

CAPITULO III

Actividades procesales en particular.

SECCIÓN I

EN GENERAL

§ 51 bis.

Concepto de acto procesal (acto de procedimiento) (1).

I. *Observación general.*—El concepto de acto procesal tiene gran importancia en la aplicación de la ley procesal. Por ejemplo, el art. 338 dispone la caducidad de la instancia si durante tres años no se ha realizado ningún acto de procedimiento. Por esto se dan gran número de cuestiones en la doctrina y en la práctica, para establecer cuando existe *acto de procedimiento*, y por consecuencia interrupción de la prescripción. Así el art. 191 dispone que las nulidades de los *actos de procedimiento* posteriores a la citación se subsanan si no han sido propuestas específicamente en el escrito posterior al acto que quiere impugnarse. En el estudio sistemático del proceso el concepto de acto de procedimiento, debe tratarse en sí mismo antes que en relación con su aplicación concreta.

II. *Acto jurídico procesal.*—Llámanse actos jurídicos procesales los que tienen importancia jurídica respecto de la relación procesal, o sea los actos que tienen por consecuencia inmediata la

(1) WACH, I, pág. 24 y sigs.; HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, Breslau, 1910; MONTANI, *Atto di procedura*, en el *Foro italiano*, 1910, pág. 161.

constitución, conservación, desarrollo, modificación o definición de una relación procesal. Pueden proceder de cualquiera de los sujetos de la relación procesal, esto es: *a) actos de parte, b) actos de los órganos jurisdiccionales*. El principal acto procesal de parte es el constitutivo de la relación (demanda judicial) y el principal acto procesal de los órganos públicos en el que define la relación (sentencia); pero entre el primero y el segundo media una serie de variadísimos actos procesales. De un lado los actos de impulso procesal de parte (inmatriculación, reproducciones de pleitos, mandas de ejecución de medios instructorios, etc.) las demandas de resoluciones relativas al pleito (demandas de remisiones o aplazamientos del pleito); las demandas y los actos relativos a la normal constitución de la relación procesal (excepciones de falta de presupuestos procesales, excepciones procesales, instancia de remisión del pleito al juez competente, recusación, etc.) los actos de participación activa en la relación procesal (apersonamiento de los procuradores, declaraciones de residencia, entrega de documentos para el estudio del adversario); y, en fin, los actos que concurren a la formación del material de conocimiento (demandas de pruebas, presentación de documentos, afirmaciones de hechos, interrogatorios y respuestas a los mismos; delación y prestación de juramento, etc.) Por otra parte las resoluciones del juez (ordenanzas sobre medios instructorios; remisiones y aplazamientos del pleito, órdenes de cancelación en el registro, etc.); entre las resoluciones del juez, pertenecientes a los actos procesales, están asimismo las resoluciones del juez superior relativas a la constitución misma del juez (resolución de conflictos, providencias sobre la recusación, etc.) Por último, los actos de los órganos inferiores de jurisdicción (por ej. notificaciones.)

Todos estos actos, son actos jurídicos de la relación procesal, o en menos palabras actos procesales o «actos de procedimiento» (1). *No es preciso* por tanto para que exista acto procesal *que el acto sea dirigido necesariamente a la otra parte o llevado a su noticia*. Y es un error también *limitar el concepto de acto de procedimiento a los actos de parte*.

Los actos de procedimiento se distinguen:

(1) Aplicación: cualquiera de los actos mencionados interrumpe la caducidad.

1.º De los actos jurídicos de los sujetos procesales que no tienen influencia alguna inmediata en la relación procesal, aunque puedan estar dirigidos a su fin o influir en el resultado del proceso y por lo mismo puedan estar regulados por la ley procesal. Así la expedición de un poder especial para el pleito es acto preparatorio; el acto procesal efectivo es su presentación en juicio. Lo mismo puede decirse de la petición de un documento que deba presentarse en el pleito; de la demanda de admisión al beneficio de pobreza (1), etc. Pero en cuanto a la petición de documentos cuya presentación sea *necesaria* en el pleito, y cuya expedición es *función exclusiva de un órgano jurisdiccional*, el canceller (actas de prueba, copias de ordenanzas o sentencias), esa petición es un acto procesal que pertenece al *impulso procesal* y que pone en movimiento una *actividad jurisdiccional*, o sea la documentación (2). En cambio, es simple actividad de hecho la retirada del documento. Ni son actos procesales los actos de derecho privado relativos al objeto del pleito, como pago.

2.º De los actos no jurídicos realizados por los sujetos procesales. Tales son las deducciones doctrinarias de las partes, puesto que el juez, como debe conocer el derecho, puede deducir sus conocimientos jurídicos tanto de las defensas de las partes como de los libros o de las discusiones con terceros; mientras que las deducciones de hechos tienen importancia jurídica, porque los hechos deducidos por las partes *deben* ser tenidos en cuenta por el juez para admitirlos como existentes o inexistentes o para declararlos sin importancia en el pleito (art. 517, n. 6). Así no es un acto

(1) En contra: Cas. Nápoles, 15 Abril 1909, (*Foro ital.*, 1910, página 161).

(2) En la práctica síguese la tendencia contraria, dominando respecto de estos conceptos la mayor confusión. V. LA FALCE, en el *Diritto positivo*, 1912, pág. 119, donde hemos visto citadas, de un modo inexacto nuestras palabras, en apoyo de la opinión de que la expedición de copia de la sentencia no interrumpe la prescripción. Conviene añadir que en la práctica el acto de procedimiento suele determinarse frente a problemas relativos a la caducidad; y que la determinación se resiente por esto de los conceptos arbitrarios y erróneos que predominan en el estudio de esta institución (por ej. de que la caducidad sea una *renuncia tácita* o *presunta* al pleito), § 74.

jurídico el estudio que el juez hace del pleito ya que no es sino la preparación de un acto jurídico de la decisión.

3.º De los actos jurídicos realizados con motivo del proceso por personas que no son sujetas del proceso: tales como la petición de los actos del pleito hecha por el ministerio público (artículo 346). Tampoco los actos realizados por testigos, peritos, etcétera, etc., son actos procesales, o sino en un sentido más amplio y diferente (3); por lo demás, de ordinario se relacionan estrechamente con verdaderos actos procesales (observaciones de las partes a los peritos, asunción del examen por parte del juez; acta.)

Frente a los *actos* procesales tenemos los simples *hechos* jurídicos procesales (fallecimiento de la parte, del procurador, pérdida de capacidad, eliminación del procurador de la matrícula (*albo*), transcurso del tiempo, destrucción de un documento, declaración de guerra, etc.

(3) WACH, *Handbuch*, pág. 25.

SECCION II

ACTIVIDAD DE LAS PARTES

§ 52

Diversos actos procesales de parte.

I.—*División.*—Hablando en general de la relación procesal y del procedimiento, distinguimos ya diversas especies de actos procesales de las partes en el curso del procedimiento. Resumiendo podemos clasificarlas así, fijándonos en el procedimiento ordinario:

a) Actos de impulso procesal. El más notable entre éstos es la *nota de inmatriculación*, o sea, una demanda de inscripción del pleito en la matrícula o registro (*ruolo*) de expedición presentada al canciller cuantas veces deba llevarse el pleito a la audiencia bajo la forma de una serie de indicaciones necesarias para la inscripción misma (indicaciones de las partes y de su procurador; nombre y apellido del procurador recurrente; fecha del primero y último acto del pleito; objeto del pleito, y, si se trata de juicio de apelación, fecha de la sentencia apelada y mención del *judex a quo*, y si el pleito fué llevado ya otra vez a audiencia, indicación de la sección a que fué asignado; regl. gen. jud. arts. 215, 219). Los actos de impulso procesal son por lo general instancias a los órganos jurisdiccionales, las cuales frecuentemente se hacen oralmente, como las peticiones de notificaciones; a veces mediante *recurso*, que es un acto escrito dirigido al magistrado y firmado por el *procurador* (art. 50).

b) Deducciones relativas a la existencia de la relación procesal (excepciones de incompetencia, etc.)

c) Deducciones relativas al fondo del pleito (afirmaciones de hechos, presentación de documentos, proposición de pruebas-instancias; excepciones substanciales).

Las deducciones lo mismo relativas al fondo que al proceso, para que puedan ser comunicadas al juez, exigen o suponen ciertas actividades de las partes, esto es:

A) La *comparecencia* en la audiencia, en la forma ya notada (§ 752).

B) La extensión de un acto escrito, en el cual de ordinario, están contenidas, y que se llama *comparsa* (1). Este contiene: el

(1) Escrito (*comparsa*) conclusional en pleito civil, principal y reconvenicional y en pleito mercantil de llamamiento en garantía.

TRIBUNAL CIVIL DE ROMA

Sección II

En los pleitos unidos, procedimiento ordinario, o sea: en los pleitos civiles principal y reconvenicional, desarrollados entre el Sr. COSIMO BALDUCCI, residente en Roma, Plaza Capranica, núm. 8, representado por el procurador abogado ANGELO DI GIACOMO, *actor principal y demandado en reconvenición*, y el Sr. FRANCESCO CARDINALI, residente en Roma, calle Ripetta, núm. 203, representado por el procurador Dr. LUIGI SAMPIERI; *demandado principal y actor en reconvenición*, y en el pleito mercantil de llamamiento en garantía, desarrollado entre el citado Sr. FRANCESCO CARDINALI, representado en la forma vista, *actor en garantía*, la SOCIEDAD TIPOGRÁFICA LOMBARDA, en la persona del Sr. ANGELO SORGENTI, presidente del Consejo de administración, residente en Milán, calle Manzoni, número 4, con domicilio elegido en Roma cerca de su procurador abogado DOMENICO RUFFINI, con estudio en la calle Crociferi, núm. 14, *demandada en garantía*.

ESCRITO CONCLUSIONAL

En interés del Sr. FRANCESCO CARDINALI, ASUNTO DE LA CONTIENDA.

Mediante documento privado de 24 Junio 1911, (registrado en Roma el 30 Junio de 1911, reg. 670, serie 2.^a, núms. 26 y 15), el Sr. Francesco Cardinali dió en arrendamiento al Sr. Cosimo Balducci, un cuarto en el primer piso de la casa de su propiedad en Roma, plaza Capranica, núm. 8, por 3 años a partir del 1.^o de Julio siguiente, por el precio anual de 1.500 liras, pagaderas por mensualidades anticipadas. Mediante otra escritura de 15 Julio 1911, (registrada en Roma el 18 Julio 1911, reg. 674, serie 2.^a, número 1.583), el mismo Sr. Cardinali arrendó los bajos de la mencionada casa a la «Sociedad Tipográfica lombarda», para establecer la tipografía. El Sr. Balducci, alegando que el ruido de las máquinas tipográficas, pues-

nombre y apellido de las partes y de sus procuradores; la designación de la autoridad judicial ante la cual se sigue el pleito, la indicación de la naturaleza del pleito, civil o mercantil, (formal u ordinaria); la instancia o respuesta, y, si se trata de escrito conclusio-

tas en marcha, algunas veces hasta durante la noche, le molesta hasta el punto de hacer que el cuarto no pueda servir de habitación o, por lo menos, no tan apto para ese uso como era en el momento de la entrega, ha demandado mediante acto de 1.º Enero 1912 al arrendador ante este Tribunal para la audiencia del 15 de Enero, pidiendo la resolución del contrato por culpa del arrendador y la indemnización de los daños o, por lo menos la reducción del alquiler en la medida que determine el Tribunal, además de las costas del pleito.

El Sr. Cardinali por acto de 10 Enero de 1912, ha llamado en garantía a la «Sociedad Tipográfica lombarda», fundándose en la cláusula contractual por la cual la tipografía no debería funcionar antes de las 7 ni después de las 20; y citándola, después de obtener abreviación de términos, para la audiencia del 24 Enero, ante la sección de este Tribunal que sería establecida para el pleito principal.

En la audiencia del 15 Enero, ante esta segunda sección fijada por el Ilustrísimo Sr. Presidente, para las partes del juicio principal, constituyéronse los citados procuradores; y por unánime petición de éstos, el pleito fué aplazado para la audiencia del 24 Enero, en la cual se constituyó el procurador de la sociedad demandada en garantía. Ya unidos los pleitos, por conforme petición de las partes, fueron llevados a la audiencia del 5 de Febrero 1912, para el cambio de los conclusionales.

El Sr. Cardinali al mismo tiempo que pide la desestimación de todas las demandas del actor, propone hoy contra él demanda reconventional para el pago de los alquileres debidos desde primero de Enero último.

MOTIVOS

Las demandas del actor Balducci no tienen fundamento de hecho ni de derecho, niégase ante todo que la tipografía en cuestión pueda producir verdaderamente molestia a quien habite los cuartos superiores; tratándose de una instalación de pequeñas proporciones, con motores y máquinas modernas y perfeccionadas de tal modo que no producen ruido de importancia. Pero aunque el ejercicio de la tipografía moleste en realidad al señor Balducci, cosa que éste debería probar, el actor no puede valerse de eso como incumplimiento por el arrendador de las obligaciones inevitables del art. 1.575, Cód. civ. Hay molestias inevitables en la convivencia ciudadana, y tales son las que proceden de la industria tipográfica, la cual,

nal, la exposición sucinta del tema de la contienda; los motivos de hecho y de derecho, separadamente; las conclusiones (arts. 162, 176, Cód. proc. civ.; arts. 200, 221, Reg. gen. jud.) El escrito será firmado por el procurador a no ser que se requiera también la firma de la parte (art. 162).

en interés de la generalidad de los habitantes, debe ejercerse en la población y no puede llevarse al campo, ni aun a los arrabales, no existiendo razón para que a los habitantes de éstos se impongan molestias mayores que a los habitantes del centro. Sobre lo cual es oportuno ver las consideraciones de la sentencia de la Corte de apelación de Génova, 28 Diciembre 1906, publicada en la *Rivista di diritto commerciale*, 1907, parte 2.^a, página 165 y sigs. y las contenidas en la nota de BRUGI que la aprueba; las cuales aunque nacidas con motivo de una cuestión entre dos propietarios, nos parecen adaptables también al caso de queja promovida por el arrendatario contra su arrendador. Por lo tanto, si al alquilar un local para tipografía es un uso normal de la cosa y compatible con el arriendo del resto de la casa para habitación, el arrendatario de un cuarto no puede considerar terminado o disminuido el goce de la cosa y mucho menos la aptitud de la cosa que le fué arrendada para el uso para que ha sido arrendada, sólo porque en el piso inferior se instaló una tipografía; y por la misma razón no puede pretender una reducción del precio de alquiler; es verdad que en el momento en que éste se ha fijado, los locales del bajo estaban vacíos, pero el Sr. Balducci no tenía fundamento alguno para creer que el Sr. Cardinali no los arrendaría para un cierto uso mejor que para otro de entre las que son normales y posibles; ni ha sido convenida en el contrato de alquiler ninguna limitación a este respecto. Antes bien, el Sr. Balducci antes de solemnizar el contrato, supo que la planta baja sería alquilada para establecer una tipografía porque estuvo presente a los tratos que han mediado con tal fin entre el Sr. Cardinali y el agente de la «Sociedad Tipográfica lombarda»; de cuyo hecho, en la hipótesis de que el Tribunal hiciese depender de ese conocimiento la decisión de la contienda, ofrecemos prueba.

En cuanto a que la tipografía (como afirma y debería probar, el Sr. Balducci), haya trabajado a veces durante la noche, no es este un hecho del cual deba responder el arrendador a los demás arrendatarios, ya que para reprimir este hecho, no dependiente del arrendador y contrario a los reglamentos y ordenanzas locales, cualquier interesado puede reclamar la intervención de la autoridad administrativa.

Por tanto, las peticiones del actor deben rechazarse, y como injustamente el actor ha dejado de pagar las mensualidades de la renta, debe estimarse la demanda reconvenzional que el Sr. Cardinali propone con este

C) Las Memorias son simples escritos de defensa en papel simple que pueden cambiarse las partes antes de la expedición del pleito, desarrollando las razones enunciadas ya en los escritos, sin

acto, dirigida a obtener la condena del Sr. Balducci al pago de las mensualidades vencidas y de los accesorios.

En la hipótesis de que se admitieren las pruebas que propondrá el señor Balducci para demostrar la molestia experimentada y de que resultare que la tipografía ha trabajado en horas distintas de las previstas en el contrato, y por este hecho el Tribunal estimase en todo o en parte las demandas del actor Balducci, deberá estimarse también la demanda propuesta por el Sr. Cardinali contra la «Sociedad Tipográfica lombarda», porque debe indemnizar al Sr. Cardinali de todo cuanto deba perder o pagar éste, por consecuencia de hechos de tal Sociedad.

Las costas siguen a la condena.

CONCLUSIONES

Estima el Tribunal:

En cuanto al Sr. Balducci,

Desestimar todas las demandas por él propuestas, y estimando la demanda reconvenicional propuesta contra él por el demandado, condenarlo al pago de las mensualidades de Enero y Febrero 1908, liras doscientas cincuenta, además de las que se devenguen con posterioridad los intereses y las costas, incluso las del juicio en garantía.

Subordinadamente:

No resolviendo sobre la demanda principal y reconvenicional, admitir a Cardinali la prueba con interrogatorio, deferido a Balducci, y con testigos del siguiente hecho: «Que el día 22 Junio 1911, el Sr. Balducci se encontró presente en el momento en que el Sr. Cardinali trataba con el agente de la «Sociedad Tipográfica lombarda» el alquiler de los bajos, para tipografía.

En cuanto a la «Sociedad Tipográfica lombarda»:

Declarar que la sociedad debe salvar a Cardinali de las demandas propuestas contra él por Balducci; y por consecuencia, en su caso, condenarla a pagarle todas las cantidades que por cualquier título deba éste pagar a Balducci, o reciba en menos del mismo; a resarcirle de los daños dependientes de la resolución del contrato si fuese declarada, con la condena en las costas, incluso las del juicio principal.

Declarar en todo caso provisionalmente ejecutiva la sentencia.

Roma, 5 Febrero 1912.

Abog. DOMENICO TAZZINI.
Dr. LUIGI SAMPIERI, procurador.

hacer en ellas nuevas conclusiones, ni nuevas demandas, ni nuevas excepciones (en sentido estricto). Están expresamente mencionadas en los arts. 233 y 247 del Reg. gen. jud. y en la ley 13 Julio 1911 art. 16, que las sometió, con las notas, a una tasa de valor correspondiente a la competencia del juez, aplicable únicamente al primer pliego del original.

D) Las *notas* después de la audiencia admítense expresamente caso que haya concluído el ministerio público (Reg. gen. judicial, art. 259). En los demás casos *pueden* ser autorizadas. V. L. 13 Julio 1911, art. 11 (1).

E) El depósito de los *documentos* en que se fundan las deducciones, para el examen del adversario (§ 16). No hay obligación de depositar una copia del documento que se presente, como en otros sistemas (doble proceso); el adversario puede de su cuenta pedir copia del documento depositado.

F) La formación de un *rollo* que bajo una sola cubierta contenga en dos rollos diferentes los *actos* y los documentos. Los actos del pleito comprenden, además del acto de citación, todos los escritos dados y recibidos, las sentencias y las demás resoluciones de instrucción, las actas, etc. El rollo está provisto del *índice* y de la *nota de las costas* (art. 177 Cód. proc. civ.; art. 223 Regl. general jud.) § 51.

(1) V. GREGORACI F., *Relazione sulle fiscalità in materia di bollo nelle memorie e note defensionali*, al Congreso de la federación nacional forense, Roma, Junio 1912.

(2) TRUTTER, *Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte*, cit.; KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältniss*, págs. 34 y sigs.; 93 y sigs.; BÜLOW, *Das Geständniss*, pág. 153 y sigs.; WACH, *Das Geständniss*, (la confesión) en el *Archivio per la pratica civ.*, vol. 64, pág. 238 y sigs.; SINTENIS, *Simulter Prozess*, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 30, pág. 358 y siguientes; WALSMANN, *Der Irrtum in Prozessrecht*, en el *Archivio per la prat civil*, volumen 102, (1907), págs. 1 y 214; MÜLLER, *Wesen und Wirkung des Anerkenntnisses im Zivilprozesse*, (con especial referencia a la impugnabilidad por error u otro vicio de voluntad), 1911; WACH, *Handbuch*, pág. 25; SCHMIDT, 2.^a, § 55; WEISMANN, I, pág. 298; KLEINFELLER, § 62; HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, Breslau, 1910; *System*, § 150 y sigs.; MESSINA, *Confessione giudiziale*, cit., FERRARA L., en los *Studii e questioni di diritto processuale civile*, 1908, pág. 35 y sigs.; 67 y sigs.; 107 y sigs.; 183 y sigs.; GALGANO, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato*, Nápoles, 1911, pág. 19 y sigs.

d) Además de las deducciones, pueden mediar entre parte y parte *declaraciones, comunicaciones e Interpelaciones* para las que también está prescrito el uso de los escritos (*compare*); (declaración de renuncia a los actos, art. 344, aceptación de la misma, artículo 344; comunicación del fallecimiento o cambio de estado o de oficio de una parte, art. 332; interpelación sobre el uso que se ha de hacer de un documento falso, y respuesta, arts. 298, 299).

II. *Negocios jurídicos procesales* (2). El concepto de negocio jurídico procesal es de los más discutidos; existen actos de parte, que algunos consideran como negocios jurídicos procesales y otros como pruebas o deducciones (juramento, confesión). Por el contrario, hay actos procesales en los que sin duda puede reconocerse el carácter de negocios jurídicos, porque el efecto que producen hállase inmediatamente ligado por la ley a la voluntad de las partes. Tales son, en general, las declaraciones de voluntad unilaterales o bilaterales que la ley admite en el proceso, como dirigidas a constituir, modificar, extinguir derechos procesales (renuncias, aceptaciones de sentencias, etc.) Esta es una materia que aún no ha tenido una elaboración completa. Téngase presente:

a) Que no siempre que el acuerdo de las partes es presupuesto de la resolución del juez, puede hablarse de negocios jurídicos procesales (§ 47).

b) Que los negocios jurídicos procesales aunque tengan eficacia dispositiva, no dejan de ser actos procesales, y por consecuencia regulados por la ley procesal, en cuanto a la forma, a la capacidad, etc. Y al contrario, el hecho de que para un acto procesal se requieran especiales condiciones de capacidad (como para la confesión) no quiere decir que aquel acto sea por esto solo un negocio jurídico, porque la voluntad tiene importancia también en actos que no son negocios jurídicos y la ley puede exigir garantías especiales para un acto, en vista de la gravedad de sus consecuencias *de hecho*.

c) Que atribuyendo a un acto procesal el carácter de negocio jurídico, no se afirma que el derecho reconozca a la *voluntad* de la parte la misma importancia que puede reconocerse en el derecho privado; que, por ej. el negocio procesal pueda impugnarse por las mismas razones porque puede impugnarse un negocio de derecho privado. Puesto que en el proceso existe siempre un elemen-

to especial que considerar; es la presencia del órgano del Estado, sobre cuya actividad, aunque ajeno al negocio, puede éste desarrollar una influencia más o menos directa; ahora bien, es de interés público, que domina todo el proceso, que la actividad del órgano del Estado sea cierta y determinada en sus resultados, y este interés podría comprometerse si en todo caso se admitiese que un defecto de voluntad en el negocio o el desaparecer su causa, pudiese influir en los resultados de la actividad pública a que dió lugar el negocio (1).

(1) Frecuentemente se presenta la cuestión; a base de una transacción renuncióse a un juicio; anulada la transacción ¿caduca la renuncia? ¿desaparecen sus efectos? A esta cuestión refiérese una de las monografías de FERRARA, citados en la nota precedente (*Studi e questioni*, págs. 66 y 107). Véase MORTARA, IV, núm. 425.

§ 53.

Deducciones concernientes a la relación procesal

I. *Casos en particular.*—Las deducciones que la parte puede hacer en cuanto a la relación procesal refiérense:

a) A la *falta de presupuestos procesales* en el momento de constituirse la relación procesal.

b) *Excepciones procesales*, verdaderamente tales (§ 3, 11 y 38). En ambos casos el resultado puede ser la absolución del seguimiento del juicio; pero así como las excepciones procesales son el ejercicio de un derecho *exclusivo del demandado*, que de ninguna manera podría hacerse valer de oficio por el juez, y por lo mismo tienen la mayor importancia jurídica, las deducciones relativas a la falta de presupuestos procesales tienen la misma importancia que corresponde a las deducciones del demandado respecto de la *inexistencia* de los hechos constitutivos de la acción; en ambos casos el juez debe manifestar *de oficio* la falta; por tanto la deducción de la parte nada añade a sus poderes, y desde este punto de vista tendría en sí misma igual importancia tanto si fuese hecha en el juicio como si fuese hecha al juez privadamente o en una nota agregada después de la audiencia (lo cual también estaría prohibido). Pero la deducción de la falta de un presupuesto procesal tiene la importancia de que una vez hecha, el juez *debe* resolver sobre ella, estimándola o desestimándola, cuyo efecto no se produce sino cuando la deducción se hace normalmente en juicio (no, por ej., en una nota después de la audiencia).

c) Finalmente la parte puede deducir la falta de los presupuestos relativos a ciertos actos procesales, o sea al *desarrollo* de la relación procesal (particularmente recusación de un juez, defecto de representación procesal en el acto de la comparecencia). El efecto de esta deducción no es siempre, como en los casos a) y b) la absolución del seguimiento del juicio, sino simplemente la sus-

pensión del juicio en caso de recusación (art. 124); y, en caso de defecto en la comparecencia, la declaración de rebeldía del actor o del demandado; en el caso de defecto de las condiciones de validez de un cierto acto, la nulidad del acto y de los posteriores dependientes del mismo.

II. *Relación con las deducciones sobre el fondo* (1).—Hemos visto ya, al hablar del procedimiento, que en nuestro sistema actual no existe necesariamente una separación entre las cuestiones sobre la relación procesal y las cuestiones sobre el fondo (esto suele expresarse así: el incidente va unido al fondo) a menos que las partes de mutuo acuerdo limiten la discusión a la cuestión procesal (2). La deducción de un defecto procesal puede impedir por sí misma el seguimiento del fondo sólo en caso de que el juez carezca de la competencia sobre la competencia (§ 7), porque en este caso la Casación regional (antes la IV Sec. del Cons. de Est. o la Junta Prov. A.) desentendiéndose de la cuestión de competencia no puede pronunciar sobre el fondo mientras aquélla no se decida. Lo mismo cuando se eleve la incompetencia de la autoridad judicial en vía extraordinaria (§ 6).

En cambio según otros sistemas la cuestión sobre los presupuestos procesales (excepciones *dilatorias* del Cód. de proc. de Vaud, arts. 158, 160; excepciones *litls ingressum impediens* *Prozesshinderne Einreden* del Regl. germ. § 274, 275) debe tratarse separadamente si el demandado lo pide y con tal que las diferentes excepciones sean propuestas juntamente. Y en otros remítase al juez la facultad de ordenar o no una tramitación separada sobre estas cuestiones (Regl. austr. § 243). Con el fin de impedir que la tramitación separada rompa la unidad y la continuidad necesarias en el procedimiento oral, el Regl. germ. (§ 275) establece que después de decidida una de dichas cuestiones preliminares el juez previa petición (según el regl. austriaco § 261, también de oficio) puede mandar que se proceda inmediatamente a tratar el fondo. Esto no sería posible en Italia sinó ordenando—en los casos admitidos por la ley (§ 8 bis y 9)—la ejecución provisional de la sentencia.

(1) Historia: KANNENGIESSER, *Prozesshinderne Einrede*, 1878.

(2) MORTARA, *Manuale*, II, pág. 75.

§ 54.

**Deducciones relativas al fondo.—Afirmaciones de hechos.
Presunciones legales.**

I. *Las afirmaciones y la prueba de los hechos y el principio dispositivo.*—Hemos visto que los hechos de influencia en el pleito deben, de ordinario, ser *afirmados* por las partes para que el juez pueda tenerlos en cuenta. No sólo esto: tales hechos deben, regularmente, ser *probados* por las partes para que puedan considerarse como existentes. Ahora bien, se nos presentan dos problemas:

a) ¿Qué hechos debe *afirmar y probar* una parte para obtener sentencia favorable?

b) ¿Cuál de las partes debe afirmar y probar los hechos para que el juez pueda tenerlos en cuenta?

La carga de *afirmar* y la de *probar* son, ordinariamente, paralelas, pero no coinciden completamente; no todo aquello que se tiene la carga de afirmar, tiense también la de probar; ni todo lo que se afirma se debe probar; por ej., cuando se hace valer un derecho en juicio se afirma por lo menos implícitamente que existe actualmente, pero no siempre se tiene la carga de probar su existencia *actual*. Puede tenerse la carga de *afirmar* un hecho notorio, cuando, por ej., el hecho notorio es constitutivo del derecho, pero no se tiene la carga de *probarlo* precisamente porque es notorio. No es preciso, por tanto, decir que no tienen que probarse los hechos afirmados cuando son superfluos o no concluyentes. El primer problema que se presenta es el relativo a la carga de *afirmar*; por lo regular se presenta unido al problema de la carga de *probar*, pero puede ser solo, como cuando los hechos afirmados son admitidos o se tienen por admitidos y se trata de saber si son suficientes.

II. *Afirmación de hechos jurídicos.*—Recuérdese la distinción hecha antes de los hechos jurídicos (§ 11). Siendo el hecho cons-

titutivo de la acción (y de la excepción en sentido propio, § 11), uno de los elementos de la demanda, ya hemos visto que la afirmación del hecho *constitutivo* debe hacerse por el actor (y por el demandado respecto a la excepción). Ordinariamente el hecho constitutivo de la acción comprende también el hecho constitutivo del derecho; pero cuando se trata de acciones relativas a la propiedad, la prueba del derecho no siempre podría realizarse con la prueba del hecho de donde nace la propiedad en el autor lejano del demandante; en este caso puede ser suficiente la prueba de una serie de hechos de los cuales resulta que A. haya sido considerado constantemente como propietario. También la cualidad de hijo legítimo se adquiere con el nacimiento, pero no siempre es posible dar la prueba de este hecho constitutivo (acto de nacimiento incripto en los registros del estado civil), basta entonces la posesión continua del estado de hijo legítimo, que resulta de una serie de hechos y especialmente de la consideración en qué han tenido al hijo, su padre, familia y la sociedad (Cód. civ., arts. 170, 171 y 172).

Acerca de la afirmación de los hechos extintivos e impeditivos surgen importantísimas cuestiones. La regla generalmente reconocida, y en parte aceptada por la ley, es la de que no corresponde al actor explícitamente afirmar la falta de hechos *impeditivos* y de hechos *extintivos*, sino que al demandado corresponde afirmar su existencia. Como esta regla se relaciona estrechamente con la carga de la prueba, nos ocuparemos de ella en el párrafo siguiente. Aquí observamos que con esa regla se expresa únicamente: que, faltando la afirmación y la prueba de un hecho impeditivo o extintivo por parte del demandado, tendrán efecto prácticamente en juicio las afirmaciones y las pruebas del actor sobre los hechos constitutivos. No quiere decirse con esto que sea *licito* al actor afirmar y probar en juicio hechos constitutivos cuando le consta la existencia de hechos extintivos o impeditivos eficaces. Esto sería contrario a la lealtad procesal (1).

Dedúcese también de aquí, que no es *necesario* que la afirmación de un hecho impeditivo o extintivo favorable a una parte se haga *por esta parte* para que el juez la tenga en cuenta; puede ha-

(1) KOHLER, *Civil prozessrech*, cit., § 54.

cerse también por el adversario (v. acerca de esto las observaciones del § 47).

III. *Afirmación de hechos simples*.—En cuanto a la afirmación y a la prueba de los hechos *simples* (o motivos) no puede darse una regla jurídica que distribuya su carga entre las partes, puesto que aquellos no tienen importancia en juicio sino en cuanto con ellos pueda argumentarse la existencia de hechos *jurídicos*, la prueba de hechos simples se regula solamente por las disposiciones de cada pleito. Por ej., el actor, como tal, no tiene la carga de afirmar y probar hechos simples que excluyan la existencia de hechos extintivos o impeditivos; pero cuando el demandado ha producido una prueba de hechos extintivos e impeditivos tal que haga suponer que el juez se persuadirá de su existencia, el actor estará interesado en combatir la prueba de estos hechos, probando, si puede, otros hechos simples capaces de excluir los hechos jurídicos extintivos o impeditivos. Lo mismo hará el demandado respecto de la prueba de hechos constitutivos dada por el actor. Háblase en este caso de *contra-prueba* o *reprueba* o *prueba contraria*.

IV. *Presunciones legales (praesumptiones juris)* (1).—Muchas veces la ley misma distribuye los hechos importantes respecto al nacimiento del derecho, en dos categorías, disponiendo que, afirmados y probados los hechos de la primera categoría, debe considerarse existente el derecho, a no ser que se haya afirmado y probado también los hechos de la segunda. Lo mismo puede ocurrir en cuanto a la extinción del derecho. Háblase aquí de presunciones legales (*juristantum*); su efecto es *dispensar de toda prueba* a aquel cuyo favor tienen lugar (Cód. civ., art. 1.352). Por ejemplo, el poseedor se presume de buena fe; quien alegue la mala fe debe probarla (Cód. civ., art. 702); el poseedor actual que pruebe

(1) RAMPONI, *Teoria generale delle presuncioni*, 1890; BURCKHARD, *Die zivilistischen Präsumtionen*, 1866; HEDEMANN, *Die Vermutung nach dem Rechte des D. R.* en las *Abhandlungen*, editadas por Fischer, 1904; y acerca de esto ROSENBERG, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 37, (1908), página 316 y siguientes; SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 469 y 487; POLLAK, página 557; KOHLER, *Civilprozessrecht*, § 54, (*Eucyklop. dl Holtzendorff*, 6.^a edición, 2, pág. 112).

haber poseído en tiempo lejano, se presume que ha poseído también en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (Cód. civil, art. 691); la pared divisoria se presume común (Cód. civ., artículo 546); presúmese concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de los 180 días siguientes a la celebración y antes de los 300 de la disolución o nulidad del matrimonio (Cód. civil, artículo 60), etc., (1).

La naturaleza de estas presunciones ya la hemos explicado (§ 4); no son sino la determinación legal de hechos que deben servir como constitutivos o impeditivos o extintivos de derecho *bajo condición* de que no se afirmen y prueben como ciertos otros hechos. De aquí que las presunciones pertenezcan, como vimos, al derecho sustancial y estén reguladas por la *lex rei*, (2) Lo cual no excluye que si el hecho contrario, aún sin ser probado por el adversario, resulta probado en juicio, por ej., por declaración de la parte a favor de la cual está la presunción legal, pierde ésta todo valor.

(1) A veces la ley indica, con la palabra presunción, solamente el carácter dispositivo de una norma. «En las obligaciones mercantiles a los co-deudores se les presume obligados solidariamente, salvo pacto en contrario», Cód. com., art. 40).

(2) WACH, I, pág. 126.

§ 55

Carga de la prueba (1).

I. *Observaciones generales.* La regulación de la carga de la prueba es uno de los problemas vitales del proceso; y en él se advierten las diferencias más profundas entre los procesos de civilizaciones distintas, como hemos ya notado al principio, confrontando entre sí los procesos romano y germánico en el instante de su fusión (§ Introd.). Y tanta mayor importancia tiene esta institución cuanto que se presta poco a una reglamentación legislativa general y terminante. Nuestra ley, aparte una norma general en obligaciones (Cód. civ. art. 1312), supone, pero no regula en general la carga de la prueba (por ej., art. 1352: «la presunción legal *dispensa* de cualquier prueba, etc.)

La regla general del art. 1312 refiérese a los hechos *constitutivos* y a los hechos *extintivos*; el que pide la *ejecución de una obligación debe probarla*, y quien pretende estar libre de ella *debe*

(1) GENNARI, *Teoria delle prove nel processo civile austriaco*, Pavía, 1853; LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. I; POLACCO, en el *Archivio giuridico*, XLII; pág. 345 y sigs.; GIANTURCO L., en la traducción de GLÜCK, XXII, 3, pág. 366 y sigs.; SICILIANI, *La prova dei fatti negativi*, en la *Legge*, 1904; *L'onere della prova nel processo civile*, Noci, 1907, fascic. 1.º. *L'onus probandi in dir. romano*, en la *Giurisp. it.*, 1909, II, pág. 17 y siguientes; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, § 55; RAGGI, *Questioni in materia di prova*, (en los juicios adm.), en el archivo jurídico, 1910, página 35 y sigs. del extracto; BARASSI, *La rivendicazione dei titoli al portatore*, en la *Riv. di dir. civ.*, 1909, pág. 737 y sigs.; COVIELLO, *Manuale di dir. civ. it.*, I, 1910, § 169; WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Bexsiführung im C. P.*, 1805, (3.ª ed., con adiciones de HEFFTER, 1845); BETHMANN-HOLLWEG, *Ueber die Beweislast*, en los *Versuche*, pág. 319 y siguientes), 1827; PLANCK, *Die Lehre von dem Beweisurtheil*, (*Teoría de la sentencia probatoria*), 1848; GERBER, *Zur Lehre vom Klaggrund*, 1858; MAXEN, *Ueber Beweislast*, 1861; BAR, *Recht und Beweis im Civilprozesse* (*Derecho y prueba en el proceso civil*), 1867; ENDEMANN, *Beweislehre*,

a su vez probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Remontarse a los orígenes y a los motivos de este principio es tanto más necesario cuanto que sólo por este medio se puede llegar ya sea a hacer aplicaciones concretas de él ya a completarlo, puesto que el art. 1.312 no habla para nada de los hechos impenitentes.

II. *Sobre el principio fundamental.*—En los procesos primitivos, cuando para dirimir el litigio se provocaba una manifestación de la divinidad y gran número de pleitos se resolvía mediante el juramento, la posibilidad de obtener victoria con la simple prestación del juramento hace que en muchos casos se considere la prueba como un *derecho* del demandado. A medida que el litigio cambia de carácter y deviene decisión de controversias por medio de la convicción del juez, siéntase poco a poco la necesidad de pruebas más perfectas; la aportación de la prueba deviene entonces una *carga*; y dos hechos concurren a hacerla atribuir al actor, la condición misma del actor como iniciador del pleito; y al mismo tiempo el interés que tiene el actor, a medida que en este período

1868; GROSS, *Die Beweislehre im canonischen Prozesse*, 1868; CANSTEIN, *Die Grundlagen des Beweisrechts*, en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, II; REIMHOLD, *Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und des Beweislast*, (la teoría del fundamento de la demanda, de las excepciones y de la carga de la prueba), 1888; *Zur Lehre von der Beweislast*, en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. 20, págs. 113-153; FITTING, *Grundlagen des Beweislast*, en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. 13, (1889), pág. 1 y sigs.; BETZINGER, *Die Beweislast im Civilprozess*, 1894, (3.^a ed., 1910); BECKH, *Die Beweislast nach dem B. G. B.*, 1899; ROSENBERG, *Beweislast*, 1900; WACH, *Beweislast*, 1901; HEDEMANN, *Vermuthung*, cit., 1904, en el *Archivio per la pratica civile*, 1905; HÖLDER, en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 93; LEONHARD, *Die Lehre der Beweislast*, 1904; *Zur Beweislast*, en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. 35, (1906), pág. 441 y sigs.; y en general los tratadistas de derecho privado y procesal; WINDSCHEID, § 33; DOREBURG, § 159; REGELSBERGER, § 195; WETZELL, § 15; HOFFMANN, § 35; SCHMIDT, 2.^a ed., § 78; WEISMANN, § 38; KLEINFELLER, § 89; POLLAK, pág. 562; CROME, *System des deutschen Bürg. R.*, § 127; *Dirito privato francese*, (trad. ASCOLI y CAMMEO), § 45

de transición disminuye la seriedad de los juramentos, a asumir la prueba, para excluir el juramento del adversario (1).

Sin embargo, no todas las pruebas que se hacen necesarias en el proceso para formar el convencimiento del juez sobre los hechos afirmados viene atribuída al actor. Cuando el demandado no se limita a *negar* el derecho del actor sino que afirma que el derecho ha *desaparecido*, corresponde a él probar el hecho extintivo; y lo mismo ocurre para los hechos impeditivos. Esta regla la encontramos aplicada precisamente en nuestro derecho común. En las fuentes romanas encontramos algunos textos sobre este particular que llegaron a ser la base de la doctrina de la carga de la prueba, pero realmente por sí mismos, no son completos.

a) *Necessitas probandi incumbit ei qui agit*. Cuyo principio es insuficiente como principio general, porque ya hemos visto que a veces debe probar no solo quien obra, sino el demandado. Ni el principio es suficiente completándolo con el siguiente:

b) *Reus excipiendo fit actor*. Porque, aparte la cuestión de si este principio se refiere o no a la prueba, es probable que aluda a *exceptio* en el sentido técnico romano; pero aún entendida la *exceptio* en sentido más amplio, el principio no sirve de nada si no se establece cuando puede hablarse de *exceptio*.

c) Los romanos decían también: *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* y también: *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est* (2). Pero también estos principios son de los enunciados por los textos en un caso concreto, que generalizados no expresan nada. Porque todo consiste siempre en ver a cual de las partes litigantes se refieren tales hechos y que es lo que se entiende por *dicere* y que fué por *factum*.

Ahora bien, estos principios, equivocadamente interpretados por la doctrina medioeval, han dado lugar a las famosas máximas de distribución o reparto de la carga de la prueba; *affirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*. La doctrina moderna ha rechazado este principio, y aunque recientemente se ha tratado de justificarlo, no es ciertamente aceptable.

En primer lugar, en muchísimos casos no se sabría como aplicarlo ¿Cuál es la afirmativa y cuál es la negativa? Ordinariamente

(1) V. también: L. 10, Cód. de non num., pec. 4 y 30.

(2) V. KOHLER, *Civil processrecht*, cit., pág. 113.

toda afirmación es al mismo tiempo una negación; cuando se atribuye a una cosa un predicado, niéganse todos los predicados *contrarios o diferentes* de aquella cosa. En caso de predicados *contrarios* resulta esto evidentísimo; quien dice *mueble*, dice *no inmueble*, quien dice *esclavo*, dice *no libre*, quien dice *mayor de edad*, dice *no menor*. En todos estos casos no habría medio de saber quien afirma y quien niega, quien debe probar y quien no. Pero también en el caso de predicados solo *diferentes* es sin duda incierto el predicado que se afirma implícitamente por el que niega, pero este podría determinarlo, por consecuencia no se podría considerar nunca como negante en términos absolutos y por lo mismo exento de la prueba. Así el que dice: esta tela *no es encarnada*, no puede ser considerado, solo por esto, como negante, porque en realidad afirma que la tela es de otro color que él podría determinar; así quien dice que una casa *no tiene la fachada al norte*, dice al mismo tiempo que TIENE OTRA ORIENTACIÓN, que él podría determinar, etc.

Se ha creído corregir esta fórmula, distinguiendo entre *negaciones reales y personales*. Se ha dicho, que quien ha probado el principio de un estado jurídico, y niega que este haya desaparecido, hace una negación *real*, y por tanto exenta de prueba; mientras que el adversario que niega la existencia actual de aquel estado jurídico, niega *en apariencia*, pero *en realidad afirma un hecho* que lo hizo cesar, y por lo tanto debe probarlo, porque un *estado* una vez probado *debe presumirse* existente todavía con sus efectos jurídicos, mientras no se pruebe lo contrario. Pero no es exacto que un estado jurídico *se presuma* perdurable. Antes al contrario, existen citados jurídicos, como la obligación, que nacen para extinguirse, y en este caso, sería más justo hablar de presunción de extinción. Estadísticamente es más probable que una deuda haya sido pagada que lo contrario. Y en los estados jurídicos la regla es el movimiento, el *cambio*, más que la inmovilidad y existen *además* casos en los que ciertamente el actor debe probar no solo que se ha producido un *estado* de cosa, sino *que todavía dura* (como en la reivindicación la posesión actual del demandado); en los cuales no podría aplicarse la presunción que se pretende.

La fórmula «*negativa non sunt probanda*» encuéntrase además contradicha por muchos casos, en los cuales el *fundamento* de la demanda del actor, que el actor debe probar, es un hecho negati-

vo. Así en la *condictio indebiti* (Cód. civ., art. 1237) debe probarse que lo que se ha pagado *no era debido*. En la acción de daños por omisiones culposas, se debe probar que *no se ha hecho* por el demandado lo que se debía hacer. En la acción de prescripción de servidumbre debe probarse el *no uso* (Cód. civ., art. 666). En el caso de un derecho sometido a condición suspensiva negativa. (*Si Titius ante Calendas Maiae in Italiam non venerit, decem dare spondes?*) debe probarse que ocurrió el hecho *negativo* (no haber venido Ticio a Italia antes de aquel día). Y aunque la prueba del hecho negativo se obtenga mediante la prueba de otro hecho *positivo* (Ticio estuvo hasta aquel día en Grecia, y *por tanto, no estuvo en Italia*), esto no priva que el verdadero asunto de la prueba sea un hecho *negativo*. En las acciones de declaración negativa sucede lo mismo; el actor debe probar la *no existencia* de derecho del demandado (§ 7); esto cuando la no existencia del derecho del demandado no sea la simple consecuencia de la existencia del derecho del actor. Así, en la *actio negatoria servitutis*, bastará que el actor pruebe la propiedad, porque ésta por sí misma excluye por ejemplo, el derecho de paso por el fundo, si no se prueba la existencia del mismo (1).

Tan difícil como formular de un modo general y completo el principio que rige la obligación o carga de la prueba, es dar una justificación racional del mismo, absoluta, general.

A menudo *se siente* en cada caso concreto la oportunidad de atribuir la carga de la prueba a una de las partes, y, en cambio, sería difícil formular una razón *general* para hacerlo. No puede decirse *a priori* que el reparto de la prueba sea rigurosamente lógico y justo. Antes puede, tal vez, afirmarse que rigurosamente sería injusto que el actor probase tanto la *existencia* de los hechos constitutivos del derecho como la *no existencia* de los hechos impeditivos y extintivos. Pero esta prueba sería, en la mayor parte de los casos, difícil por lo que se refiere a los hechos impeditivos del derecho, imposible en cuanto a los hechos extintivos. Pretender tanto del actor equivaldría muchas veces a negarle la tutela jurídica. Es, por lo mismo, ante todo, una razón de oportunidad la que constriñe a repartir la carga de la prueba. Pero hay tam-

(1) Cuestión sumamente discutida. V. WINSCHIED, § 198 al final; RE-DENTI, *Giudizii con pluralità di parti*, 1911, p. 168 y nota.

bién en ello un principio de justicia distributiva, el principio de la *igualdad de las partes* (1). En efecto, en el procedimiento civil domina el *principio dispositivo*. Y como, por lo regular; según sabemos, las partes tienen la misión de preparar el material de conocimiento, de deducir y probar al juez aquello que desean que tenga en cuenta como el juez, por lo regular, no puede tener en cuenta circunstancias que no resulten de los actos («*judicet secundum allegata et probata*»; *quod non est in actis non est in mundo*»), y como, por último (§ 4) debe respetarse la igualdad de las partes en el juicio, derivase de aquí que la obligación de afirmar y de probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una de ellas hacer valer los hechos que quiere que sean considerados por el juez, que *tiene interés* en que sean tenidos por él como verdaderos.

Pero esta fórmula exige ser aclarada. El demandado, por ejemplo, tiene interés en la *no existencia* de los hechos afirmados por el actor; pero mientras que el actor no *prueba* los hechos que afirma, el demandado no tiene necesidad de probar nada: *actore non probante reus absolvitur*. Por tanto, el interés (y la obligación o carga) *de la prueba* en el demandado nace únicamente cuando el no afirmar y el probar *causarían daño al demandado*: y esto sucede cuando el actor ya ha probado hechos *idóneos para constituir* un derecho a su favor; de manera que el juez debería estimar su demanda, si la otra parte no afirmase y probase hechos que se opongan a ellos.

Mientras que el actor no pruebe los hechos que son el *fundamento* de su demanda, el demandado puede limitarse a negar pura y simplemente, sin obligación de prueba. Aun en caso de negación indirecta, esto es, de afirmación de un hecho incompatible con el deducido por el actor (*negatio per positionem*), el demandado no tiene por el momento la necesidad de probar el hecho que deduce; porque aunque afirme un hecho autónomo, lo hace para *negar el hecho* constitutivo del derecho del actor, y no sólo para oponerse *a sus efectos jurídicos*.

Sólo cuando el actor haya probado el hecho *constitutivo* de su derecho, el demandado debe proveer, por su parte, a la prueba, y esto puede ocurrir de dos maneras:

(1) WACH, *L'onesre della prova*, cit., pág. 386.

a) O el demandado preocúpase solamente, como ya hemos dicho, de probar hechos que acreditan la *inexistencia* del hecho probado por el actor de un modo directo o indirecto (y llámense *motivos*), y tenemos la simple *prueba contraria* o *contraprueba*;

b) O el demandado, sin excluir el hecho probado por el actor, afirma y prueba *otro* que elimina sus efectos jurídicos, y tenemos la verdadera prueba *del demandado*, la prueba de la *excepción* en sentido amplio.

La cuestión de la carga de la prueba redúcese, por lo mismo, en el caso concreto, determinar cuáles son los hechos que, tenidos por existentes por el juez, deben bastar para inducirlo a estimar la demanda (*constitutivos*).

III. *La carga de la prueba y los hechos constitutivos.*—Muchas veces es difícil determinar si un hecho es un hecho jurídico autónomo, esto es, fundamento de un medio autónomo de defensa, sometido a la carga de la prueba o a una simple *negación* del hecho afirmado por el adversario, y, por consecuencia, sujeto a prueba *sólo cuando* el adversario ha probado el hecho como él lo afirma. Si el actor afirma que el demandado se ha obligado a darle 100, y el demandado afirma que lo ha hecho *por broma*, ¿quién tendrá la carga de la prueba? ¿Deberá probar el actor, *únicamente* que el demandado se ha obligado, o *también* que se ha obligado *en serio*? ¿Debe considerarse como hecho *constitutivo* del derecho hablar *en serio*, o como hecho *impeditivo* hablar *en broma*? (§ 11).

Para formular de un modo general el principio del reparto de la prueba que se aplica en este caso y en otros análogos, se ha hecho una distinción entre las condiciones de existencia de una relación; algunas son *específicas* de esta relación, o sea propias, inmediatas, esenciales de ella: como el acuerdo sobre la cosa a vender y sobre el precio y la escritura en la venta de inmuebles. Estos son los hechos constitutivos de la relación.

Otras son *generales, comunes* a otros negocios jurídicos (capacidad, seriedad del consentimiento, comercialidad del objeto, etc.). Estos no son hechos constitutivos: sólo su falta puede constituir un hecho impeditivo de la relación, o dar lugar a una excepción en sentido propio.

Esta distinción, sustancialmente, ha sido aceptada por la mayo-

ría, pero su fundamento se ha discutido mucho. BETHMANN-HOLLVEG la ha justificado de este modo: «Las condiciones específicas son los hechos que, *según la idea misma, el concepto* de un cierto derecho, producen su existencia; las otras condiciones no derivan *inmediatamente* del concepto de aquel derecho.» Así como la venta es un contrato mediante el cual uno se obliga a dar una cosa y el otro a pagar su precio, hecho constitutivo esencial, específico de la venta, será el consentimiento sobre la cosa, el precio. Cuando esto existe, *regularmente* hay una venta.

Pero se ha contestado: «Es verdad que cuando existe acuerdo sobre la cosa y el precio, *regularmente* hay una venta, pero no porque al concepto de la venta corespondan solamente tal acuerdo. Al concepto de la venta pertenece también la *seriedad* del acuerdo, la comercialidad de la cosa, etc.» El fundamento de la distinción está, pues, en que las condiciones generales de validez de todos los negocios, *por regla general, normalmente*, existen; la falta de esas condiciones es una *excepción*. En cambio, las condiciones *específicas* de un negocio no son una regla: su falta no es una excepción. En el ejemplo citado de una venta, es *normal*, es *regla* que los dos contratantes *puedan* comprar y *vender*, que la cosa *pueda* ser vendida, etc.; pero que *precisamente aquellas dos personas* hayan vendido y comprado *precisamente aquella cosa* no es una regla, no es un hecho constante de la vida, sino un hecho singular. Deben probarse, pues, los hechos singulares, específicos (constitutivos), no los hechos genéricos, constantes. La *falta* de un hecho normal, constante, es una *excepción*: el que tenga interés debe afirmarla y probarla (hecho impeditivo).

Este concepto, que busca en la relación entre *normalidad* y *anormalidad*, entre regla y excepción, el criterio teórico y práctico de distribución de la carga de la prueba, es, en el fondo, común a la mayor parte de las teorías (SAVIGNY, UNGER, WINDSCHEID, REGELSBERGER, REINHOLD FITTING, etc.). Frecuentemente, las divergencias son divergencias de fórmula, de expresión: y todos reconocen que el principio no es tan absoluto que no pueda sufrir alguna desviación en la práctica.

Unos hablan de condiciones *positivas* y *negativas* de existencia del derecho; deben probarse aquellas, (que hubo *consentimiento de las partes*, etc.), no estas, (que el consentimiento *no* fué ficticio; que la cosa *no* estaba fuera del comercio, etc.), porque en

el comercio jurídico el consentimiento por ej., tiene la cualidad de presentarse como serio (HÓLDER). Y otros recurren también exactamente al principio de causalidad; lo que produce el fenómeno jurídico es la *presencia* de algunos hechos, no la falta de hechos que podrían impedir el efecto de los primeros, (BRODMANN), párrafo 11.

Otros se separan más de la teoría común (LANGENBECK) (1), y sientan el principio de que el actor debe probar solamente las condiciones *exteriores* de existencia del derecho, (ej., *manifestación* de un consentimiento, etc.), y no las condiciones *interiores* (ejemplo, *libertad, seriedad* del consentimiento, etc.). Pero esto no es exacto. Hay condiciones *interiores* que deben probarse, (por ejemplo, la *voluntariedad* de un hecho ilícito y dañoso del demandado debe probarse por el actor), y condiciones *exteriores* que no hay obligación de probar (falta de *violencia*).

Otros, en fin, recurren al concepto de *presunción*, y dicen que la seriedad del consentimiento, la comercialidad de las cosas, etcétera, se *presumen* mientras no se pruebe lo contrario. Hay un fondo de verdad en este concepto. En sentido amplísimo, presunción es precisamente la certeza *normal* que los hombres obtienen del orden común y constante de las cosas, y que dura mientras aquél no sufre excepción (2). La consideración de la normalidad, de la seriedad en los contratos, de la comercialidad en las cosas, etc., es ciertamente la que permitirá a la organización jurídica limitar la carga de la prueba del actor a las condiciones específicas de existencia de los contratos, actos jurídicos, etc.; cuando está demostrado que estos existen, se dará tal grado de prueba de la existencia efectiva de la relación jurídica, de la voluntad de la ley en el caso concreto que el derecho puede permitir al juez contentarse con ella, confiando el resto, o sea la afirmación y la prueba de la falta de condiciones genéricas a la iniciativa de la otra parte. Pero esto no quiere decir que *el juez* presuma algo. La presunción es la deducción por un hecho conocido de uno desconocido (Cód. civil artículo 1.349). En cambio, cuando el actor está dispensado de probar que el negocio jurídico *no* tenía vicios, que la obligación

(1) *Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, 1.860, p. 279 y siguientes.

(2) ROSMINI, *Lógica*, §§ 218 y 220.

no está extinguida, está libre de la prueba *no por que se presuma* válido el negocio o perdurante la obligación, sinó porque el *vicio* o la *cesación*, si existen, deben abandonarse por el juez, cuando el interesado no toma la iniciativa de afirmarlos y probarlos. Y ni siquiera el reparto de la carga de la prueba debe confundirse con las presunciones establecidas por el derecho sustancial (*praesumptiones juris*), en las cuales la ley por razones propias de la relación jurídica particular, determina los hechos que considera suficientes para producir un cierto efecto jurídico, pero bajo condición de que no sean afirmados y probados ciertos hechos contrarios, por eso están reguladas por el derecho sustancial (*lex rei*) mientras que las reglas sobre la carga de la prueba, como limitan la formación del convencimiento del juez por razones *meramente procesales* son de derecho procesal, reguladas por consecuencia por la *lex fori* (§§ 7 y 54); aunque también ellas deriven su materia del derecho sustancial, al cual es preciso acudir en cada caso para conocer, por ej., cuales son las condiciones específicas de existencia de una relación jurídica.

IV. *Aplicaciones. Hechos impeditivos.*—Así como el principio de justicia distributiva que reparte de tal modo la carga de la prueba, se inspira precisamente en la consideración de lo que es normal y anormal, regla y excepción, así al regular la prueba caso por caso, precísase tener presente esta relación.

A veces esta relación aparece determinada claramente por la ley, hasta con términos especiales (*excepto que, fuera de, etc.*). Pero cuando faltan estos signos exteriores o son equívocos, es preciso mirar a la naturaleza del acto de que se trata.

Pongamos algunos ejemplos de hechos que, según los principios expuestos deben considerarse como *impeditivos* (por consecuencia, tales que debe probarse su *presencia por el demandado*, no su *ausencia por el actor*).

Es regla la *seriedad* de las promesas; por consecuencia, quien tenga interés debe probar la excepción, esto es, la broma, la simulación, etc.

El demandado deberá probar *a fortiori* si el hecho impeditivo ha dado lugar a una excepción en sentido propio, puesto que realmente respecto de la excepción el demandado se encuentra en las mismas condiciones que el actor. Así debe probarse la cuali-

dad de menor de edad, de interdicto, etc., por aquel que exceptiona la incapacidad propia en el momento del contrato. Y si, por ejemplo, una mujer probase su cualidad de mujer casada en el momento de la venta de inmuebles impugnada, no estaría obligada a probar la *falta* de las circunstancias que dispensan de la autorización marital: correspondería a la otra probar su existencia.

El comprador tiene derecho a la garantía por los vicios de la casa, *excepto si* le fueren advertidos, o *excepto si* el vendedor estipuló no quedar obligado por los vicios que el ignoraba (Código civil, arts. 1.498, 1.499, 1.500). Luego el hecho *constitutivo* del derecho a la garantía, que debe probarse por el actor, es la *existencia del vicio* de la cosa comprada. Como *por lo regular* el que compra *no* conoce los vicios de la cosa, el *conocimiento* es un hecho excepcional, *impeditivo*, por consecuencia, al vendedor demandado corresponderá afirmar o probar que el comprador conocía los vicios. Así también, como *por lo regular* el vendedor está obligado por ley a la garantía aunque no conociere los vicios de la cosa que vende, corresponderá a él afirmar y probar que por un *pacto especial* ha sido eximido de la garantía (1).

De igual modo el heredero no debe probar la propia capacidad para suceder, ni la capacidad del testador, ni la capacidad de los testigos, sino únicamente su parentesco con el difunto o la existencia de un testamento, por que lo que hace considerarlo como heredero es su calidad de pariente o el testamento, no la falta de motivos de indignidad, por ejem.: corresponde al que impugna la calidad de heredero probar la incapacidad o indignidad del heredero, la incapacidad del testador, de los testigos, etc.

Uno de los casos más discutidos acerca de la carga de la prueba es el de la *lex Anastasiana* (C. 22. Cód. 4, 35) que, dispuso que quien hubiere adquirido un crédito no puede pretender del deudor más de cuanto ha pagado por aquel crédito al primer acreedor. La opinión general estima que corresponde al acreedor cesionario probar que ha pagado efectivamente al primer acreedor la totalidad del crédito, porque solamente con el hecho del pago íntegro adquiere el derecho a exigir el crédito íntegro también. Otros, considerando el carácter excepcional de la disposición, la cual no puede haber querido, por combatir los *redempto-*

(1) Así, en general, en cuanto a las normas dispositivas: p. 662.

s litium, agravar también la condición *normal* del acreedor cesionario *en juicio*, estiman que corresponde al deudor cedido probar que el acreedor cesionario ha pagado una cantidad menor de totalidad del crédito (2). La cuestión tiene importancia en cuanto a nuestro artículo 1.546, C. C.

En las acciones por daños, el fundamento del derecho no es el simple hecho del demandado, sino el hecho *culposo* ilícito (Código civil, art. 1.151); por consecuencia, el actor debe probar la culpa y no el demandado la falta de culpa (esto podrá hacerlo con la contraprueba, pero no porque tenga la *carga* de la prueba). No obstante, en caso de responsabilidad por hecho ajeno (C. C. artículo 1.153), la regla es la responsabilidad, la excepción es la falta de responsabilidad por no haber podido impedir el hecho; corresponde, por lo tanto, al demandado probar que no pudo impedir el hecho, la ley expresamente así lo determina. En cuanto a la buena fe, la ley admite también expresamente en favor del poseedor la presunción: *Quisquis praesumitur bonus* (C. C., artículo 702). Pero no se trata de una presunción generalísima (3).

El actor satisface la carga de la prueba cuando ha probado los elementos esenciales para la existencia de un contrato o de un negocio en general. No tiene obligación de probar la *falta* de pactos accesorios modificativos de las condiciones normales: como, por ejemplo, la falta de términos, de condiciones, etc. (*accidentalía negotii*). Pero afirmada por el actor, o probada por el demandado la existencia de uno de estos pactos accesorios, corresponde al actor probar el vencimiento del término, el haberse verificado la condición, etc.; etc. Lo mismo, en general, cuando, por disposición de la Ley, la adquisición de un derecho dependa del transcurso de un término o de un acto que deba realizarse dentro de

(2) GIANTURCO, *Lezioni sui contratti speciali*, III, p. 66.

(3) A veces puede estar considerada la buena fe como hecho constitutivo de un derecho, mejor que la mala fe como un hecho impeditivo. Así en el caso de matrimonio putativo (Cód. civ. art. 116): V. RAMPONI, *Teoria general delle presunzioni*, 1890, p. 145. Es que en este caso el dejar a salvo los efectos civiles del matrimonio anulado es una anomalía respecto de los efectos normales de la nulidad. La buena fe es hecho constitutivo en los arts. 452, 2.137 Cód. civ., la mala fe hecho impeditivo en el art. 449 Cód. civ.

res litium, agravar también la condición *normal* del acreedor cesionario *en juicio*, estiman que corresponde al deudor cedido probar que el acreedor cesionario ha pagado una cantidad menor de la totalidad del crédito (2). La cuestión tiene importancia en cuanto a nuestro artículo 1.546, C. C.

En las acciones por daños, el fundamento del derecho no es el simple hecho del demandado, sino el hecho *culpōso* ilícito (Código civil, art. 1.151); por consecuencia, el actor debe probar la culpa y no el demandado la falta de culpa (esto podrá hacerlo con la contraprueba, pero no porque tenga la *carga* de la prueba). No obstante, en caso de responsabilidad por hecho ajeno (C. C. artículo 1.153), la regla es la responsabilidad, la excepción es la falta de responsabilidad por no haber podido impedir el hecho; corresponde, por lo tanto, al demandado probar que no pudo impedir el hecho, la ley expresamente así lo determina. En cuanto a la buena fe, la ley admite también expresamente en favor del poseedor la presunción: *Quisquis praesumitur bonus* (C. C., artículo 702). Pero no se trata de una presunción generalísima (3).

El actor satisface la carga de la prueba cuando ha probado los elementos esenciales para la existencia de un contrato o de un negocio en general. No tiene obligación de probar la *falta* de pactos accesorios modificativos de las condiciones normales: como, por ejemplo, la falta de términos, de condiciones, etc. (*accidentalita negotii*). Pero afirmada por el actor, o probada por el demandado la existencia de uno de estos pactos accesorios, corresponde al actor probar el vencimiento del término, el haberse verificado la condición, etc.; etc. Lo mismo, en general, cuando, por disposición de la Ley, la adquisición de un derecho dependa del transcurso de un término o de un acto que deba realizarse dentro de

(2) GIANTURCO, *Lezioni sui contratti speciali*, III, p. 66.

(3) A veces puede estar considerada la buena fe como hecho constitutivo de un derecho, mejor que la mala fe como un hecho impeditivo. Así en el caso de matrimonio putativo (Cód. civ. art. 116): V. RAMPONI, *Teoria general delle presunzioni*, 1890, p. 145. Es que en este caso el dejar a salvo los efectos civiles del matrimonio anulado es una anomalía respecto de los efectos normales de la nulidad. La buena fe es hecho constitutivo en los arts. 452, 2.137 Cód. civ., la mala fe hecho impeditivo en el art. 449 Cód. civ.

un cierto plazo: entonces es el vencimiento del plazo o el cumplimiento del acto, dentro del término, lo que el hecho *constitutivo* y el no vencimiento, en un caso, y el vencimiento en el otro, no tienen el valor de hecho *impeditivo*.

V. *Hechos extintivos*.—Ya hemos dicho que la prueba de la extinción del derecho del actor corresponde al demandado (artículo 1.312). Si la cosa ha perecido, el deudor está obligado también a probar el caso fortuito (art. 1.298).

El demandado debe probar el *cumplimiento*. Es preciso, sin embargo, distinguir aquí las obligaciones que, una vez incumplidas, quedan inalteradas, conservan su contenido inicial, y las que, con el incumplimiento, dan lugar a derechos nuevos.

En las primeras (obligaciones de dar y de hacer), el actor no debe probar la omisión del cumplimiento; lo que se debe después del incumplimiento es, de ordinario, lo que se debía antes: la obligación perdura, y, por lo mismo, al actor le será suficiente probar que ha nacido; lo mismo puede decirse de las consecuencias legales o convencionales del incumplimiento (intereses penales, resolución del contrato, etc.).

En las segundas (obligaciones de no hacer, el incumplimiento consiste en una acción positiva, en hacer lo que no se debía. La acción tiende a obtener la remoción de lo que se ha hecho: en este caso, el fundamento del derecho de obrar del actor está también en el hecho lesivo de la obligación: el actor deberá probar, por consecuencia, el hecho lesivo realizado por el demandado. Del mismo modo, en la reivindicación deberá probarse la posesión actual del demandado.

También cuando existe un germen de relación jurídica, que puede desaparecer por un hecho que lo extinga, bastará que el actor pruebe aquel germen; no la *falta* de hechos extintivos. Así, el parentesco es en germen el derecho a suceder; sin embargo, el testador puede disponer de la herencia en favor de no parientes, y entonces aquel germen de derecho quedará extinguido. Bastará que el heredero legítimo pruebe la muerte del difunto y su parentesco: corresponderá a quien tenga interés contrario, afirmar que existe un testamento, y probarlo.

Lo propio debe decirse en general de todas las normas *dispo-*

sitivas. Quien afirma la derogación de normas legales, debe probarla (1).

VI. *Confesión calificada y compleja* (§ 47). En las leyes italiana y francesa rige el principio de que la confesión no puede dividirse en daño del que la hace (Cód. Civ., art. 1.360). Por lo tanto, si el demandado admite en todo o en parte los hechos afirmados por el actor, pero añade elementos que modifican su figura jurídica (*confesión calificada*), el actor deberá cuidarse de la prueba del hecho constitutivo, como si no mediare confesión, o probar la no existencia del hecho agregado a la confesión por el demandado. Con mayor razón si añade a la confesión la deducción de un hecho impeditivo o extintivo (*confesión compleja*). En el principio de la indivisibilidad no debe encontrarse una manifestación de respeto a la voluntad del confesante, y un argumento en favor de la opinión que considera la confesión como un negocio jurídico; el legislador, al dejar libre al confesante con la garantía de la indivisibilidad de adicionar hechos favorables a los hechos confesados, sólo ha querido favorecer las confesiones y la verdad en juicio. Permitir que la confesión se divida en perjuicio de su autor, es favorecer las negativas absolutas, aunque sean contrarias a la verdad.

A diferencia de la legislación italiana y francesa, el Reglamento germánico, inspirándose en la doctrina anterior, ha admitido el principio de que la confesión tiene efecto pleno, no obstante la adición, cuando ésta constituye un medio *autónomo* de ataque o de defensa. Discútese mucho en Alemania para establecer cuando la adición tiene este carácter; suele decirse, por ejemplo, que la adición no es autónoma cuando niega los *essentialia negotii*, porque entonces niega el negocio hecho valer por el actor, y afirma uno *diferente* (ej.: si confieso haber recibido 100, pero para otros, o no en préstamo, sino en donación); es autónoma cuando, admitiendo el negocio hecho valer por el actor, se afirma al mismo tiempo un *segundo* negocio, una adición (confieso haber reci-

(1) No porque exista una presunción a favor del hecho previsto por la ley, si no porque el que obra, obra basándose en la ley. V. WACH, loc. cit., p. 393.

bido 100 en préstamo, pero posteriormente me han sido donadas), etc., etc. (1):

Pero estas distinciones no podrían hacerse frente a la rigurosa disposición de nuestro artículo 1.360, aunque en la práctica y en la doctrina italiana se encuentren distinciones muy parecidas a la ley alemana (2).

VII. *Modernas tendencias acerca de la carga de la prueba.*— La teoría de la carga de la prueba guarda íntima relación con la conservación del *principio dispositivo* en el proceso, por lo que se refiere a la declaración de los hechos (§ 47).

En un sistema que admitiese la investigación de oficio de la verdad de los hechos, el reparto de la carga de la prueba no tendría razón de ser (3). Pero sucede que con la tendencia contraria al principio dispositivo en la declaración de los hechos, se manifiesta una tendencia contraria al reparto legal de la *carga* de la prueba: de esto descúbrese ya manifestaciones en la doctrina (4) y también en las labores legislativas más recientes (5).

(1) V. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 444 y siguientes (2.^a ed., p. 485 y siguientes).

(2) V. acerca de la divisibilidad de la confesión *Lessona, Teoria delle prove*, vol. I; DIANA, en el *Foro ital.*, 1903, p. 281; CROME, *Dritto privato franc.*, trad.; ASCOLI y CAMMEO, p. 431; sobre el derecho francés y común (alemán); V. ZUM BACH, *Das Gestandniss vor dem Civilgerichte in seiner Unzertrennlichkeit*. (La confesión ante el juez civil en su indivisibilidad), 1854; KORSCH, *Die anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozess und das qualifizierte gestandniss*, Bonn, 1911 (sobre esto: LEHMANN, en la *Riv. pel. proc. civ. ted.*, vol. 42 (1912, pág. 409).

(3) WACH, *Handbuch*, p. 126.

(4) Por ejemplo; KOHLER, *Civilprozessrecht*, § 55 considera toda la doctrina sobre la carga de la prueba como propia de un período «ahora ya pasado», como una derivación del sistema de la prueba legal. Sostiene que a las condiciones de equidad aproximativa que inspiran las normas generales sobre la carga de la prueba, deben sustituirse precisas condiciones de equidad en cada caso por el juez. El juez dispone ya en el mismo juramento supletorio de un instrumento para dar predominio a la equidad en el caso concreto.

(5) El Código civil suizo se informa en el principio de la *libertad* del juez en sus resoluciones. V. HUBER, *Exposé des motifs*, p. 24. «Si le juge devait s'en tenir a un apport de preuves régulier et complet, il serait obligé

VIII. *Inversión convencional de la carga de la prueba* (3).— Ahora bien; aunque en nuestro sistema actual domine el principio dispositivo y conserven la mayor importancia los principios expuestos sobre la carga de la prueba, las tendencias referidas deben ponernos sobre aviso y ayudarnos a entender justamente el principio dispositivo, según antes hemos expuesto (§ 36). El predominio del principio dispositivo en un proceso no significa dominio de la *voluntad* de las partes, sino marcada apreciación de su *actividad*, no es reconocimiento de un pretendido derecho *suyo de disposición* sobre el material del pleito, sino sanción de *responsabilidad* en la procuración del material de conocimiento al juez. Ahora bien, esta responsabilidad no puede regularse convencionalmente, puesto que la decisión del juez puede estar determinada por normas precisas de la ley, o por los resultados de la actividad de las partes; pero no ser objeto de disposición de las partes, de manera que el juez esté obligado, en la formación de las bases de su sentencia, a respetar los acuerdos como *tales* de las partes. Del mismo modo que no se puede pretender en juicio la observancia de contratos relativos a las pruebas (§ 4), tampoco puede pretenderse la observancia de un convenio relativo a la carga de la prueba (llamado *inversión convencional de la carga de la prueba*). El caso preséntase frecuentemente cuando, por ejemplo, el demandado se encarga de probar la inexistencia de la que el actor debía probar existente; el demandado puede no triunfar en la prueba sin que por esto solo deba considerarse *existente* el derecho afirmado por el actor y por consecuencia condenar al demandado. La cuestión no debe presentarse así: si tales contratos son o no contrarios al orden público; es otro el fundamento de que no pueda pedirse su observancia, es porque se refieren á una actividad *ajena* (la actividad del juez), sobre cuya ordenación no

de décider souvent contre toute équité. Et si le jugement *n'est pas rendu selon les normes découlant de la répartition du fardeau de la preuve*, mais d'après ce qui est très probablement la vérité, une semblable méthode n'aura rien d'arbitraire; elle correspondra au contraire à l'idéal d'un droit plus parfait».

(3) V. SICILIANI, *Gli scopi processuali e il principio di disposizione delle parti*, en el *Foro italiano*, 1904.

puede influir la voluntad de las partes sino en los casos en que la ley lo disponga expresamente.

Cuestión diferente es la de si la actitud del demandado en estos casos vale como confesión; esto depende de las circunstancias del caso. De todas maneras la condena se fundará en este caso en el *hecho* del demandado que *confesó*, no en el hecho del demandado que *se obligó a* librar de la prueba al actor. Lo mismo si el demandado demostró con sus pruebas la existencia del derecho del actor; las pruebas deberán ser tenidas en cuenta aunque procedan de él.

APÉNDICE AL § 55.

Derecho español.

Art. 1.214 del Código civil. Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.

(Véase también para completar este Apéndice las referencias a los §§ 60 y sigs.).
