

jo y su imagen. Y en la cúspide, debe recordarse que ya las fuentes hablaban de presunciones, naturalmente discriminando las llamadas presunciones legales que no son pruebas, sino que facilitan la prueba, ya que releva la de un segundo hecho, a quien ha justificado un primer hecho 9).

De pronto nos parece necesario indicar, que debiendo el juez sentenciar *secundum ius* (conforme al derecho) y siendo el juez *jurisperitus*, perito en derecho, presunción desgraciadamente contradicha ordinariamente (art. 14 constitucional; 81, 82 y ss. del c.p.c. común, y 348 c.f.p.c.) y prohibido el juicio de equidad, se deriva que las partes no deben probar la existencia del derecho patrio, nacional, y sólo el derecho extranjero han de probar; que una vez adquirida en el proceso la prueba, ya por obra de las partes, ya por iniciativa

9).—Carnelutti, *Sistema*, II, no. 325; *La Prova*, pp. 63 y ss., 79 y ss. Lessona, *Teoría General de la prueba en derecho civil*, Madrid, 1928, Vol. I. p. 6. Carnelutti, *Sistema*, Vol. IV, nos. 286 y ss. clasifica las pruebas en directas e indirectas, situado en las segundas las históricas-testimonio, documento...—que representan el hecho, pero que no se confunden con él (la imagen del espejo) y las críticas, que *incitan* al juez a la idea del hecho a probar, “en cuanto el raciocinio la relacione con él”, y establece una graduación: en la prueba directa está presente el hecho mismo que se trata de justificar; en la histórica solamente es representado; en la crítica no está ni presente ni representado, y en ella “la deducción es un *prius*”. Presunciones.

del juez, ésta se convierte *en común* a todas las partes, puesto que se ha de evaluar necesariamente para los fines del juzgamiento; el actor, por ej. puede aportar las pruebas que justifiquen una *excepción* del demandado, o éste la *acción* de aquél, o el hecho constitutivo favorable al actor o al demandado, encontrándose la modalidad más exquisita en los arts. 345, 222 y 349 del c.f.p.c. (Zanzucchi, *Diritto Proc. Civ.* I, pp. 330, 331).

El medio de prueba es considerado por la doctrina tradicional, como la persona o la cosa jurídicamente aptos para ser propuesto a fin de servir para justificar el hecho; para que el juez se convenza de la verdad del hecho 10). Este concepto ha sido el inspirador del texto de los arts. 85 y 93 del c.f.p.c. y 289 del c.p.c. común, en que se elencan los *medios de prueba*, que reconoce la ley.

El principio inquisitivo impregna totalmente el proceso penal y con él se suprime la carga de la prueba que gravitaría sobre el M. P. y el acusado, para atemperarlo con la intervención oficiosa del juez (arts. 180 y 206 c.f.p.p.); aunque bien es cierto que el juez no puede situar en el litigio más ni menos cuestiones de las planteadas por el M. P. en el pliego de ejercicio de la ac-

10).—Lessona, *Teoría*, I. p. 5.; Chiovenda, *Principios*, Vol. II. pp. 261 a 263 y 285.

ción penal (art. 19 constitucional y jurisprudencia 207 del Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación), pues si apareciere un nuevo delito (distintos hechos de los puestos en acusación), será motivo de acusación por separado, sin perjuicio de la acumulación. (J. José González Bustamante, *Derecho Procesal Penal*, México, 1945, pp. 288 y 289).

El principio dispositivo puro, que en realidad no consiente ningún régimen procesal civil, se resolvería en la carga y la correlativa facultad de renuncia a la prueba, lo que traería en muchos casos el que, "el proceso se convierta en un engaño o en una befa organizada por el litigante de mala fe en daño de la justicia", según las palabras de la *Relazione* del Guardasellos, al comentar el art. 112 del Proyecto del c.p.c. it. De igual manera, nuestro legislador federal ha proveído en el c.p.c. a la garantía de la justicia, ya no sobre el material de los hechos, sino sobre la verdad de ellos, pensando quizá con Carnelutti, que el proceso se hace *por medio* de los intereses de las partes, y no que el proceso está al servicio de estos (*para* tales intereses), empero esa concepción se encuentra reñida abiertamente con el hecho incontrovertible de que el interés lesionado es de naturaleza privada (*ne procedat . . .*) y la voluntad del titular de la actoría condiciona el resultado final (desistimiento de la acción; desistimiento de los actos del

juicio; omisión en la prueba; conformidad expresa o tácita con la sentencia injusta adversa, interposición extemporánea o equivocada de los medios impugnativos), lo cual, opuestamente, NO DEBERIA OCURRIR en el proceso penal, ya que aquí se debaten intereses públicos y la MAYOR NECESIDAD DE CERTEZA obliga a conceder poderes investigadores al juez, aunque también sin disponer del material de los hechos puestos en la secuela por la parte actora (M.P.); de ello deriva que el legislador federal en los arts. 79 y 80, cuyos antecedentes se encuentran en los diversos 278, 279 y 288 del c.p.c. común, ha desembocado en una poco recomendable equiparación del proceso civil al proceso penal, al confundir la naturaleza de las acciones civil y penal; el principio dispositivo en aquél y no en éste y la esencia de los intereses en disputa, pues como ha escrito magistralmente Carlo Furno: "Parecería curioso, o por mejor decir, insidioso el juez, si se le dotara de poderes policiales, porque significaría turbar sin motivo y sin remedio el equilibrio que debe presidir la alta función del que tiene la misión de separar la razón de la injusticia, sin penetrar a lo vivo de la esfera jurídica privada".

Si el artículo 79 del c.f.p.c. crea la iniciativa del juez para el *ofrecimiento* y desahogo de pruebas, relacionadas con "los hechos controvertidos", y despoja al Juez de su austera toga de imparcia-

lidad para revestirlo con la clámide de la pasión propia de la parte que lucha por *su* interés PRIVADO, y que, entendiéndose bien, no defiende el interés social, como sucede en el proceso penal; de ahí que sea poco convincente el argumento de que "la malicia" de los litigantes motiva esta trasmutación, porque contra el proceso fraudulento y el proceso simulado las leyes vigentes conceden remedios que hacen superflua e incómoda la postura de este juez fisgón; y por lo que refiérese a la "torpeza", de las partes (así lo exulta la Exposición de Motivos) debe decirse que es indebida la suplencia que realiza el juzgador al aportar pruebas que favorezcan al torpe, porque rompe el principio de igualdad de las partes, que la misma Exposición cree salvaguardar (p. 5) aunque verdaderamente le asesta este impresionante golpe, y al propio tiempo tiernamente recomienda que el juez procure no "lesionar derechos de las partes" y mirando "en todo a la igualdad"; pero ¿cuál igualdad? si el juez aporta pruebas que por no ser inútiles, demuestran un hecho que favorece a UNA de las partes y perjudica a la OTRA. Entonces se cambia el juez civil en parte coadyuvante, ahora del actor, del demandado —o del tercero—.

Hay pues también antinomia irreductible entre el contexto de los arts. 34, 278, 279, 288, 292 y el diverso 274, todos del c.p.c. común (sus correla-

tivos del federal), porque o la prueba adviene por iniciativa privada—riesgo de la carga—o por obra del juzgador—principio inquisitorio—, pero lo que no puede jamás admitirse es la *commixtion consumada por el legislador* y tampoco la inquisición en un proceso privado. 11).

El 79 se refiere a la iniciativa y aportación de la prueba por el juez, quien así se convierte de imparcial espectador en el proceso, en protagonista activo para la *composición justa* del litigio; y el siguiente precepto legal consigna la simple verificación de una prueba ya existente, aportada en los autos por cualquiera de las partes, la que puede consistir: a).—en ampliación; b).—en reproducción, cuyos efectos podrán ser confirmatorios o rectificatorios de la primitiva probanza. La ampliación deja intacta formal y materialmente la prueba ya recibida, sólo que se dirige a hechos no comprendidos en ella.

De lo anterior se desprende *quién* tiene la carga de la prueba (partes) y que esa carga consiste en el deber procesal de justificar los hechos (afirmación) en que descansa la pretensión, a riesgo de perder el litigio, total o *parcialmente* (art. 350 c.f.p.c.) El actor debe probar los hechos

11).—Calamandrei, *La relativita del concetto d'azione*, in Riv. di dir. proc. civ. 1939, I., pp. 22 y ss.; Zanzucchi, *Diritto proc. civ.*, Milano, 1946, Vol. I. pp. 46 y ss. Couture, *Estudios*, III, pp. 251 y ss. Magistralmente.

constitutivos de su *acción* y el reo los de su excepción, a peligro de ser absuelto el demandado cuando el actor no prueba, a riesgo de ser condenado el demandado si el actor prueba y aquél no justifica la excepción. (arts. 406 y 424 c.p.c. común y 348 *in fine*, c.f.p.c.)

El c.f.p.c. exagera el principio de que el Estado ha de velar por la composición justa del litigio y olvidándose de que él mismo ha dado eficaces remedios para las burlas a la justicia con el proceso simulado (dolo bilateral) o con el proceso fraudulento 12), penetra irreverente en los dominios del derecho privado y bajo el pretexto de la naturaleza de derecho público del proceso civil, le pone la máscara de Salomón a todo juez para que hurge en conciencias y haciendas, con detrimento de la imparcialidad de su oficio y del principio del contradictorio que garantizan, si no la lealtad de las partes, sí cuando menos su seguridad.

Ahora ya sabemos quiénes pueden probar y cómo el juez puede (sin carga) probar o probar de nueva cuenta (contrario).

Penetramos al campo del *qué se prueba*, pues

12).—Ferrara F., *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1931, pp. 94 y ss, 413 y ss. Arturo A. Anzorena, *La simulación de los actos jurídicos*. B. Aires, 1936, pp. 24 y ss.

el *cómo se prueba* es tema que se agota en el procedimiento y se subdivide: a).—forma; b).—valor del medio.

“Toda contienda judicial principiará por demanda en la cual se expresarán el objeto u objetos que se reclamen, con sus accesorios; los hechos en que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos suscintamente con claridad y precisión, *de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa*; los fundamentos de derecho y la clase de acción, *procurando* citar los preceptos legales y principios jurídicos aplicables”. (art. 255 c.p.c. común y 322 c.f.p.c.); “La acción procede en juicio aunque no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad, la clase de prestación que se exija del demandado y el *título o causa* de la acción” (art. 2 c. cit.)

Ahora bien: frente a texto legal análogo, Chiovenda escribió sosteniendo que el principio dispositivo se encierra preferentemente en aducir el actor en la demanda el material de los hechos y la cosa pedida, de manera que el juez no debe salirse de los confines del litigio. Por esto, no puede el juez “conceder o negar una cosa distinta de la demandada ni cambiar la *causa petendi*”; el juez, agrega, “no puede nunca sustituir al hecho constitutivo hecho valer por la parte, un hecho constitutivo diferente, tal que haga diferente la demanda. Por el contrario, el juez debe siempre po-

ner de manifiesto (relevar) de oficio, la falta de afirmación (o la falta de prueba) de un hecho constitutivo o de uno de los hechos constitutivos del derecho"; por consecuencia, el juez "debe abstenerse de relevar hechos no alegados por las partes, *secundum allegata et probata partium judicare debet*", aunque estén presentes en los autos ya por iniciativa de las partes o por actuación del mismo juez, "Y esto puede afirmarse tanto de los hechos constitutivos como de los hechos jurídicos en general e incluso de los simples motivos" 13).

La aparente nitidez de los conceptos del autor se desvanece al abordar el tema de la identificación de las acciones, en que el hecho constitutivo para las acciones reales no estaría representado por el hecho natural, el acontecimiento o motivo jurídico, sino por la relación jurídica deducida. Así, por ej. en la reivindicación, la causa "no es ninguno de los modos de adquisición, sino el hecho actual de la propiedad... no hay cambio de acción si se pasa de un título de adquisición a otro, en la citación (demanda) podemos limitarnos a afirmar la propiedad; la excepción de cosa juzgada no cesa por el solo hecho de que se haga valer otro título. Lo mismo puede decirse

13).—Chiovenda, *Principios*, Vol. II., pp. 177 Par. 12 y ss. Espléndidamente en Heinitz, *I limiti oggettivi*, Padova, 1937, pp. 145 ss. 158..

de los derechos absolutos..." En estas indicaciones hallamos toda la suma importancia que adquiere el estudio de la correlación entre acción y sentencia, porque se transfiere el juicio del fallo al juicio sobre la nueva demanda, para estimar si media la *exceptio rei iudicatae* —excepción de cosa juzgada— o si las demandas en curso (proceso) comportan la litispendencia, la conexión o la continencia.

Mas la sentencia podría desestimar la demanda por cuatro motivos rituales:

I.—El actor no dió nombre a la acción; II.—Le dió un nombre que no le convenía; III.—Faltó la cita de los preceptos legales aplicables o IV.—Los invocó equivocadamente.

En cuanto a las primeras hipótesis, a más del momento histórico 14) en que se substituye el sistema de las *legis actiones* por el *formulario*, a fin de no sacrificar todo el desenvolvimiento del proceso y la justicia por la simple omisión o error en la denominación de la *acción*, creemos que el texto explícito del art. 2o. del c.p.c. d. t. f. citado, es bastante para afirmar que el silencio del actor o su equivocación en la nomenclatura de la *actio* no invalida la pretensión. En referencia a las dos últimas modalidades, diremos que tal ac-

14).—Di Marzo, *Istituzioni di dir. romano*, Milano, 4ª 1945, pp. 86 y ss.

titud reviviría sin razón alguna en el proceso civil el régimen de las *legis actiones*, por cuanto los preceptos de derecho sustancial en que descansa la pretensión generalmente (premisa mayor) NO INDIVIDUALIZAN EL LITIGIO, no concretan la acción y aunque sean desconocidos al demandado, no producen por ello indefensión para él ni *ultra petita partium* para el juez al juzgar de los PUNTOS LITIGIOSOS en la sentencia, subsanando las omisiones o los errores de las citas jurídicas. Es decir: el juez debe decidir el litigio dentro de los límites marcados por lo pedido por el actor y el material de hechos (eventualmente por el demandado), y el litigio en sí nada tiene que ver con los nombres jurídicos, con las normas legales aplicables que pueden ahora ser unas, ahora ser otras, sin que por ello mude la DEMANDA ni por tanto la eficacia de la sentencia para los efectos de la *exceptio rei iudicata*. Esto se observa con evidencia paralelamente a la equivocación del nombre de la acción, cuando el actor ejercita la *actio empti*, pero sufre un notorio error al invocar los preceptos atinentes al arrendamiento o a la hipoteca.

La tradición doctrinaria y jurisprudencial en Italia se inclina por la conclusión de que el juez examinará "de oficio la demanda bajo todos los aspectos jurídicos posibles (*narra mihi factum, narro tibi jus*). Es por consiguiente, doctrina aceptada

que el juez puede en la esfera del derecho *puro* suplir a las partes, 15) expresa Chiovenda, y Zanbuchi, frente al texto del art. 136 n. 4. del c.p.c.it. (vid. art. 190 que habla de "razones de hecho y de derecho"), que exige en el acto de citación (demanda) la "exposición de los hechos y de los elementos de derecho que constituyen las razones de la demanda", sostiene que ahí se trata de llenar el requisito de la *causa petendi*, para cuya interpretación se han formulado las teorías de la sustanciación y de la individuación, pero, jamás el punto toca la variación del *nomen juris* (nombre jurídico).

Ahora bien: ante la redacción de la F. VI del art. 255 del c.p.c. común, sostenemos que la exigencia de indicar en la demanda los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables, sólo comprende el deber de aludir a la relación jurídica (fundamentos de derecho), al nexo de derecho sustancial cuya tutela

15).—Chiovenda, *Op. cit.* Vol. II. pp. 180, 181 in n.; Carnelutti in *Riv. di dir. proc. civ.* 1932, II, p. 13. Vid. Cass. 9 julio 1932 in *For. it. Rep. voz. DOMANDE GIUDIZIALE*, III, 1931, no. 10; primero junio 1931 in *Rep. voz. Sentenza civile*, n. 117.—Caravantes, *Tratado*, Madrid, 1856, Vol. II, no. 450. Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916, pp. 336 y ss, n. 1; *Diritto proc. civ.* Vol. II., pp. 4 y ss.