrollo del proceso.

El artículo 2.4 del proyecto indica que “*La iniciación del proceso incumbe exclusivamente a los interesados, quienes podrán terminarlo en forma unilateral y bilateral, de acuerdo con lo regulado por la ley. Las partes podrán disponer de sus derechos procesales, siempre que no sean indisponibles. A nadie se puede obligar a formular una demanda, salvo disposición legal en contrario.*”

En otras palabras, corresponde a las partes iniciar el proceso, establecer su estrategia procesal, ofrecer las pruebas y presentarlas para su evacuación, disponer de sus derechos –salvo los indisponibles–, dar por finalizado el proceso y, en general impulsar toda actividad procesal.

A diferencia del proyecto, el artículo 1º del Código Procesal Civil, se limita a indicar que el impulso procesal corresponda a las partes, sin precisar las actuaciones en que se manifiesta ese impulso. En el supuesto de que la persona se vea obligada a presentar la demanda, se refiere a los casos de jactancia (artículo 110 del proyecto).

Con respecto a la aplicación del principio dispositivo a la materia probatoria, el numeral 41.1 del proyecto, establece que las partes tienen la carga de la prueba, a quien formule la pretensión sobre los hechos constitutivos de su derecho, o bien en cuanto a hechos modificativos y extintivos del derecho de la contraria. Se debe apreciar la facilidad y disponibilidad probatoria que posee cada una de las partes.

384 Serra Domínguez, M. (1972). Liberalización y socialización del proceso civil. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, págs. 520-521.

Ambas codificaciones difieren en cuanto a la forma en que los juzgadores pueden introducir prueba no ofrecida por las partes. Los artículos 98, inciso 4 y 316 del Código Procesal Civil, permiten al juzgador ordenar prueba oficiosa en la apertura de la fase demostrativa, con la finalidad de corroborar los hechos afirmados por las partes que han sido objeto de debate. De igual forma, el artículo 331 ibídem, establece la posibilidad de que el juzgador pueda solicitar prueba para mejor proveer, una vez que el expediente está listo para el fallo e incluso en segunda instancia.

Por el contrario, de la lectura del proyecto del Código, se desprende que la intención de sus precursores es la de limitar cada vez más esta posibilidad de que los juzgadores puedan introducir prueba no ofrecida por las partes. Esto como una manifestación del principio dispositivo que establece que el impulso procesal del proceso compete, esencialmente, a las partes, a las que le corresponde planear su estrategia procesal y ofrecer los medios de prueba requeridos para ello.

Es debido a esto que el numeral 41.3 del proyecto, ofrece la posibilidad de que el juzgador pueda proponer a las partes la presentación de prueba no ofrecida e incluso traerlas de oficio. Esta propuesta se debe efectuar en la audiencia de recepción de prueba. La misma norma permite que, en esa resolución, los juzgadores puedan ordenar esa prueba, sin necesidad de proponérsela a las partes, con lo que al otorgar esta potestad se asimila a la “prueba oficiosa” tal y como la regula actualmente el Código Procesal Civil.

En principio, solamente puede ser ordenada en esa oportunidad³⁸⁵. Al presentarse esta situación, los jueces,

385 De esta norma se extrae las diferencias esenciales que existen entre el proyecto del Código General del Proceso y el Código Procesal Civil. Esto porque mientras el proyecto limita la posibilidad de que se pueda solicitar prueba suplementaria, solo en determinadas oportunidades

deben respetar el derecho al contradictorio y los demás principios procesales que hemos señalado.

CONCLUSIONES:

1°) El proyecto del Código Procesal Civil dentro de su normativa, el artículo 2° que establece cuáles son los principios procesales.

2°) Dentro de estos principios tenemos el derecho a la igualdad procesal, instrumentalidad, buena fe procesal, dispositivo, impulso procesal, oralidad, intermediación, concentración, preclusión y publicidad.

3°) El principio de oralidad consiste en que el desarrollo de determinadas etapas del proceso en las que las partes pueden, en forma oral, alegar las pretensiones, las defensas en contra de las pretensiones, ofrecer sus pruebas y evacuarlas, dentro de un ambiente en que se permi-

*procesales –en la resolución en la que se admiten pruebas o en la audiencia de recepción de prueba-, el numeral 331 del Código Procesal Civil permite a los juzgadores solicitar prueba para mejor proveer en cualquier estado del proceso e incluso hasta en casación, en casos muy específicos –artículo 609 del Código Procesal Civil-. Estas limitaciones que establece el proyecto, han acarreado posiciones encontradas por parte de algunos. Al respecto se ha indicado “Estimamos que, así planteada, la regla es limitante, pues se incurre en el defecto de eliminarle al juzgador una de las facultades más importantes, a saber, el ordenar **prueba para mejor resolver**, una vez evacuadas las otras. En la práctica es corriente que la evacuación de la prueba, genera la necesidad de ordenar con tal carácter, probanzas que al principio ni el juez ni las partes tuvieron en mente, y se torna un contrasentido no poder hacerlo, si uno de los objetivos principales es establecer la verdad real...” ROJAS BARQUERO, Liana. “EL ROL DEL JUEZ EN LA ORALIDAD”. En “La gran reforma procesal”. Op.cit.p. 101. Por el contrario, para otros “Cuando los juzgadores ordenan prueba distinta al terminar la audiencia de pruebas están rompiendo con los principios probatorios. Porque el juzgador debe ser un juez de garantías para ambas partes, y no puede tomar el proceso como si fuera una parte o para sustituir o auxiliar a una de ellas...” ZELEDON ZELEDON, Ricardo. Op.cit.p. 19.*

ta el ejercicio del derecho al contradictorio. El de intermediación exige un contacto directo y activo, entre el juzgador y aquellos elementos subjetivos y objetivos que intervienen en el proceso. El de concentración se basa en que las actuaciones procesales deben desarrollarse en el menor tiempo posible, como una manifestación no solo de este principio, sino también de los de celeridad y de economía procesal. El dispositivo se relaciona con la potestad que tienen las partes de disponer el desarrollo del proceso.

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 monitorios³⁸⁶.

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, intermediación e igualdad procesal³⁸⁷.

³⁸⁶ *Artículos 104.3 –con respecto a los sumarios-, y 111.4 para monitorios.*

³⁸⁷ “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

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.

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 públicas³⁸⁸, con la excepción de que la ley disponga

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.

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

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 1983³⁸⁹.

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”³⁹⁰.

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 de que, a través de la misma, es posible dar por finalizado el proceso³⁹¹. 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 (artí-

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

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

391 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.

culo 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 partes³⁹².

- b) Debe ofrecerles a las partes la posibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio (artículo 103.3, párrafo 2°). 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 confusión³⁹³ (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

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

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

hechos y las pretensiones sobre las que va a 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).
- 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 5°). 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 4º).
 - 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 tri-

bunal 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 intermediación. En mi criterio, esta posibilidad se lograría a través de una 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 videoconferen-

cias 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 la 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 prác-

tica 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 partes; 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 direc-

tor, 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 reconvenición 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 6º, 37.1, 38.1 y 38.2, establecen que, en la demanda, en la contestación o en la contra-demanda 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 6º 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 para 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

ofrecida 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 parte 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*”³⁹⁴.

El artículo 429 citado, guardando cierta similitud con la norma propuesta en el proyecto, señala: “*Cuando el Tribu-*

nal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los 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 material³⁹⁵, 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*”³⁹⁶. También a Pietro Castro y Ferrándiz quien señala: “...*ante la pasividad del*

394 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.

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

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

*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*³⁹⁷.

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 la sentencia, a través de las denominadas “diligencias para mejor proveer”³⁹⁸, 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”³⁹⁹.

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.

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

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

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

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 estime⁴⁰⁰. 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 “presupuesto objetivo” o “presupuesto condicionante”⁴⁰¹. 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

400 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.

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

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 pasivo⁴⁰².

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:

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

402 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.

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, significa 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 1º 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 presunción⁴⁰³ 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 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 prueba⁴⁰⁴.

403 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.

404 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

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 carácter⁴⁰⁵.

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 es el que conoce del hecho, pues 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

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.

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

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 senten-

cia, 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.

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 proce-

derá 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 con-*

sanguinidad 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 dispo-

ne 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° ibidem 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° ibidem, el numeral 45.2 no aclara si los documentos notaria-

les 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 2°, 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 pri-

vados—el cual, como señale, puede ser expreso o tácito⁴⁰⁶. 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 “*La impugnación de los documentos presentados con la demanda y la reconvenición deberá hacerse en la contestación y en la réplica. Los que se presenten y agreguen después de la demanda y reconvenición deberán impugnarse en la audiencia. En todo caso, será necesario exponer las razones concretas de la im-*

406 *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.*

pugnación 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 compro-*

meter 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 no regula nada 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.

4) 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.

5) 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.

LAS FORMALIDADES QUE DEBEN CONTENER LAS SENTENCIAS DE ACUERDO CON EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO

I.- INTRODUCCION:

En una lectura anterior desarrollamos el trámite de las audiencias establecido en el proyecto del Código Procesal Civil. A continuación analizaremos las formalidades que deben contener las sentencias.

Como lo reseñamos anteriormente, la parte dispositiva del fallo debe ser dictada después de finalizada la audiencia complementaria o de recepción de prueba, previa deliberación de los juzgadores.

La deliberación es una parte muy importante del dictado del fallo. El numeral 60.2 del proyecto establece que, tanto en los órganos unipersonales como en los colegiados, los jueces, deben retirarse con la finalidad de analizar el caso específico. En el primer supuesto, basta con que el juzgador formule el proyecto del fallo para su posterior redacción. En los órganos colegiados, será el director del debate quien indicará los lineamientos en los que se debe fundamentar la sentencia, posteriormente, se pondrán en votación cada uno de los extremos de las pretensiones y los hechos debatidos, con la finalidad de que cada uno

de los miembros del Tribunal expone su opinión. Después de lo cual se redactará la parte dispositiva, si es posible por mayoría de votos, quedando a salvo la posibilidad de que la minoría disienta del criterio de la mayoría, lo cual se hará mediante voto salvado o nota –cuya redacción no impedirá la lectura de la parte dispositiva-. La redacción integral de la sentencia corresponderá al juzgador que dirigió la audiencia de recepción de prueba. El numeral 60.3, introduce todo un trámite para el proceso de discordia o disconformidad con la redacción del fallo en un Tribunal colegiado. La norma propuesta señala: *“Si no se pudiere alcanzar mayoría en algún punto sometido a votación, se elaborará y suscribirá la decisión sobre lo que se obtuvo mayoría, la que se mantendrá reservada y se agregará a lo que luego se resuelva sobre los puntos discordes. Para resolver la discordia, se integrará con los jueces necesarios para conformar un tribunal impar. El o los nuevos integrantes formarán su criterio con sustento en el soporte de la audiencia. Solo cuando se afecte al principio de inmediación se celebrará una nueva audiencia, dentro de los diez días siguientes, que se limitará a los puntos sobre los que exista discordia y los que dependan de éstos. Si no se obtuviere mayoría y existiere voto único, éste deberá adherirse forzosamente a cualquiera de los otros votos, a fin de formar mayoría.”*

II.- FORMALIDADES DE LA SENTENCIA:

Al igual que como lo establece el numeral 153 del Código Procesal Civil, el artículo 61.1 del proyecto, regula las formalidades que deben cumplirse. El numeral 61.2 dispone que las sentencias deben de resolver todos y cada uno de los puntos que han sido objeto de debate y no pueden conceder más allá de lo pedido, salvo disposición legal en contrario.

En mi criterio, está “disposición legal en contrario”, hace referencia a lo que tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia ha considerado como consecuencias directas y naturales de acoger las pretensiones, como ocurre cuando por ejemplo, se ordena la restitución del objeto del contrato que se anula o la inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro Civil, a pesar de que las partes no lo hayan solicitado. En estos supuestos la jurisprudencia ha indicado: “...entre los poderes atribuidos por el ordenamiento jurídico al órgano jurisdiccional está, la potestad de buscar, determinar, declarar y conceder todo lo que se encuentre implícito en la demanda o reconvención, porque lo implícito en ellas tiene existencia jurídica propia, al venir, estar y quedar contenido en un acto expreso o ser una consecuencia natural, necesaria e ineludible, de lo solicitado. Ello ocurre al existir normas que condicionan la resolución del órgano jurisdiccional más allá de la disponibilidad de las partes, al estar impuesto por un precepto cuyo cumplimiento es de orden público, que no depende de las razones que aduzcan los litigantes para justificar su procedencia, sino a la realidad de ésta, conforme a lo prevenido por la Ley. (Sobre el tema ver Pedro Aragoneses Alonso. “Sentencias Congruentes”. Editorial Aguilar. Madrid 1957, páginas 81 y siguientes)”⁴⁰⁷.

No obstante, con respecto a las formalidades del fallo, presenta ciertas diferencias con esa normativa.

El artículo 155, inciso 2º, establece que las sentencias deben contener un “resultando” en el que se indica un resumen de las pretensiones del actor y de la respuesta del demandado, así como, sí se han respetado las formalidades en la substanciación del proceso. Por el contrario, el numeral 61.2, establece que las sentencias contarán con

407 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, votos números 47-94, 42-97, 210-97, 46-00, 36-01 y 112-01.

un encabezamiento solo contiene la clase del proceso, el nombre de las partes, sus representantes y abogados. Luego de esto, se eliminan los resultandos, pues es en la parte considerativa en la que se indicará una síntesis de las pretensiones y las excepciones esgrimidas.

Se hace una referencia clara a la formalidad de los hechos probados y no probados, pues lo que se establece es lo siguiente: “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.*”

Luego de estos se desarrolla la fundamentación jurídica del fallo, puesto que la norma dispone que lo siguiente es: “...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.*”

Otra diferencia importante es que se eliminan los pronunciamientos sobre los incidentes relativos a documentos extemporáneos y la confesión en rebeldía –en este último como caso como consecuencia de que ésta no tiene condición de plena prueba–(artículo 155, inciso 3º del Código Procesal Civil), los cuales se debían realizar antes de la redacción de los hechos probados.

La parte dispositiva del fallo se inicia emitiendo pronunciamiento sobre incidentes no resueltos con anterioridad y concluye con una indicación –en términos imperativos-, de lo que se declara procedente, la resolución de excepciones, los incidentes reservados y los gastos y honorarios de los abogados (artículo 61.2).

III.- LAS ETAPAS DE LA SENTENCIA:

El numeral 61.1 dispone que *“Concluida la audiencia de prueba, en cualquier tipo de proceso, se procederá al dictado de la sentencia. De ser posible se emitirá oralmente en ese acto. Para tal efecto el tribunal podrá ordenar un receso. La sentencia dictada oralmente se deberá digitar y se entregará a las partes una reproducción en el acto de la notificación. Cuando no sea posible emitirla en el acto oralmente, se dictará por escrito dentro de los cinco días siguientes. En procesos muy complejos, lo que se informará a las partes, se dictará por escrito dentro del plazo de quince días...”*

De una primera lectura se infiere que el proyecto divide como etapas de la sentencia, la lectura de la parte dispositiva y la redacción integral de ella.

En cuanto a la primera, se establece que esa lectura se efectuará una vez finalizada la audiencia respectiva – que en la mayoría de los casos corresponde a la complementaria o de recepción de pruebas-, y posteriormente se señalará hora y fecha para la entrega de la parte considerativa, después de lo cual se comenzarán a computar los plazos para interponer los recursos o solicitar aclaración o adición.

La segunda etapa consiste en la redacción integral del fallo, que deberá entregarse firmado por parte de los juzgadores y en la que se deben cumplir las formalidades antes comentadas.

A pesar de que el proyecto no haga referencia expresa, en mi criterio, la práctica puede generar confusiones, en cuanto a la fechas que deben consignar cuando se dicten las partes dispositiva y considerativa. Esto porque evidentemente una es dictada en una fecha y la otra es dictada días después, por lo que, evidentemente el encabezado de ambas jamás puede llegar a coincidir. Para algunos po-

dría pensarse que, al tratarse de una sola actuación, los dos documentos tienen que reunir la misma fecha.

José Manuel Arroyo Gutiérrez y Alexander Rodríguez Campos explican esta problemática práctica que se presenta en el derecho procesal penal. Para dichos autores, la parte dispositiva y la considerativa, constituyen una actuación procesal fraccionada en el tiempo. La decisión se toma al finalizar la deliberación y se manifiesta a través de la lectura de la parte dispositiva. La lectura de la totalidad de la sentencia, viene a ser el acto formal mediante el cual se pone en conocimientos los fundamentos de la decisión⁴⁰⁸.

En consecuencia, aplicando al anterior criterio a materia procesal civil, es evidente que la fecha del dictado de la parte dispositiva no puede coincidir con la fecha en que se dicta la sentencia integral, sin que por esa pueda razón existe una nulidad del fallo, dado que se trata de una sola actuación procesal fraccionada en el tiempo.

CONCLUSIONES

1) La deliberación es una parte muy importante del dictado del fallo. En los órganos unipersonales como los colegiados, los jueces, deben retirarse con la finalidad de analizar el caso específico.

2) En el primer supuesto, basta con que el juzgador formule el proyecto del fallo para su posterior redacción. En los órganos colegiados, será el director del debate quien indicará los lineamientos en los que se debe fundamentar la sentencia, posteriormente, se pondrán en votación cada uno de los extremos de las pretensiones y los hechos debatidos, con la finalidad de que cada uno de los miembros

408 ARROYO GUTIERREZ, José Manuel y RODRIGUEZ CAMPOS, Alexander. *“Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal”*. Editorial jurídica-continental, San José, 2002, pág. 48.

del Tribunal externe su opinión. La redacción integral de la sentencia corresponderá al juzgador que dirigió la audiencia de recepción de prueba.

3) A diferencia del Código Procesal Civil, el proyecto dispone que las sentencias cuentan con un encabezado, una parte considerativa y una dispositiva.

4) En la primera se indicará una síntesis de las pretensiones y las excepciones esgrimidas, después de lo cual se redactarán los hechos probados y los no demostrados. Luego de estos se desarrolla la fundamentación jurídica del fallo.

5) La parte dispositiva del fallo concluye con una indicación –en términos imperativos-, de lo que se declara procedente, la resolución de excepciones, los incidentes reservados y los gastos y honorarios de los abogados.

CONCLUSIÓN

Al finalizar el desarrollo de este texto, pretendemos que se hayan cumplido los objetivos planteados al inicio.

Como lo destacamos en esa oportunidad, el avance efectivo y responsable de la labor jurisdiccional comienza al dar un trato equitativo y sin discriminación a las personas que intervienen en el proceso. Esta equidad e igualdad se debe manifestar no solo al momento de dictar la decisión final, sino a lo largo del mismo y, sobre todo, al momento de resolver acerca de la admisión o denegatoria de las pruebas, su evacuación y la posterior inserción de los elementos probatorios en la sentencia.

De nada sirve que exista todo un procedimiento que establezca las pautas por seguir para la solución de los diversos conflictos sometidos a la potestad jurisdiccional, si los jueces desconocemos la importancia de la prueba y su función dentro del proceso. Por ello debemos tener un amplio conocimiento no solo del proceso, sino también del derecho sustantivo aplicable al caso concreto, el cual nos permita tomar decisiones que agilicen la obtención de la prueba que las partes someten a nuestra valoración, para poder reconstruir la historia plasmada en la demanda o en la contestación.

Con este texto hemos pretendido capacitar a los juzgadores acerca de la importancia de la prueba, los principios que la informan, la carga de la prueba y la potestad de dirección de los jueces en cuanto a su admisión o denegatoria; asimismo, nos ocupamos detenidamente en desarrollar las distintas modalidades de medios de prueba que establece el Código Procesal Civil y algunos de los sistemas de valoración de prueba. Sin embargo, de nada serviría toda esta temática si los juzgadores no tomamos conciencia de que el formalismo excesivo, con el que muchas veces se identifica a la materia civil, no debe ser un

obstáculo para la solución de los conflictos jurídico-sociales sometidos a nuestro conocimiento. Aplicando esto específicamente al campo de la admisión y la evacuación de la prueba, debemos actuar con creatividad y celeridad en la adecuada obtención de las probanzas, para que la historia de las partes llegue a nuestros despachos con el mayor grado de claridad y veracidad.

Ante la contingencia, cada vez más cercana, de aprobar una nueva legislación que intenta revolucionar el campo del derecho procesal civil costarricense, debemos destacar que la verdadera revolución ha de comenzar en la mentalidad de los juzgadores. El impulso que se le logre dar a un sistema procesal depende de que, como juzgadores, tomemos conciencia de las ventajas de los principios, como el de intermediación de la prueba y el de oralidad, que nos permitan tener una visión más cercana y humanizada de la prueba.

La mayoría de los juzgadores que hemos desempeñado funciones en tribunales mixtos, palpamos la diferencia abismal que existe entre el desarrollo del proceso penal y el del civil. La sola circunstancia de que en un debate penal el juzgador tenga la posibilidad de captar con sus sentidos las manifestaciones y las pretensiones de las partes, así como las declaraciones de los testigos y el concentrar en una sola audiencia la evacuación de la prueba y la decisión final, hace que los que laboramos en la materia civil nos ilusionemos con la idea de aplicar estos principios a nuestro campo.

En conclusión, sea aplicando el Código Procesal Civil o cualquier nueva legislación, lo importante es destacar que dependerá de nuestra voluntad como juzgadores, el tomar las decisiones que permitan a las partes demostrar los hechos necesarios para aplicar las soluciones al problema jurídico social sometido a nuestro conocimiento.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- 1) ABEL LLUCH X. Y PICÓ I JUNOY, J. (2009). La prueba pericial. *Editorial Bosch, Barcelona*.
- 2) ALSINA, Hugo. TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Tomo 2. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1982.
- 3) ARDÓN ACOSTA, Víctor. LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, San José, 1999.
- 4) ARGUEDAS SALAZAR, Olman. “CRISIS DE LA MOTIVACIÓN”. Citado por ARDÓN ACOSTA, Víctor. LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, 1999.
- 5) ARMENTA DEU, T. (2002). LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. *Proceso de Declaración. Proceso de Ejecución y Procesos Especiales*. Madrid, Marcial Pons.
- 6) ARTAVIA BARRANTES, Sergio. “EL PROCESO CIVIL POR AUDIENCIAS Y LA ORALIDAD (EL PROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL GENERAL PARA COSTA RICA)”. En “LA GRAN REFORMA PROCESAL”. Corte Suprema de Justicia. San José, año 2000
- 7) ASENCIO MELLADO, J.M. (2005). PROCESO CIVIL PRÁCTICO. Editorial La Ley. Madrid.
- 8) ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. “LÓGICA JURÍDICA Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL”. Editorial Jurídica Continental, San José, 2002.
- 9) ARTAVIA BARRANTES, Sergio. DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I. Editorial Universidad de San José, San José, 1995.
- 10) CHEVES AGUILAR, Nazira y ARAYA POCHE, Carlos. “CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMENTADA DE COSTA RICA”, editorial Mcgraw-Hill Interamericana Editores S.A., México, año 2001,
- 11) CHIOVENDA, Piero. ENSAYOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Buenos Aires, 1949.

- 12) CHOZAS ALONSO, J.M. (2000). “LA PRUEBA DE INTERROGATORIO DE TESTIGOS EN EL PROCESO CIVIL”. Editorial La Ley, Madrid.
- 13) COROMINAS MEJÍAS, Genoveva. “CUESTIONES SOBRE INTERROGATORIO DE TESTIGOS” en “Aspectos prácticos de la prueba civil” (2006). J.M.Bosch Editor.
- 14) CORONADO ROJAS, G. (2012). “INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PROCESO JURISDICCIONAL”. Tesis de Licenciatura. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.
- 15) COUTURE, Eduardo. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, tercera edición, décimo quinta reimpre-
sión, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- 16) CREUS, Carlos. DERECHO PENAL. Parte Especial. Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
- 17) DE HEGEDUS, Margarita. “GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA EN EL PROCESO POR AUDIENCIAS”. Memorias de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.
- 18) DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. DERECHO PROCESAL CIVIL II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., cuarta edición, Madrid, 1997.
- 19) DE URBANO CASTRILLO, E. (2002). LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA. Tirant Lo Blanch, España, p. 27.
- 20) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL”. Tomo 1º, ediciones Fidenter, Buenos Aires, 1981.
- 21) DEVIS ECHANDIA, H. (1969) “FUNCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PERITACIÓN Y EL PERITO”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Número 6.
- 22) DÍAZ FUENTES, A. “LA PRUEBA EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. TRATAMIENTO Y PRÁCTICA” (2004), Editorial Bosch, Barcelona.
- 23) ETTLIN, Edgardo. “CÓMO DIRIGIR Y DESEMPEÑARSE EN AUDIENCIAS JUDICIALES”, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 1999.
- 24) FAIRÉN GUILLÉN, V. (1955). EL PROYECTO DE LA ORDENANZA CIVIL AUSTRÍACA VISTO POR FRANZ KLEIN. *Estudios de Derecho Procesal, Revista de Derecho Privado*.
- 25) FERNÁNDEZ ACEVEDO, F. (2004). EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO. (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-004000200005&script=sci_arttext). Consulta 1 de noviembre de 2011.
- 26) FONT SERRA, E. (1974). LA PRUEBA DE PERITOS EN EL PROCESO ESPAÑOL. Editorial Hispano-Europea, Barcelona.
- 27) GARBERÍ LLOBREGAT, J. Y BUITRÓN RAMÍREZ, G. (2004). LA PRUEBA CIVIL, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- 28) GARRIGUES, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, Sétima Edición, 1987.
- 29) GONZÁLEZ DE MATTOS, Enrique y GONZÁLEZ INTHAMOUSSU, Carolina. EL PROCESO POR AUDIENCIAS. Memorias de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.
- 30) GONZÁLEZ PILLADO, E. E IGLESIAS CANLE, I. (2000). LA PRUEBA PERICIAL EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, en *Revista Xurídica Galega*, número 27.
- 31) GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. “TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL”. Editora Ediar S.A., Buenos Aires, 1999.
- 32) GUASP, J. (1947), COMENTARIOS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, Tomo II, M. Aguilar, editor, Madrid
- 33) HERRERA CASTRO, Luis Guillermo. “RECURSO DE CASACIÓN”. En la obra “Recurso de Casación Civil”. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1996.
- 34) IZQUIERDO BLANCO P. “¿PUEDEN PRACTICARSE LOS INTERROGATORIOS DE TESTIGOS Y DE PARTES EN LOS JUICIOS POR ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN CON LA VISIÓN DEL GOOGLE MAPS PARA SITUAR MEJORA LAS PARTES EN EL LUGAR DEL ACCIDENTE?” La Ley, Especial Probática. Número 7494,

- 35) JAUERNIG, Othmar. "ZIVILPROZESSRECHT". C.H.Beck, München, 2000.
- 36) KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Tomo I. San José.
- 37) LEIBLE, Stefan. PROCESO CIVIL ALEMÁN. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1998.
- 38) LIEBLE, Stefan. "PRINCIPIO DE ORALIDAD Y PRINCIPIO DE CONCENTRACION –POSIBILIDAD Y LIMITES DE ACELERAR LOS PROCESOS CIVILES MEDIANTE ELEMENTOS DE ORALIDAD". En LA GRAN REFORMA PROCESAL, San José, Poder Judicial, primera edición, 2000.
- 39) LESSONA, C. (1942). TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA EN DERECHO CIVIL. Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- 40) LOPEZ GONZALEZ, Jorge. TEORIA GENERAL SONRE EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL. Primera edición, San José, agosto 2001.
- 41) MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH, E. (2013) VALOR PROBATORIO DE UN CORREO ELECTRÓNICO. *La Ley. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 8014*.
- 42) MONTENEGRO TREJOS, Rodrigo. "LA DISTINCIÓN ENTRE "FORMA" Y "FONDO" EN LA CASACIÓN CIVIL". En la obra "Recurso de Casación Civil". Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1996.
- 43) MONTERO AROCA, Juan. LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1998.
- 44) MONTÓN REDONDO, Alberto. "LOS NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA Y LA POSIBILIDAD DE SU USO EN EL PROCESO". Universidad de Salamanca, año 1977.
- 45) MORA MORA, Luis Paulino. Presentación del libro "LA GRAN REFORMA PROCESAL", Corte Suprema de Justicia, San José, primera edición, año 2000,
- 46) MORA VARGAS, Herman. "MANUAL DE DERECHO NOTARIAL". Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, primera edición, 1999.
- 47) PICÓ I JUNOY J.Y LUCH X.A. (2008) "EL INTERROGATORIO DE TESTIGOS", Editorial Bosch, Barcelona.
- 48) ORDOÑO ARTES, Carmen. "LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO". Servicios de Formación Continuada de la Escuela Judicial. Madrid, 2000.
- 49) ORTELLS RAMOS, Manuel. DERECHO PROCESAL CIVIL. Aranzadi, Elcano, 2001.
- 50) PARAJELES VINDAS, Gerardo. "LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL". Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, 1998.
- 51) PARAJELES VINDAS, Gerardo. "CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL". Volumen II. Editorial Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, San José, 1998.
- 52) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DE TRABAJO", en: Encuentro iberoamericano de justicia laboral. San José, junio, 1999.
- 53) PELÁEZ PORTALES, D. (2003). EL CAREO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL, Editorial El Almendro.
- 54) PEREDA GÁMEZ, F.J. (2006) LA PRUEBA PERICIAL EN LOS LITIGIOS DERIVADOS DE LA LEY DE EDIFICACIÓN, en *La prueba pericial en el proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial, número XII*
- 55) PEREIRA CAMPOS, Santiago. MECANISMOS LEGALES PARA GARANTIZAR LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN EL PROCESO POR AUDIENCIAS. Memoria de las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
- 56) PICADO ODIÓ, Hugo. "TÉCNICAS PARA LA ELABORACIÓN DE HECHOS PROBADOS Y NO PROBADOS". En: "LA PRUEBA EN MATERIA CIVIL". Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, 1999.
- 57) PICO I JUNOY, Juan. "LOS PRINCIPIOS DEL NUEVO PROCESO CIVIL ESPAÑOL". En: Memorias de las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

- 58) 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.
- 59) PLANIOL, Marcel. “TRATADO DE LAS OBLIGACIONES”. Cárdenas Editor, México, primera edición.
- 60) POTHIER, R. J. “TRATADO DE LAS OBLIGACIONES”. Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1993.
- 61) PRIETO-CASTRO. “DERECHO PROCESAL CIVIL”. Editorial Tecnos, Madrid, Serie “Manuales Universitarios Españoles”. Volumen n° 1, 1973.
- 62) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Tomo II, Editorial Espasa Calpe S.A., Vigésima segunda edición, Madrid, año 2001.
- 63) 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.
- 64) ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. “LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL”. Universidad de Costa Rica, San José, 1981.
- 65) RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. “LA PRESUNCIÓN DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO”, Madrid, Editorial Civitas, 1994.
- 66) ROSEBERG, L. Schwab, Kundottwald, P. “ZIVILPROZESS-RECHT”. C. H. Beck, 15. Auflage, München.
- 67) SAÉNZ ELIZONDO, María Antonieta. LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LA ORALIDAD. En: La Gran Reforma Procesal. San José, Poder Judicial, primera edición, 2000.
- 68) SAÉNZ ELIZONDO, María Antonieta. “CONSIDERACIONES PARA UNA REFORMA DEL PROCESO CIVIL”. Comisión Nacional para el mejoramiento de la Administración de Justicia. San José, 1999,
- 69) SALAS MARRERO, Óscar A. “DERECHO NOTARIAL DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ”. Editorial Costa Rica, 1973.
- 70) SCHELLHAMMER, Kurt. “ZIVILPROZESS”, C.F.Müller Verlag, 9.Auflage, Heidelberg, 2001.
- 71) SENTIS MELENDO, Santiago. “LA PRUEBA”. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- 72) SERRA DOMÍNGUEZ, M (1991), DE LA PRUEBA DE TESTIGOS EN COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL Y LAS COMPILACIONES FORALES, Editorial Edersa, Madrid.
- 73) SERRA DOMÍNGUEZ, M. (1972). LIBERALIZACIÓN Y SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL. REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA, números 2 y 3.
- 74) STEIN, F. (1990). EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., Madrid.
- 75) TARIGO, Enrique E. “LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Compilado por PARAJELES VINDAS, Gerardo, en: La prueba en materia civil, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, 1999.
- 76) TARUFFO, M. (2012). ENTREVISTA CON EL PROFESOR DR. MICHELLE TARUFFO. *La Ley. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 7887*.
- 77) 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.
- 78) TORRES PINDADO, David. “ASPECTOS SUBJETIVOS EN EL INTERROGATORIO DE PARTE”, en “Aspectos Prácticos de la Prueba Civil”. J.M. Bosch, Editor, Barcelona, España, año 2006.
- 79) VARGAS HIDALGO, Ricardo. “CELERIDAD DE LOS JUICIOS LABORALES”. Ponencia de Costa Rica en: “Encuentro Iberoamericano de Justicia Laboral”, San José, junio, 1999.
- 80) VESCOVI, Enrique “EL RECURSO DE CASACIÓN”. Ediciones IDEA, Montevideo, 1996.

