

§ 56.

Presentación de pruebas.

I. *Concepto.*—Teniendo la parte, además de la carga de la afirmación la carga de la prueba, su afirmación debe ir acompañada de la presentación de las pruebas. Según la diferente naturaleza de las pruebas, esta presentación puede consistir en la *exhibición* de pruebas ya completas e inmediatamente disponibles (*preconstituidas*) o en la *instancia*, para que sean admitidos y verificados los procedimientos por la exhibición de pruebas de otra naturaleza. En todo caso, la presentación de las pruebas, está ligada a las afirmaciones en el sentido de que en tanto es posible la presentación de nuevas pruebas en cuanto son posibles nuevas deducciones de hechos. No existe en nuestro sistema, ni ha existido nunca en el proceso italiano, un período reservado exclusivamente para las afirmaciones y un período destinado a las pruebas.

La exhibición o la petición de pruebas tiene la importancia jurídica de que el juez está obligado a tenerlas en consideración y a pronunciar sobre las demandas, aunque sólo sea para declarar inconcluyentes las pruebas ofrecidas.

II. *De los medios de prueba.*—En el estudio de las actividades de las partes, puede entrar también, por lo mismo, el estudio de las diversas especies de prueba y de las actividades necesarias para que las pruebas sean llevadas al procedimiento; pero como después de ofrecidas las pruebas llevan tras de su presentación la *admisión*, y luego la *asunción* que de ellas hace el juez, y esta actividad del juez es primordial entre las actividades probatorias, trataremos de ese tema más adelante (§ 60 y sgs.).

§ 57.

Actos de las partes con efectos sustanciales (1).

1. *Concepto.*—Ya hemos visto (§ 5 y sgs.) que en el proceso se realizan actos con efectos sustanciales. No sólo el actor con la demanda judicial, que constituye la relación procesal, realiza un acto al cual se remontan los efectos sustanciales del proceso; no sólo el actor puede obtener a base del pleito la constitución o modificación de derechos privados (sentencias constitutivas), sino que también el demandado puede realizar del mismo modo actos de importancia sustancial mediante *excepciones* en sentido propio (§ 11), puesto que con ellas ejercita el derecho de anular una acción. Sobre todas, es típica la excepción de compensación, mediante la cual se obra en el proceso la extinción total o parcial del crédito del actor. Ya hemos observado (§§ 8 bis y 28) que la compensación en el proceso no puede hacerse valer sino en cuanto concurren las condiciones exigidas por el derecho civil referentes a los dos créditos expuestos. Sobre las deducciones que contienen una renuncia a la acción o un reconocimiento (véase § 47). Pero como el proceso es instrumento de actuación de los derechos, no de constitución de derechos, el efecto sustancial del acto procesal debe estar previsto y querido por el derecho como tal; en ningún caso las partes pueden utilizar con eficacia jurídica el proceso para otros fines, como para suplir, mediante las declaraciones y los escritos procesales, el defecto de las declaraciones y de los escritos extraprocesales necesarios para la existencia de la relación jurídica que se quiere declarada por el juez (1).

(1) WACH, I, p. 24 y siguientes; KOHLER, *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung* cit: véase además la bibliografía citada en los §§ 5 y 11.

(1) Por ejemplo, los escritos (*comparse*)—aun estando firmados por las partes no pueden suplir al escrito que se exige para la validez de una enajenación inmobiliaria. En contra: FILOMUSI GUELFU en el *Foro italiano*, 1896, 1.º p. 903 y siguientes; COVIELLO, *Trascrizione*, 1.º p. 576. Véase también IOSEF, en la *Riv. del proc. civ. ted.*, vol. 37 (1907), p. 42 y siguientes.

II. *Regulación procesal de estos actos.*—El efecto sustancial a que tienden las instancias de que se habla, en tanto se producen, en cuanto estén *fundadas*; por esto se ha hablado de ellas en la segunda parte del curso. *Durante el proceso* no producen sino los acostumbrados efectos de las *demandas* y deducciones de las partes, esto es, la obligación del juez de pronunciar sobre ellas.

Lo que conviene notar es que estas deducciones en cuanto tienen lugar en el proceso son *actos procesales*, y como tales están reguladas por las normas procesales, cualesquiera que sean los efectos sustanciales que puedan derivarse de ellas. Normalmente están reguladas por las reglas sobre capacidad procesal; el poder para litigar basta para proponerlas. Como actos procesales dividen la suerte del proceso; si éste es anulado desaparecen con él.

También la forma de estas deducciones es la forma normal (escrito o deducción oral, según los casos), y frecuentemente, cuando el acto pudiera concebirse en el proceso como acto procesal o fuera de él como acto de derecho privado, la naturaleza del acto sólo podrá deducirse por la forma.



SECCIÓN TERCERA

Actividad de los órganos jurisdiccionales.

§ 58

I. Actos del juez.—A) Resoluciones.

I. *División.*—La actividad *jurídica* del magistrado en la relación de conocimiento corresponde siempre a un ejercicio de *facultades inherentes al poder jurisdiccional* con el fin de cumplir la obligación de pronunciar sobre la demanda, de suerte que comprende una serie de actos dirigidos a aquel fin (§ 18). Sin embargo, no todos estos actos contienen ejercicio inmediato de mando; por ejemplo algunos son simples peticiones de ciertos actos dirigidos a otras autoridades; hay actos puramente materiales que tienen importancia jurídica en cuanto llevan el material de conocimiento al dominio del magistrado (interrogatorios, examen de testigos, observaciones de objetos y de lugares, etcétera), y por esto se hallan regulados por el derecho. Las actividades del juez pueden dividirse así:

- a) Resoluciones.
- b) Actividades de asunción del material de conocimiento y en particular, asunción de pruebas. Esta separación es puramente conceptual; la actividad de asunción de pruebas esta precedida y mediatizada por resoluciones.

II. *Resoluciones.*—Bajo el nombre de resoluciones comprendense realmente cosas muy diferentes, desde la resolución princi-

pal por su forma y contenido, que es la sentencia de fondo, hasta las simples disposiciones orales, sin formalidades, que se refieren a la policía de las audiencias o al orden de la discusión. La ley y la doctrina han tratado de sistematizar las resoluciones más importantes del juez reduciéndolas a algunas categorías. Nuestra ley habla de *sentencias*, de *ordenanzas*, de *decretos*, otras veces más vagamente de *resoluciones*. Pero tanto en la ley como en la doctrina reina una gran incertidumbre en cuanto a la determinación de estos conceptos (1). Conviene, a tal respecto, tener presente:

1.º Que la división de las resoluciones en categorías diversas fúndase, es cierto, en la naturaleza de las cosas, pero el reparto que hace la ley corresponde *sólo aproximadamente* a esta base racional. En efecto, a veces, la *forma* propia de una resolución, ha sido aprovechada, por razones de utilidad, o meramente históricas, para resoluciones diferentes de aquélla por la *sustancia*. La forma de la *sentencia* ha sido utilizada para resoluciones sustancialmente distintas de la sentencia, y al contrario, la forma de la *ordenanza* se ha extendido a resoluciones de contenido diferente. Y la incertidumbre derivase precisamente de la continua confusión de las resoluciones consideradas como *forma* y las resoluciones consideradas como *sustancia*.

2.º Que la ley puede, en el caso concreto, regular una determinada resolución de un modo autónomo.

III. *La sentencia* (1).—Conceptualmente «sentencia» es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo, y más exactamente, la resolución del juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de ley deducida en el pleito (§§ 5 y 10). En Roma no se consideraba sentencia cualquier resolución de cuestiones durante el curso del pleito; sino que la *sentencia* como acto final del *judicium* ha sido considerada como cosa muy distinta de los pronunciamientos necesarios durante el curso del juicio

(1) Lo mismo sucede en otras leyes. Por ejemplo, la germánica tiene la misma terminología varia y no mantenida con más rigor (*Urteil, Anordnung, Beschluss, Verfügung, Entscheidung*).

(1) CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, en la *Riv. per le scienze giur.*, 1907.

(*interlocutiones*) (2). Es propio del proceso germánico el concepto de que sea sentencia cualquier resolución de cuestiones; no obstante, se resuelven con una forma única las cuestiones ocurridas durante el curso del pleito (incluso las meramente procesales); en particular, la cuestión de quien debe probar y con qué medios (sentencia probatoria).

• En nuestro derecho común, mantúvose en un principio la idea romana (3), pero la influencia germánica se nota en que andando el tiempo las *interlocutiones* devienen *sententiae interlocutoriae*, y toman de la sentencia, no solamente la forma y el nombre, sino las propiedades (impugnabilidad, cosa juzgada, etc.) (4), además la utilización de una forma única para cosas tan diferentes ha sido ayudada por varios hechos.

a) La importancia atribuida por nuestra doctrina medioeval al *elemento lógico* en el proceso, por lo cual se disipó lentamente la visión de la profunda diferencia entre las *cuestiones* de fondo y las demás cuestiones, diferencia que en Roma ha sido clarísima.

b) La importancia vital, para el proceso, de muchas cuestiones incidentales, que aconsejó llevar a su solución la solemnidad propia de la sentencia, y más tarde el beneficio y la garantía de la *motivación* o fundamentación.

Así hoy nuestra *sentencia* es una forma única de resolución que comprende cosas muy distintas. De ahí la diferencia entre:

a) Sentencias *definitivas*, que pueden ser: *definitivas del fondo*, si habiéndose constituido regularmente la relación procesal, el Juez pone fin a ella cumpliendo la obligación de pronunciar en el fondo (1).

b) *Absolutorias del seguimiento del juicio*, si no habiéndose constituido regularmente la relación procesal, el Juez pronun-

(2) *Lis fullonum*: «*Ita interlocutum me scio esse hesterna die: docare partem diversam oportere hoc ex sacra auctoritate descendere, ut pensiones nom dependerentur*»; BRUNS, *Fontes*.

(3) Est autem sententia proprie judicialis *diffinitio*, quae controversiae finem imponit pronuntiatione iudicis, *condemnationem vel absolutionem continens*: FANCREDI, *Ordo*, IV; I, § 7.

(4) PLANCK, *Beweisurtheil*, cita., pág. 134 y siguientes.

(1) Sobre las categorías de las sentencias de fondo (estimación, desestimación, condena, declaración, constitutivas), véase § 5.

cia tan solo no poder resolver en el fondo; o si la relación desaparece sin resolución de fondo (caducidad, renuncia) y el Juez declara su extinción; o si el *actor* ha sido rebelde (§ 50, III).

b) Sentencias *interlocutorias*, que no ponen fin a la relación procesal, sino que resuelven *durante su curso* una demanda o una excepción, pero como estas demandas que pueden dar lugar a una sentencia autónoma durante el curso del pleito son muy diversas, la doctrina hace una subdistinción de las sentencias interlocutorias en:

a) Sentencias *incidentales*, que pronuncian sobre la existencia de la relación procesal (por ejemplo, rechazando una excepción de incompetencia) o que resuelven acerca de la intervención adhesiva o forzosa o sobre la unión de pleitos (posibilidad de proponer la intervención principal; de llamamiento en garantía; de reconvencción).

b) Sentencias *preparatorias*, que regulan el desarrollo de la relación procesal, como la sentencia que ordene el cambio de trámite, la que ordene la integración del juicio.

c) Sentencias *provisionales*, que proveen a demandas de medidas provisionales o de seguridad.

d) Sentencias *interlocutorias* en sentido propio, que proveen acerca de la formación del material de conocimiento y, por lo tanto, acércanse más al fondo (admisión de medios instructivos).

De estas distinciones doctrinales, no muy precisas, la Ley menciona solo las sentencias *interlocutorias* e *incidentales* (art. 492); también frecuentemente hace mención de sentencia *definitiva*, (arts. 386, 456, 460, 492).

Estas sentencias tiene de común la *forma*. Es forma característica de la sentencia la exposición precisa del estado de la cuestión resuelta y del trabajo mental realizado por el Juez; por ésto la sentencia debe contener, además de la parte dispositiva, *bajo pena de nulidad*: a) Las conclusiones de las partes, fuera del hecho y de los motivos; b) Los *motivos de la decisión* de hecho y de derecho, sin que pueda referirse puramente a los motivos de otra sentencia (art. 360 n. 4, 6; art. 361 n. 2). Las sentencias de los *pretos* contienen las demandas y las excepciones, y los motivos: los de los *conciliadores*, las demandas, las excepciones y las circunstancias que influyan (art. 436, 460); además de la

parte dispositiva (1). Las demás indicaciones que debe contener la sentencia son comunes a otros actos procesales, como el nombre y apellido de las partes y de los procuradores y la indicación de la calidad de actor demandado, interviniente, apelante, etc.; el domicilio, residencia o habitación de las partes (art. 360, núm. 1, 2, 3; Reg. gen. jud. art. 267), la indicación de la naturaleza del pleito, civil o mercantil (art. 157, 436). Si el Ministerio público ha sido oído debe hacerse constar también, pero no bajo pena de nulidad (art. 360 núm. 5). Finalmente para su perfección como *acto escrito* debe contener la sentencia *bajo pena de nulidad* la fecha, (día, mes, año y lugar del pronunciamiento) y la firma de todos los jueces que la han pronunciado y del canciller (art. 360 núm. 8, 9; 361, núm. 2). Véase §-68, II. Las sentencias se pronuncian en nombre del Rey (art. 54):

Son comunes a *todas* las sentencias las normas sobre los medios de impugnación y sobre las formas de su notificación (artículo 367, 386).

Siendo la sentencia típica, el acto con el cual el Juez concluye su misión, cuando el Juez es colegiado debe emanar del Colegio, compuesto de los Jueces que la ley determine, lo mismo en su número que en su calidad, como hemos visto al estudiar la organización judicial (§ 20), (1).

Por eso también las *sentencias* no definitivas tienen de común con la sentencia típica, la propiedad de emanar *del Colegio*.

Pero en la sentencia colegiada hay un elemento especial de estudio, la *formación* de la voluntad colegiada. Las sentencias se producen por mayoría absoluta de votos, pero pueden darse dos

(1) El Reglamento general judicial contiene normas accesorias que tienen el carácter de instrucciones: «deben separarse las cuestiones de hecho de las de derecho; se citan los artículos de la ley en los cuales se funda la sentencia, y se hace una concisa referencia de los principios generales del derecho que hayan influido en la decisión, sin pararse a refutar todos los *argumentos* aducidos en contrario por los defensores de las partes y *sin invocar la autoridad de los tratadistas de derecho* (art. 265).

(1) Vimos antes (§ 20) que exigiendo la ley (art. 356 y Reglamento general judicial, art. 264), que tomen parte en la decisión los jueces *más antiguos* presentes a la discusión del pleito (excepto si el menos antiguo fué *relator* en la audiencia), esta norma debe observarse bajo pena de nulidad.

sistemas de deliberación: sobre cuestiones simples o sobre cuestiones complejas, integrales. Entre ambos sistemas media una gran diferencia práctica. En un proceso, las cuestiones pueden ser de hecho o de derecho, y tanto en el hecho como en el derecho puede haber en un pleito diversos puntos de vista que conduzcan a la misma solución final. Por ejemplo, un testamento puede ser impugnado por tres *motivos* diferentes: si de los tres Jueces de un Tribunal, cada uno estima existente un motivo de nulidad y excluye los otros dos, sometiendo a votación la cuestión compleja de «si el testamento es nulo» será votada por unanimidad la nulidad; sometiendo a votación tres cuestiones distintas sobre cada uno de los motivos de nulidad, el resultado será negación de la nulidad (1). Lo propio sucedería si fuese negado al mismo tiempo por nulidad, prescripción y pago; y en casos análogos. Según nuestro sistema, corresponde al Presidente formular las cuestiones sobre las cuales el Tribunal debe deliberar: cualquiera de los Jueces puede pedir al Presidente que someta a votación una cuestión determinada. si el Presidente no se adhiere a la súplica, el Tribunal delibera (Reg. gen. jud. art. 262); así en los dos ejemplos indicados podrán ser sometidas las tres cuestiones.

Siendo necesaria una decisión en un sentido o en otro, la ley ha previsto el caso de que no sea posible la decisión por no haberse logrado una mayoría absoluta sobre alguna de las opiniones emitidas. Esto puede ocurrir fácilmente en un colegio compuesto de cinco o siete votantes; pero puede darse también en un colegio de tres votantes (2). Para tales casos se han indicado mu-

(1) V. REGNARD, *De l'organisation judiciaire et de la procedure civile*, cit., pág. 298 y sigs.

(2) El ejemplo más sencillo se da cuando se trata de determinar el *importe total* de una cantidad cualquiera. En estos casos la cuestión radica necesariamente en el *cuanto* que cada juez estime conforme a justicia, y puede suceder que un juez crea que se deben por daños 200 pesetas, otro 150, otro 100, que uno estime que la construcción puede elevarse a 20 metros, otro a 15, otro a 10; lo mismo en la medida de un confin y en otros parecidos. Los casos de diversidad de opiniones fuera de este campo, pueden evitarse fácilmente mediante el orden y la manera de poner las cuestiones; así en el ejemplo de BOITARD, referido por mí en la anterior edición (en un proceso de reivindicación entre A y B, interviene C, llamándose propietario; un juez estima propietario a A, otro a B, el tercero a C; además,

chos sistemas: el que acepta nuestra ley es este: dos opiniones, cualesquiera que sean, se ponen a votación para excluir una de ellas; la no excluida pónese de nuevo a votación con una de las opiniones restantes para decidir cuál debe ser eliminada, y así sucesivamente (art. 359.)

La deliberación tiene lugar así: el presidente recoge los votos; el primer votante es el más moderno en orden a su nombramiento y así van continuando hasta quien preside. Cuando la *relación* del pleito haya sido hecha por uno de los jueces, el primero que vota es el relator (art. 358). Ningún juez puede ser interrumpido en el momento en que emite su voto; solo el presidente tiene derecho de atraer a la cuestión puesta por él a votación al juez que se aleje de ella; ninguno de los votantes puede manifestar, antes de su turno, su propia opinión (Regl. gen. jud., art. 263.) Terminada la votación el presidente designa de entre los miembros *de la mayoría*, el que debe redactar la sentencia (Cód. proc. civ., art. 359 último párr.) y le entrega la parte dispositiva de la sentencia redactada y firmada por él. Redactados los motivos y sometido al colegio, se entregan al canciller el cual escribe el original de la sentencia (Regl. gen. jud., art. 266). El original se firma por todos los votantes y por el canciller. Luego tiene lugar la publicación; § 68 II.

IV *Ordenanza y decreto* (1). La ley define la *ordenanza* «resolución hecha *durante el curso* de un pleito, por el presidente, por

en este caso, puede formarse la mayoría suficiente para decidir, con que haya dos jueces concordantes en reconocer que ni A ni C son propietarios; la reivindicación y la intervención serán desestimadas). En Alemania (ley sobre organización judicial, § 198), se ha limitado la mención expresa de esta disparidad de opiniones al campo de la determinación de la totalidad de una cantidad; los votos reunidos para la suma mayor se agregan a los reunidos para la suma que le sucede inmediatamente, hasta que se forma una mayoría. El sistema de eliminación de nuestro art. 359, conduce al mismo resultado práctico. Véase para la *totalidad* de la pena el art. 321 de nuestro Cód. proc. pen.; véase también VACCA R., *Un quesito di logica giuridica*, en el *Fillangieri*, 1912, pág. 32.

(1) Véase DE PALO, *Titolo esecutivo*, cit., pág. 189 y sigs. ROCCO ALFREDO, *Sentenza civile*, cit., pág. 61 y sigs. V. también ROCCO ARTURO, *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva*, en la *Riv. penale*, 1905.

los jueces delegados, por los pretones o por los conciliadores a instancia de una parte, *con citación de la otra*, o de oficio». Se transcribe en los registros; va firmada por el presidente o juez y por el canciller (art. 50 y Regl. gen. jud., art. 303); su diferencia *formal* de la sentencia consiste además en que solo contienen la parte dispositiva, no las conclusiones de las partes ni los motivos (artículo 362).

Doctrinalmente, la ordenanza es una resolución que tiene lugar siempre que las necesidades del desarrollo de la relación procesal reclamen la disposición del magistrado sin que, no obstante, haya una *cuestión* a resolver entre las partes. Conformes con esta naturaleza son las características exteriores normales de las ordenanzas; y en particular:

- a) Su contenido limitado a la parte dispositiva.
- b) La necesidad normal del contradictorio.
- c) El hecho de que en los Tribunales colegiados no intervenga todo el colegio en la producción de la ordenanza, sino que para descargar al colegio de las funciones en que su intervención sería tardía o inútil, corresponde dictar ordenanzas a los órganos que participan más directamente en el desarrollo de la relación procesal, esto es al presidente y al juez delegado. Y hemos visto ya que al presidente y al juez delegado corresponde proveer con ordenanzas a las demandas procesales de las partes, cuando estas se hallen de acuerdo, en particular sobre las peticiones de medios instructivos.

Pero, ocurre que la ley utiliza también esta forma rápida y económica de resolución en casos que no responden estrictamente a su naturaleza. Veamos:

a) A veces la forma de la ordenanza se usa también en casos en que la importancia de la resolución hace oportuna la intervención *del colegio*. Ya, antes de las recientes reformas, admitía la ley ordenanzas del Colegio. Por ej. Cód. de com., art. 476); aquellas han introducido dos nuevas ordenanzas del colegio, en caso de cambio de la forma de tramitación y de remisión, sin perjuicio del depósito preventivo de los documentos (L. 31 Marzo 1901, artículo 275.)

b) Otras en cambio se admite que sean *resueltas cuestiones* entre las partes, ya por el presidente ya por los jueces únicos, con la forma económica de la ordenanza; y esto tiene lugar lo mismo

en los procedimientos especiales dirigidos a la necesidad de medidas de seguridad (ej. Cód. proc. civ. art. 939, Cód. com., artículo 871) ya en el curso del procedimiento ordinario, cuando se originen cuestiones urgentes (Cód. proc. civ., art. 182; R. D. 31 Agosto, art. 40); en cuyo caso se concede recurso contra la ordenanza al colegio.

c) Que con la forma económica de la ordenanza, a veces tomanse resoluciones de fondo (art. 321 Cód. proc. civ., procedimientos monitorios y sus derivados, § 8 bis.)

A parte estas derivaciones, la ordenanza es normalmente una resolución producida *a base del acuerdo de las partes* para el desarrollo del proceso. Por esto suele admitirse por la doctrina que los jueces únicos (pretors, conciliadores) no puedan nunca en la tramitación del pleito resolver con ordenanza *cuestiones* aunque sean meramente procesales, puesto que debiendo darse a las partes en este caso recurso contra la resolución y no pudiendo llevarse ante el mismo juez que dictó la resolución, esta debe ser tratada como sentencia interlocutoria e impugnarse como tal ante el juez superior (1).

La ley define el *decreto* «resolución de la autoridad judicial dictada a instancia de una parte *sin citación de la otra*»; (art. 50), sus características externas son, además, la de estar escrito al final del recurso y entregado en su original a las partes y estar firmado solamente por el presidente y el canciller (Regl. gen. jud., art. 303). Doctrinalmente el decreto es una resolución producida por cualquiera autoridad judicial (juez único, colegio, presidente del colegio), en el ejercicio de funciones administrativas; de aquí deriva el carácter propio del decreto de ser producido *sin contradictorio*. La esfera mayor del decreto está, pues en *jurisdicción voluntaria*. Pero también la ley utiliza esta forma de resolución en otras esferas; y encontramos amplia aplicación de la misma en la jurisdicción, y precisamente en todas las actividades, por sí mismas administrativas pero coordinadas a la función jurisdiccional, a la realización de las cuales sería inútil o gravosa la necesidad del contra-

(1) El proyecto de reformas procesales ya mencionado, habla de ordenanzas del pretor y del conciliador «que resuelvan cuestiones incidentales», y dispone que no puedan ser impugnadas sino con la sentencia definitiva (artículo 14).

dictorio, tratándose de actos que deben realizarse antes del pleito o durante el pleito, pero independientemente del posible acuerdo de las partes. Pero tampoco aquí tenemos caracteres absolutamente constantes. Es innecesario decir que la falta de contradictorio puede ser propia también de procedimientos que conducen a una sentencia como la sentencia declarativa de quiebra; en el procedimiento inquisitorio puede oírse a los interesados, pero no con *citación* introductiva (interdicción). Pero por otra parte hay casos en los que el decreto se produce *previo acuerdo de las partes* (art. 473) u *oidas las partes* (art. 808). A veces, en fin, el decreto se produce a base del contradictorio escrito u oral de las partes en lugar de una sentencia, (artículo 153 Cód. Com. pág. 314, art. 53, texto único, 17 Julio 1910 de las leyes sobre D. Publ.).

APÉNDICE AL § 58

Derecho español.

Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 369 y sigs.).

Las resoluciones que dictan los Tribunales y Juzgados en los negocios de carácter judicial, se denominarán:

Providencias, cuando sean de tramitación.

Autos, cuando decidan incidentes o puntos que determinen la personalidad combatida de alguna de las partes, la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, la repulsión de una demanda, la admisión o inadmisión de las excepciones, la inadmisión de la reconvención, la denegación del recibimiento a prueba o de cualquiera diligencia de ella, las que puedan producir a las partes un perjuicio irreparable, y las demás que decidan cualquier otro incidente, cuando no esté prevenido que se dicten en forma de sentencia.

Sentencias, las que decidan definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia o en un recurso extraordinario; las que, recayendo sobre un incidente, pongan término a lo principal, objeto del pleito, haciendo imposible su continuación, y las que declaren haber o no lugar a oír a un litigante condenado en rebeldía.

Sentencias firmes, cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes.

Ejecutoria, el documento público y solemne en que se consigne una sentencia firme.

La fórmula de las *providencias* se limitará a la determinación del Juez o Tribunal, sin más fundamentos ni adiciones que la fecha en que se acuerde y el Juez o Sala que la dicte.

La fórmula de los *autos* será fundándolos en *resultandos* y *considerandos*, concretos y limitados unos y otros a la cuestión que se decida, expresando el Juez o Tribunal y el lugar y fecha en que se dicten.

Las *sentencias definitivas* se formularán expresando:

1.º El lugar, fecha y Juez o Tribunal que las pronuncie, los nombres, domicilio y profesión de las partes contendientes, y el carácter con que litiguen: los nombres de sus Abogados y Procuradores, y el objeto del pleito.

Se expresará también en su caso y antes de los *considerandos*, el nombre del Magistrado Ponente.

2.º En párrafos separados, que principiarán con la palabra *resultando*, se consignarán con claridad, y con la concisión posible, las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente, y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse.

En el último *resultando* se consignará si se han observado las prescripciones legales en la sustanciación del juicio, expresándose, en su caso, los defectos u omisiones que se hubiesen cometido.

3.º También en párrafos separados, que principiarán con la palabra *considerando*, se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso.

Si en la sustanciación del juicio se hubieren cometido defectos u omisiones que merezcan corrección, se apreciarán en el último *considerando*, exponiendo, en su caso, la doctrina que conduzca a la recta inteligencia y aplicación de esta ley.

4.º Se pronunciará, por último, el fallo en los términos prevenidos en los arts. 359 y 360 de la L. E. C., haciendo también, en su caso, las prevenciones necesarias para corregir las faltas que se hubieren cometido en el procedimiento.

Si éstas merecieren corrección disciplinaria, podrá imponerse en acuerdo reservado cuando así se estime conveniente.

Las ejecutorias se encabezarán en nombre del Rey.

En ellas se insertarán las sentencias firmes, y las anteriores, sólo cuando, por referirse las firmes a ellas, sean su complemento.

Cuando se expida a instancia de parte para la guarda de sus derechos, se insertarán además los documentos, escritos y actuaciones que la misma designe, y a su costa.

§ 59

B) Asunción de pruebas (1).

I. *Principios generales sobre la prueba. El libre convencimiento.*—Probar significa formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso. Por si la prueba de la verdad de los hechos no puede limitarse; pero la prueba en el proceso, a diferencia de la prueba puramente lógica y científica, experimenta una primera limitación en la necesidad social de que el proceso tenga un término; una vez firme la sentencia, la indagación sobre los hechos del pleito queda definitivamente cerrada, y desde aquel momento, el derecho ya no se cuida más de la correspondencia entre los hechos estimados por el juez y la realidad de las cosas, y la sentencia queda como afirmación de la voluntad del Estado sin que conserve influencia alguna sobre su valor el elemento lógico que la produjo.

En cambio, durante el pleito, mientras se trata de formar esta afirmación de voluntad del Estado, el elemento lógico conserva el valor más grande, §§ 2, 4, 6 y 13. También durante el curso el pleito, como hemos visto la investigación del juez civil no es tan libre como la del científico.

Ya hemos visto (§ Introd.) como la influencia de la prueba formal del proceso germánico ha engendrado en nuestro proceso común el sistema de la «prueba legal». Se formó una serie de reglas que determinaban en qué casos el juez debía considerar probado un hecho, atribuir fe a un testimonio; por ej. en cuanto a los testimo-

(1) LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. I; SCHMIDT, 2.^a ed., § 77; WEIS-MANN, § 44; POLLAK, pág. 564; GUTTMANN, *Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung*, 1907; SEBBA, *Die richterliche Ueberzeugung*, (*La convicción del juez*) en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. 37, (1907), pag. 63 y siguientes; BAYER H., *Die Entscheidungsgrundlagen*, 1911, pág. 141 y siguientes; HELLWIG, *System*, 1912, §§ 205 a 207.

nios, se estableció que todo hecho debiese estar probado, al menos, por dos testigos; las pruebas que no reunían las condiciones exigidas por la ley se dividieron en fracciones (por ej. la prueba con un testigo que era una *semiplena probatio*); pero las diversas fracciones podían unirse para formar una prueba completa.

El derecho moderno rechaza el sistema de la prueba legal, adoptando el principio de que la convicción del juez debe *formarse libremente*.

Pero no se crea que no quedaron numerosas huellas de aquel sistema. (1) por ej. la limitación de la prueba por testigos que hemos traído del Código francés (2) y que también se encontraba en leyes italianas anteriores (3), no es más que una limitación legal a la formación del convencimiento del juez. Lo mismo las normas que regulan la capacidad de los testigos (art. 236 Cód. pro. civil) la norma de que el acto público hace fe plena en juicio (Cód. civil artículo 1317) las normas sobre el juramento decisorio y sobre la confesión.

De estos casos de pruebas legales algunos se derivan de simples motivos tradicionalistas; otras, en cambio, responden a una evidente oportunidad. En sí misma, la prueba legal no puede ciertamente confundirse con la prueba ordinaria; debe considerarse también, sistemáticamente, entre las instituciones probatorias. En la prueba legal el momento probatorio presentase a la consideración del legislador más bien que a la del juez; el legislador, partiendo de consideraciones de normalidad general, fija abstractamente el modo de recoger determinados elementos de decisión, sustrayendo esta operación lógica a las que realiza el juez para formar su convicción.

II. *Gradaciones en la prueba* (4).—No todo aquello cuya existencia o inexistencia tiene importancia en el juicio debe probarse con igual rigor. Exíjese siempre una prueba rigurosa con relación a lo que constituye la cuestión definitiva en el proceso,

(1) V. SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 469.

(2) En el *derecho* francés se remonta a la ordenanza de Moulins, (año 1566). V. § 63, II.

(3) Cost. mod., Lib. I, tit. XXI, art. 2.

(4) SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 471; HELLWIG, *System*, § 206, I; POLLAK, página 561.

esto es, la cuestión acerca de la existencia de una voluntad de ley que garantiza el bien reclamado en juicio (§ 3). Pero en cuanto a la serie de cuestiones procesales y sustanciales, que, según hemos visto, preceden a la definitiva, frecuentemente la ley se contenta con una prueba menos rigurosa; todo es por el efecto distinto que la sentencia debe producir, respecto de una y respecto de las otras. La prueba debe ser más rigurosa para aquel extremo de la sentencia que está investido de la cualidad de cosa juzgada. Pero, por ej., la demostración de la propia calidad para obrar (*legitimatío ad causam*) como la cualidad hereditaria, cuando constituya el objeto de cuestión incidental (§ 93) no se exige tan rigurosamente como la prueba de la existencia del derecho (1).

Esta clase de prueba, atenuada, encuéntrase frecuentemente en las leyes y debe considerarse bastante siempre que la ley exija la *justificación* de la demanda de una resolución en el curso del proceso o de la omisión de una actividad (fuerza mayor justificada, artículo 47; impedimento legítimo justificado, arts. 210 y 245; impedimento de comparecer o motivos legítimos de no testificar, artículo 239; motivo fundado para la información de perpetua memoria, art. 251; justificación de la propia ignorancia, art. 494; demostración de la necesidad de una fianza, art. 102, 363, 647, 924; justificación del impedimento para presentar documentos, Real decreto de 31 de Agosto, 1901, art. 51, párrafo 3.º, etc.). Deben considerarse casos de *justificación*, y no de prueba, los de los arts. 848, número 1.º, Código procesal civil; 497 Cód. proc. civ.; 706 Código civil. En general, el juez se contentará con una justificación en las resoluciones aseguradoras (§ 9).

III. *Objeto de la prueba.*—Son los hechos no admitidos y no notorios puesto que los hechos que no pueden negarse *sine tergiversatione* no exigen prueba. Las normas jurídicas, como deben ser conocidas por el juez, no son objeto de prueba en el sen-

(1) Así un acto de notoriedad, que por su naturaleza no pertenece a las pruebas verdaderamente tales, podrá servir para justificar sumariamente al magistrado, la calidad hereditaria en un juicio en que ésta sea un presupuesto de la acción pero no objeto de cuestión, especialmente en un juicio en rebeldía.

tido de que la falta de prueba de las mismas pueda perjudicar a alguna de las partes. Lo mismo las «máximas de experiencia» (1). Se exceptúan aquellas normas que deben ser aplicadas por el juez, si resultan probadas, pero que no está obligado a conocer, esto es, las normas *consuetudinarias* y las normas *extranjerías* (2).

En cuanto a estas normas el juez puede valerse de su conocimiento privado, cuando lo posea (§ 47).

IV. *Formas, fuentes y especies de la prueba.*—Conviene distinguir los *motivos* de prueba, los *medios* de prueba y los *procedimientos* probatorios. Son *motivos* de prueba las razones que producen mediata o inmediatamente, la convicción del juez (por ejemplo, la afirmación de un hecho de influencia en el pleito, realizada por un testigo ocular; la observación directa de un daño, hecha por el juez sobre el lugar), son *medios* de prueba las fuentes de donde el juez deriva los motivos de prueba (así en los ejemplos citados, la persona del testigo, los lugares inspeccionados); son *procedimientos* probatorios la totalidad de las actividades necesarias para poner al juez en comunicación con los medios de prueba o para declarar la atendibilidad de una prueba.

Los motivos de prueba pueden consistir en la observación personal del juez o en la observación de terceras personas que la refieren o en la operación lógica por la cual de un hecho conocido se va a un hecho desconocido; por esto se habla de prueba *histórica* (o *directa*) y de prueba *lógica* (o *indirecta*) (3). Las pruebas *suelen distinguirse* (con BENTHAM) en *preconstituidas*, que preexisten a la necesidad de probar un hecho en juicio; pero preparadas también con vista de tal necesidad y ya perfectas en su idoneidad para ser comunicadas al juez (como la mayor parte de los *documentos*) y pruebas *simples*.

En cada medio y en cada motivo de prueba precisase distinguir la *eficacia objetiva* y la *atendibilidad*. Por ej., la afirmación de un hecho de influencia directa en la contienda, por parte de

(1) Pág. 396; HELLWIG, *System*, I, pág. 677.

(2) V. FEDOZZI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit. página 443 y sigs.; PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve de la coutume*, 1909.

(3) CANSTEIN, *Lehrbuch*, cit., II, pág. 252 y sigs.

un testigo ocular es un motivo de prueba objetivamente muy eficaz; pero su atendibilidad puede ser escasa, si, por ej., el testigo es persona sospechosa o poco seria. Así también, el acto público, del cual resulta el contrato hecho valer, tiene una gran eficacia objetiva; pero si se impugna de falsedad, su atendibilidad puede desaparecer, mientras que una simple escritura, con la que únicamente pueda argumentarse la existencia de un contrato, tiene en sí misma poca eficacia objetiva, pero si la escritura es reconocida, suma atendibilidad.

§ 60.

De los medios de prueba y de los procedimientos probatorios (1).

I. *De las leyes sobre las pruebas.*—La materia de las pruebas, en nuestro sistema, está distribuída entre los Códigos civil y de comercio, de una parte, y el de procedimiento de otra, de manera que aquéllos regulan los *medios* de prueba admisibles, éste los *procedimientos* probatorios. Pero, como hemos observado en su lugar (§ 4), toda la materia de las pruebas pertenece al derecho procesal. En particular, la colocación de las normas sobre las pruebas en los Códigos de derecho sustancial, no debe hacernos creer que estas normas tengan carácter dispositivo (§ 4).

II. *Reglas generales sobre los procedimientos probatorios.*—Los arts. 206 y 215 del Cód. proc. civ. contienen normas generales sobre el procedimiento probatorio, que ya hemos tenido ocasión de examinar antes de ahora. Para la admisión de cualquier medio de prueba, las partes deben obrar del modo que se exige para los incidentes (Cód. proc. civ., art. 206). Esto, con el procedimiento formal, significa que la parte que propone un medio de prueba, cita a la otra ante el presidente o el juez delegado para los incidentes, en la forma ya vista (§ 44 bis); y en el procedimiento ordinario, que la demanda se propone mediante escrito en la primera fase de la audiencia ante el presidente (§§ 3, 43 y 44 bis). La adhesión del adversario a la demanda puede hacerse oralmente y ser anotada en la hoja de audiencia (§ 44 bis). El presidente admite la prueba por *ordenanza* cuando medie acuerdo de las partes, o urgencia de proveer; en otro caso remítase a las partes ante el colegio, que provee mediante sentencia *interlocutoria*

(1) Acerca de este § y de los siguientes, v. LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. 5, (2.^a edición).

admitiendo o rechazando la prueba (§ 58, Ley 31 Marzo 1901, artículo 4). Y si la sentencia rechaza la prueba, puede también pronunciar definitivamente sobre el fondo (§ 44 bis). La sentencia interlocutoria sobre la prueba es impugnabile como cualquiera otra sentencia y no puede cumplirse durante el término marcado para hacer oposición o apelación si no va acompañada de ejecución provisional (§ 44 y 44 bis).

La ejecución de la prueba admitida podría realizarse en la audiencia (art. 208), pero esto es letra muerta y ya hemos explicado sus razones e inconvenientes (§ 44 y 44 bis); se comisiona a un juez delegado (§ 20 y 44 bis). Si el lugar en que debe realizarse dista mucho de la residencia de la autoridad judicial ante la cual pende el pleito, se puede delegar en el pretor. Si la prueba se debe realizar en la jurisdicción de otra autoridad judicial puede pedirse a ésta que delegue en uno de sus jueces, o confiar directamente al pretor del mandamiento donde debe hacerse la prueba (§ 18). Si la prueba debe realizarse fuera del reino, la petición debe hacerse en las formas establecidas por el derecho internacional (§ 13).

Si fuere preciso subrogar o sustituir en cualquier acto al juez delegado, corresponde hacerlo al presidente, aunque la delegación haya tenido lugar por sentencia (art. 210). En esta norma manifiéstase el principio de que el nombramiento del juez delegado corresponde al colegio sólo cuando tiene lugar al mismo tiempo que la decisión de que la prueba debe realizarse por el juez y no por el colegio. Corresponde al colegio únicamente renunciar a la facultad de realizar él la prueba; pero una vez decidido esto, el nombramiento de la persona del juez entra de lleno en las resoluciones directivas del presidente (§ 20). De lo cual se deduce, por ejemplo, que en el caso antes previsto de petición de delegación a otra autoridad judicial, el nombramiento puede hacerse por el presidente de la autoridad requerida (§ 46 y 19) (1). Del mismo modo, cuando la Corte de apelación ordena un medio instructorio y devuelve el pleito a los primeros jueces, puede encargar directamente al presidente del Tribunal el nombramiento del juez delegado.

(1) Conforme: Cas. Roma, 30 Enero 1912, en la *Legge*, 1912, página 734. En contra: los citados en el § 46).

El juez delegado es competente para tomar las resoluciones necesarias para la ejecución de la prueba. Contra sus resoluciones se puede reclamar dentro del término establecido en el artículo 183. A instancia del reclamante, el juez delegado cita a las partes para audiencia fija, ordenando, en su caso, la ejecución provisional de la resolución, no obstante la reclamación, salvo en la parte en que imponga una multa (art. 209). El juez delegado para la instrucción, si forma parte del tribunal o en la Corte ante la cual pende el pleito, provee a la admisión y ejecución de las nuevas pruebas concordadas entre las partes antes de la conclusión del proceso verbal (art. 12, Ley 31 Marzo 1901, pág. 407). La falta de reclamación no convalida la obra del juez delegado cuando éste haya pasado los límites de sus atribuciones (art. 209, último párrafo).

En la ejecución de las pruebas las partes pueden intervenir personalmente o por medio de mandatario, y no es necesaria la asistencia de los procuradores que les representen en el pleito, salvo que deban comparecer en la audiencia (art. 207, § 37).

Para cada una de las pruebas se hace un proceso verbal. El proceso verbal se presenta en el pleito por medio de una copia del mismo (art. 211). Sólo los pretores y los conciliadores juzgan sobre los originales (art. 435, §§ 44 bis y 52).

Las normas relativas al modo de interrogar por medio de *intérprete* y de obtener las declaraciones de los sordos, mudos y sordo-mudos no son exclusivas de la prueba, sino comunes a cualquier acto de procedimiento (art. 212, 213, 214), y de ellas ya nos hemos ocupado (§ 43). También hemos recordado la norma relativa a la ejecución de actos instructorios fuera de la residencia de la autoridad judicial por imposibilidad de la persona a quien se deba interrogar (art. 215, § 43).

APÉNDICE AL § 60

Derecho español.

Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 570 y sigs.).

Toda diligencia de prueba, incluso la de testigos, se practicará en audiencia pública, y previa citación de las partes con veinticuatro horas de antelación, por lo menos, pudiendo concurrir los litigantes y sus defensores.

Para el reconocimiento de libros y papeles de los litigantes no se citará previamente a la parte a quien pertenezcan.

El registro de papeles se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

Los Jueces podrán disponer que se practiquen a puerta cerrada aquellas diligencias de prueba que puedan producir escándalo u ofensa a la moral, permitiendo siempre la concurrencia de las partes y de sus defensores.

El Juez señalará con la anticipación conveniente el día y la hora en que haya de practicarse cada diligencia de prueba de las que deban tener lugar ante él.

Para la prueba que haya de practicarse fuera del lugar en que resida el Juez del pleito, podrán designar las partes persona que la presencie en su representación. Esta designación se expresará en el suplicatorio, exhorto o despacho que al efecto se dirija.

En este caso, el Tribunal o Juez exhortado señalará día y hora en que haya de practicarse la diligencia de prueba, y mandará citar a la persona o personas designadas para presenciarse, si fueren vecinos de aquella localidad o se hubieren personado en ella.

Las partes y sus defensores que concurren a las diligencias de prueba se limitarán a presenciarse, y no les será permitida otra intervención en ellas que la determinada por la Ley para cada especie de prueba.

El que faltare a este precepto será apercibido por el Juez, el

cual podrá privarle de presenciar el acto si insistiere en perturbarlo.

Para la prueba de cada una de las partes deberá formarse pieza separada, que se unirá después a los autos.

Véase además las disposiciones referentes a la prueba en cada clase de juicios y procedimientos y, sobre todo, los arts. 559 y siguientes (juicios de mayor cuantía).

Medios de prueba (art. 578, L. E. C.).

Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

- 1.º Confesión en juicio.
- 2.º Documentos públicos y solemnes.
- 3.º Documentos privados y correspondencia.
- 4.º Los libros de los comerciantes llevados con las formalidades prevenidas en el Código de comercio.
- 5.º Dictamen de peritos.
- 6.º Reconocimiento judicial.
- 7.º Testigos.

Véase además Código civil, art. 1.215.
