

AUSPICIAN:



Universidad  
**Católica**  
*"Nuestra Señora de la Asunción"*  
Campus Itapúa

 UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA DE  
ENCARNACIÓN



PATROCINAN:



ENTIDAD BINACIONAL  
**YACYRETA**



**200**  
PARAGUAY  
BICENTENARIO



Municipalidad de Encarnación



AGRICOLA Y GANADERA BOLF S.A.



**2011**

**II**  
CONGRESO  
PARAGUAYO DE  
**PROCESAL**  
**DERECHO**

*Por un proceso judicial  
eficiente*

**III**  
**CONGRESO PARAGUAYO DE**  
**DERECHO PROCESAL**

*"Por un proceso judicial  
eficiente"*



[www.iitadp.org](http://www.iitadp.org)

12 al 14 de Octubre de 2011  
Ciudad de Encarnación  
República del Paraguay

La responsabilidad de los trabajos publicados en esta Revista corresponde a sus autores.

CORRESPONDENCIA

**INSTITUTO PARAGUAYO DE DERECHO PROCESAL  
e INSTITUTO ITAPUENSE DE DERECHO PROCESAL**

Calle Juan Leon Mallorquín N° 1424

Encarnación – Paraguay

e-mail: [contactos@iitadp.org](mailto:contactos@iitadp.org)

El Libro Memorial del "II Congreso Paraguayo de Derecho Procesal", celebrado en la ciudad de Encarnación, República del Paraguay, los días 12, 13 y 14 de Octubre del 2.011, constituye una publicación del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal y del Instituto Itapuense de Derecho Procesal.

PRIMERA EDICION

Derechos Reservados

Año 2011

Tiraje de 1.000 ejemplares

Encarnación- Paraguay

Diseño de la tapa: Gráfica San Luis

Armado: Gráfica San Luis

Imprenta: Gráfica San Luis

Prohibida la reproducción total o parcial de la presente obra.  
Reservados todos los derechos

Impreso en Paraguay  
Printed in Paraguay

# "II CONGRESO PARAGUAYO DE DERECHO PROCESAL"

*Por un proceso judicial eficiente  
Bicentenario de la Independencia Nacional*

- RELATORIAS GENERALES

- PONENCIAS

- CONFERENCIAS



[www.iitadp.org](http://www.iitadp.org)

12 al 14 de Octubre de 2.011  
Ciudad de Encarnación  
Departamento de Itapúa  
República del Paraguay

## TEMARIO

### I – COMISION PROCESAL CIVIL 1

*“Inmediación y prueba para un proceso civil eficiente”*

RELATOR GENERAL: **ROJAS WIEMANN, Javier**

PONENCIAS SELECCIONADAS

**1- BONET NAVARRO, José**

*“Consideraciones sobre el objeto de la prueba en la LEC española y en el CPC. Paraguayo”*

**2- GUERRA CERRON, Maria Elena**

*“Estado de la Cuestión de la Oralidad e intermediación en el proceso civil peruano”*

**3- VILLABA BERNIE, Pablo Darío**

*“Inmediación probatoria, actualidad y nuevos objetivos”*

**4- ROJAS WIEMANN, Javier**

*“Inmediata instalación de actualizaciones al Proyecto del Código Procesal General”*

**5- SASS, Ingrid Marlene y SASS, Herman Edgar**

*“Atenuación de los rigorismos formales del proceso civil”*

### II COMISION PROCESAL CIVIL 2

*“Proceso de ejecución, las nuevas corrientes”*

RELATOR GENERAL: **GONZÁLEZ BRITZ, Miguel Ángel**

PONENCIAS SELECCIONADAS

**1- VILLALBA BERNIE, Pablo Darío**

*“La estructura monitoria, una alternativa viable”*

## CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO DE LA PRUEBA EN LA LEC ESPAÑOLA Y EN EL CPC PARAGUAYO

JOSÉ BONET NAVARRO

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València (Estudi General)  
jbonet@uv.es

**SUMARIO:** I. Hechos 1. Hechos dispositivos no controvertidos o, en similares términos, conducentes sobre los que las partes no estuvieren conformes 2. Hechos notorios II. Normas jurídicas 1. La costumbre 2. Derecho extranjero 3. Derecho histórico y estatutario III. Reglas no jurídicas IV. Las presunciones como método de sustitución del objeto de la prueba.

La presente ponencia, elaborada para su presentación en el “II Congreso Paraguayo de Derecho Procesal”, que se celebra en la ciudad de Encarnación (Paraguay) los días 13 y 14 de octubre de 2011, se centra en el objeto de la prueba considerando la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante LEC) en relación con el Código Procesal Civil paraguayo (en adelante CPCP). Principalmente me centraré en algunos problemas interpretativos y de aplicación que han venido planteándose en el derecho español, viendo como se resuelve actualmente en el ordenamiento procesal paraguayo así como incluiré algunas referencias al Código Modelo.

Objeto de la acreditación son los datos alegados oportunamente por las partes<sup>1</sup>. Principalmente lo constituyen determinados elementos fácticos (art. 281.1. 3 y 4 LEC), pero también algunas normas jurídicas (art. 281.2 LEC) así como reglas y juicios técnicos o de valor de naturaleza no jurídica. Aunque no hay precepto que se refiera específicamente al objeto de la prueba en el Código Procesal Civil paraguayo, parece que los anteriores elementos se incluyen en el genérico concepto de “hechos”, en cuanto que el art. 247 CPCP se refiere a que “sólo deberán producirse pruebas sobre hechos que hayan sido articulados por las partes... las que se refieren a hechos no articulados...”

Lo bien cierto es que objeto de la prueba lo constituirán determinados elementos fácticos como elemento más importante, de ahí la referencia expresa a “hechos”. Pero no solamente será así, pues también habrán de incluirse otras circunstancias que pueden deslindarse estrictamente de los mismos como lo serían las normas jurídicas así como las reglas y los juicios técnicos o de valor de naturaleza no jurídica.

Estos hechos o elementos fácticos han de ser afirmados por las partes, dado que el proceso civil está regido con carácter general por la autonomía de la voluntad y se caracteriza fundamentalmente por los principios dispositivo y de aportación de parte. En ese sentido, afirmó Carnelutti<sup>2</sup>, que “*es justo reconocer que objeto de la prueba no son tanto los hechos como las afirmaciones: las afirmaciones no se conocen pero se controlan, los hechos no se controlan pero se conocen*”. Es más, de

<sup>1</sup> La expresión “datos” viene de GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, I, Civitas, Madrid, 5 ed. 2002, pp. 351-3. y es asumida en España por autores como MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso Civil*, (con GÓMEZ, MONTÓN y BARONA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 247.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, E., *La prova civile. Parte Generale. Il concetto giuridico della prova*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 44.

no ser así, el juez podría introducir su conocimiento privado, de modo que actuaría como parte, y además de ser imparcial, también provocaría indefensión al limitar la contradicción. Todo ello sin perjuicio de que estas afirmaciones adquieren autonomía en la medida que suelen encubrir un juicio de valor que mediatiza el puro hecho<sup>3</sup>.

La introducción de estos datos o elementos fácticos en general se producirá principalmente en los momentos iniciales (pues así conviene el buen orden del proceso, cierta estabilización de su objeto para su resolución, la brevedad procesal y la inviolabilidad de la defensa). Por ello, el momento ordinario será el de la presentación de la demanda, la contestación o, en su caso, reconvencción y contestación a la misma. Lo anterior se corrobora en el Código Modelo (arts. 110.4, 120 y 126 CM)<sup>4</sup>, así como en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos<sup>5</sup>, como es el caso del español (art. 412.1 LEC) y, por supuesto, el paraguayo (art. 215.d, 235 CPCP).

Lo anterior se ve en cierto modo desdibujado en algún frente muy en boga en los últimos tiempos. En efecto, las últimas tendencias a fomentar soluciones auto-compositivas, cuya eficacia real, en mi opinión, debería evaluarse sin apasionamientos ni posturas partidistas ni interesadas, se materializan en algunos ordenamientos como el peruano introduciendo actos previos de conciliación que son *conditio sine qua non* para la admisibilidad de la demanda (art. 6 Código Procesal Civil del Perú). Esto provoca que el momento de introducción del material fáctico pueda adelantarse a estos intentos de conciliación extraprocetal<sup>6</sup>. De otro lado, la anterior regla general no impide que excepcionalmente puedan introducirse posteriormente nuevos elementos fácticos como aconseja el interés de las partes y hasta el de carácter público<sup>7</sup>.

3 RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2009, p. 364.

4 En el Código Modelo, además, junto a la demanda (y contestación por remisión del art. 121 CM) habrán de acompañarse no solamente toda la prueba documental (reseñando su contenido y lugar en que se encuentre si no se dispusiere de alguno de los documentos), sino incluso también el nombre y domicilio de testigos y de los demás medios de prueba de que intente valerse, hasta el punto de que "sólo las pruebas supervenientes o las referidas a hechos nuevos o a los mencionados por la contraparte al contestar la demanda o la reconvencción, podrán ser propuestas posteriormente" (art. 111 CM).

5 Así, por ejemplo, en el argentino (arts. 330, 356, 357 y 358 Código Procesal Civil de la Nación); el cubano (art. 224 y 235.2 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico); el ecuatoriano (arts. 67 y 102 Código de Procedimiento Civil del Ecuador); el peruano (arts. 424.3, 442.4, 445 Código Procesal Civil del Perú, cuando no sea preceptiva la conciliación previa); el venezolano (arts. 343, 364 y 868 Código Procesal Civil de Venezuela); el uruguayo, reflejado en la necesidad de que en dichos momentos incluso se proponga toda la prueba (arts. 117, 118, 130, 131 y 136 Código General del Proceso del Uruguay); también el mexicano (arts. 255 fracción V, 260, fracciones III y VI, y art. 272 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; arts. 322, fracción III, 329 y 333 del Código Federal de Procedimientos Civiles; y, entre otros, art. 204 fracción VII, 215, 219 y, en definitiva, art. 227 del Código de Tabasco); y de igual modo en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno (arts. 231.4º, 232, 248.3, 250, 251, 313 y 316 PCPC).

6 En el Perú, desde el 28 de junio de 2008, tras el Decreto Legislativo 1070 por el que se modifica la Ley de Conciliación, de manera "extraordinaria" se impone la introducción del material fáctico -siempre que la conciliación sea obligatoria, esto es, cuando se trate en general de derechos disponibles- mediante la solicitud de conciliación. Potenciación de esta vía autocompositiva que llega al extremo de establecer en caso de inasistencia de la persona invitada la "presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el Acta de Conciliación y reproducidos en la demanda" (art. 15 Código Procesal Civil del Perú).

7 Según afirma ORTELLS RAMOS, M., "Capítulo 13. Otros actos de alegación", en *Derecho Procesal Civil*, (et al), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 10ª ed., 2010, pp. 337-8, lo aconseja el interés del demandante, para que se admita la modificación en cuanto haya podido alterarse el estado de hechos en el que se basó la pretensión; el del

Así ocurre en el ordenamiento español (art. 412.2 LEC), en el que se permiten diversas posibilidades de formular alegaciones aclaratorias y complementarias y hasta ampliatorias de hechos, y no solamente los determinantes de la satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida de objeto. Con menor rotundidad, claridad e intensidad, igualmente se autorizan en diversos ordenamientos iberoamericanos.

La oportunidad de introducir material fáctico en momentos posteriores se podrá actualizar, aunque no solamente, a través de la modificación de la pretensión antes de la notificación a la parte contraria de la demanda (o de la reconvencción). Así, por ejemplo, en el Paraguay, el art. 217 CPCP autoriza al actor a ampliar, modificar o retirar su demanda antes de su notificación<sup>8</sup>.

De otro lado, será posterior pero momento ordinario cuando se subsanen las irregularidades en los correspondientes actos de demanda, reconvencción y contestación a todo ello, que se podrán producir incluso de oficio. Aunque pueda suponer que se dilate en el tiempo el trámite de admisión, incluida la posibilidad de introducir ulteriormente elementos fácticos, ha de considerarse como ordinario si bien algo atrasado en el tiempo pues consistirá en definitiva en subsanar requisitos o presupuestos de los actos ordinarios<sup>9</sup>.

En cualquier caso, concurren ciertas oportunidades para introducir elementos fácticos tras los periodos ordinarios también a través de otras vías más o menos

demandado, que comparte el mismo interés por cuanto pueda introducir hechos nuevos o desconocidos, si bien también le conviene que no se permita la modificación por parte del actor en cuanto dificulta su defensa; y, por último, el interés público en lograr la economía procesal que pueda aconsejar tanto que se abran como que se cierren las oportunidades de alegación (si no se modifica, se favorece la simplificación, pero si modifica podrá prevenirse un eventual recurso ulterior); además, el desarrollo suficiente de la contradicción puede aconsejar cierta apertura en las alegaciones.

8 En general, en los ordenamientos iberoamericanos no se plantean inconvenientes para esta introducción. Buen ejemplo es el art. 114.1 CM, según el cual, "podrá cambiarse la demanda antes de que haya sido contestada" (con la mismas palabras incluso el art. 121 Código General del Proceso uruguayo). Ello no obstante resultar dudoso dicho "cambio" en determinados procedimientos, como el monitorio, debido a su particular estructura. En líneas generales se permite al actor a ampliar, modificar o retirar su demanda antes de su notificación. Así, el peruano permite la modificación de la demanda y reconvencción antes de la notificación (art. 428 Código Procesal Civil del Perú); y el cubano en el que se autoriza mediante los escritos de réplica y dúplica conformar progresivamente el objeto del proceso dentro de la fase de alegaciones, de modo que pueden modificar, ampliar o adicionar hechos (art. 241 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico). Incluso la modificación se podrá producir antes de que se produzca la contestación a pesar de haber sido ya notificada como ocurre en el Proyecto de Código Procesal Civil chileno (art. 235). En este último caso, parece que será así porque, en definitiva, las modificaciones previas al momento en que el demandado toma conocimiento de la pretensión, y hasta incluso -aunque con mayores dudas- antes de la contestación, no supondrán afeción al menos significativa respecto del derecho de defensa y de la debida contradicción (art. 235 PCPC). Otra cosa es que la ampliación deba inadmitirse, por razones procedimentales al carecer de trámite para dar traslado de la ampliación y por tanto para garantiza el ejercicio del derecho de defensa y la contradicción, todo ello sin perjuicio de que se consienta la dudosamente aceptable creación procedimental por el juzgador.

9 Con carácter general, el art. 112.1 CM dispone que, presentada una demanda en condiciones que no se ajusten, entre otras, a las previsiones sobre la demanda, en la que se incluye la necesaria narración precisa de los hechos y la invocación del derecho en que se funda y los medios de pruebas pertinente (art. 110.4 CM), "el Tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que señale, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada". En el Proyecto de Código Procesal Civil chileno se prevé que "presentada una demanda sin cumplir con los requisitos formales previstos en la ley, el tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que señale, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada" (art. 236 PCPC). Sin embargo, no parece que se recoja al menos expresamente esta previsión en el ordenamiento paraguayo, aunque el art. 216 CPCP se redacte en condicional ("los jueces podrán rechazar").

indirectas como son las cuestiones incidentales, la acumulación de procesos o las alegaciones de terceros intervinientes.

Sin necesidad de entrar en más detalles, no es dudoso que las afirmaciones sobre los datos han de ser introducidas en el proceso en el momento oportuno como condición de admisibilidad<sup>10</sup> que, como hemos visto, generalmente se producirá al inicio del procedimiento salvo en supuestos excepcionales en los que se autoriza más o menos limitadamente su introducción posterior. Buen ejemplo es el tenor de los arts. 215 d y 216 CPCP, cuando prevén que la demanda deberá contener "los hechos en que se funde, explicados claramente", siendo que "los jueces podrán rechazar de oficio los escritos de demanda que no se ajustaren a las reglas establecidas".

Veamos ahora qué elementos integraran el objeto de la prueba y algunos de los problemas que se plantean.

### I. Hechos

Los hechos son los elementos principales y más relevantes objeto de la prueba. Dado que las normas son expresadas por el legislador con referencia a supuestos genéricos, y éstas no pueden tener eficacia en el vacío, la aplicación de las normas que realiza el juzgador al resolver exige la previa fijación de un supuesto fáctico concreto sobre el que recae la prueba.

Como requisito principal, los hechos como requisito principal han de hallarse relacionados con el objeto del proceso puesto que, de lo contrario, la prueba sobre los mismos resultaría "impertinente".

El art. 247.2 CPC dispone que "no serán admitidas pruebas que fueren prohibidas por la ley, manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias; si lo hubieren sido, no serán consideradas en la sentencia". Que deban ser "manifiestamente", no parece que aporte un verdadero plus puesto que el hecho ha de estar relacionado más o menos remotamente, más o menos manifiestamente o no lo está. Solamente en el segundo caso se estaría dando el requisito para la inadmisión o no consideración. Por lo demás, la omisión a una referencia expresa a la impertinencia (que sí se hace, en cambio, con ocasión de la posibilidad que se otorga al confesante de no contestar una posición, art. 288, o con ocasión de la eliminación de las preguntas del interrogatorio de los testigos, art. 338 tampoco resulta relevante, como tampoco lo es que se refiera a pruebas "improcedentes, superfluas o meramente dilatorias". Situaciones que todas ellas tienen en común la circunstancia de el aspecto de la incidencia a la hora de la resolución sobre la pretensión procesal o sobre el correcto desenvolvimiento del proceso, como concepto amplísimo de impertinencia estricta o restrictivamente centrada en la mera relación con el objeto del proceso. No ha de olvidarse que, al margen de concepciones restrictivas, según la Real Academia de la Lengua Española, pertinente es aquello "conducente o concerniente al pleito",

<sup>10</sup> Es tajante FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., "De la prueba: Disposiciones generales", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), Iurgium - Atelier, Barcelona, 2000, p. 1294, cuando afirma que la prueba sobre los hechos intempestivamente alegados es impertinente y por ende rechazable, e inadmisibles su verificación en diligencias finales.

de modo que impertinente será todo lo contrario: aquello que no cumpla tal condición de ser conducente o concerniente, sea porque el hecho no esté relacionado con el objeto como también aquello que, pudiendo estar relacionado con el mismo, sea irrelevante para la resolución. En definitiva, el hecho habrá de ser relevante, lo que se manifestará por integrar la *causa petendi* de la pretensión inicial o de la reconvencción, fundar las defensas que se opongan<sup>11</sup>, o servir indirectamente para acreditar los esenciales<sup>12</sup>.

No se excluyen expresamente las pruebas sobreabundantes. Circunstancia que no es en realidad una cualidad del hecho sino más bien de los diversos medios de prueba que cabrá verificar sobre un mismo hecho<sup>13</sup>. Así y todo, no cabe excluir que pudieran excluirse actividad probatoria por sobreabundante que, en definitiva, no es más que una forma de irrelevancia probatoria aunque en este caso sea por reiteración.

Asimismo, aunque salvo error mío no se contiene una previsión expresa al respecto, no parece que deba plantearse la duda de si cabrían ser excluidas pruebas que en sí mismo consideradas —o en su instrumentación procesal— pudieran ser vulneradores de garantías fundamentales. Con una debida adecuación conceptual, tales pruebas habrán de ser excluidas, a falta de previsión expresa en ese sentido, al menos por no cumplir el requisito de pertinencia. Ahora bien, la exclusión de la prueba en este caso se producirá atendiendo solamente el medio de prueba, y más concretamente a las circunstancias concurrentes en su obtención, con independencia por tanto de las características del hecho.

Al margen de anteriores disquisiciones, lo bien cierto es que el hecho no solamente lo integraran episodios históricos, habrán de considerarse también las conductas, los comportamientos o sucesos así como las circunstancias o extremos determinados de esos mismos comportamientos, sucesos o características reales de lugares y cosas<sup>14</sup>. Y podrán ser externos o internos (dolo, error...), e influyentes directa (por ser constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes) o indirectamente (por ser base de una presunción, o por su utilidad para determinar el valor probatorio de otro medio de prueba).

Pero no todos los hechos requerirán de prueba al quedar exentos aquellos dispositivos no controvertidos o, en similares términos, hechos conducentes sobre los que las partes no estuvieren conformes, así como tampoco los "públicos y notorios".

<sup>11</sup> En opinión de GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., "Prueba: disposiciones generales (arts. 281-292)", en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. 3 (arts. 281 a 516), (Dir.: GARBÉRÍ, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 8-9, "no pueden ser objeto de prueba" aquellos hechos accesorios, colaterales o meramente argumentativos, es decir, dirigidos fundamentalmente a contextualizar aquellos otros relevantes.

<sup>12</sup> ASENSIO MELLADO, J. M., "La prueba", en *Proceso Civil Práctico*, IV, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, pp. 1-3.

<sup>13</sup> El ordenamiento español contiene algunas normas concretas con la idea de sobreabundancia, por ejemplo, en la limitación de testigos. Según el art. 363 *in fine* LEC: "... Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testimoniales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado".

<sup>14</sup> En ese sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con DÍEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE), Civitas, Madrid, 2001, p. 511.

### 1. Hechos dispositivos no controvertidos o, en similares términos, conducentes sobre los que las partes no estuvieren conformes.

En el contexto de la autonomía de la voluntad y de la vigencia del poder de disposición<sup>15</sup>, resulta consecuente que queden exentos de prueba los hechos sobre los que no exista controversia<sup>16</sup>.

Según entiende De la Oliva<sup>17</sup>, la fijación de hechos reconocidos es un método razonable para adquirir certeza y manifiesta un respeto, asimismo razonable, a la voluntad de las partes... responde no sólo a la fundada prohibición de ir contra sus propios actos, sino también a un propósito de coherencia con un método racional de avance del proceso hacia su desenlace. En cualquier caso, la conformidad sobre los hechos es un acto procesal eficaz como consecuencia de una disposición legal. Frente a la misma solamente serán relevantes las causas de nulidad de los actos de parte, de modo que no podrá ser neutralizado por otras fuentes de conocimiento que operen en sentido contrario o diferente<sup>18</sup>. Siendo así, se presenta dudoso que este método de fijación no deba pugnar con otros hechos de notoriedad absoluta y general<sup>19</sup>; o que no se realice en perjuicio de terceros o del interés general<sup>20</sup>.

Se supone que la circunstancia de que el hecho no sea controvertido implicará generalmente que hay plena conformidad, al menos cuando no sea controvertido de un modo voluntario. Ante su afirmación, el hecho puede ser asentido expresamente por la parte contraria o sencillamente cabe que ésta guarde silencio sobre el mismo y, de ese modo, asentir<sup>21</sup>. Podría ocurrir, sin embargo, que la voluntad de

15 El art. 281.3 LEC se ha de poner en relación, en general con el art. 19.1 LEC que contempla la facultad para disponer del objeto del juicio "excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero", y en especial, con el art. 752.2 LEC cuando dispone que "la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria". Así y todo, como indican GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre la prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 37, incluso en este tipo de procesos nada impide que la conformidad de las partes pueda ser relevante para excluir los hechos cuando, a criterio del juez, no se perjudique al interés general de la sociedad o al particular de alguna de las partes o de terceras.

16 La lógica implica que la exención sea regla general en los ordenamientos procesales, se formule positiva o negativamente, sin perjuicio de que legalmente se disponga otra cosa. Entre muchos otros, el art. 127 del Código Modelo, dispone que "corresponde probar las afirmaciones de hecho efectuadas por las partes y que hayan sido controvertidas. También requieren prueba los hechos expresa o tácitamente admitidos, si así lo dispone la ley". Asimismo, el art. 243 del CPCP dispone que "el juez recibirá la causa a prueba, aunque las partes no lo pidan, siempre que se hubieren alegado hechos conducentes acerca de los cuales aquellos no estuvieren conformes".

17 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con DIEZ-PICAZO, VEGAS y BANACLOCHE), cit., p. 512-3.

18 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., p. 513, estima además que esta peculiaridad ha de reconocerse si se insiste en presentar la admisión o conformidad expresa como un negocio jurídico-procesal unilateral.

19 Requisito que estima necesario, sin mayores argumentos, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., "De la prueba: Disposiciones generales", (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., p. 1295.

20 También lo estima necesario ASENSIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 247. Por el contrario, el art. 19.1 LEC se limita a establecer la posibilidad de que una ley prohíba o imponga limitaciones para evitar, estos perjuicios, de modo que se presenta como insuficiente sin una ley que en concreto limite el poder de disposición para evitar estos perjuicios.

21 Como dice en ese sentido TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, (con COMOGLIO y FERRI), Il Mulino, Bologna, 4 ed., 2006, p. 418, "il fatto non contestato non cessa per questa sola ragione di essere "incerto".

admitir resultara cuanto menos discutible, por ejemplo, cuando se produzca una falta de personación admisible de la parte contraria.

Al igual que ocurre en la LEC española<sup>22</sup>, no queda claro si la admisión por todas las partes deba ser necesariamente expresa. El art. 243 CPCP habla de hechos acerca de los cuales las partes "no estuvieran conformes", siendo que no parece que el carácter expreso de la misma sea condición necesaria para su existencia. Lo anterior se ratifica cuando el mismo precepto parte de que el juez recibirá la causa "aunque las partes no la pidan". De otro lado, una lectura conforme al pleno ejercicio del derecho de defensa conduce a afirmar que el silencio consecuencia de una falta de personación válida no implicará reconocimiento tácito de hechos. En tal supuesto, a pesar de no negarse categóricamente los hechos, se mantendrán éstos controvertidos y necesitados de prueba para que pueda aplicarse sobre los mismos la norma correspondiente. En realidad, la falta de personación es precisamente una forma, la más grosera si se quiere, de defensa, en tanto que los hechos se mantienen controvertidos, de igual forma que si hubieran sido expresamente negados.

En fin, el carácter de no controvertido, o en otras palabras, la admisión de los hechos, se pondrá de manifiesto al concurrir un relato de hechos simplemente coincidente entre las partes, al reconocerse expresamente como ciertos los hechos alegados por la contraparte, o cuando implícitamente de igual forma se reconozcan al afirmarse hechos que los presupongan así como cuando legalmente se considere el silencio como admisión tácita de los hechos.

Se producirá durante o tras los actos previstos de alegación por la contraparte, generalmente la contestación de la demanda o de la reconvencción, o, tratándose de hechos nuevos o de nueva noticia, en el plazo para dar conocimiento a la contraparte<sup>23</sup>.

22 Digo en principio porque en la legislación española, conforme el art. 405.2 LEC, el silencio o las respuestas evasivas en la contestación a la demanda (o a la reconvencción conforme al art. 407.2 LEC) podrán ser consideradas como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales. Como problema específico es el del momento en que ha de producirse esta admisión tácita. Aunque la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han entendido que será en el momento de dictar sentencia, (entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., p. 512. ASENSIO MELLADO, J. M., "La prueba", en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., p. 1-7), el actual art. 405.2 LEC ha eliminado la exigencia de pronunciarse sobre esta conformidad en la sentencia y como sea que el juez ha de instar a las partes en la audiencia previa o en la vista (arts. 428, 429.1 y 443.4 LEC) para que especifiquen sobre qué hechos muestran su conformidad o disconformidad, no han faltado propuestas para que el momento en que se ha de determinar si se ejercita la facultad de considerar el silencio o la respuesta evasiva como admisión tácita de los hechos sea la audiencia previa o la vista, siempre antes de la proposición de prueba, todo ello para evitar inseguridad jurídica e inutilidad de prueba, así como para ser consecuente con la finalidad de fijar los extremos controvertidos y la determinación de los hechos sobre los que no existe conformidad previamente a la proposición de la prueba (así, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 79-80. LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, La Ley, Madrid, 2000, p. 44).

Igualmente, aunque en realidad no se trata de un verdadero supuesto de exención pues se producirá una vez practicada la prueba, en el interrogatorio de la parte (la antes llamada "confesión") podrá producirse reconocimiento tácito si hubo incomparecencia (art. 304 como excepción del 496.2 ambos LEC), silencio o respuesta evasiva (art. 307 LEC), siempre que la parte incomparecida hubiera intervenido personalmente y su fijación como cierto le sean entera (o también parcialmente en caso de silencio o respuesta evasiva) perjudiciales.

23 En el derecho español es en el plazo de cinco días desde el traslado del escrito de ampliación que le concede el art. 286.2 LEC.

La conformidad supone sin duda exención de la prueba pero, como ocurre en el derecho español<sup>24</sup>, en el CPCP no acaba de quedar claro si también será de inadmisibilidad de la prueba por tal motivo. Así y todo, resulta claro que, *sensu contrario*, el art. 243 CPCP impone la no conformidad como requisito *sine qua non* para el recibimiento a prueba por el juez aunque pueda ser sin petición de las partes.

## 2. Hechos notorios

Similares consideraciones merece la regulación acerca de los hechos "notorios". El art. 248.II CPCP prevé que "los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez"<sup>25</sup>; y en similares términos, el art. 281.4 LEC dispone que "no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

Ambos preceptos son consecuentes con la tradición jurídica (*notoria non egent probatione*)<sup>26</sup> y responde a la lógica al evitar actividades probatorias inútiles<sup>27</sup>.

Stein<sup>28</sup> consideraba que existe notoriedad fuera del proceso "cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o son divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede

24 En derecho español no se encuentra un fundamento legal claro. Algunos autores consideran que el precepto que más directamente establece el deber de rechazo no es tanto el art. 283.2 LEC sino el 281.3 de la misma. Así ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 349. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., p. 513, sin bien este segundo autor no deja de reconocer que el rechazo se funda en ser inútiles las pruebas. Pero aquel último precepto no resulta suficientemente claro al limitarse a señalar que "están exentos de prueba" por mucho que en la rúbrica del mismo se refiera a la eventual "necesidad de la prueba". Por eso, ha de compartirse, con GARCIMARTÍN MONTERO, R., "Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Arts. 1 a 516, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), Aranzadi Editorial, Elcano, 2001, p. 1004, que hubiera sido deseable que la Ley hubiera utilizado una expresión imperativa. Críticas que mantiene igualmente MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 74-5 cuando sostiene que el art. 281.3 LEC asume "no con demasiada precisión" o cuando entiende que debería haber añadido que no se trata simplemente de exención de prueba, sino también de prohibición. Al contrario, siendo la prueba sobre los hechos reconocidos y notorios tan innecesaria como inútil, para tales supuestos el art. 283.2 LEC establece la inadmisión de forma indubitada y sin vericuetos lingüísticos ni semánticos. Así, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*, (con MORENILLA), Colex, Madrid, 2007, p. 397, con base en el mismo, pueden afirmar que los hechos admitidos por las partes "no sólo no han de ser probados, sino que no deben serlo, pues la Ley lo prohíbe". En cualquier caso, según el tenor *sensu contrario* del art. 429.1 LEC, si existiera conformidad sobre los hechos la audiencia no proseguirá para la proposición y admisión de prueba. 25 Menos posibilidades permite, aunque incluye también los hechos "evidentes", el Código Modelo. Según su art. 128, "no requieren ser probados: 1) los hechos notorios, siempre que no constituyan el fundamento de la pretensión y no sean admitidos por la contraparte. 2) los hechos evidentes..."

26 Ilustrativas resultan las consideraciones de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 17 de mayo de 1983 (Ponente: D. Ángel Martín del Burgo y Marchán. RJ 1983\3353), cuando pone de manifiesto que "ya en el anterior «Codex iuris canonici», y tomado de fuentes antiguas, venía recogido el apotegma jurídico «notoria non egent probatione»; así como en la Ordenanza procesal alemana (parágrafo 291) se establece que los hechos notorios para el Tribunal no necesitan prueba; lo que en nuestro derecho histórico tiene antecedentes con los efectos que se concedían a la «fama pública» en Las Partidas (leyes 8 y 14, título XIV, Partida III); valor de la notoriedad que aunque en algunas leyes procesales modernas se silencie, no puede ello interpretarse como una repulsa del mismo, por tratarse de un principio de lógica jurídica y de buen sentido, imposible de desconocer, como no lo desconoce la jurisprudencia".

27 LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., p. 45.

28 STEIN, E., *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, (trad.: DE LA OLIVA), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, p. 196.

declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso en base a la práctica de prueba". Y en palabras literales de Calamandrei<sup>29</sup> notorios son "quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione" (aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se adopta la decisión). En la doctrina española, algo más concreto, Prieto-Castro<sup>30</sup> definía como "hechos notorios o de fama pública los que, por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social, son conocidos y tenidos como ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media". Y suponen, según Couture<sup>31</sup>, "un ahorro de esfuerzos relevando a las partes de producir pruebas innecesarias... por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo".

El art. 249.II in fine CPCP precisa que la calificación del hecho como notorio corresponde al juez. Advertencia que parece más bien innecesaria puesto que será el mismo quien tiene los poderes sobre la admisión y valoración de la prueba.

Lo bien cierto es que el calificativo de notorio en el hecho en principio no es equivalente a público, pues parece claro que un hecho puede ser público pero no notorio. Piénsese que la publicidad meramente relativa (otra cosa sería la generalizada, absoluta o total) no otorga en modo alguno la condición de notoriedad a un hecho ni justifica su exclusión.

Los anteriores arts. 248.II CPCP y 281.4 LEC, aunque vienen a excluir los hechos notorios mantienen alguna diferencia de matiz. En el caso del derecho español se exige que la notoriedad alcance cierto grado: ser "absoluta y general", lo que no es poco. De ese modo, la LEC se empeña en mimetizar términos jurisprudenciales<sup>32</sup>, y sin duda se excede lingüísticamente<sup>33</sup>. Si se interpretara en su sentido literal, como el hecho habría de ser conocido en todo el mundo y por todos los habitantes del mismo, quedaría impedida su operatividad práctica en todos los casos. Simplemente sería de imposible aplicación. Además, parece que la notoriedad podrá abarcar ámbitos geográficos inferiores: continental estatal, nacional, regional o incluso local. Asimismo, salvo interpretaciones que conduzcan a callejones sin salida, no será exigible

29 CALAMANDREI, P., "Per la definizione del fatto notorio", en *Opere Giuridiche*, V, Morano editore, Napoli, 1972, (trabajo publicado originariamente en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1925, II-1, págs. 273-304), p. 446. Concepto que en esencia se sigue en la doctrina italiana. Por ejemplo, LIEBMAN, E. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, Giuffrè, Milano, 4 ed., 1981, p. 83. TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, (con COMOGLIO y FERRI), cit., p. 416.

30 PRIETO CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 460.

31 COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 141.

32 Entre otras, los de la STS, Sala 1ª, 4 de febrero de 1998.

33 Así autores como GARCIMARTÍN MONTERO, R., "Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., p. 1005. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, E., y PÉREZ CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Civil*, I, Forum, Oviedo, 2000, p. 392 reclaman una interpretación "flexible". En la misma línea, GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., p. 38, entienden que sería ilógico interpretar los términos legales de forma que no MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 84, se muestra notoriamente rotundo e irónico cuando, precisamente dado que no existen hechos de los que pueda predicarse una notoriedad absoluta, afirma que "es evidente que en la norma del artículo 281.4 se ha incurrido en un error notorio".

que el hecho tenga que ser conocido por todas y cada una de las personas que forman parte del ámbito geográfico correspondiente. Esto, además de improbable en sí mismo, desde luego sería imposible de comprobar. Creo que basta con que el hecho sea o pueda ser conocido por aquellos que tengan una cultura media<sup>34</sup>. Por último, tampoco será necesario que la notoriedad resulte inmutable o duradera *ad eternum*, en cuanto que un hecho, sobre todo si se entiende en su acepción más restringida, puede ser notorio en un tiempo determinado y dejar de serlo a continuación.

En fin, aunque la notoriedad pueda tratarse de una cualidad relativa y cambiante en el tiempo y en el espacio, permite la fijación de unos hechos cuando formen parte de una sociedad determinada en un momento concreto. De este modo, haciendo uso de lo que es o debe ser conocido por todos, se evita malgastar esfuerzos en diligencias sin utilidad<sup>35</sup>; y resulta coherente que legalmente la prueba de estos hechos, pero no su alegación, sea tan innecesaria que haya de rechazarse o excluirse.

Otra cuestión que queda muy dudosa es si la notoriedad implica necesariamente el conocimiento del juez. Carnelutti<sup>36</sup> ponía énfasis en la certeza judicial cuando afirmaba que *"la notorietà non si ha solo per la certezza del giudice, ma per la certezza del giudice condivisa da una generalità di persone o acquisita in determinati modi"*. No obstante, ni siquiera estimo preciso que un hecho deba ser necesariamente conocido por el juez para que adquiera la condición de notorio<sup>37</sup>. Comparto con Chiovenda<sup>38</sup> que *"notorio non è ciò che effettivamente è noto, ma ciò che può esser noto per via di scienza pubblica o comune"*. Y es que si, como indicaba Couture<sup>39</sup>, *"notoriedad no es tampoco efectivo conocimiento, sino pacífica certidumbre; una especie de seguridad intelectual con que el hombre reputa adquirida una noción"*, que un hecho pueda no ser conocido en un concreto proceso por un determinado juez como notorio no significa que el mismo no lo sea. En ese caso, nos encontraríamos con un hipotético juez ignorante ante un hecho notorio. Ahora bien, por lógica, parece que el juez sí deberá conocerlo en realidad pues de otro modo no podría ordenar fundamente que se excluyan de ser rendidas en juicio. Desde luego,

34 Aunque nos encontramos con un concepto no bien perfilado, la mayoría de autores se refiere a esta idea de "cultura media". Así por ejemplo, SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2007, p. 183. CREMADDES MORANT, J., "La prueba. Disposiciones generales (Artículos 281 al 298)", en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, (coors.: MARINA y LOSCERTALES), Sepin, Madrid, 2000, p. 700. LÓPEZ SIMÓ, E., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., p. 46.

35 Como indica MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., p. 2195, la exigencia de prueba de hechos notorios *"revelaría un escandaloso formalismo o representaría un paladino alejamiento del juez de la realidad social y del entorno en que se mueve"*.

36 CARNELUTTI, E., *La prova civile*, cit., p. 25, nota 19. En la doctrina española, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, *Libro II: artículos 248 a 386 inclusive*, (coor.: ESCRIBANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 2197-8. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 400.

37 For su parte, mantenía una postura intermedia DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, I, Zabala Editor, Buenos Aires, 3ª ed., 1976, p. 230, cuando se refiere a que *"permite exigir la prueba cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada"*.

38 CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processale Civile*, 3ª ed., Cav. Nicola Jovene, Napoli, 1913, pp. 733-4.

39 COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 146.

deberá considerarse como tal en el momento de su exclusión, si bien tal estado de conocimiento por el juez puede ser consecuencia de una previa ilustración por la parte. Esta circunstancia presupondrá la previa alegación y discusión sobre el carácter de notorio de un hecho.

En efecto, un hecho notorio pero desconocido para el juez, mientras no sea conocido por el mismo y considerado como notorio, no tendrá viabilidad práctica para ser excluido de la prueba. Si para ello puede ser necesaria actividad probatoria sobre la notoriedad, tampoco se habrá evitado en todo caso probar<sup>40</sup>. La notoriedad desconocida o no reconocida por el juez quedará exenta de cualquier utilidad práctica por mucho que el hecho pueda ser todo lo "notorio" que sea. Y a la inversa, por el mero hecho de que un hecho pueda ser conocido por el juez, por supuesto que le dota necesariamente el carácter de notorio.

El verdadero problema se dará en este último supuesto caso y será de índole práctico: evitar que este conocimiento privado sea utilizado como prejuicio o para favorecer en alguna medida su propio convencimiento en la actividad valorativa. Al menos cuando se haya propuesto y practicado prueba, parece complicado que el juez la pueda llegar a considerar alguna vez insuficiente cuando ya estaba casi convencido previamente<sup>41</sup>. Más sencillo sería detectar la introducción de conocimiento privado en los supuestos de inexistencia o patente insuficiencia de actividad probatoria sobre el mismo. En fin, a pesar de que en el caso concreto pueda resultar ciertamente complicado, se hace preciso deslindar bien la notoriedad del conocimiento privado del juez.

Es necesario realizar un esfuerzo de delimitación precisa sobre qué ha de considerarse como hecho "notorio". Para ello, el faro que nos conduzca por las aguas correctas parece que ha de ser el de la evitación de pruebas innecesarias o inútiles. Para ello convendría identificar el conjunto de hechos conocidos en la generalidad de personas de ámbito cultural medio. En mi opinión, este ámbito podría integrarse en principio por los programas de los estudios primarios e incluso los secundarios que se imparten en colegios e institutos. Siendo suficientes los niveles de escolaridad y de calidad educativa, el ámbito cultural básico habría de estar integrado en su totalidad por hechos notorios, salvo que aceptemos que el paso por los centros educativos suponga una actividad inútil.

Siendo así, la notoriedad ni siquiera requeriría permanecer en la memoria de las personas con plena exactitud y detalle, sino que bastaría con una idea aproximada de su existencia y, sobre todo, con la posibilidad de comprobación accesible y de forma indubitada por el propio juez, por ejemplo, con una simple consulta en cual-

40 STEIN, F., *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, (trad.: DE LA OLIVA), cit., pp. 204-5.

41 DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 59, se pronuncia gráficamente sobre esta cuestión cuando dice que *"me causaría sonrojo la ingenuidad de los operadores jurídicos si pensaran que, imbuido el juzgador de una certeza personal, ha de embridar su propia personalidad para eludir la aplicación de lo que sabe, cuando se siente dedicado y constreñido a perseguir la verdad, tan esquivada ella"*.

quier enciclopedia<sup>42</sup>. A pesar de algunos peligros puntuales<sup>43</sup>, este entendimiento de la notoriedad no merece apreciarse como una vía para la ampliación de los poderes "inquisitivos" del juez, ni como coladero por el que el juez introduzca aquellos conocimientos privados que no son calificables como evidentes ni notorios. Solamente se trata de un método para que lo evidente y notorio quede exento –y excluido– de prueba a pesar de eventuales desconocimientos y carencias culturales de un determinado juez. Además, si de peligros se trata, las garantías de las partes igualmente podrían verse afectadas en función del conocimiento o nivel cultural que pudiera tener el juez.

De otro lado, aunque no siempre aceptada<sup>44</sup>, la notoriedad podría existir también cuando el conocimiento general se circunscriba al ámbito profesional y hasta territorial al que pertenece el mismo juez que ha de resolver, esto es, lo que se ha venido denominando como "notoriedad judicial"<sup>45</sup>. Con todo, esta notoriedad subjetivamente específica debe deslindarse debidamente del conocimiento privado del juez. Aquella no es más que una delimitación de la notoriedad como lo conocido con carácter general (por letrados, procuradores, funcionarios, juzgadores) en un ámbito espacial y profesional tan específico y localizado como es una determinada circunscripción o sede judicial. Cosa distinta es lo que pueda conocer en dicho ámbito el mismo juez pero que no consista en un conocimiento suficientemente generalizado y, por tanto, público –aunque sea en voz baja–.

Este conocimiento judicial puede venir de la mano de actuaciones judiciales anteriores<sup>46</sup>, aunque cuestión distinta es que el juez los haya adquirido como consecuencia de la práctica de pruebas en otros procesos<sup>47</sup>. En tal caso, habrían de

42 Precisamente esta posible comprobación directa por el juez excluiría su consideración como prueba documental, sin perjuicio de que, en caso de necesidad, pudiera acreditarse por la parte de tal modo.

43 ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 35, alerta sobre la posibilidad de que por esta vía el juez pueda hacer valer su saber personal respecto de tema que se halla vedado para él en orden a lo debatido y confirmado en el litigio, lo que conspira contra toda idea de imparcialidad judicial.

44 ASENSIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., "La prueba", en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pp. 1-98y 1-9. Igualmente, se opone a la existencia de esta notoriedad MATHEUS LÓPEZ, C. A., "Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba", *Revista de Derecho* (Valdivia), julio 2003, vol. 14, citado 20 agosto 2008, pp. 175-86. Disponible en internet: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000100010&lng=es&nrmm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100010&lng=es&nrmm=iso).

45 Sobre la misma, ver STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, (trad.: DE LA OLIVA), cit., pp. 210-8. Asimismo, véase una referencia a diversas opiniones entre autores españoles en ARRIBAS ALTARRIBA, J., "La prueba del hecho notorio", en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, cit., pp. 362-3.

46 Así, por ejemplo, DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, I, cit., pp. 232-3. Incluso podríamos encontrar un cierto atisbo de aplicación de esta notoriedad judicial cuando, según el art. 135 del Código Modelo, se produzca la denominada "prueba trasladada" aunque deban coincidir las partes. Dice este precepto literalmente que "las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficiencia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".

47 Respecto del derecho extranjero, atendiendo la tendencia uniformadora, las patentes similitudes que muchas veces concurren con el derecho español y las cada vez mayores facilidades para su conocimiento y comprobación a través de internet, no parece que deba descartarse de plano que en algunos casos el derecho extranjero pueda llegar a merecer la consideración de hecho notorio a los efectos de ser eximidos de prueba. CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 58-9 cita como ejemplo una posible norma de derecho portugués para regular una eventual nulidad de matrimonio o de una sucesión. El mismo autor y obra, pp. 139-40, nada obsta a que

reputarse como privados del juez, no exentos de prueba salvo que se quiera incurrir en infracción de la contradicción y del derecho de defensa. Asimismo, en principio se ha propuesto como razonable que la notoriedad judicial conste en el ámbito en el que se desarrolle el proceso en todas las instancias<sup>48</sup>. En mi opinión, de este modo se limita excesivamente su operatividad pues la interposición de recurso es una actividad meramente eventual y su admisibilidad al menos en los extraordinarios (particularmente la casación civil en España y en algunos países europeos<sup>49</sup>) se presenta como una excepcionalidad cuando no una verdadera hazaña.

En cualquier caso, todos los hechos, notorios o no, han de ser introducidos por la parte (principio de aportación de parte). Sin embargo, sobre esto merece hacer mención a que el Tribunal Constitucional español ha distinguido a estos efectos los hechos fundamento de la pretensión y los meramente "accesorios", concluyendo que "en principio pues, no hay incorrección en la posibilidad de que el Juez pueda tener en cuenta de oficio el hecho notorio"<sup>50</sup>. De todos modos, la importancia de esta jurisprudencia es relativa puesto que lo que indica en realidad es que el juez podrá tener en cuenta de oficio el hecho notorio, que no es exactamente lo mismo que se autorice para que introduzca en el proceso un hecho notorio.

Lo que no queda determinado es el momento exacto en que ha de considerarse exento de prueba el hecho notorio. En principio, parece claro que podrá considerarse como notorio y por tanto fijado sin actividad probatoria, en el momento de dictar sentencia<sup>51</sup>. Sin embargo, al menos en el derecho español, parece que el momento adecuado será más bien el de la admisión de la prueba<sup>52</sup>. Desde luego, un control y determinación previa del hecho notorio, incluso antes de la misma proposición probatoria podrá evitar inseguridad jurídica e inutilidad de prueba, facilitará la fijación de los extremos controvertidos y la determinación de los hechos sobre los que no existe conformidad previamente<sup>53</sup>. Así y todo, ante posibles vulneraciones de derechos fundamentales, quizá fuera prudente delimitar previamente los hechos objetos de prueba, pero, en caso de duda, autorizar su práctica<sup>54</sup>.

Por último, ha de indicarse que, negada la condición de notorio de un hecho, parece razonable admitir la actividad probatoria especialmente dirigida a acreditar la

pueda aplicarse la notoriedad al derecho consuetudinario y a la costumbre.

48 SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pp. 181 y 188.

49 Sobre el mismo, recientemente, véase VVAA, *El recurso de casación civil*, (dir.: BONET), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, donde se recopilan las ponencias y comunicaciones sobre la casación civil en España, Francia e Italia, presentadas en las Jornadas sobre la casación civil que se celebraron en la Universitat de València, el pasado mes de abril de 2010.

50 STC 59/1986 (Sala 2<sup>a</sup>), 19 de mayo (Ponente: D. Carlos de la Vega Benayas. RTC 1986\59).

51 Entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., p. 512. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "La prueba. Valoración y carga de la prueba. El procedimiento probatorio", en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 199-245, SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 187.

52 Atendido el tenor del art. 405.2 LEC y de los arts. 428, 429.1 y 443.4 LEC, podría concluirse que el momento adecuado podría ser la audiencia previa o la vista, incluso antes de la proposición de prueba.

53 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 79-80. En la misma línea, LÓPEZ SIMÓ, E., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pp. 47 y 49. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. III. La prueba. Los recursos*, (coor.: CORTÉS y MORENO), Tecnos, Madrid, 2000, p. 30.

54 ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., "Objeto de prueba", en *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, (con CUBILLO, PEITEADO y TOMÉ), Colex, Madrid, 2004, p. 18.

existencia de dicha notoriedad lo que implicará, a su vez, que el juez decida sobre su eventual certeza.

## II. Normas jurídicas

El conocimiento y la debida aplicación del derecho es, en principio, uno de los deberes del juzgador (*iura novit curia*)<sup>55</sup>. Posiblemente por ello, algunos autores como Taruffo<sup>56</sup>, niegan que pueda hablarse propiamente de prueba de la norma jurídica, sin perjuicio de que la parte colabore con el juez en la labor de establecer la existencia de una norma como ocurre cuando se trata de normas extranjeras, antiguas o consuetudinarias. Lo bien cierto es que no habrá de probarse el derecho propio, incluidos los Tratados internacionales ratificados así como cualquier normativa internacional vigente<sup>57</sup>.

El CPCP parece seguir estos postulados y, aunque sea muy concisamente, deja patente que cierto derecho no se prueba. En efecto, según se desprende del art. 249.I CPCP, incumbirá la carga de la prueba "*a la parte que afirme la existencia... de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tengan el deber de conocer*". Se supone que tiene el deber de conocer aquello que forma parte del *iura novit curia* de modo que sobre lo demás, tendrá la carga de probar quien lo "*afirme*"<sup>58</sup>.

Lo bien cierto es que a pesar de la aparente sencillez con que se trata esta cuestión, no está exenta de importantes problemas interpretativos y de aplicación, sobre todo en aquello que omite pronunciarse, que, de otro lado, es casi todo.

### 1. La costumbre

La falta de una mención en el CPCP es coherente con el art. 7.II del Código Civil paraguayo, según el cual "*el uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos*". La falta de una previsión normativa de carácter procesal resultaría de ese modo irrelevante. A falta de una costumbre eficaz en la labor resolutoria, ninguna necesidad de regular acerca de su prueba. La cuestión quedaría así zanjada sin más si no fuera porque el mismo precepto anterior matiza que no pueden crear derecho "*sino cuando las leyes se refieran a ellos*". Y de hecho, el mismo Código Civil paraguayo contiene muchas referencias más o menos claras a la costumbre sin más o las "*buenas costumbres*". Pronto el art. 9 CCP dispone que "*los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres*". El importante art. 22 del mismo, contemplar que los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras, pero siempre que no

55 En el caso del derecho español, el art. 218.1 LEC, reconoce expresamente que el juzgador "*resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*".

56 TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, (con COMOGLIO y FERRI), cit., p. 415.

57 En el caso español, principalmente las normas procedentes de la Unión Europea que sean directamente aplicables en los estados miembros.

58 Esta última expresión, tan común en el foro y en la literatura jurisprudencial, resulta patentemente incorrecta pues parte de una eventualidad si se quiere habitual pero no desde luego necesaria: que a quien interesa introducir el material en el proceso, lo afirmará.

se opongan, entre otras cosas, a "*las buenas costumbres*"<sup>59</sup>.

Con todo, a pesar de la falta de una previsión expresa, básicamente porque no constituye derecho en principio, aunque está claro que eso no es así, al menos en los casos expresamente previstos en la ley será necesario que el juez aplique y en todo caso tenga en cuenta la costumbre o las buenas costumbres en su función jurisdiccional. En ese caso, ¿será necesario que previamente deba ser probada?

En el derecho español la respuesta es clara en sentido afirmativo. El art. 1.3 del Código Civil español dispone que ha de ser probada. Por ello, el art. 281.2 LEC correlativamente prevé que sea objeto de prueba, con la única matización de que ésta "*no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público*".

En el derecho paraguayo, en cambio, la falta de una previsión específica no parece que deba conducir a la misma conclusión. Por el contrario, en los casos excepcionales o expresamente previstos en la propia ley en que la costumbre pueda tener eficacia normativa o, al menos, su concurrencia haya de ser atendida y valorada en la aplicación de las normas, tendrá el mismo tratamiento que cualquier otra norma, de modo que no quedará eximida de su prueba si las partes estuvieren conformes y además sus normas no afectasen al orden público.

Esta se opción legislativa, sin duda legítima, no está exenta de problemas. El principal es que, dadas las características propias de la costumbre, no contenida necesariamente en un texto legal, de vigencia temporal y espacial no claramente determinada, o, cuanto menos, constitutiva de un concepto jurídico indeterminado, dificultan el conocimiento judicial a la hora de su aplicación. Así y todo, este tratamiento tiene la virtualidad de esquivar algún problema planteado en derecho español en relación a la eventual conformidad con la existencia de la costumbre.

En principio, si existiera conformidad, el tratamiento podría ser idéntico al de los hechos<sup>60</sup>. Algunos autores entienden así que en tal caso resultará inadmisiblesu prueba por inútil<sup>61</sup>. Sin embargo, mayoritariamente manifiestan la inconveniencia

59 Asimismo, otros muchos otros preceptos del mismo Código Civil paraguayo se refieren a la costumbre o buenas costumbres. El art. 299 c) contempla que no podrán ser objeto de los actos jurídicos los hechos que, entre otras cosas, sean contrarios a "*las buenas costumbres*". También con el art. 319, por el que la condición de un hecho contrario "*a las buenas costumbres*" deja sin efecto el acto jurídico. Y en la misma línea, otros preceptos del mismo Código Civil paraguayo otorgan a las "*buenas costumbres*" importantes efectos: para la validez de la pena a que se obliga un tercero para el caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor (art. 462); como condición dar en locación determinados bienes (art. 805); para impedir que puedan transigirse derechos contrarios a la misma (art. 1497); para que no proceda la repetición de la prestación cumplida con finalidad contraria a la misma (art. 1820); para limitar el destino del uso de los pisos o departamentos (art. 2139 c); o para hacer nula toda disposición contraria a la misma (art. 2615). Igualmente, la costumbre del lugar determinará el precio de los plazos a falta de ajuste como obligación del locatario (art. 825)

60 Un problema relacionado será que, en tal caso, no habría impedimentos para ser tratada como hecho a los efectos de notoriedad. Al menos en el ámbito del derecho foral se reconoce esta posibilidad.

61 GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil, I*, cit., p. 404. Y es que, en efecto, algún autor entiende que con la conformidad la costumbre quedaría exenta de prueba, es el caso de entre otros, MARTÍN OSTOS, J., "Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, II*, (Dir.: LORCA), Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1758.

de tolerar que el juez aplique una normativa inexistente<sup>62</sup>, negándose que la eventual conformidad con la costumbre vincule al juez cuando éste conozca que no existe o que su contenido pueda ser distinto<sup>63</sup>. Esta segunda posición, en mi opinión más correcta<sup>64</sup>, es la que derivaría del tratamiento o falta del mismo, otorgado en el CPC paraguayo cuando viene a equiparar la costumbre a la norma por la vía del silencio legal.

El problema que subsiste es eminentemente práctico, esto es, si en el caso concreto será aplicada la costumbre por ser conocida por el juez o, en caso de no serla, cómo podrá adquirir ese conocimiento. En este segundo caso, no habría diferencias sustanciales con la actividad probatoria. Por esa vía se anuncia un problema que, como veremos en el punto siguiente, es propio si no de la prueba, al menos de la "determinación" del derecho extranjero: el de si supone una carga de la parte o si existe algún deber de investigación de oficio<sup>65</sup>, resuelto en sentido positivo en el art. 22 del CC paraguayo como después se verá.

En el derecho español, aunque los arts. 1.7 CC y 218.1.II LEC imponen que se resuelva respectivamente "atendiéndose al sistema de fuentes establecido" y "conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes", la costumbre no forma parte del *iura novit curia*<sup>66</sup>; además, se configura fruto de una sucesión de hechos repetidos en el tiempo, no se ha regulado un tratamiento específico, y rige en defecto de ley aplicable (art. 1.3 CC). Todo ello permite sostener que la falta de su acreditación tenga las mismas consecuencias que las señaladas en el caso de ausencia probatoria de los hechos<sup>67</sup>, incluida la imposibilidad de aplicar ni siquiera la norma nacional como ocurre con el derecho extranjero<sup>68</sup>. En definitiva, puede negarse que el juez tenga el deber de conocer, aplicar ni investigar de oficio la costumbre.

En el derecho paraguayo no parece que deba llegarse a la misma conclusión. Como indiqué antes, "el uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos sino

62 Entre otros, GARCIMARTÍN MONTERO, R., "Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales", cit., p. 1004.

63 Entre otros, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., p. 258. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DÍEZ-PICAZO), BURA, Madrid, 2004, págs. 321-2. LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., p. 53. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., "La prueba en general", (con otros), cit., p. 19.

64 Aunque el art. 281.2 LEC otorga un tratamiento similar al de la prueba de determinados hechos, sin embargo, habla de que "la prueba de la costumbre no será necesaria", lo que no es lo mismo que quede exenta ni, mucho menos, que sea inadmisibile, como mantienen algunos autores. Así, por ejemplo, CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., págs. 133 y ss. ASENSIO MELLADO, J. M., "La prueba", en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pp. 1-11, en caso de ser conocida por el juez, pueda no admitir su prueba por innecesaria y, a la inversa, no quedar vinculado por la conformidad de las partes.

65 Así lo defiende, para el derecho español, CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., págs. 141-44.

66 Entre otros y por exclusión, GUASP DELGADO, J., y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 353. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "La prueba. Valoración y carga de la prueba. El procedimiento probatorio", en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), cit., p. 208. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., p. 257, se refiere al "derecho escrito, interno y general".

67 Con esto no quiero decir, como señala, CREMADES MORANT, J., "La prueba. Disposiciones generales (Artículos 281 al 298)", en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, (coors.: MARINA y LOSCERTALES), Sepin, Madrid, 2000, p. 701, que se asimila la costumbre a los hechos en cuanto las partes podrán fijar la norma jurídica.

68 GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., págs. 70-1.

cuando las leyes se refieran a ellos" (art. 7.II CC). De ese modo, cuando deba aplicarse por el juez será porque la ley se remite a ella y, por tanto, constituye derecho. Si es así, y ante la falta de un tratamiento específico, a pesar de las dificultades que tal afirmación comportará para el juzgador, solamente compensadas por su excepcionalidad y tipificación legal, en mi opinión debería formar parte del *iura novit curia*, que el juez deberá conocer y aplicar. Esto implicará que, a lo sumo, la parte tendrá un plus de conveniencia pero no de necesidad en su alegación y, cuando sea necesario, en la actividad desarrollada por la misma parte para que el juez adquiera conocimiento de la concurrencia de la costumbre y de su contenido y vigencia. Esto último muy similar a la actividad probatoria pero sin que, en mi opinión, tenga que venir sancionada por las consecuencias negativas de la carga de la prueba. Ciertamente, si la costumbre no se aplica, quién podría verse favorecido por ella no obtendrá tal beneficio. Sin embargo, el juez deberá ser responsable de conocerla, de investigar de oficio para ello y por último de aplicarla.

## 2. Derecho extranjero

La prueba del derecho extranjero no se contiene en el CPC paraguayo sino en su CC. Según el art. 22 de este último código, "los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicios de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas. No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos".

El tratamiento del derecho extranjero se equipara así al derecho interno pero con ciertas condiciones, básicamente dando prevalencia al derecho interno. Esto implicará, en definitiva que como ocurre con el derecho interno y, en mi opinión como he indicado antes con la costumbre, el derecho extranjero no requerirá ser probado<sup>69</sup>. Ahora bien, ante la circunstancia de que pueda ser desconocido, cosa de otro lado no improbable puesto que conocer el derecho de todo el mundo no parece que esté al alcance siempre del juzgador ni es en cualquier caso exigible, se prevé que el juez "deba" aplicarlo de oficio siempre que se den los requisitos.

El problema se planteará cuando se desconozca ¿deberá probarlo la parte, bastará con que lo alegue la misma, que lo determine...? Lo primero que ha de resaltarse es que toda esta actividad en esencia no se diferencia de la actividad probatoria. Se trata de fijar el derecho aplicable a los efectos de que pueda ser conocido y en su caso tenido en cuenta por el juzgador. A pesar de la rotundidad con que se pronuncia el Código Civil "aplicarán de oficio", me da la impresión de que supone más una buena intención que una realidad práctica. Con todo, de este modo desde luego se facilita considerablemente la labor de la parte pues el juzgador ha de aplicar de oficio.

El primer problema es si es posible una determinación del derecho extranjero mediante la conformidad o acuerdo de las partes. En este aspecto, como en

69 Similarmente, el art. 133 del Código Modelo dispone que "el Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el Tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo".

algunos ordenamientos europeos (el español y otros como el alemán<sup>70</sup>), coexiste la necesidad de determinar por la parte con la potestad de investigar de oficio. Precisamente este aspecto, unido a la misma cualidad del derecho que ha de ser aplicado (otra cosa es la libertad de pactos), impiden que pueda ser fijado mediante acuerdo de las partes. Desde luego, un eventual acuerdo no tendría efecto vinculante para un juez que, como mínimo, también tiene aptitud para determinar el derecho aplicable. En el caso del derecho paraguayo el problema es inexistente puesto que ha de llegarse sin duda a esta conclusión en cuanto, como se ha visto, el juez tiene el deber de aplicar el derecho extranjero de oficio sin otro condicionante expresado legalmente al menos.

El problema principal es que básicamente se exige al juez que deba conocer o que tenga el deber de investigar de oficio el derecho de todo el mundo<sup>71</sup>. Esto entraña ciertas dificultades que justifican que la investigación de oficio del derecho mundial no sea la norma general en la mayor parte de los ordenamientos. Así y todo, la del ordenamiento paraguayo (art. 22 CC) como también lo es el caso del ordenamiento italiano en el que parece imponerse un verdadero deber de aplicación de oficio del derecho extranjero como si de una norma interna se tratara (art. 14.1 Legge 31 magio 1995). El juez queda autorizado sin duda y hasta incluso compelido para fijar la determinación de la norma aplicable mediante su conocimiento privado<sup>72</sup>, así como a realizar averiguaciones sobre la vigencia y contenido del derecho extranjero y a no quedar vinculado por eventuales acuerdos de las partes. Esto último porque, además de ser altamente discutible la equiparación de los hechos con el derecho, la existencia, vigencia y contenido del derecho extranjero no pertenece al poder de disposición de las partes<sup>73</sup>. Tratándose de normas, su aplicación es preferente en la medida de lo posible<sup>74</sup>.

70 Para la evolución normativa, véase FERRER CORTINES, Ó., "La carga de la prueba del derecho extranjero", en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 251-4.

71 En relación con el derecho español, en ese sentido, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., p. 257. También MARTÍN OSTOS, J., "La prueba. Aspectos generales", en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, (coor.: ALONSO-CUEVILLAS), cit., p. 192, explica que "sería ilusorio pretender que el Juzgado patrio conociera todos los conjuntos normativos de otros países".

72 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., p. 351. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., "De la prueba: Disposiciones generales", (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., pp. 1291-376. Para MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., p. 259, el término "podrá" del art. 281.2 LEC ha de entenderse como "un mandato para dentro de lo razonable". GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 405, afirman que "se trata de un deber (dentro de lo posible y partiendo de una leal colaboración con las partes) de practicar la prueba del derecho extranjero". Y algo similar había dicho antes LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., p. 56, cuando se refiere a que "puede -e incluso debe- el tribunal participar activamente en la prueba del derecho extranjero". Opinión en contra, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., p. 2200, considera que en todo caso debe constar en autos la prueba del derecho extranjero pues no puede considerarse como un hecho notorio y seguir ese mismo régimen.

73 Como exige, en el derecho español, el art. 281.3 LEC para su exención. De otro lado, como dijo CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 17, nota 4, "la norma straniera o consuetudinaria può essere posta dal giudice, senza alcun vincolo alle affermazioni e alla proposta di prove dei contendenti". Por su parte, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, (coor.: ESCRIBANO), cit., p. 2200 se muestra rotundo cuando a la pregunta de si es posible dar por probado el derecho extranjero por medio de la admisión, afirma que la respuesta ha de ser forzosamente negativa dado el carácter imperativo de las normas en conflicto. En la misma línea, CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., p. 56.

74 Como indica SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 204, "el legislador no quiere que se resuelvan los litigios con elementos extranjeros sometidos a nuestros tribunales,

Se ha defendido en alguna ocasión que el derecho extranjero, como derecho que es, pueda no estar sujeto a carga en cuanto a su alegación<sup>75</sup>, compitiendo al juez su aplicación de oficio en mérito de lo expresamente previsto para el derecho español en el art. 12.6 CC. Así será también en el derecho paraguayo. Pero, aunque en principio deba ser así, como decía, no parece razonable exigir que el juez conozca o averigüe el derecho de todo el mundo; a lo sumo, que cuando lo conozca sea aplicado sin necesidad de alegación y que, en la medida de lo razonable, realice las actividades oportunas de averiguación en caso contrario. En definitiva, si no conoce el derecho extranjero y no cabe exigir que culmine en todo caso su averiguación, tampoco es debería ser exigible su aplicación de oficio. Sin embargo, en el derecho paraguayo toda esta problemática y consecuencias se obvian, puesto que debe aplicarlo de oficio. Los problemas en este caso serán de si el juez en el caso concreto estará en disposición de cumplir con lo exigido y, en su caso, qué capacidad tendrán las partes para lograr ese objetivo.

Me da la impresión de que incluso en el derecho paraguayo, y salvo criterio mejor fundado que el mío, al final, quien realmente tendrá una verdadera carga de determinar, como es regla general en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos y sin perjuicio de los principios que lo puedan flexibilizar (las llamadas cargas dinámicas o también con similar sentido principio de facilidad o normalidad probatoria), será quien va a verse favorecido por la fijación y aplicación del derecho extranjero. Todo ello sin perjuicio de que ciertamente su posición será sólida atendido que el juez tiene el deber de aplicación de oficio. En definitiva, para que esta exigencia de aplicación de oficio sea práctica o viable convendría contar con la tipificación de algún tipo de sanción frente al juzgador que no realiza ningún esfuerzo determinante primero y después aplicador del derecho extranjero. Desde luego, en el derecho español como tampoco en el paraguayo parece que sean admisibles actitudes arbitrarias en la determinación y aplicación del derecho extranjero<sup>76</sup>.

En el derecho español, con base en el carácter facultativo del art. 281.2 LEC y de la doctrina acerca de la no indefensión fruto de la exigencia de prueba del derecho extranjero, el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 155/2001) ha puesto de manifiesto que, en determinadas circunstancias, no culminar las actuaciones iniciadas de colaboración en la prueba del derecho extranjero podría implicar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque esto no culminará cuando la parte se limitara a afirmar el derecho extranjero sin otra actividad<sup>77</sup>, sí en cambio se planteará cuando la parte realice todo lo posible y, omitiendo cualquier actividad de averiguación, el tribunal concluya en la falta de prueba de la norma (así, entre otras, SSTC 10/2000 y la citada 155/2001). De ese modo, aunque deba analizarse en el caso concreto la disponibilidad que corresponde a la parte y su diligencia probatoria, el Tribunal Constitucional ha dejado así la puerta abierta para que la averiguación

mediante la aplicación de leyes no vigentes o con fines de colusión o fraude, y de ahí que confíe al Juez una intervención en la averiguación de tal derecho, que no es equiparable al mero tratamiento jurídico de los hechos".

75 CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., p. 50.

76 En el derecho español, el art. 9.3 de la Constitución prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

77 No sería el caso a que se refiere la SAP Alicante (Secc. 5ª), 18 de noviembre de 2003 (Ponente: D. Luis Antonio Soler Pascual. JUR 2004\43061), en la que la parte se limita a indicar que es aplicable el derecho belga, sin mencionar norma o precepto alguno.

judicial sea algo más que una mera autorización o una facultad. Esta "facultad" sería imperativa para el juzgador cuando toda la diligencia de la parte sea insuficiente en el caso concreto para poder acreditar el derecho extranjero.

Con todo, la jurisprudencia española suele entender que la falta de prueba<sup>78</sup> o de determinación del derecho extranjero no implicará sin más la desestimación de la pretensión por falta de prueba<sup>79</sup>, sino que "cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio". Esta doctrina se corresponde con soluciones de ordenamientos jurídicos de ordenamientos del entorno español (como el italiano en el art. 14.2 Legge 31 magio 1995)<sup>80</sup>, y también con la condición prevista en el derecho paraguayo de que la aplicación del derecho patrio no sea más favorable para la validez de los actos. Ha merecido algunas críticas en cuanto que el derecho en que se resuelve el asunto puede ofrecer soluciones diametralmente opuestas a las previstas en el derecho extranjero y, de ese modo, las normas de conflicto quedan prácticamente en la nada al supeditarse su eficacia a la habilidad o aptitud de la parte afectada para conseguir la acreditación<sup>81</sup>. Sin embargo, en el derecho paraguayo tal posibilidad está perfectamente asumida por la norma sin que plantee mayores problemas ontológicos pues se prefiere la aplicación de otra norma interna frente a la interna en caso de algunos conflictos.

En comparación con el derecho paraguayo, la LEC española adolece de un régimen más claro y determinante a la hora de atribuir la carga de la prueba del derecho extranjero. Aunque en el CPCP no hay régimen expreso, y en ocasiones la parte que le interesa se verá forzada a adoptar una posición activa, lo obvia el deber de actuación de oficio que en teoría al menos sule dicha carga.

De otro lado, para la determinación del derecho extranjero, sea de oficio puro o por iniciativa de la parte, no bastará con el contenido del derecho extranjero sino que también será necesario constatar su vigencia. Otra cosa son los medios con que esto pueda lograrse. A tal efecto, serán válidos cuantos medios legítimos de averiguación sean necesarios<sup>82</sup>.

En el ordenamiento español, al margen del resultado de posibles declaraciones testificales, la prueba por la parte se realizará generalmente mediante informes

78 Entre otras muchas, STS (Sala 1ª), 17 de julio de 2001 (Ponente: D. Román García Varela. RJ 2001\5433).

79 Argumenta la STC 155/2001, que "la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige".

80 Por ello que SATTI, S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, I, *Disposizioni generali*, Vallardi, Milano, 1959, p. 441, afirma rotundamente que "in difetto di prova della legge straniera, il giudice debba applicare la legge italiana". Sin embargo, mantiene lo contrario LIEBMAN, E. T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, Giuffrè, Milano, 4 ed., 1981, p. 82.

81 GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., p. 70.

82 En el derecho español, art. 281.2 LEC, en correspondencia con el art. 12.6 *in fine* CC. Y en sentido muy similar al § 293 ZPO alemán.

periciales<sup>83</sup>. A los efectos de la averiguación de oficio, el art. 281.2 *in fine* LEC se refiere a que el tribunal podrá valerse "de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación"<sup>84</sup>. Para ello, habitualmente acudirá a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, a través de su Subdirección General<sup>85</sup>; a la vía diplomática, esto es, a las delegaciones de España en el país cuyo derecho se considere aplicable al caso, o de ese país en España<sup>86</sup>, o bien al dictamen pericial<sup>87</sup>. A tal efecto, ha de atenderse igualmente a las normas internacionales cuyo objetivo es facilitar información actualizada sobre el derecho vigente, esto es, Convenio Europeo sobre información del derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, con instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973; Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, suscrito en Montevideo el 8 de marzo de 1979; Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>88</sup>.

En el derecho paraguayo el juez, o la parte que inste el deber de oficio, desde luego disfrutarán de cuanto menos una gran facilitación o flexibilización en cuanto a las formalidades o rigurosidad en la determinación del contenido y vigencia del derecho, siempre que el juzgador quede suficientemente instruido del mismo (y convencido de que se corresponde con la realidad). Quizá sea posible que baste con un mero código o texto legal, incluso obtenido a través de internet. Sin embargo, en cuanto que el juez debe valorar que el texto determinado se corresponde con la realidad, y además resulte vigente, tengo mis dudas de si estos medios serán suficientes para convencer al juez de la probable correspondencia de tales textos con la realidad. Que un simple texto de internet o un mero texto, sin mayores formalidades, permitan llegar a la determinación del derecho extranjero aplicable, es algo que el juzgador debe valorar caso por caso, pero, cuanto menos resulta dudoso.

83 Como indican ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., "La prueba en general", (con otros), cit., págs. 20-1, la prueba, aparte de posibles informaciones testificales, se realizará mediante informes periciales. Se iniciará mediante un *affidavit* de un notario o su equivalente en el que se transcribe el texto de la norma aplicable y se hace declaración jurada sobre su vigencia. Se complementa con una *legal opinion* de un experto, para establecer su alcance e interpretación. A esto se suele acompañar de copia de los textos legales y de jurisprudencia como prueba documental. Y, cuando sea necesario, todos los materiales, apostillados, se presentarán traducidos por intérprete jurado.

84 Para MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., p. 259, el término "podrá" del art. 281.2 LEC ha de entenderse como "un mandato para dentro de lo razonable". De otro lado, para una prolija referencia a los medios e instrumentos de averiguación del derecho extranjero, véase CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, cit., págs. 71-92.

85 Art. 9.1 y 2 a) RD 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

86 El hecho de que no sean competentes para librar el certificado de vigencia y contenido de la norma no excluye la utilidad de este mecanismo de acreditación cuando pueda sencillamente remitir un texto del Código Civil (SAP Guadalajara, Secc. 1ª, 14 de enero de 2004, Ponente: Dña. Concepción Espejel Jonquera. AC 2004\371).

87 MARTÍN OSTOS, J., "Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales", cit., p. 1759, quien además estima que resulta "sensato" exigir a la parte que alega la aplicación de una norma de derecho extranjero al caso concreto es la declaración de la existencia del precepto en cuestión y su consecuencia aplicación al supuesto.

88 Según el art. 18 del citado Reglamento, la ejecución de una solicitud no dará lugar a abono de tasa o gasto, no obstante, si el órgano requerido lo solicita el requirente velará sin demora por el reembolso (por las partes) de los honorarios abonados a los expertos intérpretes y los gastos ocasionados por la utilización de los procedimientos o medios especiales previstos en el art. 10.3 y 4 del mismo Reglamento.

### 3. Derecho histórico y estatutario

Del mismo modo que la norma española, el CPCP guarda silencio sobre la prueba del derecho histórico, así como, en caso de haberlo, el dictado por eventuales órganos legislativos inferiores al de la República del Paraguay.

En el caso del derecho español, doctrina y jurisprudencia se ponen de acuerdo en que ha de ser objeto de prueba todo aquel derecho que no forme parte del *iura novit curia*, esto es, el derecho escrito —o en el caso del Paraguay quizá también el no necesariamente escrito como pueda ser la costumbre—, interno —o externo también en el caso paraguayo, pues el extranjero en teoría al menos no deberá estrictamente probarse—, el general y el vigente. Todo ello porque parece excesivo extender el deber de conocimiento judicial más allá de lo razonable, lo que implicaría que ciertos ámbitos, aunque fueran normativos, como es el caso del derecho derogado o histórico, o el de rango inferior al de la República, no publicado en boletines oficiales, o, en el caso paraguayo y de existir, el emanado de órganos legislativos regionales o locales.

En el derecho paraguayo, ante el silencio, cabe la posibilidad de alcanzar una conclusión semejante a la que se llega en el derecho español, de modo que deberían ser objeto de prueba. Pero también cabría entender que el derecho histórico o derogado, o el de órganos legislativos de rango inferior, se incardinan en el ámbito de alguno de los supuestos que han de excluirse de prueba.

En el caso de que se llegara a la necesidad de su prueba de modo similar al derecho español, todavía habría de precisarse que, en lo referente al derecho emanado por órganos legislativos de rango inferior a la República, por el carácter vigente, aplicable, público y general que le corresponde, no obstante su eventual aplicación en una circunscripción o ámbito geográfico determinado, el juzgador desde luego podría aplicarlo en el caso de que lo conozca privadamente, sin perjuicio de que deba claramente haber constancia de la norma y de su contenido<sup>89</sup>. Además, en caso de que eventualmente hayan podido ser publicadas en Diarios, Boletines Oficiales o instrumentos semejantes correspondientes a determinados ámbitos territoriales inferiores a la República, tal circunstancia no impediría que las normas tuvieran que ser conocidas por los jueces de la circunscripción territorial que se encuentre en el ámbito de vigencia de las eventuales normas espacialmente inferiores<sup>90</sup>. Igualmente, habría de matizarse que la actividad probatoria habría de simplificarse en todo caso puesto que parece que bastaría para ello, por ejemplo, con una simple presentación, como prueba documental, del correspondiente Boletín o soporte análogo en que se publica. Incluso, en mi opinión, cuando los medios técnicos lo permitan, con la dirección electrónica en la que constara la correspondiente norma.

Otra posibilidad es que se entienda que este tipo de derecho quedaría excluido de prueba, al menos en teoría. Podría entenderse que el derecho derogado o histórico y hasta el de ámbito inferior pudieran recibir el tratamiento de hechos "públicos y notorios". Posición que no me parece descabellada puesto que, en mi opinión,

<sup>89</sup> En ese sentido, para el derecho español, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 90.

<sup>90</sup> Así lo ha exigido en el caso español, entre otras, la STC 151/1994.

podrían considerarse integrantes del acervo cultural medio, si no de una sociedad, de un ámbito profesional como es el de los jueces y abogados. En caso de desconocerse o de no recordarse en el caso concreto, con la simple lectura del texto legal, sin duda disponible en cualquier biblioteca jurídica, podría adquirirse conocimiento sin necesidad de mayores exigencias.

No obstante lo anterior, parece que debería ser necesaria o al menos conveniente su determinación a los efectos de su toma en consideración por el juez a la hora de resolver cuando éste no tuviera conocimiento privado del derecho derogado o estatutario, cosa bastante factible en la práctica.

### III. Reglas no jurídicas

Las reglas o máximas de la experiencia también han de ser conocidas y aplicadas por el juez. Stein<sup>91</sup> las describía como "*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener valor para otros nuevos*". En otros términos, Chiovenda<sup>92</sup>, las considera como "*giudizi generali di fatto, giudizi formati sull'osservazione di quanto comunemente avviene... e che come tali possono formarsi in astratto da ogni persona sana di mente e di media cultura*". Y recientemente, Taruffo<sup>93</sup>, se refiere a ellas como "*costituite da tutte le nozioni, regole, generalizzazioni, criteri, standard e leggi naturali o empiriche che il giudice trae, come del resto accade per qualsiasi persona di media cultura in un contesto sociale dato, dall'esperienza ordinaria del mondo*"<sup>94</sup>. En efecto, más que hechos<sup>95</sup>, se trata de criterios o juicios de carácter abstracto y general, no jurídico sino técnico, científico, artístico o de otra índole similar, aplicables a múltiples casos cuando las características de éstos permitan hacerlos subsumibles en aquellas reglas<sup>96</sup>. Y como apunta Ortells<sup>97</sup>, pueden servir para tres finalidades: para verificar

<sup>91</sup> STEIN, F., *El conocimiento privado del juez. Investigación sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, (trad.: DE LA OLIVA), cit., p. 30.

<sup>92</sup> CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processale Civile*, cit., p. 396.

<sup>93</sup> TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, (con COMOGLIO y FERRI), cit., p. 417.

<sup>94</sup> En algunas resoluciones encontramos definiciones. Así, por ejemplo, en palabras de la STS (Sala 1ª), 24 noviembre 1983 (Ponente: Sr. D. Carlos de la Vega Benayas. RJ 1983\6499), son "*deducciones e inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, es decir, de las llamadas máximas de experiencia, juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes, determinantes de conclusiones razonables en el orden normal de la convivencia que el Juez, sin excederse o sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes, puede utilizar*". En muy similares términos, más recientemente, la STS (Sala 1ª), 7 de noviembre de 2002 (Ponente: Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. RJ 2002\9687), se refiere a "*deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de la convivencia, que el Juez personalmente, puede utilizar sin sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes*".

<sup>95</sup> Matiza DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (con otros), cit., p. 511, se trata también de hechos porque, según argumenta, no son Derecho y además se forman a partir de la experiencia, de la realidad, y en ese sentido, tienen carácter fáctico. Si bien matiza que se diferencia de un concreto hecho o circunstancia fáctica en que requieren de una pluralidad de hechos para ser deducidas, bien de modo vulgar, bien científicamente.

<sup>96</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., p. 352.

<sup>97</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., p. 352.

en el caso concreto la concurrencia de los conceptos jurídicos indeterminados, para la valoración de los medios de prueba practicados, y para la construcción de presunciones judiciales, como enlace preciso y directo entre la presunción y el hecho base de la misma<sup>98</sup>.

La referencia a las máximas de la experiencia en el CPCP se realiza de modo muy indirecto en sede de valoración de la prueba. Dispone el art. 269 que "*salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica...*", esto implica, por tanto, que no podrán contradecir la lógica, ni las máximas de la experiencia como tampoco los conocimientos científicamente afianzados<sup>99</sup>.

Como la LEC, el CPCP no cuenta con un precepto expreso que autorice la exención de prueba sobre estos aspectos pero, como ocurre en otros ordenamientos como el italiano o el alemán (art. 115. II *Codice di Procedura Civile*, o el § 291 ZPO), parece que estas reglas no jurídicas no requerirán ser probadas cuando el juez sea conocedor de las mismas bien porque formen parte de su acervo cultural o bien porque, siendo especiales, las conozca por su conocimiento particular. Sin embargo, en caso contrario, cuando sea necesario que el juez posea conocimientos o formación especializada, estas reglas o máximas requerirán que por quien interese las introduzca en el proceso mediante prueba pericial<sup>100</sup>.

#### IV. Las presunciones como método de sustitución del objeto de la prueba

El tema de las presunciones se relaciona con el objeto de la prueba pues suele ser nota general en la doctrina señalar los hechos favorecidos por una presunción como exentos de actividad probatoria<sup>101</sup>. Pero la citada exención se produce porque ha habido prueba –o acreditación– de otro hecho o hechos<sup>102</sup>, los cuales, por existir un nexo o enlace suficiente entre ambos, permiten considerar como establecido el presumido y así su exención probatoria<sup>103</sup>.

La presunción, por tanto, presupone la acreditación, si bien, una vez fijado el hecho de sencilla prueba, la consecuencia es la exención de la actividad probatoria

98 Según dispone el art. 131 del Código Modelo, "*a falta de reglas legales expresas, para deducir del hecho percibido el hecho a probar, el Tribunal aplicará las reglas de la experiencia común, extraídas de la observación de lo que normalmente acaece*".

99 En estos términos se pronuncia el art. 266 del Proyecto de Código Procesal Civil chileno.

100 En ese sentido, RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 366. DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 18.

101 Según el art. 128 del Código Modelo, "*no requieren ser probados: ...3) los hechos presumidos por la ley; contra tales presunciones es admisible la prueba en contrario, siempre que la ley no la excluya*". En relación con el derecho español, véase art. 385.1 LEC. Y en la doctrina, extensamente ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad contractual*, Comares, Granada, 2007. Resumidamente, el mismo autor, "Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento civil", en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, (con otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 75-108.

102 Así lo indica, por ejemplo, la STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 21 de marzo de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2007\2356).

103 Entre otras, STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 29 de noviembre de 2007 (Ponente: D. Antonio Salas Carceller. RJ 2007\8855). STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 4 de diciembre de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ 2008\251). STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 22 de febrero de 2007 (Ponente: D. Antonio Salas Carceller. RJ 2007\1478).

relativa al hecho presumido. Por ello, no son verdaderas presunciones las simples deducciones que pueda hacer el juzgador a partir de los hechos que estime probados, ni las meras alteraciones o especialidades en las normas sobre carga de la prueba. Igualmente, la presunción se ha de presentar subsidiaria, de modo que solamente será necesario acudir a la misma cuando el hecho no pueda ser probado directamente<sup>104</sup>.

Hay diversos tipos de presunciones: las judiciales y legales, sean *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Las primeras son construidas *ah hoc* por el juez, y las segundas lo fueron por el legislador en abstracto y en general, configurándose como normas jurídicas. Estas últimas presunciones podrán admitir o no prueba en contrario, en tal caso serán respectivamente *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Sin embargo, todas presentan la misma estructura: una norma cuya consecuencia jurídica se vincula a un supuesto de hecho no comprobado, un supuesto de hecho comprobado o de fácil comprobación, y por último un nexo entre ambos que permite la verificación de uno cuando lo ha sido el otro<sup>105</sup>.

En las presunciones *iuris tantum*, más que una verdadera exención probatoria lo que en realidad se produce es una específica distribución de la carga de la prueba<sup>106</sup>. A partir de la misma, será posible la actividad de la parte para que no opere la presunción, bien para practicar prueba contraria al hecho base de la presunción (contraprueba) o bien para probar que del hecho base deriva una consecuencia distinta al hecho presumido (prueba de contrario), normalmente porque la operatividad del nexo o enlace entre estos hechos es distinto al que funda la presunción.

De otro lado, ha de matizarse que la prueba relativa a demostrar la inexistencia del enlace entre el hecho presumido y el hecho probado o admitido que funda la presunción solamente será operativo en las presunciones judiciales, puesto que en las legales el enlace no se funda en una máxima de la experiencia de clase alguna sino en la ley que establece la presunción<sup>107</sup>. En efecto, en el caso de las presunciones judiciales será el propio juez, y no el legislador, quien en el caso concreto tendrá por establecido o fijado el hecho presumido cuando se haya probado o fijado de otro modo (básicamente por acuerdo o por ser notorio) otro hecho con el que concurre un nexo o enlace lógico<sup>108</sup>. Por supuesto, para ello habrá de incluirse en la correspondiente motivación un razonamiento acerca de porqué se ha establecido la presunción. Frente a ella, el perjudicado por la misma podrá practicar prueba en contrario. Ahora

104 Por ejemplo, STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 29 de octubre de 2007 (Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ 2008\1690).

105 Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., p. 372.

106 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "La prueba", (con MORENO), cit., pp. 212-3, con cita de UNGER, las considera verdades interinas, no presunciones, ni inversiones de la carga de la prueba, sino meras exoneraciones ficticias de la carga de la prueba, que distribuyen la carga de la prueba en razón de la justicia distributiva que impone la prueba de los hechos a la parte que más fácil y cerca tiene el hacerlo. Para MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, (con otros), cit., p. 257, se trata de una norma especial sobre carga de la prueba.

107 GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., p. 524, concluyen que el art. 386.1 y 385.2 LEC que establece el régimen de la impugnación también con base en la falta de nexo o enlace entre hechos "*por ser erróneo, resultará inaplicable en lo que se refiere a la, sólo posible en la equivocada mente del legislador, prueba de enlace entre el indicio y el hecho presunto*".

108 Así lo dispone para el derecho español el art. 386.1 LEC cuando se refiere a que "*a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*".

bien, a diferencia de las presunciones legales, no operará en el aspecto de la carga de la prueba, sino en el de la formación de la convicción sobre los hechos que se encuentran en el sustrato de la norma que procede aplicar para la resolución de la pretensión. Por esto que, aunque no sean un medio de prueba, sirven para su misma finalidad. Como explica Ortells<sup>109</sup>, las presunciones judiciales forman parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada (ya valorada) o en los hechos formalmente fijados a través de los modos previstos por la ley.

A diferencia de lo que en el derecho español prevé el art. 285.2 LEC, que autoriza la prueba de la inexistencia del hecho presunto y/o el enlace entre el hecho presumido y el que fundamenta la presunción, nada se contempla expresamente que yo sepa en el CPCP sobre el ámbito concreto que ha de acreditarse.

Los problemas que restan en este punto son de carácter práctico. Salvo que la presunción judicial sea propuesta por una de las partes y, por tanto, genere un debate previo sobre su procedencia, tendrá escasa viabilidad una prueba sobre un enlace objetivo y lógico entre el hecho base y el hecho presunto que, por engarzarse en un momento posterior al debate, será harto difícil de prever y exigirá unas importantes dotes de predicción más propias de oráculos que de abogados<sup>110</sup>. Como la presunción no se propone ni se valora, sino que se construye en el momento de la resolución, las posibilidades probatorias de quien no se va a beneficiar de la presunción resultarán *per se* altamente dificultosas.

109 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., p. 373.

110 Señalan GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, cit., p. 526, que constituye casi un ejercicio de adivinación, donde al litigante viene a exigirsele prácticamente unas dotes proféticas.

## ESTADO DE LA CUESTION DE LA ORALIDAD E INMEDIACION EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

Por J. Maria Elena Guerra Cerrón<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Sistemas Procesales. 1.1. Enfoque Privatista Garantista 1.2. Enfoque Publicista 2. Los Códigos Modelo para Iberoamérica. 2.1. Código Procesal Civil Modelo. 2.2. Código Modelo de Procesos Colectivos. 2.3. Código Modelo de Ética Judicial. 2.4. Código Penal Modelo. 2.5. Código Modelo Iberoamericano de Cooperación Interjurisdiccional. 3. El Código Procesal Civil Peruano. 3.1 Del procedimentalismo al procesalismo. 3.2 Los Principios procesales. 3.2.1 Principios de Iniciativa de Parte y de Conducta Procesal. 3.2.2 Principios de Dirección e Impulso del proceso. 3.2.3. Principio de Eficacia. 3.2.4 Principio de Socialización del Proceso. 4. El Principio de Oralidad. 4.1 Postura respecto al proceso oral. 5. Principio de Inmediación. 6. El estado de la cuestión de la oralidad e intermediación. 6.1 Antecedente al estado de la cuestión. 6.1.1 La conciliación intra proceso. 6.1.2 La conciliación extra proceso. 6.1.3 Modificación de la Ley de conciliación. 6.1.4. La Audiencia de Conciliación, Saneamiento y Puntos Controvertidos. 6.2 Postura crítica. 7. Anexo: cuadro demostrativo de los principios. Bibliografía

*"Uno de los principales factores de eficiencia en el proceso civil radica en la oralidad. Las ventajas de ésta no son fruto solamente de la posibilidad de expresión principalmente oral sino, sobre todo, de cómo la intermediación, concentración y hasta incluso la publicidad real que implica influyen en un diseño procedimental técnicamente más eficiente"*

José Bonet Navarro<sup>2</sup>

No es nuestro ánimo distraer la atención del tema principal de esta ponencia, pero hemos considerado conveniente, antes del desarrollo del mismo, hacer una reflexión respecto a ¿para qué estamos reunidos en este II Congreso Paraguayo de Derecho Procesal? y ¿por qué nos importa estudiar el proceso civil?

Y para dar nuestra respuesta no hemos encontrado mejor referente que citar al maestro Eduardo J. Couture y especialmente tener como referentes a cuatro de los enunciados del Decálogo del Abogado: Estudiar, pensar, trabajar y luchar. *Estudiar*, a lo que hay que agregar investigar, que es un imperativo puesto que efectivamente el Derecho se transforma constantemente y si no formamos parte de esa transformación cada día seremos menos abogados; *pensar*, lo que implica

1 Docente universitaria: Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad de Lima. Fiscal Superior Civil, Ministerio Público, Distrito Judicial Callao. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de especialización en Contratación moderna y Responsabilidad Civil en las Universidades de Castilla La Mancha y Salamanca en España. Docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima y en la Escuela de Derecho, Empresa & Negocios ESDEN. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal y del Instituto Peruano de Derecho Mercantil, ex juez civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Fiscal Superior Civil DJ -Callao. Correo electrónico: meguce@yahoo.com.mx

El artículo que se presenta es inédito en cuanto a su estructura, sin embargo contiene opiniones generales y citas contenidas en varios artículos de mi autoría publicados en revista jurídica en el Perú.

2 BONET NAVARRO, José, Principales factores de eficiencia en el proceso civil más allá de la oralidad en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp2bon.pdf>, 21/07/2011, 7:10