

CAPITULO II

Las actividades procesales en su relación recíproca

§ 47.

La actividad de las partes como límite de los poderes del juez (1).

I. *Límite general del poder del juez.*—Existen limitaciones de diversa naturaleza al poder del juez. El primer límite se refiere a la *correspondencia* necesaria entre lo pedido y lo resuelto; es, pues, un límite *absoluto*, que se determina por las reglas de la identificación de las acciones (§ 12). Hay otros límites que se refieren a la ingerencia del juez en la *formación del material de conocimiento*, y otros a su ingerencia en la *dirección* del proceso y son límites variables y relativos.

El primer límite de la actividad jurisdiccional es, pues, la *demanda inicial*. No solamente el juez, sin demanda de parte no tiene *obligación*, sino ni siquiera *facultad* de pronunciar ni de iniciar un procedimiento; no puede de oficio producir una sentencia favorable al actor, cuando la actuación de la ley está condicionada a la demanda, como sucede en la esfera de los intereses individuales, puesto que en este caso no se habría verificado la condición para la actuación de la ley, ni podría producir sentencia favorable al demandado, porque la actuación de la ley a favor del demandado está siempre condicionada a la proposición de una demanda

(1) CHIOVENDA, *Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium* (reproducida en los *Nuovi saggi di dir. proc. civ.*, 1912, pág. 4 y sigs.).

infundada del actor (§ 1 y 11). De aquí las máximas; *ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*.

No sólo el juez no puede pronunciar sin demanda, sino que, ya se comprende, ni siquiera *más allá* o fuera de la demanda (*ne eat iudex ultra petita partium; sententia debet esse conformis libello*) v. antes § 42. La sentencia, en cuanto al exceso del pronunciamiento sobre la demanda sería anulable (y debería, en caso de recurso de casación, casarse sin reenvío; art. 517, núms. 4 y 5 544, núm. 1), § 20.

Lo mismo que decimos de la demanda del actor, debe asegurarse de la demanda del demandado, cuando ésta sea condición de la resolución del juez. El juez no puede, por tanto, de oficio, poner de manifiesto lo que es un *derecho* exclusivo del demandado poner de manifiesto (*excepción*). Si el actor desistiese de la demanda, el juez no podría pronunciar sobre ésta, si el demandado no formula instancia para obtener una sentencia (§ 11).

Una resolución que el juez debe acordar de oficio en el momento de sentenciar, es la condena del vencido en las costas (artículo 370), puesto que ésta tiene lugar por el mismo hecho que determina la actuación de la ley a favor de una parte, la cual no debe soportar los gastos de la actuación de la ley, además de que ésta sería incompleta e incierto también sería el valor económico de los derechos (§ 77 (1)).

II. *Los elementos de la demanda y el poder del juez.*—Como la demanda consta de los tres elementos que ya conocemos (§§ 1 y 12), la regla *nemo iudex sine actore*, significa:

a) No poder el juez pronunciar en favor o en contra personas que no son *sujetos* de la demanda.

b) No poder el juez conceder o negar una *cosa* distinta de la demanda.

c) No poder el juez cambiar la *causa petendi*. Respecto de esta última regla, recordando cuanto hemos dicho acerca de los hechos jurídicos (§§ 11 y 12), vemos que la teoría de la identificación de las acciones nos impone este criterio general y absoluto de limitación del poder del juez: *el juez no puede nunca*

(1) CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, cit. págs. 62, 63, 396 y siguientes.

sustituir al hecho constitutivo hecho valer por la parte, un hecho constitutivo diferente, tal que haga diferente la demanda. Por el contrario, el juez debe siempre poner de manifiesto, de oficio la falta de afirmación (o la falta de prueba) de un hecho constitutivo o de uno de los hechos constitutivos del derecho (§ V).

III. *Podere del juez en la formación del material de decisión. El principio dispositivo (1).*—Pero la regla «*ne eat iudex ultra petita partium*» no se limita a este principio ni su estudio se agota con la remisión a la teoría de la identificación de las acciones. Esta regla tiene otro alcance. No solamente debe mantenerse el juez dentro de los límites de la demanda, sino que debe también abstenerse de manifestar de oficio determinados hechos que no producirían cambio de demanda: *secundum allegata et probata aptium iudicare debet*. Puede decirse, por lo mismo, que cuando está prohibido a la parte separarse de la demanda inicial, está prohibido, *con mayor motivo*, al juez: cuando la divergencia de la primera demanda fuese tal que salvase a la segunda demanda la parte de la excepción de cosa juzgada, la sentencia del juez no puede divergir otro tanto del *petitum*, pero sin que con esto quiera decirse que donde no tiene lugar la *exceptio mutatislibel-*

(1) Es vastísima la literatura sobre esta cuestión. Puede ayudar a orientarse la monografía de SCHNEIDER, *Ueber richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes im Civilprozesse (Sobre la determinación y declaración del hecho del pleito por parte del juez en el proceso civil)*, 1888. Es de especial importancia para nosotros, dado el considerable estudio del proceso francés, la monografía de ZINK, *Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprozesse*, 1860; v. también STEIN, *Das private Wissen des Richters*, 1893; KLEIN, *Pro futuro*, 1891; POLLAK, *Zur Lehre von der Stoffsammlung im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses*, 1901; GUTTMANN, *Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung*, 1907; BAYER H., *Entscheidungsgrundlagen im deutschen und österreichischen Zivilprozesse Graz.*, 1911; SCHMIDT, *Die Richtervereine*, 1911, pág. 96; HELLWIG, *System*, 1912, § 140 y sigs.; SCHMIDT, §§ 63 y 77; SKEDL, § 38; POLLAK, § 83; MESSINA, *(Contributo alla dottrina della confessione, en el Foro sardo*, 1902; SICILIANI, *Gli scopi processuali e il principio di disposizione delle parti, en el Foro it.*, 1904, pág. 604 y sigs.; RAGGI, *Questioni in materia di prova, en el Archivio giuridico*, 1910.

Precedentes en la antigüedad: DONATI B., *Dottrina pitagórica e aristotélica della giustizia*, Módena, 1911, pág. 36 y sigs.

Si no tenga lugar el vicio de, *ultra petita* o que donde tenga lugar la *exceptio rei judicatæ* sea lícito al juez buscar de oficio el material de decisión. Por ejemplo, según las reglas sobre identificación de acciones, la sentencia que descubre la existencia de un hecho *extintivo* o *impeditivo* del derecho, aunque no excepcionado por el demandado (pago, etc.) no excede de lo pedido, porque la sentencia no hace más que declarar *inexistente* el derecho. Sin embargo, no siempre se permite al juez manifestar de oficio un hecho extintivo o impeditivo. Como no siempre le es lícito fundarse en hechos *simples* (§ 11) no hechos valer por las partes. El problema de los poderes del juez es, pues, mucho más vasto que el de la identidad de las acciones; pero ambos problemas encuéntrase entre sí en esta relación: la solución del segundo confiere a la solución del primero, como vimos, una serie de criterios, ciertamente *negativos*, pero seguros, y a veces pacíficamente aceptados, tanto más importantes cuanto más vagos e inciertos son, en cambio, los criterios *positivos* para la determinación de los poderes del juez.

La formación o preparación del material de decisión, comprende:

a) La *determinación o selección de los hechos* sobre los cuales se juzga, y, por tanto a declarar.

b) La *declaración* de estos hechos.

c) La *determinación y la declaración* de las *normas* a aplicar.

En cuanto a esta última operación la actividad del juez no tiene límites (*jura novit curia*); y, como ya hemos observado, no precisa ninguna petición especial de la parte, ni el acuerdo de las partes puede, en modo alguno, impedirlo (1). Pero en cuanto a la

(1) V. §§ 11, 12 y 41. Es, más bien, deber del juez examinar de oficio la demanda bajo todos los aspectos jurídicos posibles (*narra mihi factum, narro tibi jus*). Es, por consiguiente, doctrina aceptada que el juez puede «en la esfera del derecho puro» suplir a las partes (Cas. Turín. 22 Junio 1880, *Legge*, 1880, I, 863; 19 Febrero 1881, *Giurisprudenza torinese*, 1881, 281; 8 Febrero 1890, *Giurisprudenza torinese*, 1890, 142; Casación Roma, 29 Diciembre 1893, *Corte Suprema*, 1893, II, 333; Casación Florencia, 28 Diciembre 1898, *Annali*, 1894, I, 76; generalmente refiriéndose al tít. «ut quæ desunt», Cód. 2, 10. Por tanto, si el actor se funda en normas de ley inexistentes o mal tomadas, el juez aplicará las normas del caso, siempre que el objeto de la demanda no resulte modificado. Si el ac-

determinación y a la declaración de los hechos, la posición del juez es muy distinta, siempre que se trate de una verdadera cuestión de hecho, esto es, de la existencia de un hecho en el caso concreto, y no de la simple apreciación de la «calidad jurídica», de un hecho, ni del fundamento de las «máximas de experiencia»; puntos que pertenecen a la cuestión de derecho (§§ 5 y 20.) Abstractamente se puede concebir al juez como investido de todos los poderes necesarios para descubrir la verdad (principio *inquisitorio*) o como constantemente sujeto a la *iniciativa* de la parte (principio *dispositivo*); en la práctica, ninguno de estos principios se halla *completo y consecuentemente* aplicado, sino que se armonizan en distinta proporción, según los lugares y las épocas; por ejemplo, aunque nuestra ley, en general, se halla orientada hacia el principio *dispositivo*, no se limita a garantizar a las partes un juez independiente todo lo más posible, y libre en su juicio y en su convicción, sino que concede a este juez (a quien no es lícito librarse con un *non liquet*), medios de formarse una convicción también independiente de la voluntad de las partes (Código procesal civil, arts. 205, 228, 231, 243, 248, 267, 271, 401 y 446) algunos de los cuales pueden servir, no sólo como medios de declaración de hechos afirmados, sino también como medios para hacer relevar la existencia de hechos nuevos; y a la defensa más acabada de las partes se interesa no sólo con las normas generales sobre la presentación judicial, sino autorizando al juez para limi-

tor quiere aplicar a un hecho jurídico regulado por normas especiales, normas generales, el juez no rechazará la demanda, pero dentro de los límites del objeto aplicará la norma especial. Lo mismo cuando se trate de la diversa definición jurídica de un mismo hecho cuando las consecuencias no varían. Pero de todas maneras conviene que el hecho constitutivo se mantenga el mismo, de aquí que sea evidente la *ultra petita* en el caso en que, pedida una prueba para declarar los servicios prestados por la busca del comprador de un fundo, se admita para declarar el mandato para vender (Cas. Palermo, 10 Enero 1901, *Foro siciliano*, 1901, 87); pedida la remuneración por servicios prestados como campanero, se concede por los servicios de custodia de la iglesia (Cas. Turín, 23 Diciembre 1898, *Giurisprudenza torinese*, 1899, 136); discutiéndose entre las partes acerca de las consecuencias de un arrendamiento, afirme el juez la existencia de un subarriendo (Cas. Roma, 29 Diciembre 1893, *Corte Suprema*, 1894, II, 333). Véase POLLAK, pág. 408.

tar en cada caso la autodefensa de las partes «si la pasión o la inexperiencia pueden impedirles seguir (tratar) convenientemente el pleito, (Cód. proc. civ., art. 350).

De esta confusión que presentan las leyes, provienen las divergencias en la concepción teórica del principio dispositivo (de la *iniciativa* o de la *responsabilidad* de las partes). Algunos lo consideran como un principio *absoluto*, que sólo puede limitarse con normas expresas, como un homenaje *a la voluntad de las partes* en sí misma, como el derecho mismo de las partes a la disposición del derecho privado; reflejado en la tramitación del juicio otros, más justamente, como un simple *concepto directivo* del legislador, como un mero principio de *oportunidad*, fundado en la falta de aptitud de las relaciones privadas para ser vigiladas policíesmente por el Estado y sobre las mayores garantías que presenta la defensa de los derechos privados remitida a los particulares, por los mayores medios de defensa que da a los particulares el conocimiento de sus intereses; franco a las excepciones apenas venga esta presunción proclamada por las circunstancias del hecho concreto. Los primeros niegan al juez que se ocupe de los hechos que la parte no *quiere* someterle, excluyen todo derecho de interrogar a las partes para suplir sus deducciones, y algunos llegan a creer que el juez queda obligado por una confesión de hechos imposibles; los segundos manifiéstanse amplios en limitar los poderes del juez; admiten que acuda a salvar los defectos de las partes interrogándoles acerca de los hechos que no han hecho valer; quieren que sea libre ante la confesión de hechos imposibles. Los primeros encuentran en los amplios poderes instructorios que tiene el *juez penal* y el *administrativo* una confirmación de su principio, en cuanto en los juicios administrativos y penales está directamente interesado el Estado: los segundos descubren una confirmación del suyo, en cuanto la instrucción oficial en aquellos juicios es más fácil.

A) Respecto a la determinación o selección de los hechos a declarar, el juez debe, regularmente, abstenerse de relevar hechos no alegados por las partes, «*secundum allegata et probata partium judicare debet*». Esto es más evidente en cuanto a los hechos que el juez estime de influencia en el pleito; pero que no resultan de los autos (*quod non est in actis non est in mundo*); pero lo mismo debe entenderse de los hechos no afirmados por la parte, que

resultan de los autos. Nuestros jueces son muy propensos a fundarse en hechos que las partes no han alegado, con el pretexto de que «surgen de los autos», temen no dignificar bien su alto juicio, si no ejercitan con absoluta independencia su talento en todas las resultancias de los actos. Este desenfrenado ejercicio es peligroso. Si al juez le repugna sentirse encerrado en los límites de la voluntad dominadora de las partes debe aceptar, por los menos, el vínculo de una consideración práctica, esto es, que las partes son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie puede conocer mejor que ellos, qué hechos debe alegar y cuáles no. Las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes. Y si en un caso concreto aparece notoria una deficiencia en la defensa podrá discutirse si el juez puede, y dentro de qué límites, proveer a ella con oportunos interrogatorios, de un modo compatible con la naturaleza del procedimiento; pero lo que no puede hacer el juez, ni aun en este caso, es asumir, sin más, el hecho no alegado como base de su decisión. Y esto puede afirmarse tanto de los hechos constitutivos como de los hechos jurídicos en general e incluso de los simples motivos. No quiere decirse con esto, de una manera absoluta, que los hechos deban ser no sólo afirmados, por una de las partes, sino *utilizados*, hechos valer por aquella a quien ayuden, para que el juez los tenga en cuenta. Si el actor afirma espontáneamente un hecho extintivo del derecho, por ejemplo, porque lo estima jurídicamente ineficaz, sucederá, que el juez, con siderándolo en cambio eficaz, lo tenga en cuenta (§ 11). Pero esto también con mucho tino. Cuando el juez asume por sí un hecho que la parte a quien ayuda no hizo valer, encuéntrase siempre frente a la posibilidad de errar mientras una parte no hace valer un hecho que le ayude; el adversario no tiene interés en deducir la inexistencia de aquel hecho o en deducir otros hechos que eliminen sus consecuencias; por tanto, el juez no sólo saca partido de un hecho no aclarado por la luz del contradictorio, sino que asumiendo el papel del defensor de una parte ofende el principio de la igualdad de las partes, que es uno de los principios fundamentales del proceso civil (§ 4).

B) Seleccionados y determinados los hechos sobre los cuales se ha de juzgar, conviene que sean *declarados*. También en la de-

claración, regularmente domina el principio dispositivo; corresponde a las partes proponer las pruebas que estimen oportunas. El magistrado juzga fundándose en las pruebas producidas; si son insuficientes tanto peor para la parte. Antes bien, créese unánimemente que el magistrado no tiene ni siquiera el poder de pedir la comparecencia personal de las partes para interrogarles directamente, sino cuando la ley expresamente lo autoriza, como lo hace en general para los pretores y conciliadores (art. 446 y 464) y para los tribunales en los asuntos mercantiles (art. 401) (1). Fuera de estos casos, los medios instructorios, que el juez, en nuestro sistema, puede disponer de oficio son:

1.º La *intervención* en el pleito de un tercero cuya intervención estime *oportuna* (art. 205, Cód. proc. civ.) La doctrina considera unánimemente la intervención de oficio como un medio instructorio (2). Ciertamente es un medio de aplicación difícil, pero esto no basta para sostener, como se hizo recientemente, que la intervención obligada *jussu judicis* debe considerarse como un modo de integración del juicio. Esto sería contrario al principio de la libertad de obrar. O la demanda no puede proponerse contra el demandado solo o por el actor solo, y en este caso trátase de un defecto de *legitimitio ad causam* que da lugar a desestimación de la demanda (§ 5). O puede proponerse, y en tal caso el juez no puede de ningún modo pretender que sea propuesta también en respecto de los litis consortes. Puede ocurrir, en cambio que

(1) Según el proyecto de reformas procesales antes citado se concedería expresamente este poder a los tribunales también en los asuntos civiles y a las Cortes (art. 15).

(2) V. el estado de la controversia en LESSONA, *L'intervento coatto jussu judicis come mezzo probatorio*, en *Foro italiano*, 1901, pág. 392 y en *Teoria delle prove*, vol. V. Contra: REDENTI, *Giudizii con pluralità di parti*, §§ 186-188. REDENTI, se funda en diversas normas legales; pero el artículo 168, Cód. Civ., no hace regla absoluta de una resolución del juez, el art. 469, Cód. proc. civ., es una norma enteramente especial, que tiene su fundamento en la relación entre primero y segundo grado. CHIOVENDA, *Litisconsorzio necessario*, en los *Nuovi saggi di diritto processuale*, página 240; el art. 129 de la ley prov. y munic., está determinado por las exigencias de la *sustitución proc.* y no de la acción; y la integración de los juicios administrativos (arts. 15 y 16, reglamento de proc., 17 Ag. 1907, número 642), corresponde a la naturaleza especial de aquellos juicios.

el juez estime oportuna *para el mejor desarrollo del pleito* la presencia de un tercero en la litis puesto que la presencia de este tercero que no deviene parte en la litis, pero que asiste a ella y tiene derecho a la consulta de los actos, a las notificaciones etc., puede constituir una garantía de la mejor marcha del pleito. Lo mismo ha de entenderse para que la intervención de oficio pueda decretarse también en apelación (art. 491 Cód. proc. civ.) Así como se dan casos en los cuales el tercero *por propio interés* asiste a la litis como el garantido puesto fuera de pleito (art. 198), y el interviniente voluntario (§ 36) así también la presencia del tercero puede ordenarse en interés del pleito si bien con diferentes efectos. Un caso tenemos en la intervención obligada del ayuntamiento en los asuntos basados en la acción popular (art. 129 ley Prov. y Municipal) y en general los casos de sustitución procesal ofrecerán fácilmente la oportunidad de la intervención de oficio, cuando para tener la sustitución deba tener lugar la expropiación del ejercicio de la acción en la persona del titular (§ 36); el juez no puede situarse en condiciones de proveer en el fondo, si antes a los efectos de la sustitución no ha ordenado el llamamiento del titular. Otro caso puede darse en la aplicación del art. 133 de las tarifas ferroviarias (1).

2.º *El juramento* de una parte (art. 228 Cód. proc. civ.; artículo 1374 Cód. civ.) § 62.

3.º *El dictámen pericial* (art. 267) § 64.

4.º *El reconocimiento judicial* (art. 271) § 65.

5.º *El exámen testifical* no puede ordenarse de oficio, pero puede de oficio darse alguna disposición secundaria relativa a él. (Examen en el lugar a que se refieren las declaraciones, art. 231). Además al interrogar a los testigos, el juez puede hacer de oficio las preguntas *oportunas para mejor aclarar la verdad* (art. 243). Y si el examen tiene lugar en la audiencia del colegio, todos los que componen el colegio pueden interrogar a los testigos sobre las

(1) En este caso no se trata de acción que corresponda a *dos*, sino de consentimiento para obrar de uno y otro. Así la intervención puede tener su carácter instructorio probatorio. Acerca de este tema: Cas. Florencia, 7 Mayo 1908, (en la *Cassaz. di Firenze*, 1909, pág. 1 y sigs., con nota de BARSOTTI); OTTOLENGHI, en la *Riv. di dir. comm.*, 1908, II, pág. 223.

circunstancias respecto de las cuales desean mayores aclaraciones (artículo 248).

6.º El presidente puede hacer llamar a cámara de consejo a los procuradores o a los abogados de las partes para aclaraciones posteriores (Reg. gen. jud. art. 259.)

El predominio del principio dispositivo sobre la iniciativa del juez en la formación de las pruebas, o sea en la *declaración de la verdad* de los hechos, se funda en parte también aquí como en el campo de *la selección de los hechos* a declarar, en la naturaleza del litigio civil o de los intereses que ordinariamente se agitan en él; nadie es mejor juez que la parte respecto de las pruebas de que puede disponer, respecto de sus intereses individuales. Sin embargo, no puede desconocerse que la actitud pasiva del juez en la formación de las pruebas puede aparecer menos justificada que en la selección de los hechos porque, fijados los hechos a declarar, la manera de declararlos no puede depender de la voluntad de las partes, siendo la verdad una sola. Añádase que la posición pasiva del juez lígase también indiscutiblemente a las formas del proceso escrito. Por esto se comprende que en las leyes modernas, particularmente en aquellas que han aceptado más ampliamente la oralidad, va marcándose una reacción contra el principio dispositivo, a favor de la iniciativa del juez. Esto, sobre todo en el reglamento austriaco, el cual admite ámpliamente el poder del juez para interrogar a las partes y para provocarles las deducciones de hecho de influencia en el pleito (§ 182); para ordenar la presentación de documentos, que se encuentren en su poder, en el de un depositario público, y a los cuales se haya hecho referencia por una de las partes para citar testigos, de los cuales, según la citación o la marcha del litigio sean de esperarse aclaraciones sobre hechos importantes (§ 183).

También nuestra ley sobre *prohiviri* (art. 38) autoriza al jurado a ordenar la exhibición de libretos de trabajo, libros de maestranza, registros y otros documentos; a llamar de oficio testigos; a interrogar a personas prácticas; y estas normas hállanse en íntima conexión con las que regulan la oralidad (art. 32) y la concentración del proceso en una audiencia (art. 58 Reg.)

IV. *Hechos notorios y hechos confesados*.—Los poderes del juez en cuanto a la determinación y a la declaración del material

de pleito, experimentan una extensión importante en caso de hechos *notorios* y una importante limitación en caso de hechos *confesados*.

Los hechos *notorios* (1). El concepto de la notoriedad es muy indeterminado, pero puede limitarse así: estimanse ante todo hechos notorios los que son considerados como ciertas e indiscutibles por el conocimiento humano general, ya pertenezcan a la historia, ya a las leyes naturales, ya a los hechos sociales y políticos que interesen la vida pública actual; hálbase también de una notoriedad más restringida, esto es, de los hechos que son comúnmente conocidos en un determinado lugar, de modo que cualquier persona que resida en él hálbase en condición de saberlos. En ambos casos el juez *puede* tener en consideración estos hechos independientemente de la afirmación que haga de ellas, o de la prueba que de ellos de una parte. Raramente ocurrirá que estos hechos tengan importancia directa en el pleito, como hechos jurídicos, pero también esto puede suceder: puede ser notoria, por ej. la muerte de una persona, y que esto sea condición del nacimiento o de la extinción de un derecho); con más frecuencia trátase de hechos simples de los cuales, únicamente se pueden derivar motivos con relación al litigio. Otra cuestión distinta, es la de si el juez está *obligado* a conocer los hechos notorios y por consecuencia, puede ignorarlos y considerarlos como no existentes y no probados si no están probados por una parte. Pero es evidente que puede hacer uso siempre del conocimiento de los hechos notorios que posee por que está en el pleito, no como un autómeta, sino como un órgano activo, que no puede olvidar la compleja totalidad de conocimientos que son comunes a todos los hombres, o a un número tan crecido de hombres, que la verdad de su conocimiento sea controlable sin más y que las partes pueden presumirla en él (no se puede pretender que él, ignore, por ej. los días del calendario). Depende de su cultura que estos hechos notorios poseídos por él, sean muchos o pocos: el juez superior puede considerar y valorar lo notorio, en casos en que el juez inferior no lo haya teni-

(1) STEIN, *Das private Wissen des Richters*. (La ciencia privada del juez), 1893, pág. 138 y sigs.; SCHMIDT, *Die aussergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozessrichters*. (Las observaciones extrajudiciales del juez). 1892; POLLAK, págs. 408 y 516; SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 433 y sigs.

do en cuenta; ni aun es necesario que el juez conozca realmente, *en el momento de la discusión*, lo notorio para que pueda tenerlo en cuenta, pudiendo muy bien procurarse su noticia al estudiar el pleito; notorio no es lo que efectivamente es notado sino lo que *puede* ser notado mediante ciencia pública y común y por tanto, previsible y controlable por las partes. Pero de todas maneras los límites de los hechos notorios por sí mismos debe entenderse restrictivamente.

El juez no puede, en cambio, valerse del conocimiento que tiene por sus motivos o medios personales (*ciencia privada*), las partes no deben presumirla en él; y en todo caso no podrían controlar su exactitud. El juez debería controlar por sí mismo la propia *observación*, pero esto es psicológicamente incompatible con su oficio de *juez*, el cual debe formarse una convicción controlando imparcialmente las observaciones *ajenas* (de testigos, de peritos etcétera) (1).

Los hechos *confesados* (2) Llámase confesión la declaración que una parte hace de la verdad de *hechos* afirmados por el adversario y favorables a éste. La confesión nos presenta dos afirmacio-

(1) Tradicionalmente el motivo de esta prohibición de servirse de la ciencia privada suele ponerse en la calidad pública del juez. V. SCLOPIS, *Autorità giudiziaria*, pág. 102 que recuerda a STO. TOMÁS DE AQUINO, (Cum iudicium ad iudices spectet non secundum privatam sed publicam potestatem, oportet eos iudicare non secundum veritatem quam ipsi ut personae privatae noverunt, sed secundum quod ipsis ut personis publicis per leges, per testes, per instrumenta et per allegata et probata res innotuit; 2.^a ed., núm. 66, art. 2).

(2) LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. I; DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile*, en la *Giurisprudenza italiana*, 1901; MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, en el *Foro sardo*, 1902; DEMELINS, *Die confessio im röm. Civilprozess*, 1887; CANSTEIN, *Anerkennung und Geständniss nach der D. C. P. O.* en la *Rivista per il proc. civ. tedesco*, I, 257; WACH, *Das gerichtliche Geständniss*, en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 64, pág. 202; POLLAK, *Das gericht. Geständniss*, 1893; WITTMAAK, en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 88, pág. I y sigs.; BÜLOW, en el *Archivio cit.*, vol. 62, pág. 617 y vol. 88, pág. 317 y sigs.; BÜLOW, *Das Geständnissrecht*, 1899, y acerca de esto LENEL en la *Rivista critica trimestrale di Giurisprudenza*; BAYER H., *Entscheidungsgrundlagen*, citado 1911, pág. 227 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., § 80; WEISMANN, § 35; HELLWIG, *System*, § 148 y sigs.; POLLAK, §§ 83 y 114.

nes concordantes relativas a un hecho: esto constituye normalmente un límite al poder del juez, en el sentido de que regularmente debe basar su decisión en el hecho confesado. Puede haber en esto algún inconveniente práctico pero serían mucho mayores los inconvenientes si se admitiese que el juez pueda en todo caso prescindir de la confesión realizada. Sobre esto volveremos más adelante § 61.

Pero ese límite del poder del juez, desaparece en los casos en que el Estado no puede desinteresarse de las consecuencias que tendría en el caso concreto, la obligatoriedad para el juez de una confesión que no se ajustase a la verdad. Son los casos en los cuales en lugar del principio *dispositivo* está el principio *inquisitorio*, porque no puede recurrirse al principio de que las partes son responsables del daño que a sí mismas se causan, donde al contrario, el daño recaería sobre la sociedad y sobre el Estado. Así en el proceso penal, es interés del Estado castigar al imputado, solo si el delito ha sido realmente cometido y realizado por él; la confesión del imputado, por lo mismo, no tiene un efecto vinculativo para el juez. Lo mismo en el procedimiento civil, cuando se trata de pleitos de importancia social (nulidad de matrimonio, impugnación de la legitimidad de un hijo; interdicción y otras semejantes). Algunas leyes, como la germánica y la austriaca, han señalado especialmente este límite a la eficacia de la confesión y también alguna norma de nuestras leyes es explícita en este sentido. como el art. 165 Cód. civ., tratando de impugnación de la paternidad; pero aquí se trata de un principio general, que no necesita ser expreso. Si, por ejemplo, el cónyuge confiesa su impotencia, esto no basta para que el juez *deba* pronunciar la nulidad del matrimonio (Cód. civ. art. 107); la confesión podrá *concurrir* a determinar la decisión, pero la existencia de un matrimonio no puede depender de la posible mentira de los cónyuges. Lo mismo debería decirse de una confesión que tendiese a hacer considerar existente un matrimonio inexistente.

Y no es que en éstos pleitos la confesión pierda todo efecto vinculativo para el juez (1). El Estado puede tener interés en que un estado jurídico válido (matrimonio) no sea declarado nulo; pero puede ser indiferente a que un estado jurídico anulable sea convalidado, y aún más, puede tener interés en que sea convalida-

(1) V. sobre este punto KOHLER, *Civilprozessrecht*, pág. 95.

do. Si, por ejemplo, el cónyuge demandado para la separación personal excepciona que ha mediado reconciliación, y el cónyuge actor confiesa que, en efecto ha mediado, la demanda de separación será, sin más, rechazada (Cód. civ. art. 153). Lo mismo en la acción de nulidad de matrimonio si fuese confesada la ratificación ocurrida o el hecho de la cohabitación (art. 109 y 106 Cód. civ.)

Otro caso en que la confesión no tiene efecto vinculativo para el juez es el de que los hechos confesados sean *imposibles o notoriamente inexistentes*.

V. *Reconocimiento de la acción y renuncia de la acción* (1). También estas actividades de las partes constituyen un límite del poder del juez, en el sentido de que tienen en sí el contenido de su sentencia.

El *reconocimiento* es la declaración del demandado de que la *demanda* del actor está *jurídicamente* fundada. En esto se diferencia de la confesión, la cual recae sobre los *hechos* concretos, no sobre la afirmación *jurídica* en su *integridad*. La *renuncia* es la declaración del actor de que su acción es infundada; y también difiere de la confesión porque no reconoce ningún *hecho* afirmado por el demandado sinó que niega únicamente la consistencia *jurídica* de la acción. La renuncia a la acción distínguese también de la renuncia a los actos del juicio la cual hace nulo el procedimiento pero no implica negación de la acción (art. 343 y 341.)

Ni el reconocimiento ni la renuncia hacen cesar la relación procesal, pero tienen influencia inmediata en el contenido de la sen-

(1) V. DEGENKOLB, *Das Anerkenntnissurteil*, (La sentencia basada en reconocimiento), 1902; KOHLER, *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung*, (actos procesales con efectos de derecho civil), en la *Rivista pel proc. civ. tedesco*, vol. 29, pág. 34 y sigs.; HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntniss und Verzicht*, (Contribución a la teoría del reconocimiento y de la renuncia procesal), 1903; WEISMANN, *Zur Lehre vom Zivilprozessualen Anerkenntniss*, en la *Z. für Rechtspflege in Bayern*, Munich, 1909; MÜLLER, *Wesen und Wirkung des Anerkenntnisses im Zivilprozess*, Léipzig, 1911, (y con referencia a él, MEYER, en la *Rivista pel procesal civ. ted.*, vol. 42, pág. 423); BAYER H., *Entscheidungsgrundlagen*, Graz, 1911, pág. 265 y sigs.; WEISMANN, I, pág. 103; SCHMIDT, 2.^a edición, § 88; HELLWIG, *System*, I, § 149; CAMMEO, en la traducción de CROME, pág. 429, nota.

tencia. La sentencia en este caso da fe del reconocimiento y de la renuncia y declara fundada o infundada la acción (1). El simple hecho del reconocimiento, no obstante, no da derecho al actor a una sentencia favorable; el juez examina libremente si existe una norma abstracta aplicable al caso, si la causa del contrato es lícita y si resulta probado un interés en obrar.

Por la importancia que el reconocimiento o la renuncia pueden tener sobre el derecho, discútese si estos son también actos dispositivos de derecho privado y por tanto sujetos a las impugnaciones admitidas para los negocios jurídicos privados. Sea lo que quiera, lo cierto es que son ante todo actividades procesales; de donde se deduce que para su validez requiérese la forma pedida para los actos procesales (por ejemplo, escritos) no la exigida por derecho civil, para los actos correspondientes de disposición del derecho. Su efecto posible sobre el derecho sustancial no aparece como tal, puesto que se produce por medio de la sentencia, que es *declaración* de derecho (§ 2.)

VI. *Poderes del juez acerca de los presupuestos procesales.* Así como el juez por razón de su propio oficio, y sin necesidad de instancia particular del demandado, debe manifestar la falta de las condiciones de la acción, menos en los casos en que el demandado tiene una *excepción* (§ 5), del mismo modo debe de oficio manifestar la falta de los presupuestos procesales, excepto cuando el demandado tiene una *excepción procesal* (§ § 3, 11, y 38). En efecto, el juez no puede intervenir en una relación procesal que carezca de las condiciones de validez. Por lo tanto declara de oficio su propia incompetencia, manifiesta de oficio la propia incapacidad subjetiva, manifiesta de oficio la incapacidad de las partes, la falta de las autorizaciones necesarias para que puedan comparecer en juicio, la incapacidad para ser parte, la falta de poder, la falta de *jus postulandi* etc., etc. Tratándose de competencia prorrogable no se trata de un límite del poder del juez, ya que si el demandado no se opone expresamente a la prórroga, el juez es perfectamente competente. La nulidad del acto de citación se manifiesta de oficio solo en caso de rebeldía del demandado (art. 192.) Acerca de todo esto § 41 bis.

(1) Vimos antes (§ 44 bis.), que en el proceso austriaco esta sentencia puede producirse incluso en la audiencia preliminar.

En cuanto a los poderes para *declarar* la existencia de la relación procesal, limítanse a las resultancias procesales. Esto es más evidente en los casos en que los presupuestos se deducen (como en la competencia objetiva), del objeto de la demanda, porque en tal caso la misma demanda informa el Juez de la posibilidad de pronunciar *sobre la demanda*. Pero aun respecto de los presupuestos concernientes a las personas de las partes, el Juez no puede ordenar de oficio especiales indagaciones para declarar, por ejemplo, si el actor es mayor de edad, y otras análogas (1). Sólo puede entenderse que el Juez tiene mayor libertad en esta esfera para manifestar los hechos *resultantes de los actos*. Antes bien, algunas veces, la ley admite que el Juez aquí se valga de su ciencia privada («el pretor informado por *cualquier medio* de que el demandante no tuvo noticia de la citación, etc., art. 442.)

VII.—*Otras relaciones entre la actividad de las partes y los poderes del Juez*—Además de cuanto hemos dicho en su lugar acerca de las normas *dispositivas* en el proceso (§ 4), debemos recordar que en una porción de casos, la ley regula expresamente la relación entre la voluntad de las partes y los poderes del Juez; algunos de estos casos no son más que la aplicación lógica del principio «*nemo iude sine actore*» (art. 35); otros, en cambio, tienen importancia autónoma, porque podrían concebirse también regulados de distinto modo, y por tanto, son el índice de una dirección más bien que de otra (predominio de la iniciativa de las partes sobre la iniciativa del Juez).

a) *Resoluciones del Juez subordinadas a la instancia de la parte*.—Nombramiento del curador especial al demandado (artículo 136); orden de devolución de los documentos (art. 170); devolución del original de los documentos en la querrela por falsedad (art. 306 y 311); orden de pago del sobrante de la cuenta (art. 321, 325 y 326); ejecución provisional de las sentencias (art. 363 y 409); distracción de los gastos (art. 373); declaración de rebeldía (artículo 380) (2); modificación de las sentencias (art. 473); desestima-

(1) V. SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 668, núm. 3.

(2) La instancia especial para la declaración de rebeldía sólo es necesaria cuando se pide una sentencia *autónoma* declarativa de la rebeldía,

ción de la oposición y de la apelación sin examen (art. 480 y 489); resoluciones acerca del precio de la venta (art. 724); modificaciones de las condiciones de la separación conyugal (art. 810); embargo (art. 921).

b) *Resoluciones no subordinadas a la instancia de parte.*— Discusión a puertas cerradas (art. 52); aplicación de penas a los procuradores, cancilleres, ujieres (art. 62 y 177); orden de cancelación o supresión de los escritos injuriosos o contrarios a las buenas costumbres y al orden público (art. 63); cambio de la forma procesal (L. 31 marzo 1901, art. 2); traslado de los actos al Ministerio público (art. 346); variaciones y adiciones a las condiciones de la venta (art. 666, núm. 2); ejecución provisional de las sentencias que declaran la nulidad del arresto personal del deudor o su libertad (art. 777).

c) *Resoluciones del Juez subordinadas a la voluntad concorde de las partes.*— Acuerdo de las partes de llevar el pleito ante el suplente del Juez recusado (art. 127); acuerdo de las partes en la elección del perito (art. 253, 260, 262, 277 y 285); acuerdo de las partes en la elección de los escritos de comparación (art. 286 y 307); en la elección de los árbitros conciliadores (art. 402); en el cambio de la forma procesal (art. 2, L. 31 Marzo 1901); en el aplazamiento del pleito (art. 6, L. 31 Marzo 1901); en la resolución de los incidentes, etc. El acuerdo en estos casos (dejando a un lado el del art. 127), no es como en alguno de los casos examinados en otro lugar (§ 4) de derogación de las normas dispositivas, un contrato mediante el cual las partes regulan a su manera la relación procesal, y que les atribuye *derechos* procesales: es únicamente el presupuesto de una resolución del Juez, el concurso de dos voluntades unánimes respecto de la actividad del magistrado. Por esto tal concurso de consentimientos tiene importancia *sólo en el momento en que debe dictarse la resolución*. Puede formarse en aquel momento aun bajo la forma de simple adhesión, de una parte a la instancia de la otra. Si el acuerdo se ha establecido antes de la resolución, debe sostenerse hasta el momento en que debe tomarse la resolución, pues de lo contrario ésta no puede tomarse.

como en el procedimiento formal, a que se refieren los arts. 380 y 383. En cambio cuando se pide una sentencia de otra naturaleza, el juez, de oficio, debe declarar la rebeldía, aunque la parte activa no lo solicite.

Entiéndase: la voluntad de una parte ni la voluntad de las partes concordes no puede vincular al Juez en el sentido de que *deba* tomar la resolución que le fué pedida. Lo mismo que en lo se que refiere al fondo, en las resoluciones necesarias durante la tramitación del pleito, la voluntad de las partes no es más que *una* condición de la resolución, pero el Juez debe averiguar si concurren las otras condiciones pedidas por la ley, y en general, si la resolución solicitada corresponde al fin procesal (por ejemplo, rechazará las peticiones, aún concordadas, de medios instructorios *inútiles*).

Acerca de los poderes del magistrado en la dirección de la audiencia, ya hemos hablado (§ 43). En el derecho francés admítase el llamado principio de *soberanía* del magistrado: Consiste en la facultad de regular la marcha del pleito discrecionalmente, rechazando las pruebas propuestas que se estimen impertinentes, declarando en estado de decisión el pleito, excluyendo las deducciones fuera de tiempo o lentas, etc., etc. Nuestra ley admite, como hemos visto, algunos de estos poderes; la práctica hace de ellos una aplicación vergonzante.

Más adelante nos ocuparemos de otra relación importante entre las actividades de las partes y del Juez concerniente a la *prosecución* del pleito (*impulso procesal*). § 51.

APENDICE AL § 47

Derecho español.

Siguiendo las normas que nos hemos impuesto, mencionaremos tan sólo aquellas disposiciones de nuestra ley de E. C. fundamentales y de carácter general, sin pararnos a la enumeración de casos especiales y de aplicación a cada orden de juicios en particular.

Art. 359. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

Cuando estos hubieren sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

Art. 361. Los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito (1).

Art. 1.692. Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal:

2.º Cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

3.º Cuando el fallo otorgue más de lo pedido, o no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

Art. 340. Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los Jueces ó Tribunales acordar, para mejor proveer:

(1) V. también el art. 6 Código Civil.

1.º Que se traiga a la vista cualquiera documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.

2.º Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.

3.º Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.

4.º Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el Tribunal les conceda.

Art. 341. En la misma providencia se fijará el plazo dentro del cual haya de ejecutarse lo acordado para mejor proveer, y si no fuera posible determinarlo, el Juez o la Sala cuidará de que se ejecute sin demora, expidiendo de oficio los recuerdos y apremios que sean necesarios.

Por lo que se refiere a la confesión V, arts. 579 y siguientes Ley Enjuiciamiento Civil y 1.231 y siguientes del Código Civil.

Más adelante nos ocuparemos de este argumento de un modo especial.

§ 48

Deberes de las partes.

I.—*En general.*—Hemos visto que la relación procesal tiene por contenido principal el *deber* del Juez de resolver sobre las demandas de fondo de las partes y sobre las dirigidas a ellas. Falta examinar si existen en aquélla *deberes* de las partes respecto del Juez o de las partes entre sí. El deber jurídico estrictamente considerado, supone una sanción, porque es propio de la *norma jurídica* la tendencia a actuarse prácticamente en cuanto esto sea posible (§ 1). Que el derecho lleve un deber moral a deber jurídico, depende frecuentemente de consideraciones de utilidad práctica variables en el tiempo y en el lugar. Porque el derecho niegue su sanción a un deber moral, no debe creerse que la violación de aquel deber sea por ello lícita ni jurídicamente permitida (1).

II.—*Sobre el deber de comparecer y participar en el juicio* (2). No puede hablarse hoy de un deber de comparecer en juicio, ya que no existe una sanción contra el demandado que no comparezca (salvo en el caso del art. 809, § 18); en cambio, en los más antiguos, encontramos un verdadero deber del demandado de presentarse en juicio, porque el proceso primitivo tiene, sobre todo, una función de *pacificación* social, y esta función no puede realizarse sino con la presencia de las partes entre las cuales pende la discordia, lo mismo ocurre en el antiguo proceso germánico (3),

(1) ROSMINI, *Filosofía del diritto*, I, pág. 156.

(2) V. CHIOVENDA, *Azione*, pág. 103 y sigs.; ROCCO, *Sentenza civile*, página 22 y sigs.; DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorme*, citado; REINHOLD, *Lehre von dem Klaggrunde, der Einreden und der Beweislast*, 1888, pág. 18 y sigs.

(3) BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, (Historia del derecho alemán), I, pág. 180.

y también en el antiguo proceso romano (1). De ahí la serie de coacciones contra el demandado para inducirlo a comparecer en juicio, que se encuentra en los procesos antiguos. Durante mucho tiempo perdura en el derecho posterior la idea de que el proceso no puede constituirse sin el concurso del demandado, y este acto solemne de constitución bilateral del proceso es la *litis contestatio* en el proceso romano clásico (2), y con el mismo nombre perdura en el proceso común italiano la institución bilateral de la litis propia también en el antiguo proceso germánico (§ Introd.). Y aún en estos procesos hallamos medidas coercitivas contra el demandado rebelde (intervención del actor en sus bienes, edictos, excomuniones). Y sólo muy lentamente obtiene aplicación lógica el principio de que en el proceso se declara y actúa la ley, y que esta función es propia del poder soberano, y por lo mismo, puede darse el proceso sin concurso activo del demandado, proceso *unilateral*. Así, en el proceso moderno, la relación procesal se constituye de un modo perfecto con la simple demanda, y con esta se enlazan, como momento en que hace la relación procesal, los efectos que en otros tiempos se enlazaban con la contestación de la litis. Por eso, hablar hoy de contestación de la litis y de contrato o cuasi contrato judicial, no tiene sentido (3). § 44 bis.

Pero recientemente se ha tratado de robustecer el deber de la comparecencia, haciéndolo revivir bajo otra forma. Se ha dicho que el ciudadano, del mismo modo que tiene el deber de dirigirse al Estado si quiere tener razón, tiene el derecho de pretender que el ciudadano respecto de quien hace alarde de un derecho, se preste al normal desarrollo de la función pública que se desenvuelve en el pleito, respondiendo acerca de la pretensión de conformidad con la propia convicción, y así también el Estado tiene

(1) MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta secondo il diritto romano*, 1891, especialmente págs. 46 y 49.

(2) El carácter contractual de la *litis contestatio*, es objeto de vivas polémicas. Véanse los recientes estudios sobre el particular examinados por DE RUGGIERO, *Teorie nuove e teorie vecchie intorno alla «litis contestatio»*, en el *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, año XVII, Roma, 1906, pág. 149 y sigs., especialmente pág. 189 y sigs.; REDENTI, *Pluralità di parti*, en el *Archivio giuridico*, 1907, pág. 4 del extracto.

(3) V. FADDA y BENZA, notas a WINSCHIED, I, pág. 1.183.

derecho a pretender de los ciudadanos su cooperación en el pleito. Pero la demostración de la existencia de esta limitación de la libertad individual es meramente doctrinaria, y a ella no corresponde ninguna norma positiva ni sanción de la ley contra el rebelde (1). Cualquiera es dueño de no comparecer y de no tomar parte activa en la relación procesal. Y él puede ser el primer perjudicado *de hecho* por su inactividad, puesto que le faltará en el pleito la defensa *concluyente* que es propia sólo de quien tiene interés personal. Pero el Juez no dejará de estudiar imparcialmente sus razones. Ha habido sistemas en los cuales se condenaba al rebelde por el sólo hecho de la rebeldía (2). Era una forma de coacción para comparecer, pero se ha abandonado en los sistemas modernos.

El derecho moderno puede permitir únicamente que, en rebeldía de una parte, se tengan por admitidos los *hechos* expuestos por el adversario sin perjuicio de tenerlos o no en cuenta como fundamento de la condena o de la absolución. No tenemos nosotros esta norma sino para el caso de que se haya realizado un interrogatorio formal (art. 218) (3). Y alguno ha visto aquí precisamente la sanción de un pretendido deber de *contestar*. Pero si históricamente esta norma (común al demandado y al actor) ha nacido como medida coercitiva (*poena confessi*), hoy no tiene esa significación, y se explica, en cambio, de esta manera (4):

(1) SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 351.

(2) A veces se condenaba al demandado por el sólo hecho de no hallarse presente al pronunciamiento de la sentencia. V. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale*, págs. 166 y 259.

(3) Un caso afín es el de la propuesta de entrega de las cantidades obtenidas de la venta mobiliaria; la rebeldía del deudor «equivale a la aceptación» (art. 652, Cód. proc. civ.). Nada tiene que ver, en cambio, con esta institución, el art. 614, Cód. proc. civ., por el cual el *tercero* embargado que no declare si es o no detentador de muebles o deudor de cantidades, puede ser declarado detentador o deudor; no es esta una simple consecuencia de la rebeldía, sino una verdadera sanción de la obligación de declarar que tiene el *tercero* respecto del Estado (§ 18).

(4) V. PAGENSTECHE, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, (Sobre la doctrina de la cosa juzgada sustancial), 1905, pág. 248 y sigs. cuyas observaciones sobre este punto no tuve presentes al escribir la 1.^a edición.

El Estado tiende a la definición del pleito por el camino más rápido, y con el mínimo empleo de actividad procesal (§ 4). Esto no puede impedir que garantice a las partes la máxima libertad de defensa, pero cuando la parte no hace uso del derecho de defensa, el Estado prefiere que los hechos declarados por el actor se consideren sin más como admitidos, antes que afrontar la serie de actividades necesarias para su prueba. Pero no hace esto para castigar al rebelde ni para obligarlo a comparecer o a responder, sino con el único objeto de librar por el medio más expedito a la sociedad y a sí mismo de la litis pendiente. La ley puede admitir este principio con estrechas limitaciones, como la nuestra, o con más amplios criterios, como la germánica y austriaca, según las cuales los hechos deducidos por el actor admítense sin más en rebeldía del demandado; o aún más amplias, como la ley ginebrina, en la cual la simple rebeldía del demandado trae consigo la estimación de las demandas del actor en cuanto no se hallen excluidas por los mismos hechos articulados y por los documentos presentados; pero por extensa que sea su aplicación, trátase en todos los casos de un mismo principio procesal (3).

El demandado rebelde puede, como veremos, hacer oposición a la sentencia en rebeldía, o apelar; puede suceder en este caso que triunfe en el pleito; sin embargo los gastos *a que ha dado lugar la rebeldía* serán de su cargo (art. 388). No obstante, esta norma no contiene la sanción de una obligación de comparecer.

Del mismo modo que no existe deber de responder en juicio, tampoco existe un deber de *probar*, sino en el sentido en que se

(3) Esta observación bastaría para excluir que pueda negarse ejecución a las sentencias en rebeldía, extranjeras, basándose en el art. 941, número 4; además de que este núm. 4 del art. 941 no puede referirse a simples principios procesales, puesto que los requisitos *mínimos* para el reconocimiento de la existencia de la sentencia extranjera se enumeran en los números precedentes del mismo artículo (§ 13). En tal sentido la Casación de Roma, 17 Ag. 1904, en la *Legge*, 1904, pág. 1879 (sentencia en rebeldía alemana), en contra: apelación de Casale, 25 Julio, 1906, en la *Legge*, 1907, pág. 35 (sentencia en rebeldía, ginebrina); v. sobre este asunto los recientes estudios de GHIRARDINE, en la *Cassazione di Firenze*, 1906, página 326 y sigs.; ANSALDI, en el *Journal de droit international privé*, 1907, página 639. V. también MORTARA, V, núm. 42.

dice, por ejemplo, que quien quiera ganar *debe* trabajar (1). Háblase por esto más exactamente de *carga* de la prueba (§ 55). La actividad que se consume en la prueba, como en general la actividad empleada en beneficio propio, es una *condición* para obtener la victoria, no un deber jurídico (2).

III *Sobre la buena fe y la culpa en el proceso* (3).—Al hablar de buena fe en el proceso, puede tenerse presente *a*) la convicción de la parte en cuanto al fondo del pleito; *b*) o su modo de conducirse en el pleito.

a) En otros tiempos exigíase de las partes una declaración jurada de que litigaban de buena fe (*jusjurandum calumniae*); tal ocurría en el derecho romano, en el canónico y en sus derivados (4). Hoy esto se considera una medida inútil o un impedimento excesivo, pero el que litiga de *mala fe* (con la consciencia de no tener razón: *litigante temerario*) es responsable de los *daños* del pleito, no solo de los simples gastos que ocasione la derrota (artículo 370) (5).

b) Lo mismo que cualquiera relación jurídica o social, la relación procesal debe ser regida por la buena fe. Pero no siempre es prácticamente útil que el derecho provea con sanciones al castigo del que se conduce con mala fe en el proceso, porque al querer reprimir con normas generales (de dudosa eficacia) al litigante

(1) WACH, *Beweislast*, (carga de la prueba) en la *Riv. pel proc. civil tedesco*, vol. XXIX, pág. 359 y sigs.

(2) THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, (Norma jurídica y derecho subjetivo), 1878, pág. 232.

(3) KLEIN, *Die schuldhaftte Partei-handlung*, Viena, 1885; TRUTTER, *Bona fides im Zivilprozess*, 1892; SCHNEIDER, *Treu und Glauben im Zivilprozess*, 1903; *Die Lüge im Zivilprozesse*, en la *Rivista renana*, I, 1909, página 393 y sigs. y los allí citados; GÖRRES, *Ueber das Verschulden im Prozesse*, (*Culpa im prozessu*), en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 34, (1905), pág. 1-107; SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 351; MESSINA, *Confessione*, citada, pág. 26 y sigs; HELLWIG, II, pág. 40 y sigs.; *System*, § 154; PAGENS-TECHER, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 36, pág. 373.

(4) CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, cit., págs. 14, 16, 34, 68, 72, 98 y 120.

(5) CHIOVENDA, *Op. cit.*, pág. 318 y sigs.; Ap. Venecia, 31 Dic. 1912, en la *Temí*, 1903, pág. 48 con nota de BOLAFFIO.

doloso, fácilmente menoscabaría también la libertad del litigante de buena fé (1) mientras que remitiendo al juez, también por regla general, su represión concedería un excesivo arbitrio al magistrado. Así nuestra ley no contiene, por ejemplo, una prohibición *genérica y expresa* de afirmar cosas falsas en juicio (2) dejando al cuidado recíproco de las partes la mejor aseguración de la verdad de las respectivas afirmaciones. Se limita a proveer con sanciones particulares, o sea:

1.º Amenazando con la condena a una multa (de 150 a 500 liras) al que niegue una escritura que luego resulte probado que ha escrito él (art. 295).

2.º Castigando al que jura en falso como parte en juicio civil con la reclusión de seis a treinta meses, con la multa de ciento a tres mil liras y con la interdicción temporal para desempeñar cargos públicos; en caso de retractación antes de la resolución de la contienda con solo la reclusión de uno a seis meses (Cód. penal artículo 221).

3.º Declarando obligación perentoria de las partes comunicarse recíprocamente los documentos en que se fundan. La nueva ley 31 Marzo 1901 ha regulado esta comunicación, disponiendo que los documentos deben depositarse en cancillería a disposición del adversario durante *cuatro días lectivos* antes de la audiencia o *dos* días en los asuntos comerciales; y en las citaciones a plazo reducido, antes de la citación (art. 5, R. D. 31 Agosto, art. 13, 16), o, si se comunican en la audiencia, y por su cantidad e importancia requieren maduro examen se aplaza el pleito e interim pueden depositarse en cancillería (Ley 31 Marzo. art. 9). La autoridad judicial no puede tomar comunicación de los documentos no depositados o comunicados, o no indicados en los elencos (art. 11); no puede recibir informaciones *privadas* con relación a los pleitos pendientes ante ella (regl. gen. jud. art. 233) (3).

(1) V. PAGENSTECHER, en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. 36.

(2) Así la germánica. La ley austriaca, en cambio, decreta la obligación genérica de expresarse conforme a verdad (§ 178). En el Código de BARBACOVÍ, hallábase el cap. XXX de bastantes artículos, dedicado a la «mentira judicial».

(3) La prohibición repítese enérgicamente en el art. 8 de la ley sobre garantías y disciplina de la magistratura 24 Julio 1908.

4.º Disponiendo que las copias de los escritos sean *exactas*, y reproduzcan también las apostillas, a no ser que la otra parte o el procurador ponga su *visto* a las apostillas sobre el original (art. 8); en otro caso el juez podrá ordenar la reapertura de la discusión, sin perjuicio de las penalidades que procedan contra el procurador (art. 11).

5.º Sometiendo a penas disciplinarias al procurador que quebranta los deberes de la probidad y de la delicadeza, tanto en perjuicio del cliente como del adversario (§ 37) (1).

6.º Concediendo un medio extraordinario de impugnación al vencido, cuando la sentencia ha sido efecto del *dolo* de la otra parte y si después de la sentencia se ha logrado un documento decisivo que no ha podido presentarse antes por *culpa* de la otra parte (art. 494, n. 1 y 3).

7.º Garantizando también a *los terceros* contra el dolo realizado en su daño en el proceso, concediendo un medio extraordinario de impugnación al tercero, que de otra suerte sería perjudicado por la sentencia (art. 512).

Además, las partes y los procuradores por ellas, tienen el deber de no retrasar por negligencia la instrucción o la realización del pleito (art. 61 Cód. proc. civ.) y de no exagerar la defensa con actos culposamente inútiles (art. 376) (2).

(1) Como la marcha leal del pleito depende en gran parte del procurador, las medidas han sido dirigidas siempre con éste. N. en Roma, en el Edicto 1775 del auditor general Marcolini, § 27, las severas sanciones contra los procuradores que se desvían «de las buenas reglas prescritas para la defensa de los pleitos», y que «perjudican con dolosos artificios los intereses de los litigantes».

(2) Sobre los casos particulares en que tiene lugar la condena en las costas por culpa, esto es, independientemente del vencimiento, v. CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, cit., pág. 310 y sigs.; mas ad. § 77.

§ 49

**Las actividades de las partes en la relación entre sí.
Adquisición procesal. Interrogatorio.**

I.—*En general.*—Cualquiera actividad de la parte, como influye en el desarrollo de la relación procesal y pertenece a éste, toca más o menos directamente a la otra parte. Esto ocurre en particular con la deducción de pruebas y presentación de documentos. Cualquiera de estas deducciones tiende a introducir un nuevo elemento en el material de conocimiento, a obrar en la convicción del Juez y de rechazo a perjudicar ordinariamente la posición del adversario. Por esto, según el principio del contradictorio, cada una de estas actividades dirígese al Juez, y al mismo tiempo a la otra parte; por eso hemos visto al hablar de los deberes de las partes, que éstas deben comunicarse recíprocamente las deducciones (escritas) y los documentos para que cada una esté en situación de someter al Juez sus observaciones y sus instancias respecto de la producción o actividad adversaria. Si la comunicación se verifica en la audiencia, el canciller estampa su firma en el original de los escritos y en las copias (L. 31 Marzo 1901, art. 10). Si son varias las partes contra quienes se dirige la demanda, se comunica a todas la copia de la demanda a menos que estén representadas por un procurador común (R. D. 31 Agosto 1901, art. 5).

Y también hemos visto que, según el principio de la inmediatez de las actividades procesales aplicado en el proceso escrito, las deducciones y los documentos se comunican antes al adversario que al Juez. Según la mayor o menor confianza y corrección que anima a la relación personal entre las partes y sus procuradores, la relación de sus actividades procesales puede ser regulada por la ley o por el convenio de las partes, Así las partes pueden durante la tramitación de juicio convenir la comunicación de los documentos en forma particular, firmando el recibo correspon-

diente en el original del acto o del escrito que contiene su relación (elenco): (Art. 19, R. D. 31 Agosto 1901).

Con el fin de facilitar la comunicación de las partes entre sí durante el proceso, está mandado: *a)* que la intervención de procurador produce la elección de domicilio en el suyo para cuanto se refiera a la iustrucción del pleito (art. 16, 2.º párrafo). *b)* que las ordenanzas se notifican a los procuradores no presentes a un pronunciamiento (art. 367, primer párrafo) (1); *c)* que al procurador mencionado en la citación puede notificársele la cédula de contratación, y al procurador personado pueden notificársele los actos de instrucción y las ordenanzas, aunque la parte hubiese declarado el domicilio o la residencia, o eligiese domicilio cerca de otro, salvo que la ley disponga lo contrario (R. D. 31 Agosto 1901, artículo 3): *d)* a las partes que comparezcan personalmente en los asuntos mercantiles, las citadas notificaciones se les harán en el domicilio elegido o declarado o en la residencia declarada en el municipio en que radica el tribunal; y en su defecto, puede hacerse la notificación en la cancillería del tribunal (R. D. 31 Agosto 1901, art. 4). *e)* si una parte es rebelde, las instancias que se promuevan durante el curso del juicio, y las ordenanzas de instrucción, se le notificarán mediante fijación de copia del acto en la puerta exterior de la residencia de la autoridad judicial (art. 385, primer párrafo.)

II.—*Principio de la adquisición procesal.*—Del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación *única*, derivase también otro principio importante, y es *que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes* (adquisición procesal). En otras palabras, cuando la actividad de una parte es *perfecta y completa* para producir sus efectos jurídicos, estos pueden ser utilizados por la otra parte. Por ejemplo: presentado en juicio un documento, ambas partes pueden deducir de él

(1) De otro modo las sentencias; se notifican a las partes en la residencia declarada o en el domicilio elegido o declarado (art. 367); y sólo a falta de elección o notificación se notifican al procurador. El proyecto de reformas procesales ahora presentado a la Cámara de los diputados (página 715) admite, por el contrario, que las sentencias, aún las definitivas, puedan notificarse al procurador constituido (art. 11).

conclusiones en beneficio propio. Las notificaciones (art. 45, Código proc. civ.) y en general los actos de impulso procesal (§ 51) producen efectos comunes entre las partes.

III.—*Interrogatorio (1)*.—Mediante el interrogatorio las actividades de las partes encuéntrase en una relación más especial. En el proceso común italiano, formaba parte formal del litigio, como hemos visto (§ 44 bis), la formulación en *artículos separados* de las propias deducciones, a veces juradas, y estos artículos, por las palabras con que se iniciaban (*pono quod...; pono quod... etcétera*), llamábanse posiciones (2). El adversario debiera responder a las posiciones específicamente. Originariamente recurrióse a diversos medios de coacción para provocar las respuestas a estas posiciones. Con el tiempo se introdujo en lugar de cualquiera otra sanción la *pœna confessi*: en defecto de respuesta los hechos se consideraban confesados (3).

En el derecho moderno derivase de la *pœna confessi*, en muchas leyes el principio de que las deducciones de hecho de una parte por el sólo hecho de no haber sido expresamente contestadas se tengan por admitidas (4). En principio análogo aplícase al caso de que el obligado a presentar un documento u otro objeto no lo presente u oculte dolosamente un documento. En este caso las deducciones de la otra parte acerca de dicho documento u objeto se tienen por ciertas (Regt.^o germ.^o §§ 427, 444).

En nuestro derecho tenemos dos aplicaciones del principio:

a) Las simples deducciones de hecho no contestadas, no se tienen, sin más, por admitidas. Para esto se requiere que una parte interrogue a la otra sobre los hechos en una forma solemne de que nos ocuparemos más adelante (§ 61). Cuando la parte no comparezca o rehuse contestar, tiénense por admitidos los hechos

(1) CASTELLARI, *L'interrogatorio delle parti*, nota a la traducción de GLÜCK.

(2) TANCREDI, *Ord. jud.*, (Ed. Bergmann), pág. 208; DURANTI, *Speculum, de positión*, § primero y GIOVANNI D'ANDREA, en las *adiciones*; SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 75; CHIOVENDA, *Saggi di dir. processuale*, página 157.

(3) V. 2 en VI *de confessis*, 2, 9.

(4) KOHLER, *Civilprozessrecht*, pág. 92, habla aquí de un principio de la «congruencia».

deducidos, a menos que justifique un impedimento legítimo (artículo 218): *ficta confessio*.

b) En cambio, la simple presentación de un documento del adversario o de un tercero, cuando el adversario no comparezca o compareciendo no responda o no niegue el documento específicamente o no declare no reconocer el atribuido a un tercero, produce el efecto de que el documento tiénese igualmente *por reconocido*. (Art. 283).

Si el adversario es rebelde, en cualquier tiempo que comparezca, incluso en trámite de oposición o apelación, tiénese por no sucedido el reconocimiento siempre que en el primer acto niegue específicamente el documento o declare no reconocer el atribuido a un tercero (art. 386).

Acerca del carácter de estas normas ya hemos hablado antes (§ 48); la ley sigue el procedimiento más breve para llegar a la definición de la litis, cuando esto no signifique una merma del derecho de defensa de la parte. Por eso la *ficta confessio* desaparece cuando la parte demuestra que su inactividad no ha sido voluntaria (*impedimento legítimo*).

La equiparación de la *ficta confessio* a la confesión *en el mismo proceso* es absoluta. En ambos casos tiene lugar la *preclusión* del derecho de afirmar con efectos jurídicos (y por tanto del derecho de probar) hechos incompatibles con los hechos adquiridos, y con esto se produce una *situación procesal* que no puede ser destruida por la parte que dió origen a ella (1). La opinión de que la *ficta confessio* da vida a una simple presunción que puede ser combatida con la prueba contraria, de modo que en este caso se trataría de una simple inversión de la carga de la prueba, no tiene fundamento ni en la letra ni en el espíritu de la ley, y ha sido justamente rechazada por la Casación de Roma (2). Pero la *ficta confessio* no puede obrar más que en el proceso en que tiene lugar.

De la equiparación de la *ficta confessio* a la *confesión*, dedúcese también:

a) Que los hechos que se tienen por admitidos, en tanto in-

(1) Sobre las *preclusiones*, § 69.

(2) 23 Febrero 1904, en el *Foro italiano*, 1904, pág. 669, con nota contraria de T. SICILIANI; 20 Oct. 1903, en la *Giurisprudenza italiana*, 1903, con nota contraria de LESSONA.

fluirán en la contienda en cuanto influirían si estuvieren confesados (por tanto no tendrán efectos en caso de hechos imposibles o notoriamente inexistentes. El Juez deberá entonces realizar de oficio un interrogatorio sobre hechos de tal naturaleza).

b) Que la *ficta confessio* vinculará al Juez sólo en cuanto le vincularía la confesión (por tanto no producirá tal efecto en los procesos matrimoniales y otros análogos).