

REPÚBLICA DE CUBA.

UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS.

CARLOS RAFAEL RODRIGUEZ

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS.

DEPARTAMENTO DE DERECHO.

TRABAJO DE DIPLOMA EN LA ESPECIALIDAD DE DERECHO

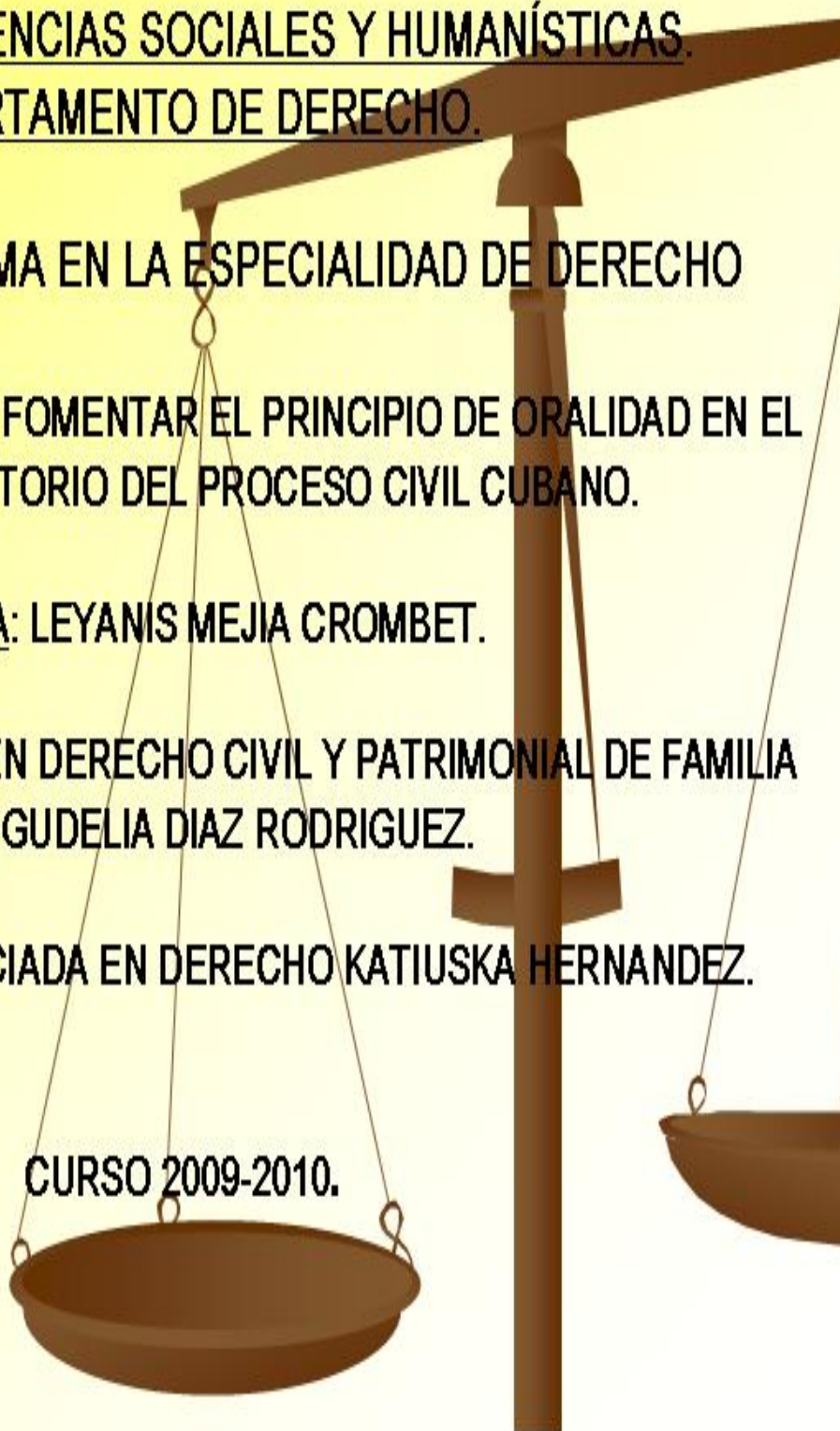
TITULO: CRITERIOS PARA FOMENTAR EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL
TRÁMITE PROBATORIO DEL PROCESO CIVIL CUBANO.

AUTORA: LEYANIS MEJIA CROMBET.

TUTORA: ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL Y PATRIMONIAL DE FAMILIA
JUANA GUDELIA DIAZ RODRIGUEZ.

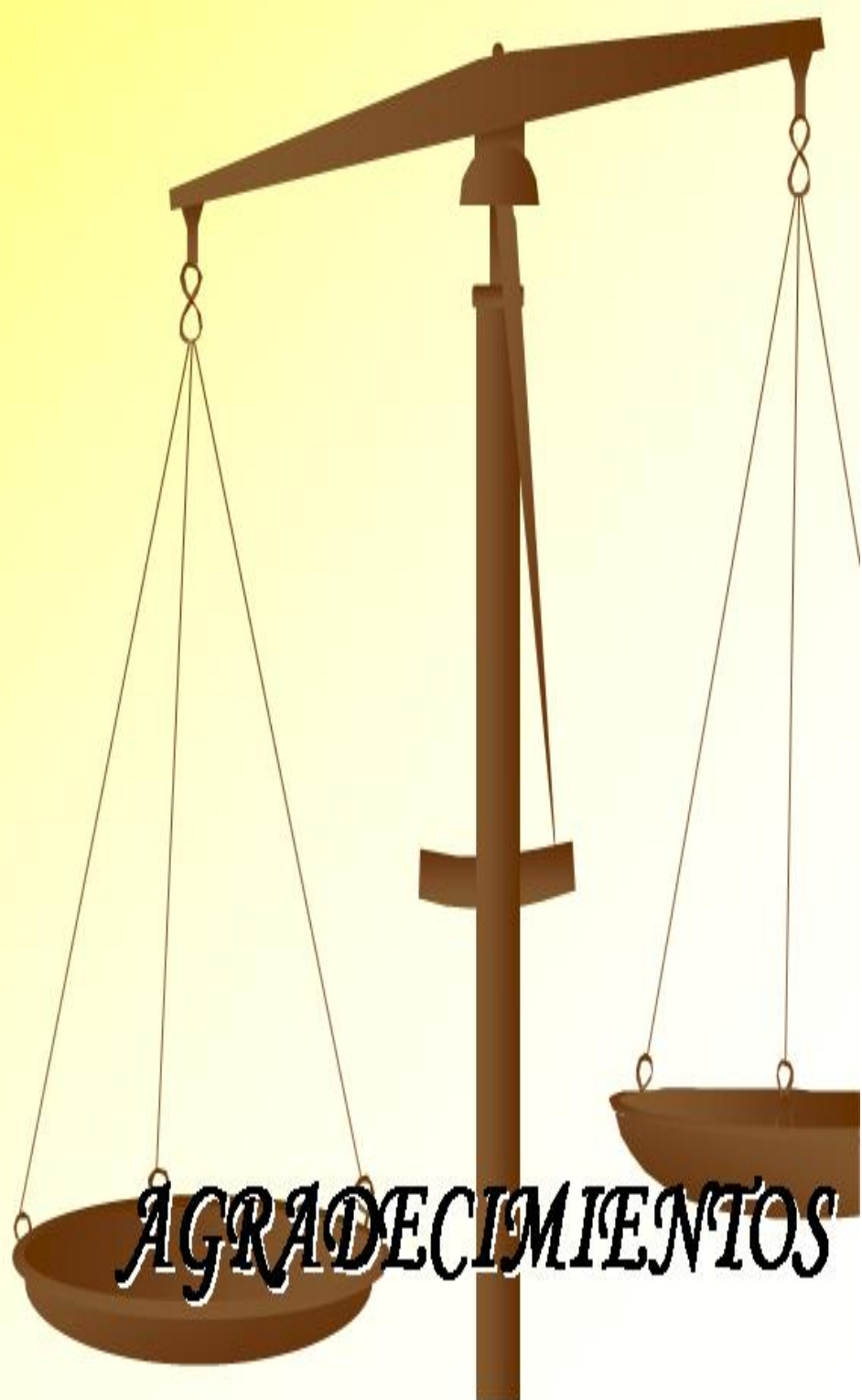
CONSULTANTE: LICENCIADA EN DERECHO KATIUSKA HERNANDEZ.

CURSO 2009-2010.



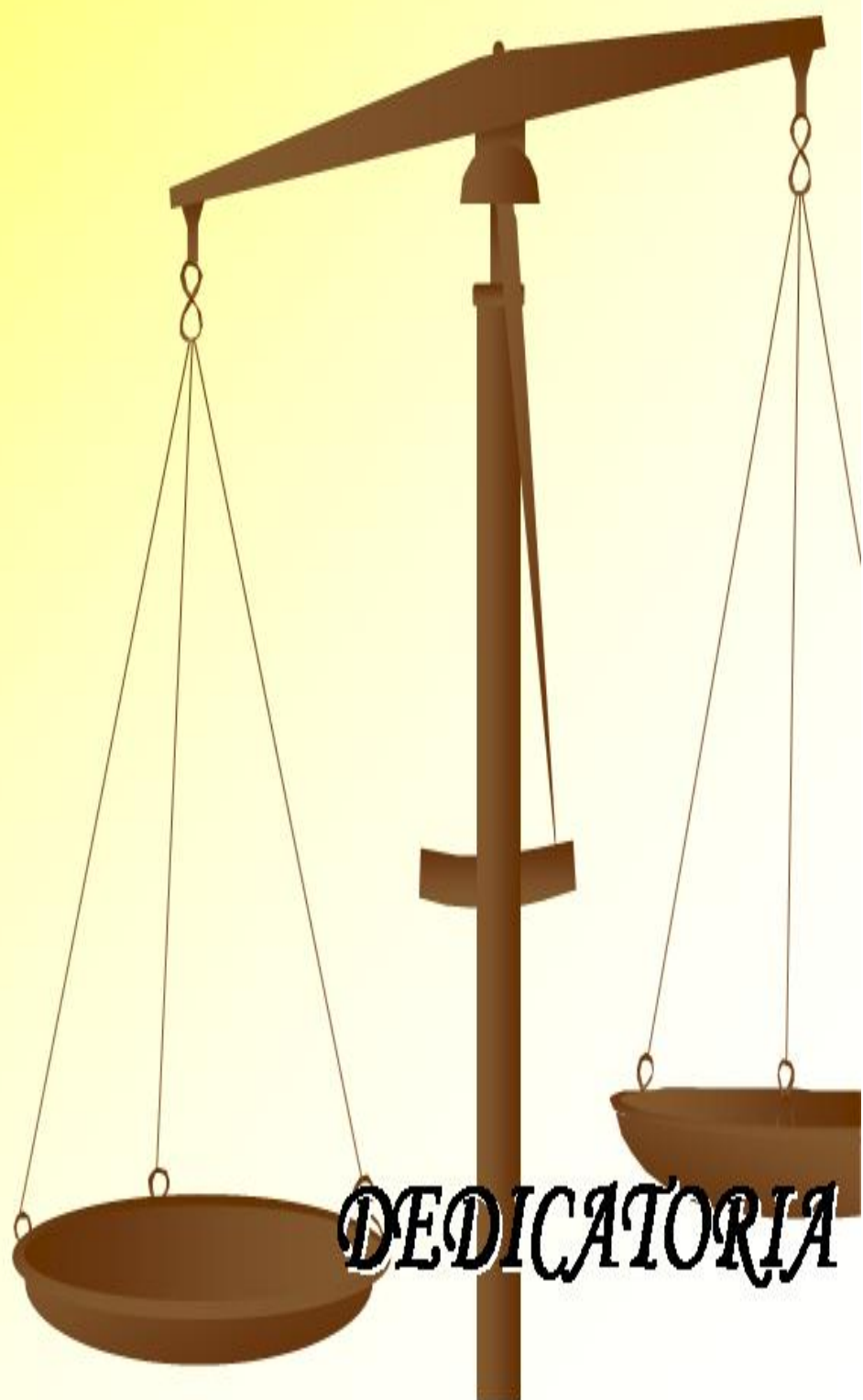
“Poseer la palabra, no es más que el deber de emplearla bien”.

José Martí



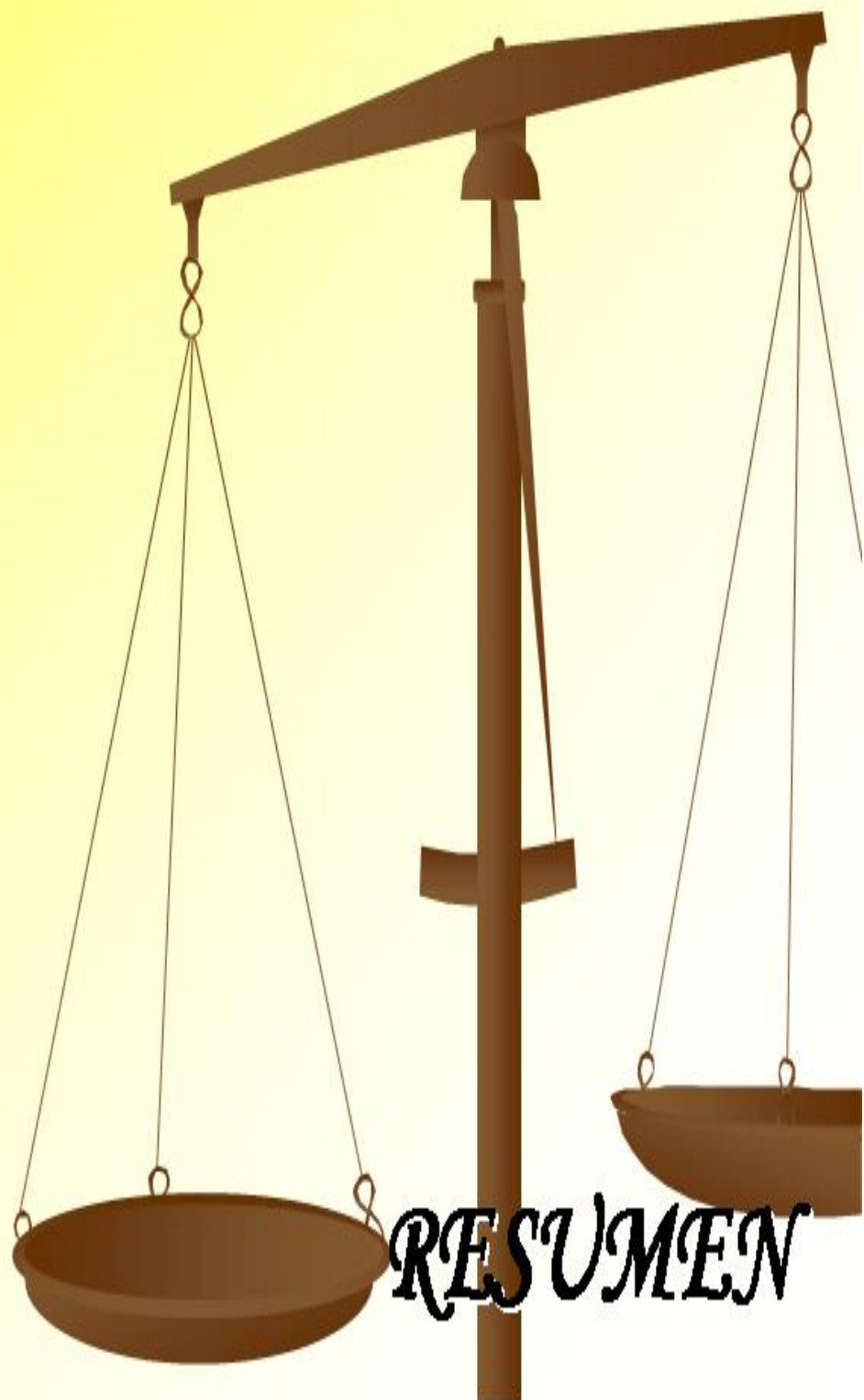
Deseo agradecer y mostrar un profundo reconocimiento a mi familia y amistades por brindarme todo su apoyo incondicional y comprensión, a mi tutora por ser una asesora ejemplar, depositar toda su confianza en mí y dedicarme todo su tiempo, a mi consultante y a todas las personas que de una forma u otra hicieron posible la realización de este trabajo.

GRACIAS.



DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mis padres por el apoyo y comprensión que me han brindado todos estos años, por estar siempre conmigo en los momentos difíciles como estos y enseñarme siempre el camino correcto, por ser mi inspiración en la vida y ayudarme a cumplir el sueño de los tres: ser una profesional.



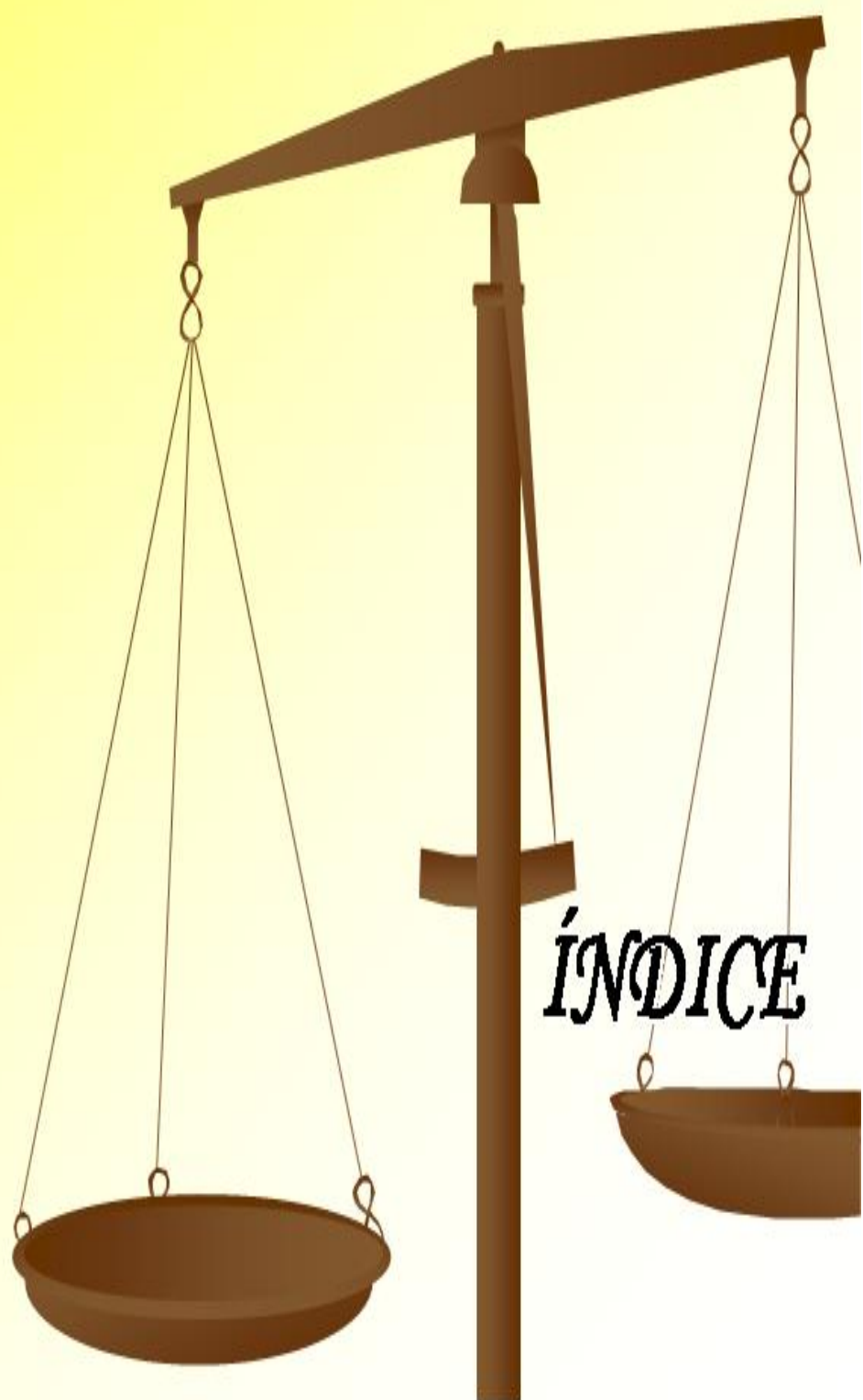
RESUMEN.

La presente investigación tiene como propósito adentrarse en el tema de los Principios de oralidad y escritura del proceso civil; los cuales determinan la forma en que puede desarrollarse el procedimiento ejerciendo influencia sobre la práctica efectiva de los medios de pruebas.

El proceso civil cubano es principalmente escrito utilizando la oralidad en menor medida, y al debatir sobre la correcta utilización de estos principios se pretende dotar al proceso de métodos prácticos para su desarrollo. De ahí la preferencia por el tema, partiendo del objetivo fundamental de la investigación: demostrar las ventajas de un incremento del principio de oralidad en el trámite probatorio del proceso civil cubano.

Para el desarrollo del anterior objetivo y en búsqueda de ventajosos resultados, se parte del aspecto histórico doctrinal del tema, para esbozar la forma que en diferentes países y distintos estudiosos, se abordan estos principios y su aplicación en los medios de pruebas, por último, se realiza un estudio de estos principios en la ley de trámites cubana, la forma en que se comportan en su trámite probatorio, y como pudiera hacerse más positiva su utilización para la eficacia de la prueba.

Para configurar el estudio se tomaron de los métodos teóricos, lo histórico y lo lógico, además de reflejar el método empírico. La investigación arrojó como resultado más importante que, el aumento del uso de la oralidad en los medios de pruebas que lo requieren, acrecienta la iniciativa probatoria del tribunal y la celeridad del proceso.



INTRODUCCIÓN.....	13
CAPITULO I.....	21
EL PROCESO CIVIL. PRINCIPIOS QUE LO INFORMAN Y MEDIOS DE PRUEBA. ALGO DE HISTORIA Y DERECHO COMPARADO.....	21
I.1 EL PROCESO CIVIL. CONCEPTUALIZACION Y ANTECEDENTES HISTORICOS.	21
I.2. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL PROCESO CIVIL. LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA COMO PARTE DE ELLOS.....	25
I.2.1- LA ORALIDAD Y ESCRITURA. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	32
I.2.2. ORALIDAD Y ESCRITURA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DE 1881.	34
I.3. ORALIDAD Y ESCRITURA EN OTRAS LEGISLACIONES.....	36
I.3.1 ESPAÑA.....	36
I.3.2. FRANCIA	38
I.3.3. LATINOAMÉRICA.....	39
A. CHILE.....	39
B. URUGUAY.....	40
C. VENEZUELA.....	41
D. HONDURAS.....	42
I.4. LOS MEDIOS DE PRUEBAS DEL PROCESO CIVIL. APUNTES PARA UN ACERCAMIENTO NECESARIO.....	42
I.4.1.-LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL CUBANO Y SU CLASIFICACION.	46
CAPÍTULO II	53
ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ORALIDAD Y ESCRITURA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CUBANA PARA LA VALORACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DE MEJORAS EN EL TRÁMITE PROBATORIO.	53
II.1 PROCESO CIVIL CUBANO. MUCHA ESCRITURA Y POCA ORALIDAD.	53
II.2. LA FASE PROBATORIA DEL PROCESO CIVIL CUBANO. LO QUE PUEDE CAMBIARSE.....	57
II.3.- LOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU EFECTIVIDAD EN RELACIÓN CON UN PROCESO ORAL O ESCRITO.....	59
II.4. BASES PARA LA REFORMULACIÓN DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO, LABORAL Y ECONOMICO EN RELACIÓN A LOS MEDIOS DE PRUEBAS Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD.....	62
II.4.1- UNA AUDIENCIA PREVIA. CRITERIOS CONTRAPUESTOS.	62

II.4.2. LA CONFESIÓN JUDICIAL.	68
II.4.3. DE LOS DOCUMENTOS Y LIBROS.....	72
II.4.4. DICTAMEN DE PERITOS.	74
II.4.5. DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y LAS REPRODUCCIONES.	76
II.4.6.- LA PRUEBA DE TESTIGOS.	76
II.4.7. LAS PRESUNCIONES.	81
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.	88
BIBLIOGRAFIA.....	90



INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN.

Con el dé cursar del tiempo, ha resultado común argumentar sobre el proceso civil y las instituciones relacionadas con este. Desde el principio, no han sido pocos los que se han consagrado a estudiar, escribir y realizar propuestas para transformar o discernir con lo recogido en las leyes reguladoras de esta materia, respaldándose en extremos teóricos realmente ingeniosos. Ello es verídico, sin embargo, abordar una visión del Derecho Procesal Civil más práctica es también posible y efectivo.

El proceso civil puede entenderse como la forma jurídicamente regulada por el Estado para la protección del ordenamiento jurídico, surgiendo de las distintas ramas de éste los diversos procesos, así, es el Civil, el que fundamentalmente sirve al Derecho Privado; aunque, como disciplina, los teóricos burgueses la enmarcan dentro del Derecho Público; emitiéndose las oportunas declaraciones y pronunciamientos respecto a las relaciones jurídicas y derechos subjetivos de carácter privado.

Indiscutiblemente, el proceso civil se encuentra sometido a principios que regulan la actividad de los sujetos que intervienen en él. Estos principios resultan de vital importancia porque constituyen sus directrices; donde el principio de oralidad y escritura juega un papel fundamental al establecer su forma de expresión. Cuestionando diferencias entre ellos, dos fundamentales saltan a la vista: la primera de ellas, respecto a la incidencia sobre el principio de inmediación, donde el proceso oral busca el contacto directo de los sujetos del proceso entre sí y con el material probatorio. La segunda diferencia guarda relación con la iniciativa probatoria del Órgano Jurisdiccional.

Estos principios han existido tratando de imperar el uno sobre otro en distintas épocas, pero actualmente, en otras latitudes se pueden apreciar los llamados sistemas mixtos o de documentación donde se armonizan las dos formas de expresión (oralidad y escritura).

El Proceso Civil cubano tiene una marcada influencia de la mayor parte de las Leyes Procesales Civiles Latinoamericanas, permeadas del Sistema Romano Francés; caracterizadas por desarrollar un proceso civil predominantemente escrito y, el patrio, no queda atrás. En consecuencia, desde la presentación de la demanda hasta que el

tribunal resuelve el conflicto de interés sometido a su conocimiento mediante la correspondiente resolución, el proceso es dilatado, incluso, cuando se han cumplido los términos y formalidades establecidas en la Ley; y que será más lento aún, cuando aparezcan las dificultades propias de cualquier trámite y de la índole que sean.

En el Proceso Civil, los sujetos principales de la actividad probatoria (la cual resulta ser el eje central para el desenlace de todo proceso) son el órgano jurisdiccional y las partes. Del desempeño efectivo de las facultades reguladas en Ley respecto a cada uno de ellos podrá resultarse, entre otros, particulares no menos significativos para la calidad de la administración de justicia; por lo que se considera importante que para la instrucción y valoración de la prueba en el proceso civil, no es lo mismo su recepción directa por el tribunal, que la lectura posterior, mediatizada por múltiples interpretaciones y sujetos que se interponen entre el material probatorio y el tribunal a cuya convicción va destinado

Algunos afirman que, cuando el procedimiento se estructura en audiencias en los medios de pruebas, y se verifica a través del lenguaje corporal, a través de los gestos, de la expresión facial, de la mirada, del volumen y entonación de la voz, una información diferente de aquella que escucha a través de la simple palabra, se le confiere a esta modalidad procedimental la primacía sobre otra ya que, resulta ser certera en el ámbito de la producción de la prueba y en el de conferir a ésta, mejores y mayores atributos de convencimiento¹.

Naturalmente, ciertos medios de prueba, por su naturaleza, son más fáciles de producir y valorar en ciertos procesos que en otros, como los documentos en los procesos escritos, y los medios personales en los orales; pero en definitiva hay diferencias esenciales según la forma del proceso, ya que el régimen de audiencias pasa a garantizar la inmediación en su incorporación, permite una más acabada apreciación de cada medio en su individualidad y en conjunto con los restantes, obteniéndose así, tal vez, mayor fruto de su agregación, lo que resulta visible, por ejemplo, en las declaraciones de partes, de testigos y de peritos.

¹Tavolari Oliveros, Raúl. La prueba entre la oralidad y la escritura. Tomado en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip28chil.pdf>

En los días de hoy, autores diversos se han esforzado por destacar las ventajas que ofrece la oralidad sobre la escritura como medios de comunicación en el proceso judicial, por lo que existe un número elevado de textos y trabajos sobre el tema. La literatura más abundante se ha originado en cuatro países, ellos son: Uruguay, España, Colombia, Francia, aunque también se encuentran artículos de autores de toda América, sobre todo de México y Argentina.

Estos autores centraron su análisis en las ventajas que ofrecen la oralidad sobre la escritura como medios de comunicación en el proceso judicial. Entre ellos vale la pena mencionar los destacados profesores y tratadistas, como son: Eduardo J. Couture, el cual establece en su libro *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* que “el principio de Oralidad, por oposición a principio de Escritura, es aquel que surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable”².

Se señala por el procesalismo moderno que el sistema mixto, que combina elementos dispositivos e inquisitivos es el más preponderante pues “... a justo título insiste sobre el hecho de que la búsqueda de la verdad es una obra común para la cual deben colaborar el juez y las partes”³ y se concluye en postular, como pauta deseable en la estructuración de procesos, la máxima de la cooperación.

Los estudiosos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000, entre los que se encuentran Martín Diz⁴, abogan por la utilización de la oralidad, a fin de aumentar la eficiencia del proceso civil.

En la exposición de motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica se explica que “la audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso (el Tribunal y las partes) como forma natural de realizarse ésta. Ello supone realizar los actos en forma conjunta; concentrando su desarrollo. Esta actuación, relativamente contemporánea, por la reunión de quienes protagonizan el

²Couture, E. (1957). *Fundamentos de Derecho procesal civil*.-Andina. -p.35.

³Storme, M. y Coester-Waltjen, D. (1991) “*El activismo del Juez*”.- Relato general para el IX Congreso Mundial de Derecho Procesal, Asociación internacional de Derecho Procesal.- Coimbra.-p. 439.

⁴Martín Diz, Fernando, *Oralidad Y Eficiencia Del Proceso Civil: Ayer, Hoy y Mañana*. Sitio:http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502005000100007&script=sci_arttext. 6 de noviembre 2009.

proceso, permite el intercambio, la ratificación y la más fácil descripción (y comprensión) del pasado, que importa y es trascendente, con las narraciones, muchas veces complementarias (y a través de pedidos de aclaraciones) aún con las ineludibles contradicciones. Ese proceso oral es el de hablar y de oír que constituyen los modos naturales y concurrentes de desenvolvimiento”⁵

Al contar con un instrumento procesal moderno donde prevalezca la oralidad sobre la escritura, con un compromiso efectivo de todos los intervinientes en el proceso, cambia automáticamente el rol del juez que, entra en contacto directo con las partes y de esta forma se humaniza la justicia, procurando una efectiva y ágil solución a los planteamientos jurídico y social que se van a dilucidar en los estrados judiciales, obteniendo el ideal para la solución de los problemas que aquejan a la comunidad en el orden civil, con una pronta y cumplida impartición de justicia.⁶

Está demostrado que con el predominio de la escritura en el proceso civil, se esta presente, fundamentalmente, ante un juez sentenciador, prácticamente ausente e "invisible" en el dinamismo que comprende el proceso civil, situación especialmente preocupante por su dañina incidencia en la seriedad e importancia que cabe asignar a la actividad probatoria que, aunque verdadero eje de la estructura del proceso, se encuentra actualmente entregada a sujetos intermediarios que, en los hechos, presiden su práctica y recogen sus resultados en actas sobre las cuales, posteriormente, se fundamentará la sentencia.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, lo atrayente que resulta el tema y las carencias que en el ejercicio del derecho se advierten a diario por la poca aplicación y respeto consecuente del principio de oralidad refrendado en la Ley de Trámites Patria, se ha preferido realizar una distinción respecto al principio de oralidad y su tratamiento dentro de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico Cubana, a fin de determinar en que medida su escasa utilización constituye una dificultad al

⁵Instituto iberoamericano de derecho procesal. secretaria general: “*El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*”.- Montevideo, 1988. -p. 39.

⁶ Villalaín Ruiz, Emilio. ¿Inmediación procesal o presencia del juez en las actuaciones como el garante de la igualdad de partes? Soporte Digital, Biblioteca TSP.

momento de materializar el Proceso Civil; haciendo énfasis particularmente en la problemática que puede por ello surgir respecto a los medios de pruebas.

Partiendo de tales apreciaciones se establece como **PROBLEMA CIENTIFICO:** ¿Cómo perjudica el escaso uso del principio de oralidad en la práctica de las pruebas, la calidad del proceso civil cubano en defensa de los intereses contrapuestos?

Atendiendo a lo anterior se plantean las siguientes **HIPOTESIS:**

1. La potencialización del uso del principio de oralidad durante la proposición y práctica de las pruebas mejora la calidad del debate procesal y de la litis entablada.
2. El principio de oralidad utilizado adecuadamente beneficiaría sustancialmente el cumplimiento de las funciones inherentes al órgano jurisdiccional y las partes.

El Objeto general de la investigación es el estudio de los principios de oralidad y escritura en la legislación procesal cubana, donde se ha trazado como **OBJETIVO GENERAL:** Demostrar las ventajas de un incremento del principio de oralidad en el trámite probatorio del proceso civil cubano.

De tal manera se trazaron los siguientes **OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

1. Valorar los principios de oralidad y escritura en la historia y en el derecho comparado, y su utilización en los diferentes medios de pruebas, estableciendo su relación con las facultades reconocidas en diferentes códigos procesales a los sujetos del proceso.
2. Examinar la perspectiva actual de los principios de oralidad y escritura en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico y la posibilidad de potenciar una aplicación efectiva del principio de oralidad en el trámite probatorio del proceso.

Para desarrollar tales objetivos se empleó de manera general **LOS METODOS:**

- Métodos teóricos: ayudan a fortalecer teóricamente la investigación a partir del análisis científico de las concepciones doctrinales e históricas, y de las teorías más modernas existentes en relación con este tema. Se utilizó el método histórico-lógico que permitió conocer el desarrollo de los principio de oralidad y

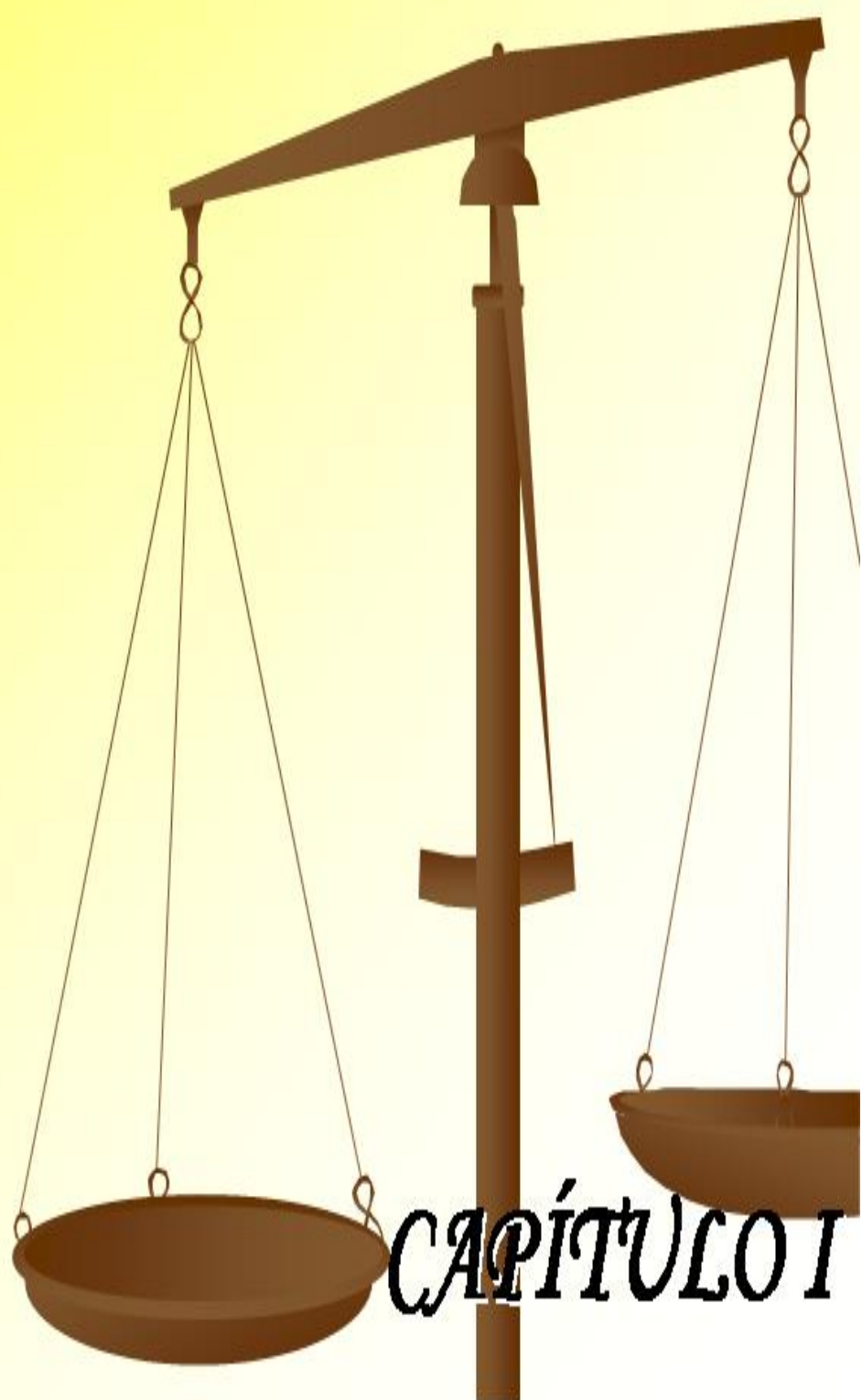
escritura en un momento dado y según las condiciones socio-económicas existentes; el jurídico-comparado en los que se analizan las leyes que permiten apreciar el tratamiento que realizan diversos países sobre la regulación y aplicación de estos principios; y, con el exegético-analítico y teórico-jurídico de la norma y documentos legales se realizó la reflexión detallada de preceptos contenidos en la misma y su aplicación en la práctica.

- Métodos empíricos: permite la fundamentación de la parte práctica de la investigación ya que se utiliza para entender el porque de los sucesos en un momento dado y determinado; empleando la revisión de documento que sirve de herramienta en el análisis de documentos informativos del tema en la practica judicial y la información suministrada por las instituciones pertinentes.

Esta investigación se basa en la propuesta de un proceso civil cubano más actualizado desde el punto en que se incita a cambiar la forma de expresión que marcaba el proceso, por un nuevo sistema donde se combinen las ventajas de los principios de escritura y oralidad. Esta transformación consiste en disminuir el uso de la escritura para con ello adjudicarle al juez un nuevo rol basado en la iniciativa probatoria de este. Sumando una aplicación de la oralidad más amplia al proceso civil, la cual ayudaría a este con todo lo que se debe a la inmediación, la concentración y la celeridad del procedimiento. A su vez, el aumento de la oralidad en los medios de pruebas favorecería cabalmente su práctica eficaz y personalización del proceso.

De manera general se aborda un primer capítulo sobre el proceso civil y las particularidades del principio de oralidad en oposición con el de escritura, un breve acercamiento a su tratamiento en la doctrina histórica, sus tipicidades y el modo en que son reguladas en la Ley de Trámites Civiles, cotejándola al propio tiempo con el modo en que se regulan en los Códigos de Procedimiento latinoamericanos y de otras latitudes consultados, que sirven de sustento a su estudio e inserción a los medios de pruebas. Persiguiendo en primera instancia llamar la atención en cuánto al segundo capítulo, al análisis del contexto cubano con relación a la regulación y aplicación del principio de oralidad en la legislación procesal cubana y consideraciones para incrementar esta en los medios de pruebas que recoge la Ley de Procedimiento Civil,

Administrativa, Laboral y Económica de nuestro país. Completado el análisis de este contexto, se pudo arribar a las conclusiones y recomendaciones correspondientes del tema.



CAPÍTULO I

CAPITULO I

EL PROCESO CIVIL. PRINCIPIOS QUE LO INFORMAN Y MEDIOS DE PRUEBA. ALGO DE HISTORIA Y DERECHO COMPARADO.

I.1 EL PROCESO CIVIL. CONCEPTUALIZACION Y ANTECEDENTES HISTORICOS.

En sus inicios, el proceso civil aconteció como método pacificador, con el objetivo de solucionar los conflictos de índole personal en sustitución de anteriores mecanismos irreconciliables, de orden privado. Incluido dentro del Derecho Público, en su desarrollo ha sufrido sustanciales cambios; evolucionando desde un proceso semiprivado hasta que, gradualmente, recibió la ingerencia del Estado quien en definitiva se adjudicó la tarea de resolver las desavenencias, momento en el que surge la potestad jurisdiccional, con la condición pública del juez llamado a decidir.

El Proceso Civil Romano es un punto necesario de partida para cualquier estudio relacionado con el proceso civil moderno, no sólo por haber sido en un momento determinado la fuente u origen del Derecho sino también por la profunda transformación interna que ha logrado en todo nuestro ordenamiento jurídico, lo que ni siquiera, el transcurso del tiempo ha logrado desvirtuar.

Respecto a las acciones jurídicas del proceso civil romano, el rasgo más sobresaliente desde los primeros tiempos, hasta la culminación del período formulario es la división del proceso en dos fases o instancias distintas: la primera que ocurría ante el magistrado; y una segunda fase la que sucedía ante el juez. En la fase inicial el magistrado instruye la causa y fija los términos del debate, para que en un segundo momento, el juez verifique los derechos aducidos por las partes, aplique a los mismos los principios indicados por el magistrado, y ponga fin a la litis con la sentencia. Esta segunda fase tenía por objeto el inicio y preparación del juicio, en la misma se ejercía la acción ante el magistrado de manera oral; el actor exponía su demanda encargándose previamente de que asistiera el demandado, quien podía pedir prórroga⁷.

⁷Ricart Acosta, M. Los principios de la oralidad, escritura e intermediación en el proceso civil. Soporte Digital. Biblioteca TSP.

El progresivo desarrollo del sistema procesal romano y el excesivo formalismo del proceso, hizo que las legislaciones cayeran en desuso. Gayo atribuye a la Ley Aebutia y a las Leyes Julias la introducción del proceso formulario, mientras que otros estudiosos estiman que la Ley Aebutia fue la que, probablemente, introdujo ese sistema, sin eliminar de forma total el anterior sistema de las acciones, se atribuye a las leyes Julias el haber dado valor obligatorio a lo que ya estaba establecido como práctica común, sobre la base de la Ley Aebutia, quedando como único procedimiento para la mayoría de los procesos, subsistiendo no obstante las acciones para actos solemnes de jurisdicción voluntaria⁸.

El proceso romano estuvo vigente en España, mientras fue provincia de Roma, como un elemento de fusión durante la época visigótica; llegando e incluso a constituir, a partir de la gran influencia del Derecho Canónico, la base del ordenamiento procesal regulado en su Ley de Enjuiciamiento Civil. En España, se aplicaron los dos procedimientos romanos: el ordinario, con la división del proceso en dos instancias, y el extraordinario, donde desaparece la división del proceso y se acentúa el carácter público del mismo, que se desarrolla de forma ininterrumpida, bajo la dirección de un juez funcionario, equivalente a la figura del magistrado en Roma⁹.

Más adelante, los germanos aportaron a España un derecho consuetudinario dominado por el formalismo, pero más sencillo que el romano; no existía división entre Derecho Civil y Penal. El carácter público del proceso en el concepto del juez como funcionario del Estado, la regulación de la competencia territorial, la igualdad de las partes, las disposiciones para la celebración de los pleitos, la publicidad, entre otros elementos, demuestran los avances que experimentaron las instituciones procesales durante esa etapa. El procedimiento era expedito y simple, oral y público, con comunicación directa entre juez y partes¹⁰.

⁸ Ibídem.

⁹ Rigal Francoz, A. *La oralidad en el proceso civil*. Tomado en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>, 6 de noviembre del 2009.

¹⁰ Ricart Acosta, M. Los principios de la oralidad, escritura e intermediación en el proceso civil. Soporte Digital. Biblioteca TSP

El siglo XIX fue un período de codificaciones, que se inicia, para España, con la Constitución de 1812. La evolución legislativa comienza a encaminarse enfatizando el carácter público de la jurisdicción. La legislación procesal especial comienza en 1830, donde las primeras que se dictaron lograron el efecto necesario, puesto que siguieron en vigor las leyes antiguas desde Las Partidas, las cuales contenían la regulación de algunos escritos promocionales y otros actos, a partir de la influencia del derecho romano y germano¹¹.

Tal era la situación hasta que, en el año 1856, varios teóricos alemanes como Windscheid, Muther, Oscar Von Bulow realizan estudios y conceptualizaciones que terminarían dándole surgimiento al derecho procesal moderno, el cual dio paso en Alemania al desarrollo de una verdadera escuela: la ciencia del derecho procesal civil, que se refiere esencialmente, a una entidad para regir el proceso civil.¹²

El proceso civil, en términos prácticos, es una situación anómala, un trance abrupto que vincula a las personas y les impone formas a las que, involuntaria e incondicionalmente, deben someterse para que la ley solucione conflictos que, en un marco de relaciones ordinarias, comunes, extraprocesales, no han podido ser zanjados. La idea del proceso se hace idéntica, entonces, a la sana aspiración de que esos conflictos sean efectivamente tramitados y resueltos; resueltos, entiéndase, con los medios limitados del procedimiento.¹³

Para Jaime Guasp, el proceso civil es “la institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción pública de pretensiones, cuando esta pretensiones por la materia sobre que recaen, afectan al ordenamiento jurídico privado”. No obstante, el propio actor reconoce que esta es más estrecha que el contenido mismo del proceso civil.¹⁴

Juan Montero Aroca, por su parte, lo define como “el instrumento, el medio jurídico por el que los órganos jurisdiccionales cumplen con la función que les esta asignada

¹¹ Ibídem.

¹² Grillo Longoria, R. *Derecho Procesal Civil I*. -Ciudad de la Habana, 1986. Editorial Pueblo y Educación –p. 13.

¹³ Mantecón Ramos, A. Interpretación Axiológica de la Prueba Procesal Civil en Cuba. (Con referencia específica al valor eficacia) . Boletín 11, enero- abril 2003, CIABO, ONBC.

¹⁴-Guasp, J. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1956.

constitucionalmente y por el que los ciudadanos piden y obtienen la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos”.¹⁵

Y considera, a su vez que este “constituye por si solo una categoría autónoma, un instrumento necesario donde los órganos jurisdiccionales necesitan, primero, de un estímulo, de alguien que pida que ejerciten su función asignada constitucionalmente (el derecho de acción), y después, de la realización de una serie de actividades, sucesivas en el tiempo, cada una de las cuales es consecuencia de la anterior y presupuesto de la siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso”.¹⁶

Considerando todas las definiciones antes expuestas, la autora del presente trabajo coincide con la definición de Grillo Longoria¹⁷, quien cataloga el proceso como relación jerárquica forzosa y no voluntaria en la que se expresa el Estado, a través del Tribunal, con potestad de dirigir y decidir con las partes que quedan sujetas a esa dirección y decisión. Las partes no se relacionan directamente sino a través del órgano jurisdiccional y en ello la materialización de los diferentes principios que inspiran este proceso tienen una función importante, es decir, partiendo de la Oralidad y Escritura (sustento del tema escogido) y otros que pudieran incluirse como Preclusión, Disposición, Igualdad, etc... Entre otros particulares, el hecho incuestionable de la presencia de tanta escritura y poca oralidad en el proceso civil impiden que las partes, primero entre sí, y después respecto al Tribunal, obtengan una relación más interdependiente y quizás hasta equitativa.

El hecho de afirmar que se está de acuerdo con lo expresado por Grillo Longoria, alude exclusivamente a que, en verdad, es de este modo que se expresa la relación procesal en la actualidad, lo que no significa, que se esté de acuerdo con que se mantenga de esta forma y lo esgrimido en este estudio (particularmente en lo relativo a un mayor uso de oralidad en el proceso civil) pudiera arrojar cambios alentadores y beneficiosos para modificar este aspecto.

¹⁵ Montero Aroca, J. y otros. *Contestaciones al programa de derecho procesal civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*. Tomo I .Valencia, 1997. p-. 21.

¹⁶ *Ibídem*.

¹⁷ Grillo Longoria, R. *Derecho Procesal Civil I*. -Ciudad de la Habana, 1986. Editorial Pueblo y Educación. p-.21-22.

Este proceso civil como concepto es el objeto del estudio de la ciencia procesal, y en consecuencia se encuentra sometido a principios que regulan la actividad de los sujetos que intervienen en él.

Los principios, en general, y los principios procesales, en particular, son directrices a las normas jurídicas, y, en último instancia, a las normas procesales que sustentan las ideas fundamentales del Derecho, justifican la forma de accionar y el procedimiento en general. A veces, además, el legislador los incorpora para suplir las lagunas que puedan surgir de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico.

Es por esto que los principios, aunque no son abarcados en la totalidad de un proceso, se encuentran presentes en toda función jurisdiccional, ya sea de una materia u otra y su estudio constituye un fundamento serio para la actualización y mejora de las instituciones que emanan del Derecho Procesal.

I.2. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL PROCESO CIVIL. LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA COMO PARTE DE ELLOS.

La doctrina define los principios generales del Derecho como “aquellas ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una nación.”¹⁸ Son, en sentido jurídico, los pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado derecho positivo.

Para Díez-Picazo los principios generales del derecho constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización y convivencia, que pueden estar acogidos, de modo expreso, en el texto de las leyes positivas o implícitas en la normativa concreta de las instituciones.¹⁹

A la ciencia procesal alemana se deben los estudios iniciales de los principios rectores del proceso. En 1804, Gónner comenzó la elaboración de esta doctrina distinguiendo el principio dispositivo del inquisitivo. A partir de entonces, los

¹⁸ Fernández de Castro, F. & Cerrillo y Quílez, Francisco. (1950). Principios de Derecho. In *Diccionario de Derecho Privado* (Vols. 1-2, Vol. 2, p. 311). Madrid: Labor. . p.- 311.

¹⁹ Díez Picazo Luis, & Gullón Ballesteros Antonio. (2001). *Sistema de Derecho Civil* (10º ed., Vols. 1-2, Vol. 1). Madrid: Tecnológica. . p.- 143.

procesalistas vienen hablando de principios básicos, fundamentales, formativos o rectores del proceso; pero con frecuencia se engloban en estos, principios jurídicos naturales e, incluso, los propios principios generales del Derecho.

De estos principios jurídicos naturales, con clara inspiración en el iusnaturalismo racional; se encuentran: el Albertino, de 1838, que rigió para la Cerdeña y el Piamonte que se refiere, expresamente, a los principios generales del Derecho como recurso, cuando una cuestión no pudiera ser resuelta por el texto ni por el espíritu de la ley, ni tampoco teniendo en cuenta los casos semejantes que las leyes hubieran especialmente previsto y los principios que sirven de fundamento a leyes análogas; y el italiano, de 1865, que previó que, si no es posible decidir una controversia mediante una precisa regulación legal, se recurrirá a las disposiciones que regulan casos semejantes y materias análogas y, si aun el caso no fuera claro, autoriza se decida conforme a los principios generales de Derecho. Todos ellos tuvieron evidente influencia posterior en la redacción de otros códigos europeos y latinoamericanos que los acogen en su articulado²⁰.

Según las doctrinas europeas, son abundantes y disímiles los principios básicos que informan las normas procesales civiles, de todos ellos se hará a continuación una referencia a los que, a criterio de la ponente, revisten una mayor importancia para la armonía y realización del proceso civil. A saber:

- **IGUALDAD DE PARTES O IGUALDAD EN EL DEBATE:** pretende conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas. Específicamente significa, el ejercicio de justicia a base de la igualdad ante la ley y el tribunal de todos los ciudadanos. A partir de la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895, las leyes procesales han procurado establecer mecanismos correctivos que impidan que las desigualdades de cualquier índole (social, racial, política, ideológica etc.) se conviertan en desigualdades procesales.

²⁰ Mantilla Correa, Andry. (2004). *Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)* (Vol. 1). La Habana: Félix Varela. . p. -187-188.

Este principio, según la Ley procesal cubana²¹, establece que el tribunal, de oficio o por instancia de parte, debe adoptar las medidas necesarias para que la equidad en el proceso se mantenga; es una manifestación de igualdad ante la ley donde nadie debe ser condenado sin ser escuchado y vencido en juicio. Tiene expresión clara en lo establecido en el artículo 40²² del referido cuerpo legal cuando vela por que no se produzca estado de indefensión que no sea subsanado y, obviamente, se deriva de su similar constitucional de que todos son iguales ante la Ley.²³

- **PRINCIPIO DISPOSITIVO:** otorga a las partes una serie de facultades de orden material y procesal, quedando el proceso configurado conforme a ello. Gracias a este principio, el objeto del proceso, o sea, sobre lo que el juez debe conocer, se fija exclusivamente por las partes de modo tal que, aquel no se puede separar de las peticiones de las partes, a menos que incurra en incoherencias, ni puede asignar lo que no ha sido pedido por aquellas, ni más de ello. Las claras expresiones de este principio son las facultades de desistir el actor a continuar el proceso, de allanarse el demandado a la pretensión del actor o de transigir ambas, e incluso de hacer uso de los medios de impugnación correspondientes.

Este principio no es más que la proyección, en el proceso, de las características de los derechos subjetivos, respecto de los que el Estado no tiene apenas preocupación en proteger, por esta causa cuando el interés de presencia como, por ejemplo, en las cuestiones del estado civil, condición de las personas e incapacidad, este principio experimenta importantes derogaciones. El otorgamiento a las partes de las referidas facultades no significa que el juez sea considerado un mero observador de las actividades pues él mismo dirige la función pública de administrar justicia, sin embargo, si se hace evidente su imposibilidad de actuar cuando las partes deciden, en virtud de tal principio, hacer uso de las posibilidades contenidas en él.

²¹ Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Ley 7 de 1977, la que resultó modificada por el Decreto Ley 241 de 2006.

²² Artículo 40 de la LPCALE: Cuando en un proceso se presentare una situación de evidente indefensión o desigualdad susceptible de causar perjuicio irreparable, no imputable a la parte que la sufra, y no tuviere solución específica en esta Ley, el Tribunal, de oficio y oídas las partes o, a instancia del interesado y oída la contraparte, puede adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal aunque sin alterar los términos del debate.

²³ Artículo 41 de la Constitución de la República de Cuba: Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes.

- **EL IMPULSO PROCESAL:** es la fuerza o actividad que pone en movimiento el proceso y lo hace avanzar hasta su fin, una vez iniciado, y está dado según de donde tal actividad proceda, de las partes o del tribunal (a instancia de parte o de oficio). El impulso de oficio tiene la ventaja de evitar vacíos procesales, el órgano jurisdiccional dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso sin necesidad de petición de partes; le imprime al proceso mayor celeridad en la tramitación y solución de los asuntos, ya que le otorga la facultad al tribunal de impedir que el proceso se paralice, una vez que se promueva por la parte interesada, concediendo, de tal suerte, mayor seriedad a la impartición de justicia.

Según la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico²⁴ cubana, una vez iniciado el proceso civil con la demanda del actor, su dirección e impulso corresponde al Tribunal, mediante la facultad que para ello le es conferida y que impedirá que el curso del proceso se paralice; por tanto, de oficio, debe disponer el cumplimiento de los sucesivos trámites procesales hasta lograr la conclusión del proceso, lo que es posible por la aplicación del denominado principio del impulso procesal de oficio. No obstante, cede su vigencia al principio dispositivo que al acogerlo también, confirió a los tribunales un papel mucho más activo donde los jueces pasaron a ser importantes actores, pues, además de administrar justicia, deben trabajar para que la misma sea pronta y efectiva²⁵.

- **PRECLUSIÓN:** es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Cuando el juicio se inicia, ocurren una serie de actividades encaminadas las unas a las otras, desde la demanda hasta la sentencia, conforme a un orden legal, y es natural que ese juicio termine y no se prolongue indefinidamente. La preclusión regula la actividad de las partes de acuerdo a un orden y evita que el proceso se disperse, disgregue, retroceda o se interrumpa de manera permanente. Este principio en estrecho vínculo con el de impulso procesal de oficio, garantiza que el proceso mantenga su curso, sin que se haga interminable, pues los actos

²⁴ Ley 7 de 1977, en sus artículos 38 y 104.

²⁵ Peña Mulet, R. *Valor Metodológico del Contenido y la Forma como Categorías de la Dialéctica para la Interpretación de la Ley de Procedimiento Civil Cubana vigente*. S.E. Gabinete Metodológico- Facultad de Ciencias Sociales. Santiago de Cuba, 1993.

procesales tienen una forma y un término para realizarse; luego de decursado el mismo no se puede volver atrás, y se faculta al tribunal para dar paso al próximo trámite.

Gracias a la aplicación del principio de preclusión en la ley adjetiva cubana, los trámites procesales que deban realizar las partes sólo podrán realizarse en el término establecido, y de no hacerlo, se tendrán por decaídos, sin que el Tribunal tenga obligación de producir una declaración expresa, aunque ordena pasar de oficio el trámite procesal siguiente. En relación con este principio se piensa que su vigencia se corresponde con el carácter escrito y dividido en fases del proceso civil cubano.

- **INMEDIACIÓN:** es la exigencia de que el juzgador se ponga en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso sin que se interponga elemento alguno entre ellos. Este principio está muy vinculado a la práctica de la prueba, en lo referente a que el juez que haya de pronunciar la sentencia sea el que haya practicado las pruebas. Su objetivo es garantizar un mayor acierto en las decisiones a tomar por los jueces, ya que permite la relación directa del tribunal con las partes del proceso y con el objeto de éste. La aplicación de este principio resulta de gran significación para el reconocimiento y obtención de la verdad material

En la LPCALE, este principio tiene marcada expresión en las obligaciones reconocidas al juez ponente en su artículo 124, cuando al determinarse las acciones que debe realizar aquel se reconoce, junto a su participación en la práctica de pruebas, la obligación de dictar los autos y sentencia, a tenor de los términos del acuerdo adoptado en cada caso.

- **EVENTUALIDAD:** impone a las partes el deber de presentar, en forma simultánea, todas las alegaciones, excepciones y las pruebas que correspondan a un acto o etapa procesal, independientemente de que sean o no compatibles. Este principio se funda en el de lealtad que las partes deben adoptar en el proceso.

En la LPCALE, la aplicación del Principio de Preclusión impone la aplicación de este principio que obliga al tribunal y a las partes a realizar sus actos procesales, en el

momento que la ley dispone y no en otro, porque de lo contrario precluyen dichos actos. Vale decir que los principios de Impulso Procesal de Oficio, Preclusión y Eventualidad integran, en la legislación patria, una trilogía de principios íntimamente relacionados, debido a la naturaleza común de ellos vinculada con el elemento tiempo²⁶.

- **CONCENTRACIÓN:** supone que los actos procesales deben desarrollarse en el menor número de ellos y todas las diligencias se efectúen lo más próximo posible entre sí, con el objetivo de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes, ante el juez, y las pruebas permanezcan fielmente en la memoria de éste, a la hora de dictar sentencia.

La concentración constituye, junto al principio de Inmediación, la característica más señalada del proceso oral y tiene como finalidad evitar la dispersión de los trámites procesales. Además, conlleva a influir sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura, lo que supone la dispersión de los actos procesales en el tiempo.

La Ley Adjetiva cubana alude a este principio en su artículo 39 cuando establece que el Tribunal acordará, de oficio, las medidas necesarias para mantener la igualdad de las partes en el proceso, evitar demoras y concentrar en un solo acto las diligencias que puedan practicarse conjuntamente.

- **PUBLICIDAD:** El principio de publicidad es la admisión de terceros, o sea, el público, a presenciar las actuaciones procesales. Su objetivo es poner al alcance de todos los ciudadanos la actividad judicial, darles la oportunidad de conocerla, proporcionándole confianza en la administración de justicia; y constituyendo, a su vez, una garantía de esta función por la crítica y fiscalización que permite.

Tal como los restantes principios examinados, y de modo bastante claro, la publicidad se refrenda en los artículos 92 y 115 de la Ley de trámites, cuando reconoce la posibilidad de cualquier persona que demuestre interés legítimo de intervenir en un proceso, haciendo valer, con relación a quienes sean partes, sus derechos, así como la práctica de las diligencias de prueba, vistas y demás actos del proceso en audiencia

²⁶ *Ibídem.*

pública, excepto cuando razones de orden moral u otras aconsejen su práctica a puerta cerrada.

- **CONCILIATORIO:** es un principio que, para lograrlo, requiere que se propicie entre las partes en el marco del proceso, un intercambio oral, y con el Tribunal, donde la función de éste último sea, sin llegar a prejuzgar el asunto, intentar que las mismas arriben a un acuerdo satisfactorio para ambas. Es incuestionable que siempre un acuerdo entre partes, sobre todo en el proceso civil, cuyo principal objeto, por lo general es el patrimonio particular, será socialmente más sano, pues elimina el conflicto y cada parte cumplirá, presumiblemente de mejor agrado, aquello que ha acordado y no aquello que le ha sido impuesto por un fallo judicial.

- **PRINCIPIO DE ECONOMIA:** trae consigo la discutida gratuidad del proceso, en tanto exige que este no ocasione gravosas imposiciones fiscales y otros gastos excesivos. Al propio tiempo requiere el máximo resultado en la actuación de la ley, con el mínimo empleo de actividad procesal.

- **ORALIDAD Y ESCRITURA EN LOS PROCESOS:** la oralidad y la escritura son dos modos de hacer el proceso, el conjunto del mismo, no la forma de un único acto procesal. El principio de oralidad significa que en los actos procesales predomina lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y comunicación, entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso, con la intervención del juez; el principio de escritura es lo contrario, y constituyendo la premisa de la presente tesis, su desarrollo respecto a lo establecido en cuanto a ellos en la Ley procesal cubana, se prefiere abordarlos, de manera específica, en el epígrafe sucesivo.

Todos estos principios procesales son premisas máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales a todas las instituciones del derecho procesal. Si bien regulan la actividad de las partes, van encaminados principalmente a condicionar la del órgano llamado a decidir, de manera que, en última instancia, responden al propósito de regular la actividad del juez, además de, en cierto modo fiscalizan el proceso y determinan algunas de las responsabilidades de aquel.

Sentado lo anterior, conviene entrar en conocimiento del principio de escritura, contrastándolo con su obligada contrapartida de Oralidad. Ambos son fundamentales, en tanto determinan la correcta aplicación de los antes mencionados para la eficacia de proceso, debido a que unos responden a la escritura y otros a la oralidad. El hecho de ser principios encontrados es un hecho que afecta a los demás principios del proceso civil y el cubano no queda exento de ello, debido al predominio de la escritura, razón de más para estudiarlos de manera separada.

I.2.1- LA ORALIDAD Y ESCRITURA. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Los principios de oralidad y escritura, aunque teóricamente vienen de la mano, constituyen un par de opuestos; y el primero de ellos consiste en el predominio de la palabra hablada sobre la palabra escrita. Es innegable que la palabra hablada produce un entendimiento más rápido de los hechos que cuando éstos se narran y estampan en documentos sin vida.

Piero Calamandrei²⁷ refiere “....la oralidad es la expresión de la confianza (me basta tu palabra), mientras la escritura es la expresión de la cautela desconfiada ... (las palabras vuelan, los escritos quedan) ...desconfianza del juez hacia el abogado, desconfianza del abogado hacia el abogado contrario” y agrega “hay otra razón que explica por qué con frecuencia los abogados prefieren escribir y no hablar: por escrito se pueden presentar, sin rubor, tesis que no se tendría el valor de sostener delante del juez.

No obstante, resulta obvio que la escritura es necesaria en el proceso oral para disponer su tratamiento; así, la demanda es el acto procesal típico de iniciación que debe constar por escrito pues, en ella, se fija la pretensión del actor y los medios de prueba, con lo cual se garantiza la defensa de ambas partes y queda la suficiente constancia de aquellos extremos que han de constituir fundamentos del debate que se pretende entablar, claro es, además, que con el desarrollo científico técnico alcanzado en estos tiempos, es casi una regresión a etapas primitivas el pretender establecer

²⁷ Citado por Alejandro Lesser *Juez en lo Civil y Comercial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, República Argentina en la Ponencia* “.Oralización de los procedimientos civiles y la audiencia preliminar. Una experiencia fructífera”. Tomado en: www.tsp.cu/.../IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20ORALIDAD%20COM.

relaciones de tal magnitud, sin dejar la respectiva garantía de su existencia, solo que su uso ha de ser el justo y preciso.

Para calificar un proceso en ese aspecto hay que atenerse a la tendencia dominante, de ahí que se califique de escrito aquel en el que predomina la escritura y de oral en el que predomina la palabra hablada. También existe el principio de documentación como sistema mixto o intermedio: se documentan las alegaciones y pruebas, oralmente, mediante acta.

El principio de escritura predomina en el proceso civil en contraposición con el penal, en el cual predomina la oralidad. En principio, la demanda o escrito promocional de cualquier trámite civil, debe indicar de manera objetiva los fundamentos de hecho, los fundamentos de derecho y por supuesto, la pretensión propiamente dicha de quien promueve el ejercicio de la acción, en demanda de tutela jurídica, lo que servirá, a su vez, para que el contrario establezca las pautas de su postura y deje implantada su posición en la litis que enfrenta. La escritura sirve igualmente en el proceso para documentar lo que ocurre en la audiencia y facilitar su revisión, con posterioridad, por quien manifieste inconformidad oportuna con la interpretación concedida a ello.

Sobre el relato del predominio de uno u otro sistema en distintas épocas, se ha señalado que la forma oral predominó en el proceso romano clásico, y la forma escrita prevaleció en el derecho canónico; el proceso ordinario común fue escrito en cuantos trabajos legislativos se realizaron hasta el siglo XVIII donde aparecieron las primeras reacciones contra el principio de la escritura, seguidas de la polémica sobre la ventaja de uno u otro principio sobre otro.²⁸

Se ha de advertir que esta polémica se produjo inicialmente, de manera exclusiva, en relación con el proceso penal, acreditándoseles a los procesalistas alemanes la lucha favorable a la oralidad en materia procesal civil, que culmina con la ley procesal alemana de 1877, algo válido si se tiene en cuenta que ambos principios conceden al referido proceso la posibilidad exacta para su materialización e independientemente de la necesidad de tantas otras, es a través de ellos que el trámite civil se hace efectivo.

²⁸ Grillo González, C. *Cuadro sinóptico de Derecho Procesal Civil, Parte General*. -Ciudad de la Habana, 1979. p.48.

Sin embargo para Martín Diz²⁹ tal afirmación, es decir calificar un proceso como oral o escrito, tampoco debe conducir al equívoco de aceptar una posible clasificación en “procesos mixtos” por el hecho de que los actos se desarrollen en ambas modalidades. El proceso debe ser calificado como oral o escrito, no cabe un tercer género, entrando así en contradicción de lo afirmado por Chiovenda³⁰ cuando asegura que todo proceso moderno es mixto pero que deberá ser llamado oral o escrito según el sitio que reserve a la oralidad y a los escritos y, sobre todo, según la manera como esté desenvuelta en él la oralidad. En la misma línea se manifestó Devis Echandía³¹ indicando que “en casi todos los países que han adoptado el procedimiento oral, se ha reglamentado, en verdad, un procedimiento mixto, con predominio de la forma oral, pero con participación más o menos acentuada de la escrita”.

Todo lo antepuesto sirve para ratificar que, al menos en la Ley de Trámites cubana, los principios de oralidad y escritura, a diferencia de sus similares, con ventajas y desventajas no informan solo sobre espacios específicos del proceso sino que lo abarcan en su generalidad y el hecho de estar recogido en la misma todo acto judicial que se celebre, se extenderá acta con expresión de su objeto, personas que hayan intervenido y la fecha en que tenga lugar y que igualmente se consignará cualquier particular del que convenga dejar constancia,³² justifican sobradamente semejante afirmación.

I.2.2. ORALIDAD Y ESCRITURA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DE 1881.

Por su parte, en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil Española que estuvo vigente en Cuba durante muchos años, los principios de oralidad y escritura eran la forma de expresión de los actos procesales, los que se podían distinguir como orales o escritos; a

²⁹ Martín Diz, F, *Oralidad Y Eficiencia Del Proceso Civil: Ayer, Hoy Y Mañana*. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca. Tomado en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100007&script=sci_arttext. 6 de noviembre 2009.

³⁰ Chiovenda, Giuseppe. (1940). *Instituciones de Derecho procesal civil*. Madrid, (3). p. 159.

³¹ Devis Echandía, Hernando. (1961). *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá (Vols. 1-2, Vol. 1). Bogotá: Ciencias Sociales. . pp.116.

³² Artículo 116 de la LPCALE de Cuba.

su vez, se consideraba que el proceso civil regulado por esta norma era predominantemente escrito; lo que no quiere decir que fuese así en su plenitud.

En esta ley de trámites existían tres tipos de procesos fundamentales:

- los juicios declarativos de mayor cuantía,
- los juicios declarativos de menor cuantía y
- los juicios verbales, (aun de una menor cuantía que los anteriores).

Los juicios declarativos de menor y mayor cuantías eran procesos donde predominaba la escritura y existían tres tipos de resoluciones judiciales coincidentes con el procedimiento civil actual: las providencias, los autos y las sentencias, las cuales se presentan por escritos, así como la demanda y la contestación que se consideran los escritos introductorios del proceso, al contrario de los juicios verbales donde la presentación de estos documentos no era su característica según el artículo 522³³. Estos juicios declarativos eran procesos donde todo se solicitaba por escrito, incluso la apertura a pruebas³⁴ y su práctica, lo cual tiene la limitación de que los defensores y las partes no podrán hacer intervención, fuera de la que se aclarara en cada clase de prueba³⁵.

A su vez, esta ley de trámites, además de regular un juicio ampliamente escrito, normalizó su contraparte: un proceso mayoritariamente oral que era el llamado juicio verbal. Este se sustanciaba en las comparecencias donde la demanda era una mera preparación de esta y no tenía otra finalidad que la de convocar al juicio a la parte demandada, haciéndole saber por qué se le demanda, para que tenga tiempo de preparar su defensa y organizar sus pruebas. La comparecencia se celebra ante el juez y el secretario, hablando las partes por su orden, primero el demandante y luego el demandado, y en ese acto habrá de proponerse y luego practicarse las pruebas propuestas³⁶.

³³ LEC de España, artículo 522: con exclusión de lo ordenado en el artículo 513 las disposiciones de esta sección y de la precedente no son aplicables en el juicio verbal, el cual se regirá por sus disposiciones especiales.

³⁴ LEC de España, artículo 568: los jueces proveerán los escritos en que se proponga prueba conforme se vayan presentando.

³⁵ LEC de España, artículo 576 las partes y sus defensores que concurren en la diligencias de pruebas se limitarán a presenciirla, y no les será permitida otra intervención en ellas que las que se expresaran en cada clase de prueba.

³⁶ LEC España, artículo 729 modificado por el Decreto Ley 3002 de 1933: la comparecencia se celebrara ante el juez y el secretario en el día señalado. En ella expondrán las partes por su orden lo que a su derecho conduzca y formularan en el acto todas las pruebas que les convenga.

De lo mostrado anteriormente se entiende que esta norma, a pesar de que se caracteriza por un proceso predominantemente escrito, no excluía a oralidad; ya que con ella podía ayudar con la premura y concentración de los procesos; a tal punto de crear un espacio, solo para un procedimiento de este tipo; Pero también se aprecia que no tuvo la capacidad de armonizar esto dos principios, creando una forma mixta de expresión del proceso para arribar a una eficacia en el procedimiento.

I.3. ORALIDAD Y ESCRITURA EN OTRAS LEGISLACIONES.

En el panorama actual del Derecho comparado se observa la utilización de ambos principios (oralidad y escritura) en el proceso civil, en el cual la adecuada regulación de los actos procesales consiste en utilizar la oralidad en la extensión en que ésta ofrezca sus ventajas, y la escritura y documentación en la medida en que produzcan beneficios.

En el análisis del comportamiento de estos principios en otras legislaciones, la autora de este trabajo ha tenido en cuenta la legislación civil española, debido a la marcada influencia que han tenido sus textos legislativos sobre los de Cuba. Decide además, abordar a la legislación procesal civil francesa, por ser consignataria del sistema romano-francés. Se realizará también un estudio general de algunos textos procesales de Latinoamérica, por su indiscutible semejanza con los cubanos, en tanto naciones marcadas por idiosincrasias similares, provenientes de un tronco común, lastimadas por el coloniaje y sus efectos, en los pueblos que la conforman.

I.3.1 ESPAÑA.

Para la teoría española sobre los principios del proceso se han tomado dos puntos de vista fundamentales: existe un grupo de principios que son los llamados principios del proceso civil, referidos básicamente a los relativos a la estructura del proceso, este es el de Contradicción e igualdad y los relativos al objeto del proceso como el Dispositivo material y el de oficialidad³⁷.

Otro grupo son los referentes a la introducción de la prueba, donde se destacan la aportación de parte e investigación judicial, los relativos a la valoración de la prueba que

³⁷ Montero Aroca, J. *Contestaciones al programa de derecho procesal civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*. Tomo I. [et.al.]Valencia 1997. p .57.

se han dado en llamar los principios del procedimiento, en el que las partes son el sujeto activo del proceso pues sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el juez es un ente pasivo que solo dirige el debate y decide la controversia. Tales principios son:³⁸

1. Principios relativos al impulso y desarrollo del proceso: Dispositivo procesal e impulso procesal de oficio, Concentración, Preclusión y única audiencia.
2. Principios relativos a la relación del órgano con el objeto del proceso: la Inmediación.
3. Principios relativos a la forma de las actuaciones: la Escritura y Oralidad.
4. Principios relativos a la comunicación de las actuaciones: la Publicidad y reserva.

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, del 7 de enero del año 2000 (en lo sucesivo LEC) ha sido elaborada con el claro propósito de insertar una serie de principios que ayuden a superar el conjunto de disfuncionalidades de las que, durante más de un siglo de vigencia, la antigua Ley Rituaria había demostrado padecer. Entre esos principios se destacan la oralidad, publicidad e inmediación, cuya íntima relación resulta innegable, por lo que puede afirmarse que es muy difícil encontrar supuestos en los que se aprecie la presencia de uno de ellos, con exclusión de alguno de los otros³⁹.

En el artículo 464 de la LEC se comprueba que la actuación oral prevista en el procedimiento se aprecia a través de la vista, celebrándose necesariamente ésta, si hubiere de practicarse prueba y, potestativamente si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida y, siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considere necesario.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 464.1 LEC, si fuese preciso celebrar la vista, ésta se tramitará conforme a lo establecido en los artículos 442 al 444 del texto procesal civil, preceptos que regulan dicha actuación en el juicio verbal. También es de

³⁸ *Ibídem*, p. 65.

³⁹ Martín Brañas, C. La oralidad y la segunda instancia. Tomado en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100007&script=sci_arttext. 6 de noviembre 2009.

aplicación lo establecido en el artículo 147 LEC, relativo a la documentación de las actuaciones orales y vistas, mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y sonido⁴⁰.

En principio, se plantea como primera opción que la documentación de las actuaciones podrá llevarse a cabo, no sólo mediante actas, notas y diligencias, utilizando la escritura como mera formalidad en el proceso civil, sino también con los medios técnicos que reúnan las garantías de integridad y autenticidad, y las vistas y comparecencias orales habrán de registrarse o grabarse en soportes aptos para la reproducción.

I.3.2. FRANCIA

El Código de Procedimiento Civil regula los juicios en este país consagrando la oralidad y la publicidad, normas que funcionan complementando el principio de la soberanía judicial. También se aceptó el derecho de disposición e iniciativa de las partes, en el proceso, en una forma acentuada.

El procedimiento judicial en Francia adoptó, en forma intensa, el principio de la oralidad y un propio sistema mixto en el proceso, armonizando este con la escritura. Los Artículos 402 y 407 prescribían que en todas las materias sumarias y comerciales, los testimonios provenientes de las partes deben ser oídos en la audiencia que consideran fundamentales para la intermediación, siendo posible conservar la identidad física del juez⁴¹.

Mediante la oralidad, el Tribunal puede darse cuenta de una serie de factores importantísimos como son la actitud del testigo, sus gestos y el acento con el cual expresa, son los que dan el verdadero sentido de las palabras y se establecen el contacto directo de las partes con el juez.

En el procedimiento francés se dota al juez de verdaderos poderes disciplinarios de dirección y de instrucción que le permiten, en cada una de las audiencias, mantener el

⁴⁰ Oliva Santos, A. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid, 2001. p. 799.

⁴¹ Francoz Rigalt, A. La Oralidad en el Proceso Civil. Tomado en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>

orden, auxiliar a las partes para definir correctamente el objeto del juicio, sanear el proceso en cualquier momento para evitar vicios que en el futuro puedan causar nulidades, desechar impedimentos que considere improcedentes, asegurar a las partes igualdad de tratamiento, limitar el ámbito de discusión, rechazar pruebas inadmisibles y admitir todo tipo de prueba que considere indispensable para la solución de la controversia⁴².

1.3.3. LATINOAMÉRICA.

La oralidad podemos decir que se encuentra ausente de los procesos civiles latinoamericanos, en ellos aun la escritura que desde siglos pasados prevalece en los procesos civiles. Los códigos que se aprobaron o modificaron, en el siglo XX, incluyen la vista oral de la causa y establecen la recepción oral de la prueba, pero el análisis de ellos demuestra que no se abarca realmente un sistema de oralidad rectamente entendido.

A. CHILE

En Chile han pretendido extender la noción de juicio oral a otras áreas como son las de familia (Ley 19.968) y la ley que estableció un nuevo proceso laboral. No obstante, tanto en la ley de los nuevos tribunales de familia (Artículos 10, 11 y 12) como el mismo anteproyecto de Código Procesal Civil (Artículos 9 a 12), se contemplan un conjunto de normas que si proclaman esta noción (principio de oralidad, inmediación, concentración y publicidad), pero parecen estar más bien, orientadas a regular características del procedimiento y no a establecer una lógica de garantías que gire en torno a la idea de juicio oral como centro del proceso⁴³.

Se advierte, sin embargo, la prevalencia de lo escrito cuando en sus artículos 29, 30 y 31 dispone que se formará el proceso con los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se presenten, o verifiquen en el juicio, y que ninguna pieza del proceso podrá retirarse sin que previamente lo decrete el tribunal que conoce de la causa, obliga, igualmente, a que junto con cada escrito deberán acompañarse en papel simple tantas copias cuantas sean las partes a quienes debe notificarse la providencia

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Procesos civiles orales: Consideraciones básicas para su diseño.*

Tomado en: <http://www.ministeriopublico.gob.pa/Fiscalias/Fac/AProcesosCiviles.aspx>.

que en él recaiga y, confrontadas dichas copias por el secretario, se entregarán a la otra u otras partes, o se dejarán en la secretaría, a disposición de ellas, cuando la notificación no se haga personalmente o por cédula.

Asimismo, cuando recoge lo relativo a las notificaciones, establece en su artículo 40 que en toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados, deberá hacerseles personalmente, entregándoseles copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído, cuando sea escrita. Dispone igualmente en su artículo 61 que de toda actuación deberá dejarse testimonio escrito en el proceso, con expresión del lugar, día, mes y año en que se verifique, de las formalidades con que se haya procedido, y de las demás indicaciones que la ley o el tribunal dispongan.

B. URUGUAY

En una línea similar, entre otros, del Código General del Proceso del Uruguay⁴⁴ en su Título I del Libro I referido a los “Principios Generales”, tampoco es posible encontrar una cláusula general que establezca con claridad la idea de audiencia oral y pública como núcleo central del mismo. En este código también se contienen normas sobre publicidad (Artículo 7º) e Inmediación (Artículo 8º) que dan cuenta de esta garantía fundamental, de manera implícita pero que, por lo mismo, son una consagración débil de ella⁴⁵.

Cuando en el artículo 64 del aludido texto se refiere a la forma que adoptarán los actos procesales, dispone que cuando esta no esté expresamente determinada por la ley será la que resulte indispensable e idónea para la finalidad perseguida, dejando margen entonces para la creencia de que puede escogerse una u otra, en dependencia de cómo acomode a la parte o a las circunstancias en debate.

En el artículo 65 reseña el idioma, estableciendo necesariamente, el idioma castellano y cuando deba ser oído quien no lo conozca, el tribunal nombrará un intérprete. En la siguiente sección II alusiva a los escritos de las partes, dispone en el

⁴⁴ Ley 15 1982, de la República Oriental del Uruguay, dado en Montevideo el 6 de Octubre de 1988, obtenido en soporte Digital en CIABO, ONBC.

⁴⁵ *Ibídem*.

artículo 66 que los escritos de las partes deberán ser redactados a máquina o a mano, en formas fácilmente legibles y suscriptas por ellas.

En el 102, relativo a la Documentación de la audiencia reconoce que lo actuado en toda audiencia se documentará, en forma resumida, en acta que se labrará durante su transcurso o al cabo de ella. El tribunal podrá, excepcionalmente, disponer la reproducción total o parcial de lo actuado utilizando los medios técnicos apropiados. A continuación deja establecido, en el artículo 103, cual ha de ser el contenido de las Actas.

Al igual que en los restantes países reseñados, en Uruguay abogan porque si bien la temática en materia de prueba, sea en esencia la misma en procesos escritos que en procesos orales o por audiencias, en estos últimos se aprecian diferencias de grado que permiten incorporar a la actividad probatoria y sus resultados, las más modernas directivas de la ciencia procesal, aplicar los principios más apreciados por el procesalismo universal, mejorar la prestación del servicio de justicia y, mejor, contemplar el derecho a probar insito en las garantías de la defensa y del debido proceso, así como el imperativo de alcanzar una más pronta y eficiente administración de justicia.⁴⁶

C. VENEZUELA

Un ejemplo claro de predominio de la escritura lo encontramos en Venezuela, donde, en el artículo 25 de su Ley de Procedimiento Civil ⁴⁷, se establece que los actos del Tribunal y de las partes, se realizarán por escrito. De todo asunto se formará expediente separado con un número de orden, la fecha de su iniciación, el nombre de las partes y su objeto. Las actuaciones deben observar el orden cronológico, según la fecha de su realización y la foliatura del expediente se llevarán al día y con letras, pudiéndose formar piezas distintas para el más fácil manejo, cuando sea necesario⁴⁸.

⁴⁶ Simón, L.M. *La prueba entre la oralidad y la escritura*. Tomado en: <http://www.ministeriopublico.gob.pa/Fiscalias/Fac/AProcesosCiviles.aspx>.

⁴⁷ Código de Procedimiento civil de Venezuela, 2001. Soporte Digital, biblioteca CIABO, ONBC. Tomado en: <http://www.leyesvenezolanas.com>.

⁴⁸ *Ibídem*.

D. HONDURAS.

Constituye un caso particular la Ley de Procedimiento ⁴⁹del referido país, cuando en su Artículo 15 del Título Preliminar, alusivo a los principios inspiradores del proceso, recoge el de ORALIDAD y establece que el proceso civil es predominantemente oral. Los actos procesales de alegación, la práctica de las pruebas y la sustanciación del proceso en general, se efectuarán oralmente en audiencias públicas al tiempo que dispone que los actos procesales que tengan que celebrarse por escrito han de facilitar la aplicación del principio de oralidad.

Igualmente establece que todos los actos orales se grabarán en soporte magnético o digital, o por cualquier otro medio técnico idóneo. En caso de ser materialmente imposible la grabación en un proceso civil concreto, se documentarán por el secretario en debida forma, de manera que quede constancia de lo esencial ocurrido durante su desarrollo.

De este pequeño recorrido realizado por otras legislaciones en cuanto al modo de recoger los principios de oralidad y escritura en sus leyes procesales civiles, se aprecia el esfuerzo por incorporar de manera marcada el uso de la oralidad en sus trámites y con excepción de Venezuela, han ido incorporando las formas orales a sus procesos, siendo destacable en el contexto latinoamericano el caso de Honduras como país que protege lo relativo a la oralidad, de manera expresa entre los principios inspiradores del proceso Hondureño y reconoce que estos son eminentemente orales. De igual modo constituye algo digno de resaltar el movimiento a favor de la oralidad, insertada en la LEC Española desde hace diez años, lo que obviamente debe servir para su reconocimiento por otras legislaciones, a fin de conceder mayor agilidad a los trámites, amén de otros beneficios ya referidos.

I.4. LOS MEDIOS DE PRUEBAS DEL PROCESO CIVIL. APUNTES PARA UN ACERCAMIENTO NECESARIO.

En el proceso civil la alusión a la prueba constituye necesariamente un punto de referencia, si se tiene en cuenta que es el sustento o, mejor aún, el colofón de aquello que las partes han argumentado durante la fase de alegaciones y que, llegado el

⁴⁹ Código Procesal Civil de la República de Honduras, soporte Digital Biblioteca CIABO, ONBC.

momento, resulta preciso corroborar, se debe, por tanto, en este punto del presente trabajo, abordar el concepto de prueba, su objeto, cuales son los medios de prueba conocidos y por qué no, su utilidad para el proceso en general.

Un concepto general de prueba lo da el diccionario de la lengua española Cumbre Everest al definirla como “la razón o argumento con que se pretende hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Ensayo o experiencia que se da de una cosa” .

Para los estudiosos burgueses existen diferentes acepciones del término prueba, teniendo en cuenta, claro está, la concepción ideológica que los influyen, una de orden sustantivo y otra de carácter formal. La primera, encaminada a conceptualizar la prueba como una actividad dirigida a demostrar la existencia o inexistencia de una hecho, la verdad o falsedad de una afirmación mientras que, la segunda, considera la prueba como un sencillo mecanismo para fijar formalmente los hechos o, lo que es lo mismo, aquellos procedimientos legales a través de los cuales se controlan de algún modo las alegaciones de las partes.

Cualquiera de estas definiciones tiene como denominador común el hecho de que consideran la actividad probatoria como algo inherente solo a las partes y que, respecto a ellas, el órgano jurisdiccional solo adopta una posición pasiva.

Para Chiovenda⁵⁰, por ejemplo, probar significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o no de los hechos de importancia en el proceso; para Couture,⁵¹ por su parte, la prueba es el método jurídico de verificación de las proposiciones de las partes suministradas legalmente por estos y, solo en casos excepcionales, por el órgano jurisdiccional.

En sentido general, para Isidoro Eisner, probar es, tanto investigar como ocurrieron ciertos hechos como comprobar o verificar si son exactos los hechos que se han afirmado.

La ciencia también investiga y se llaman pruebas a las investigaciones que se hacen en laboratorios; se llaman pruebas- pero en realidad son investigaciones: se

⁵⁰ Chiovenda, Giuseppe. (1940). Instituciones de Derecho procesal civil. *Madrid*, (3), p. 35.

⁵¹ Couture, E. (1957). Fundamentos de Derecho procesal civil. *Andina*. , p. 87.

buscan hechos desconocidos y, comprobar, es verificar si son exactos los hechos ya tenidos como conocidos por quien los afirma, pero cuyas circunstancias particulares y cuyo alcance se trata de determinar.⁵²

Según Montero Aroca⁵³, la prueba puede definirse como la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso o a fijarlos, conforme a una norma legal pero, al propio tiempo, advierte que solo teniendo en cuenta particulares elementos que resultan determinantes, podrá establecerse el referido concepto.⁵⁴

Grillo Longoria⁵⁵ ofrece un concepto de prueba que la autora de este trabajo prefiere perseguir. Él determina que la prueba es aquella actividad de los sujetos que intervienen en el proceso civil, dirigida a la comprobación objetiva de los hechos que han de servir de base al órgano jurisdiccional para resolver, con arreglo a derecho, el asunto sometido a su investigación y decisión. De igual modo, considera oportuno dejar establecido, entonces, que medio de prueba es todo aquel elemento que sirve, de una manera o de otra, para llegar a la comprobación objetiva de los hechos sobre los que versa la controversia y de otras circunstancias que tienen importancia para la correcta decisión del órgano jurisdiccional.

Como es claro que en el proceso civil cubano esta actividad no es exclusiva de las partes litigantes, aunque tengan la carga de la prueba, sino que es obligación del órgano jurisdiccional dejar establecida la verdad objetiva durante el proceso, entonces

⁵² Eisner Isidoro. (n.d.). *La Prueba En El Proceso Civil* (Segunda edición actualizada.). Argentina: Abeledo-Perrot, p. 56.

⁵³ Montero Aroca, J, Flors Maties, J, & López Ebri, G. (1997). *Contestaciones al programa de Derecho procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal* (Vol. 1). Valencia: Tirant to Blanch., p. 153.

⁵⁴ *Ibíd*em, p. 156. Son elementos trascendentes a la hora de dar un concepto de prueba los siguientes:

1. La prueba se produce en el proceso, es evidente que fuera del proceso puede hablarse de prueba, pero eso es algo que procesalmente no trasciende. En el ámbito de las relaciones jurídicas materiales puede pretenderse justificar la existencia de hechos y para ello puede acudirse a lo que Guasp llamaba prueba material, pero esta prueba no se dirige a un juez, quedando fuera del proceso y de la consideración del aludido autor.
2. El sistema de valoración de la prueba, o si se prefiere de su función: Cuando un derecho positivo concreto establece el sistema de libre valoración, la prueba puede definirse como la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador, pero cuando estamos ante un Ordenamiento Jurídico en el que se rija el sistema legal de valoración, la prueba será la actividad procesal que tiende a finar como ciertos los datos aportados al proceso independientemente de la convicción del juzgador.

⁵⁵ Grillo Longoria, Rafael. (1986). *Derecho Procesal Civil II*. Ciudad Habana: Pueblo y Educación, p.42.

obvio resulta la improcedencia de las definiciones formuladas por procesalistas burgueses, con las cuales no puede mostrar su acuerdo la autora porque, en consonancia con la concepción que sustenta el proceso civil socialista, el proceso judicial forma parte del proceso cognoscitivo humano y, de acuerdo con los principios marxistas –leninistas de tal proceso, es factible y probable que dentro de este quede establecida la verdad objetiva.

Sin embargo para nada resulta desdeñable el concepto de prueba que ofrece Heras García⁵⁶ en sus consideraciones relativas al principio de inmediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, al orientar el mismo en atención al sistema de apreciación de la prueba que se encuentre establecido en el ordenamiento de que se trate...” En su acepción de actividad o actuación probatoria, la prueba procesal, orientada a un fin u objetivo, es definible como aquella producida dentro del proceso encaminada bien a lograr persuadir psicológicamente al juzgador acerca de las afirmaciones deducidas por las partes, si opera el sistema de libre valoración, en el cual resulta trascendental la inmediación, bien a fijarlas conforme a una norma legal en caso de operar el sistema de prueba tasada, constituyendo el cimiento básico de la hipotética imputación de responsabilidad a la persona, física o jurídica, pública o privada, frente a la cual sea formulada una demanda.

Después de apreciada tal definición, es posible que algunas interrogantes surjan en quienes, durante años han considerado la prueba como el medio para alcanzar la verdad objetiva, y realmente, resulta propicio, como sugiere Mendoza Díaz⁵⁷, comenzar a cuestionarse si, en verdad, es este el objetivo primero del proceso, o de la prueba, considerando quien suscribe que, ciertamente, tal y como afirma aquel, el proceso y las pruebas se encaminan a demostrar la verdad de cada quien; y como refiere el supramencionado Heras García hay más de persuasión subjetiva que de honesta objetividad. De todo ello lo más importante, sin lugar a dudas, es que la prueba dentro del proceso civil juega un papel trascendente, y preocuparse por el modo en que han de proponerse, practicarse, en fin, materializarse, debe ser objetivo permanente de

⁵⁶ Heras García, M. Profesor asociado de Derecho Civil, Universidad de Alicante. Juez sustituto *Consideraciones relativas al principio de inmediación en LA LEC/2000*. soporte Digital, Biblioteca CIABO, ONBC.

⁵⁷ Mendoza Díaz, J. Seminario “Los retos del Derecho procesal contemporáneo”, en conferencia ofrecida en la ciudad de Cienfuegos, el 15 de marzo de 2010.

quienes estudian el derecho procesal.

I.4.1.-LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL CUBANO Y SU CLASIFICACION.

El medio de prueba es el instrumento del que se valen los sujetos que intervienen en el proceso civil para su actividad probatoria. Existen diferentes clasificaciones de las pruebas, entre las que pueden reseñarse:

a) Según su contradicción: Prueba sumaria y controvertida.

Para la prueba judicial rige el principio de contradicción, o sea, que no puede ser apreciada si la prueba no ha sido contradicha, lo que hace que carezca de valor. Por lo que la prueba controvertida, es aquella prueba que una vez propuesta, la parte contra la que se opone tiene derecho a conocerla, discutirla; debe celebrarse con audiencia, con conocimiento de esa parte; no pudiendo ingresar al proceso pruebas subrepticias, escondidas, o a espaldas de la contraparte, sino que ha de practicarse con citación de la parte contra la que se ha de hacer valer.

La prueba sumaria, no se relaciona con su poder demostrativo, no se trata de una prueba incompleta, pues tiene que demostrar plenamente el hecho, solo que carece de ser contradicha. Este tipo de prueba es extraproceso, como lo es la prueba anticipada que se practica con citación de la futura parte contraria⁵⁸.

b) Pruebas formales y sustanciales:

Las pruebas formales tienen una función eminentemente procesal, llevarle al juez el convencimiento sobre determinados hechos.

Las pruebas sustanciales, tienen que cumplir con la finalidad anteriormente indicada además de probar la existencia y validez de determinados actos de derecho material, por ejemplo: el reconocimiento de una deuda que consta en determinado documento.

c) Según su objeto: Prueba directa o indirecta.

⁵⁸ MURCIA BALLEEN, H.: Tratado de la Prueba judicial. p.

La directa, su función predominante es la de simple percepción del juez mediante su propio sentido del objeto de la prueba; por ejemplo: el reconocimiento judicial. Esto no quiere decir que no exista raciocinio inductivo en el juez, lo que le permite la identificación de lo percibido con lo que se trata de probar.⁵⁹

En la prueba indirecta, el juez percibe el informe o declaración que le permite inducir lo que se trata de demostrar, no percibe el hecho por probar.

Grillo Longoria, por su parte, considera útil partir de una clasificación diferente a la expuesta, (la que se prefiere y toma como referencia, teniendo en cuenta el fundamento del presente trabajo) considerando que las pruebas se clasifican en:

- Prueba personal: Cuando el medio de prueba consiste en una persona. Dentro de este se agrupan aquellos en los que el instrumento probatorio son las partes, o persona distinta de aquellas, es decir terceros ajenos al proceso, de los que a su vez cabe identificar los que conocen extremos del proceso por su cercanía al mismo o los que poseyendo conocimientos particulares puede dictaminar dentro de aquel.
- Prueba real: El instrumento probatorio es una cosa u objeto del mundo exterior distinto de la persona humana.
- Y un tercer grupo para incluir las presunciones.

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativa, Laboral y Económico de Cuba, en su artículo 261, establece como medios de pruebas de los que se podrán hacer uso en el proceso, estos son los siguientes: la confesión judicial, documentos y libros, dictamen de peritos, reconocimiento judicial y reproducciones, testigos y presunciones.

- La Confesión Judicial.

La prueba de confesión judicial se incluye dentro de las llamadas pruebas personales, siendo la persona en que el instrumento consiste una de las partes procesales. Se le concede el valor de prueba tasada, o lo que es igual, su valor está establecido en Ley (artículo 280) y en razón de ello no puede acudirse a la misma de forma ligera, ni ha de pretenderse su utilización para acreditar particulares que no

⁵⁹ GONZÁLEZ BLANCO, A.: *El procedimiento penal mexicano*. Ed. Perú S.A. México. 1985, p. 158.

constituyen material de confesión. Es la declaración de parte emitida ante el tribunal, contestando al interrogatorio formulado por la parte contraria, de ser ciertos hechos personales y perjudiciales al que confiesa. Para Montero Aroca la confesión judicial consiste en la actividad procesal por la que una parte, bajo juramento o promesa, contesta a las preguntas que la otra le formula relativas a hechos personales de aquella, con el fin de conseguir certeza sobre los hechos controvertidos en el proceso.⁶⁰

- Documentos y Libros.

En la prueba documental, el documento es el medio de prueba, siendo su contenido la prueba documental. Se califican como públicos o privados y aunque la Ley de trámites especifica cuales son unos y otros, en la práctica se aprecian dificultades en los letrados al proponer este tipo de prueba. Para determinar los primeros ha de atenderse su procedencia: el hecho de emanar o ser consecuencia de la actividad de funcionario público lo facilita. Según Montero Aroca, la comprensión de lo que es un documento público pasa por la fe pública, esto es, por la distinción entre quien realiza un acto y quien da fe del mismo. El estado en un momento de la historia asumió en exclusiva la función de dar fe de la existencia de los hechos y actos jurídicos y se la atribuyó a determinadas personas. Aparecieron así los documentos heterógrafos, es decir, aquellos en que un tercero ajeno al hecho o acto realiza la representación del mismo.⁶¹

- Dictamen de Peritos.

Es una prueba indirecta. Los peritos son personas con conocimientos especializados (científicos, técnicos, artísticos, o prácticos) llamados al proceso para aportar las experiencias que los tribunales no poseen, y para facilitar el conocimiento o apreciación de hechos de influencias en el proceso. Se entiende que el perito es la persona especialmente cualificada por sus conocimientos en materias que no son conocidas por el hombre con grado medio de cultura.

⁶⁰ Montero Aroca, J, Flors Maties, J, & López Ebri, G. (1997). *Contestaciones al programa de Derecho procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal* (Vol. 1). Valencia: Tirant to Blanch, p. 625. Consideran los autores además, que el juramento al que se unió la confesión en el siglo XIX crearon problemas en este medio de prueba, pero a la postre aquel ha resultado un formulismo.

⁶¹ Ibídem, p.616.

La prueba pericial se propondrá por escrito y la parte deberá señalar con claridad y precisión el objeto sobre el que ha de recaer el examen de los peritos y su dictamen, para que, a su vez, el tribunal lo haga saber a los peritos, clara y determinadamente, al objeto de su dictamen. Con el dictamen pericial que debe emitir el perito, se pretende que el Tribunal, desconocedor de determinados aspectos del conocimiento humano, pueda valorar y apreciar los hechos aportados al proceso mediante la contribución de elementos técnicos, científicos y artísticos que la persona que domina la materia de que se trate, hace para dilucidar la controversia.

- Reconocimiento Judicial y reproducciones.

A diferencia de las otras pruebas, la de reconocimiento judicial es una prueba directa, porque aquí los jueces se podrán percatar, a través de su propia intuición sensible, de sus mismas percepciones sensoriales, de algún hecho cuyo esclarecimiento sea de importancia en el proceso. Tal y como su denominación indica, mediante la prueba de reconocimiento judicial el Tribunal, de manera directa y sencilla, aprecia aquellos objetos, lugares o personas que guardan relación con el proceso y, por tal razón, contribuye de manera directa a la materialización del principio técnico configurativo de Inmediación, al proporcionar al órgano juzgador una visión muy específica del trámite que se ventila. En la práctica, y con bastante frecuencia, el Tribunal subsume el resultado de esta prueba con el obtenido mediante el Dictamen de Peritos haciendo suyos los pronunciamientos vertidos por el especialista llamado, lo que pudiera llevar a no incorporar al proceso cuestiones trascendentes para el esclarecimiento de la litis, en tanto se subordina el criterio del Juez al del conocedor.

- Testigos.

Testigo es la persona física, tercero en un proceso determinado que es llamada al mismo para que en él declare en la forma establecida por la Ley, sobre hechos relevantes de los cuales tuvo conocimiento previo.⁶²

⁶² Ibídem, p. 642. De esta definición consideran los autores, se derivan las notas caracterizadoras:

- Persona física: el testigo no puede ser una persona jurídica o ente colectivo, porque lo que va a ser objeto de su declaración es lo que ha percibido por medio de sus sentidos.

De cualquier forma, a pesar de que en la práctica el examen de un testigo puede derivar en cuestiones insospechadas, es un medio de prueba muy utilizado que carga sobre sí un sistema obsoleto en su proposición y no estaría de más su revisión.

- Presunciones.

La prueba de presunciones ofrece la particularidad de no precisar procedimiento para su ejecución, pues la demostración del hecho base ha de hacerse por otro medio de prueba (documentos, testigo, etc.) y la deducción del hecho consecuencia es una operación puramente lógica o de interpretación legal, pues no exige formalidades procesales. Se clasifican en legales y judiciales, considerando las primera aquellas en que el nexo lógico entre el indicio y el hecho presumido viene establecido por el propio legislador; y según advierte Serra⁶³ es necesaria la existencia de una norma procesal que la establezca la que ha de referirse a un efecto probatorio y en la que han de preverse dos hechos. Presunciones judiciales son aquellas en que el nexo lógico entre el hecho base o indicio y el hecho presumido se establece por el juez en cada caso concreto, correspondiéndole a él determinar su existencia y el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Para Montero Aroca, la presunción sea cual fuere su clase no es un verdadero medio de prueba, pues la misma no consiste en una actividad que deba realizarse en el proceso para incorporar al mismo una fuente de prueba. La presunción no debe proponerse como medio de prueba, ni existe práctica de la misma, sino que se resuelven un razonamiento que puede haber sido hecho en particular por el juez. Pero también es evidente que las presunciones si tienen efectos probatorios.⁶⁴

Bien poco propuestas como pruebas, las presunciones, precisan para su éxito que el hecho del que se deducen esté perfectamente acreditado, en consecuencia alegadas, por sí solas surten un pálido efecto, por lo que deberán afianzarse en otro de los medios probatorios ya referidos. Un estudio previo permite crear la correlación entre los hechos

-
- Tercero en el proceso: las personas físicas aportarán su conocimiento de los hechos al proceso, bien por medio de la confesión judicial, bien a través de la prueba testifical y la diferencia entre una y otra la marca la condición de parte o de tercero en el proceso.

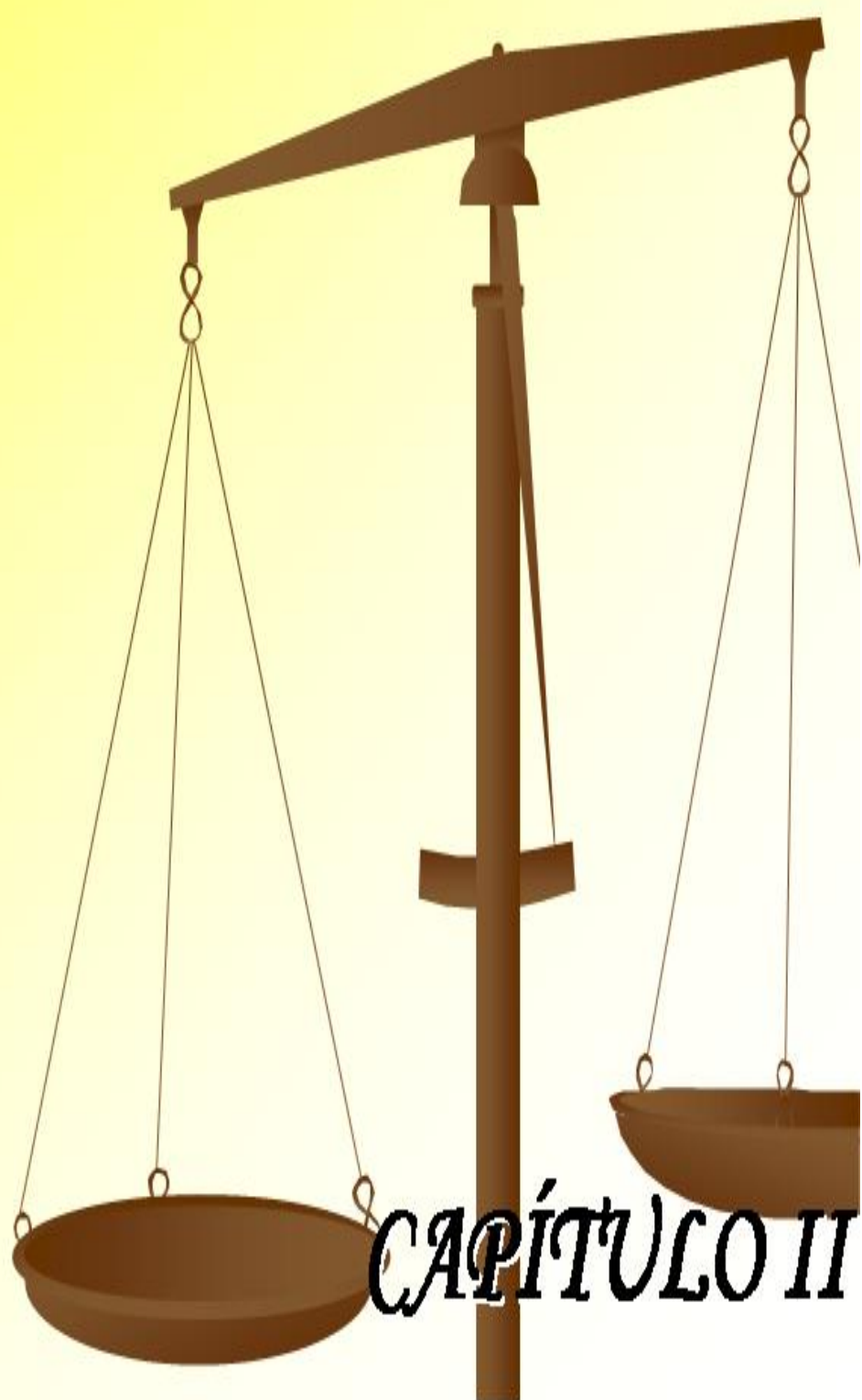
⁶³ Montero Aroca, J, Flors Maties, J, & López Ebri, G. (1997). *Contestaciones al programa de Derecho procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal* (Vol. 1). Valencia: Tirant to Blanch., p. 637.

⁶⁴ *Ibíd.* Página 635.

discutidos y la presunción de que se trate, no deberán nunca ser alegadas sin un sustento serio y propicio, por lo que resulta atinado acudir a la legislación sustantiva para conocer y dominar cual de las presunciones recogidas en esta será posible proponer.

Esta mención de los medios de prueba recogidos en la LPCALE, hace pensar, al igual que respecto a otros institutos, que existe una desventaja de Cuba respecto a muchos países sobre los medios de prueba refrendados en sus leyes procesales. Ya se encaminan algunos al estudio de nuevos medios probatorios, teniendo en cuenta los avances tecnológicos de estos tiempos, sin embargo, conviene por ahora mejorar aquellos con los que efectivamente se cuenta antes de proponerse metas más abarcadoras.

Hasta este punto se ha preferido realizar un acercamiento a conceptos trascendentes para el estudio de la aplicación de los principios de Oralidad y Escritura en la fase probatoria del Proceso civil cubano y conformar el marco teórico que sirve de sustento a la conformación del problema que se enfrenta en la práctica jurídica de los operadores del Derecho en Cuba, respecto al uso de los aludidos principios en una etapa tan importante del proceso civil. El abordar las categorías aludidas propicia adentrarse sin dificultades en la determinación de los aspectos arcaicos que aun subsisten en la LPCALE, por una deficiente aplicación de los principios enunciados y permitirá reflexionar, al propio tiempo, sobre la necesidad de su evolución.



CAPÍTULO II

CAPÍTULO II

ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ORALIDAD Y ESCRITURA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CUBANA PARA LA VALORACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DE MEJORAS EN EL TRAMITE PROBATORIO.

II.1 PROCESO CIVIL CUBANO. MUCHA ESCRITURA Y POCA ORALIDAD.

Toda la teoría recogida en el Capítulo anterior apunta, en primera instancia, a la necesidad de fundamentar cada uno de los criterios que más adelante serán vertidos, con respecto al cumplimiento de los principios de Oralidad y Escritura en la Fase probatoria del proceso Civil cubano y el reconocimiento de la posibilidad de modificar el modo en que actualmente tienen lugar determinadas actuaciones judiciales, especialmente en la etapa probatoria del proceso.

Resulta incuestionable la importancia de recoger definiciones determinantes en el contexto objetivo de aquel para, de este modo, enmarcar el aspecto práctico de cualquier trámite y así contar con las herramientas necesarias para dominar en profundidad su valía o no.

Cuando se piensa en tantos adelantos, en el aspecto científico técnico, y cuántas posibilidades aporta la modernidad al mundo en que se vive, cabe pensar que ello puede también alcanzar y beneficiar el proceso civil vigente en Cuba, despojándolo de viejas fórmulas que lastran la claridad y efectividad de los trámites, sin que ello pueda indicar, en modo alguno, que se vea afectado el derecho a la defensa. En ese punto radica la clave del problema, intentar mejorar aquellos trámites procesales que así lo posibiliten y en consecuencia la Ley Adjetiva, sin que se perjudique, de alguna manera, el derecho de cualquier persona a ser representado y haciendo uso de los mejores útiles para ello.

Para alcanzar semejante propósito es preciso en primer orden, partir del articulado actual de la LPCALE con irregularidades que pudieran, en un futuro, ser susceptibles de modificaciones relacionadas con la aplicación presente o próxima de los principios de oralidad y escritura, en vistas de imprimir sencillez y efectividad al proceso civil cubano y que coadyuven a la buena administración de justicia.

Realmente, el proceso civil criollo posee un carácter profundamente escrito lo que, en ocasiones, provoca, entre otras consecuencias, la dilatación de trámites urgidos de rapidez por la magnitud de lo que se reclama y el incumplimiento permanente del principio de Inmediación. En esta dinámica formal se ha impuesto la práctica de fórmulas escritas que, de materializarse con la utilización del principio de oralidad harían más efectiva y menos gravosa (no en sentido literal, claro está) la práctica judicial con lo que se evitaría el resentimiento de actividades procesales tan centrales como la prueba, donde tal y como nos enseñaron en las aulas universitarias, la búsqueda de la verdad objetiva constituye un punto culminante dentro de cualquier proceso.

En definitiva, la situación es bien delicada, si de modificaciones a los textos legales se trata, algunos ocupados en otros menesteres se preguntarían si efectivamente sería útil y necesario reformular la Ley rituarial cubana, existiendo textos sustantivos (como su colega el Código Civil) urgidos de ser replanteados, pero a pesar de que las formalidades que en la misma han sido establecidas por años, resuelven desde el punto de vista de la acción ejercitada; una modificación y actualización que se atempere al mundo donde impera la Internet, no está de más. El considerar la reformulación de los textos jurídicos de un país constituye, sin lugar a dudas, una tarea ambiciosa; pero el paso implacable de los años y el envejecimiento lógico de aquellos es, prácticamente, una obligación con la que cargan los interesados en mejorar el Derecho.

La excesiva utilización de escritura dentro del proceso civil, en general, y en el trámite probatorio, en particular, no ha demostrado ser del todo razonable, conveniente y útil. En cuanto al primero porque cualquier principio que incite a sobrecargar la tramitación de un procedimiento, lo limita en garantías, y, en segundo, porque tratándose de la actividad probatoria se exige un contacto directo y frontal del Tribunal con las partes y los distintos medios de prueba por aquellas esgrimidos, con los cuales solo se persigue la demostración de los hechos, oportunamente argumentados, una simplificación de las normas actualmente en uso, concedería mayor efectividad de los resultados de las pruebas y una inmediación indiscutible por parte del órgano jurisdiccional.

Tal aseveración no significa, de ninguna manera, que un sistema escrito tienda a la desconcentración y dispersión de los actos, claro que no, pero en las actuaciones probatorias, hacer énfasis en un mayor uso de la oralidad repercutiría en una mejor dinámica de la práctica forense y posibilitaría alcanzar una correlación efectiva con las normas legales establecidas.

En la misma cuerda advertía Cortés Domínguez ⁶⁵ que ...la exigencia del artículo 120 de nuestra Constitución, al imponer la estructura procesal predominantemente oral, supone tanto la inconstitucionalidad de un proceso estructurado en exclusiva a base de actos procesales escritos, así como que el conjunto de los actos procesales deben ser mayoritariamente orales, independientemente de que sean actos del Juez o actos de las partes; toda vez que lo trascendente de dicha decisión del constituyente «no está en el hecho de que el proceso sea oral por el hecho de serlo, porque tan eficaz puede ser un proceso oral como un proceso escrito, y ambos son capaces de llevarnos a una sentencia que exprese con toda exactitud lo que la Constitución quiere que sea la función jurisdiccional».

Un contexto donde prevalece lo escrito ha demostrado ser fuente de importantes dificultades y, sobre todo, de claro desaliento para el concurso efectivo de la presencia del juez en la actividad relativa a la práctica de las pruebas, no obstante a normas que así expresamente lo exigen. Con todo, por extraño que pueda resultar, ha sido la propia normativa procesal la que ha terminado evidenciando la incompatibilidad existente entre un sistema escrito y la posibilidad de una efectiva intermediación judicial.⁶⁶

Criterios como los expuestos incentivan a pensar en valorar el procedimiento cubano actual y analizar la factibilidad de reformular la fase probatoria de aquel, y aunque en escenarios diferentes, por razones obvias, ya se trate de un juez o de un órgano colegiado un modelo oral incentivaría el ejercicio y desenvolvimiento de quienquiera que realice la actividad de administrar justicia, bien difícil en condiciones normales y peor

⁶⁵ Citado por Manuel de las Heras García, en su ponencia *Consideraciones relativas al principio de Intermediación en la LEC 2000*, haciendo alusión a su obra *Principios Constitucionales en el proceso civil*. Soporte Digital, biblioteca CIABO, ONBC.

⁶⁶ Palomo Vélez, D. (2009, November 25). Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?, *XVIII - N° 1*, 197, p. 171- 197. Tomado en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp18mar.pdf>.

aún si las herramientas con que se cuenta padecen problemas ancestrales. Claro está, se descifra que cualquier modificación deberá siempre atemperarse a las condiciones, circunstancias y características específicas del país y su ordenamiento jurídico del que se trate, pues de nada sirve copiar modelos importados desde realidades remotas.

Pudiera muy bien ser un colofón de lo explicado el criterio vertido por Heras García, en su ponencia Consideraciones relativas al principio de Inmediación en la LEC 2000, para valorar el porqué de las modificaciones que se promueven por los estudiosos del Derecho Procesal, en cuánto a la LPCALE, cuando expresa que «...sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva, que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor ...exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común».⁶⁷

En fin, lo ideal en cualquier sistema legal sería, indudablemente, que las normas y procedimientos establecidos respondan coherentemente a los principios que en general inspiren la sociedad de que se trate, pero de no suceder así, es primordial, detectar las dificultades que surjan y considerar la forma de subsanarlas. En el caso específico de lo recogido respecto al trámite probatorio de la LPCALE se evidencia un escaso uso del principio de oralidad, en contraposición con un exceso de escritura que puede incidir directamente en el desarrollo y materialización de una fase trascendente en el proceso civil y atendiendo a criterios vertidos por entendidos en el tema resulta atinado empezar a preocuparse por ello y trabajar por encontrar las soluciones más afines que propicien

⁶⁷ Heras García, M. *Consideraciones relativas al principio de Inmediación en la LEC 2000*. soporte Digital, Biblioteca CIABO. ONBC. Apunta también en el mismo trabajo que: «... Dicho cuanto antecede a nadie se le escapa que el régimen relativo a la prueba anterior a la LEC/2000 no ofrecía adecuada solución a los requisitos respecto de los cuales, desde aquella perspectiva doble que apuntábamos, resultaba merecedor; así, como muestra de argumentos provocadores de tal contrariedad podemos aludir, entre otros, a la anticuada regulación de los medios probatorios junto con la exclusión de otros más acordes con el progreso tecnológico alcanzado (aunque la práctica de nuestros juzgados y tribunales venía admitiendo con cierta regularidad el empleo de cintas video-magnéticas, las magnetofónicas y algunos otros); al estricto formalismo observado en la proposición y práctica de la prueba; el reducido dinamismo del juzgador en su iniciación y desarrollo; etc.; constituyendo, sin duda alguna, uno de los más invocados aquél referido a la ausencia de la inmediación judicial en el desarrollo de la actividad probatoria (confesiones, testificales y periciales practicadas únicamente ante oficiales de justicia e, incluso, ante los auxiliares ha constituido, más veces de las deseadas, motivo de enojo e, incluso, de impugnación por parte de letrados y procuradores del cual en breve nos ocupamos.

la aplicación idónea del Derecho y ello es válido tanto para otras latitudes como para Cuba.

II.2. LA FASE PROBATORIA DEL PROCESO CIVIL CUBANO. LO QUE PUEDE CAMBIARSE.

La prueba "civil" se entiende como la actividad procesal desarrollada por las partes - con el tribunal- mediante la cual se pretende o persigue que el juez adquiera el convencimiento sobre la verdad o certeza de una afirmación fáctica, o bien, su fijación como ciertos a los efectos del proceso. Bien vista, esta conceptualización de la prueba esquiva el importante irrealismo en el cual han incurrido algunas posiciones.

En efecto, cuando decimos que la prueba es la actividad procesal a través de la cual se persigue que el juzgador adquiera la convicción o el convencimiento sobre la verdad de un hecho afirmado por alguna de las partes, no decimos que la demostración o averiguación de la verdad de ese hecho constituya la finalidad que tenga asignada la prueba en el marco del proceso civil. Y no lo decimos porque el tiempo en que la verdad material o histórica de los hechos pretendía ser el fin del proceso civil lo asumimos superado por la realidad del propio proceso, por las dificultades que apareja la propia naturaleza del proceso civil que, a diferencia de lo que de ordinario acontece en los procesos penales, condiciona y limita al juez, respecto a sus posibilidades para dar con la verdad material. Bien se ha dicho que la prueba procesal civil es actividad verificadora, no investigadora.⁶⁸

Semejante afirmación coincide plenamente con el criterio de la autora respecto a la función de los medios de prueba disponibles en el contexto de la LPCALE, dentro del proceso civil. Es una verdad reconocida que no es precisamente la búsqueda de la verdad objetiva la inspiración suprema de este trámite. Han cambiado los tiempos y las partes han aprendido a utilizar a aquellos no para acreditar la verdad como concepto general sino su verdad específica que solo coincide con el aseguramiento de aquellos hechos que han esgrimido en anteriores momentos de cualquier proceso; si por demás,

⁶⁸ *Ibíd.*

la utilización de los principios informadores del evento procesal igualmente se desvirtúan, grave será el resultado.⁶⁹

En consonancia con lo anterior, es decir como expresión de la necesidad de demostrar, ya sea lo dicho, o desvirtuar lo afirmado de contrario, se recoge en el artículo 244 de la Ley de Trámites cubana la carga de la prueba y, una vez superada la fase de alegaciones, el Tribunal notificará a las partes la resolución correspondiente abriendo a pruebas el proceso en trámite, por el término de treinta días y llamará a los litigantes a proponer las que, a su derecho convengan, en el término de los primeros diez días hábiles⁷⁰.

Llegado este momento, resulta obvio que cada quien deberá, al menos, tener una idea de cuales extremos resulta obligado demostrar y habrá valorado que medios de prueba resultan más convenientes y eficaces para lograr su propósito. A la par, no debe olvidarse tampoco que, del citado artículo, se desprenden las cuestiones que no precisan ser demostradas, aspecto trascendente, que de tenerse siempre en mente, evitaría en gran medida el cúmulo de pruebas propuestas sin guardar la menor relación con el objeto del proceso o tendentes a dilatarlo.

De manera breve puede resumirse que no necesitan ser probados:

- El Derecho. Del contenido del mencionado artículo 244, se colige que solo se demostrarán los hechos. Sin embargo, constituye excepción para ello el propio precepto cuando informa que en cuánto al derecho extranjero, el que invoca su aplicación deberá probar su vigencia.
- Los hechos confesados o admitidos en los escritos polémicos. Razón de más para tener extremo cuidado al redactar aquellos y verificar atentamente que se responde cada particular expuesto de contrario, o al menos negarlo

⁶⁹ Sobran ejemplos para así demostrarlo: a) Los hechos afirmados por ambas partes deben ser tenidos como ciertos por el juez; b) Los hechos no afirmados no existen para el juez; c) Los medios de prueba a practicar son, por regla, únicamente los propuestos por las partes; d) Existen reglas legales de valoración de la prueba; e) No todo vale en este proceso de verificación (debe carecer de valor la prueba obtenida con ilicitud). Véase: Montero Aroca, J. *La prueba en el Proceso Civil*. Ed. Civitas, Madrid, 3ª edición, 2002, p. 35; Botto, H. *Inconstitucionalidad (...)*. *Op. cit.*, p. 70.

⁷⁰ Se ratifica, sobre el carácter supletorio de lo establecido para el proceso civil ordinario, y resulta conveniente tener presente lo establecido en los artículos 357 y 687 de la LPCALE de Cuba.

llanamente, si en ese punto del debate no es posible desvirtuarlo absolutamente. Recuérdese siempre que el silencio o las respuestas evasivas podrán estimarse en la sentencia como confesión de los hechos a que se refieren.⁷¹

- Los hechos notorios por su publicidad y evidencia.⁷²
- Las presunciones legales.⁷³

De ello puede inferirse que en la práctica resulta realmente importante deslindar en primera instancia, lo que efectivamente precisa ser demostrado, y ello se logra teniendo presente, cuales son las regulaciones que al respecto recoge la Ley de Trámites, cual es la pretensión de quien se representa, en que sentido y de que forma una prueba propuesta puede influir en el criterio y convicción que se pretende formar en el órgano jurisdiccional. Obviamente, la fase probatoria para el proceso civil es determinante y probar es una actividad seria y riesgosa que debe asumirse con profundidad y rigor.

II.3.- LOS MEDIOS DE PRUEBA Y SU EFECTIVIDAD EN RELACION CON UN PROCESO ORAL O ESCRITO.

Ya expuestos los medios de prueba, en el capítulo primero del presente trabajo, resultaría redundante su análisis de nuevo, en razón de lo cual se prefiere verificar respecto a cada uno de aquellos particulares ,susceptibles de variación a partir de la utilización de formas orales o escritas. Claro está, no se pretende introducir a ultranza modificaciones donde no sea posible. Existen medios de prueba, como los documentos, en los que hablar de oralidad sería un desatino, pero se sigue el criterio de no pasar por alto cuestiones importantes, aún y cuando el instrumento de que se trate, siga una línea determinada en cuanto a los principios valorados.

Sin embargo, resulta procedente y, a fin de hacer bien equilibrada la propuesta que se persigue, potenciar el debate de un trabajo como el presente, que se quisiera lograr;

⁷¹ Artículo 242 de la LPCALE de Cuba

⁷² Remitirse al artículo 244, segundo párrafo, de la LPCALE de Cuba. Según la sentencia No. 115 de 31 de mayo de 1988, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular “la calidad de notorio de un hecho no sólo la disfrutan las verdades científicas, geográficas, históricas generalmente conocidas, habida cuenta su grado especial de conocimiento por parte del llamado a recibirlas que las releva de prueba, sino aquellos otros que disfrutan de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla y que si bien no constituyen en sí un medio de prueba, en cambio requieren la demostración de su general conocimiento...”.

⁷³ Remitirse a los artículos 350 y 351 de la LPCALE de Cuba.

y para ello es preciso relacionar las ventajas y desventajas que, a juicio de algunos produce la oralidad, en la práctica de pruebas, para que, expuestas ellas sea posible tener una idea de las consecuencias que pueden traer las modificaciones que se pretenden, debiendo resaltarse que las expuestas a continuación resultan del compendio de varios criterios, siendo las reseñadas las que más se repiten dentro de los estudios realizados por los conocedores y estudiosos del tema escogido.⁷⁴

VENTAJAS DEL PROCESO ORAL.

- Posibilita el cumplimiento irrestricto del principio de inmediación. El proceso oral, basado en la mayor utilización de la palabra hablada favorece el intercambio del Tribunal con las partes, hay una cercanía que facilita ver y escuchar a las personas que son las partes y aunque sería errado afirmar que ello permitiría al juzgador “conocerlas” en el estricto sentido del término, sin lugar a dudas, al menos podrá crearse una visión objetiva de cada quien.
- Mejor aprovechamiento de las pruebas personales. Los medios personales, como su denominación indica, incluye la participación de aquellos que serán utilizados para acreditar extremos específicos. De igual manera que con respecto a las partes, pudiera en un intercambio oral, espontáneo y no planificado conocer las respuestas de los examinados, apreciando al propio tiempo sus “respuestas físicas”, es decir, el modo en que el cuerpo todo responde a los cuestionamientos practicados, quedando poco espacio para las mañas o el ardid.
- Apreciación conjunta de toda la prueba a medida que se va produciendo. Al tener una actuación más activa el Tribunal durante la práctica de la prueba, el intercambio previsto permite que este fije con mayor facilidad el resultado de aquellas que se van sucediendo.
- Favorece la pronta satisfacción de explicaciones, el presto sometimiento a careos y la inmediata formulación de aclaraciones. La fórmula escrita

⁷⁴. Peyrano, J, La prueba entre la oralidad Y la escritura .Argentina, 2009. Tomado en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/836/39.pdf>.

establecida actualmente para el proceso civil impide en ocasiones separarse del contenido de las interrogantes o puntos preestablecidos por los representantes legales. La oralidad bien empleada, revertiría esta situación permitiendo aclarar oportunamente cualquier extremo dudoso.

- Rapidez al dictarse la sentencia que ponga fin al proceso. En una actuación judicial caracterizada por la presencia de oralidad abundante pudiera redundar en mayor comodidad y confianza en el Tribunal para dictar un fallo. Al haber presenciado activamente la practica de las pruebas, quedaría menos espacio para la subjetividad y la existencia de dudas al momento de conformar un criterio, el que puede entonces emitirse de manera más ágil.

DESVENTAJAS DEL PROCESO ORAL.

Para otros, no tan interesados en sistematizar la oralidad en el proceso civil, es criterio que su establecimiento creará otras dificultades, que pueden sintetizarse como sigue:

- Se recargaría demasiado al Tribunal o juez que recibe y practica las pruebas, así como la dificultad que cuestiones tan triviales como enfermedades o traslados propiciarían de verse afectada la identidad de quien debe dictar sentencia. Para potenciar sentencias rápidas, el intercambio efectivo del Tribunal con las partes y sus representantes, es claro que el mismo órgano debe atender desde la práctica de pruebas hasta crearse una convicción al respecto, de lo cual se infiere que obligadamente debe ser el mismo Tribunal o juez el que comience y termine un proceso y en cualquier latitud, sin importar economías no están estos exentos de de las dificultades a que se expone cualquier ser humano.

- No siempre una rápida y ulterior valoración de los resultados de las pruebas practicadas constituye garantía suficiente de una eficiente administración de justicia. Consideran algunos y con razón que en ocasiones es necesario un mayor tiempo de análisis y valoración. A veces la premura ha demostrado no ser buena aliada en las cuestiones de razonamiento del derecho. Para algunos entendidos una apreciación pausada puede arrojar mejores resultados para la satisfacción de lo pretendido.

- La práctica de pruebas realizadas oralmente recargaría en exceso el trabajo de los Tribunales y Jueces. Sin lugar a dudas, una fase probatoria cargada de oralidad exige mayor dinamismo del juzgador y de no planificarse adecuadamente implicaría una afectación indiscutible a la salud física y mental de aquellos a quienes corresponde la administración de justicia.

Los argumentos antes mostrados sobre las ventajas que la oralidad ofrece al proceso civil en contrapuesto con sus desventajas, alegando que la falta de actuación escrita conduce a que la revisión o examen por el tribunal de instancia superior exige la reproducción total del juicio para resolver adecuadamente la apelación y la posibilidad de errores u omisiones por falta de registro escrito en las actuaciones; son contradicciones que solo son apreciables cuando se aplican de manera extrema tales principios, porque entre ambos no existe incompatibilidad; y si realmente en ocasiones la oralidad resulta atinada y necesaria, en otras, las posibilidades de la escritura resultan insuperables a los efectos del proceso.

II.4. BASES PARA LA REFORMULACION DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO, LABORAL Y ECONOMICO EN RELACIÓN A LOS MEDIOS DE PRUEBAS Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD.

Las anteriores precisiones resultan justas si quiere darse una visión imparcial del asunto objeto de estudio, y ponerlas a consideración de los interesados en el mismo. Propicia establecer criterios más racionales y carentes de subjetividad, no se persigue hacer coincidir el parecer de todos respecto a la oralidad en la práctica de pruebas en el proceso civil cubano, pero realmente es legítimo mostrar beneficios y perjuicios para que cada quien adopte la posición que prefiera.

En razón de ello se relacionan a continuación, y por separado, las probables modificaciones que pueden incorporarse a la Ley de trámites civiles respecto a la etapa probatoria en general y cada medio de prueba en particular.

II.4.1- UNA AUDIENCIA PREVIA. CRITERIOS CONTRAPUESTOS.

Hecha la valoración precedente se advierte el primer problema dentro de la fase probatoria, tan importante para el proceso civil. Existen variadas excepciones para disponer de los medios de prueba que la Ley franquea; una audiencia oral, previa a

este momento, pudiera dejar establecidos los puntos objeto del debate que ciertamente requieren ser acreditados. Sin excesos de formalidad, podría llamarse a la misma, una vez evacuado el trámite de duplica, en el proceso ordinario, o el de contestación si de otros procesos se tratare, en la propia providencia teniéndolo así, para que tenga lugar dentro de los cinco días siguientes a tal resolución, e incluso, para mayor efectividad, sustentarla en los escritos polémicos, de modo similar a como hoy se encuentra estipulado para el trámite Administrativo, de conformidad con el artículo 686 de la Ley de Trámites, e invocar, sobre qué extremos versarán las pruebas de las partes.

Esta idea, no es ni remotamente una creación de la autora, pues ampliamente sustentada en el mundo actual, encuentra fundamento en las nuevas perspectivas que ofrecen los estudiosos modernos del Derecho Procesal, cuando persiguen la actualización de los textos legales vigentes en sus países, así por ejemplo promueve Vescovi,⁷⁵ en México,...”en cambio, los más modernos códigos con excepción del último, el de Cuba (que sigue la línea tradicional que mencionamos), establecen que el actor en la demanda y el reo, en su contestación, deben acompañar ya sea todos los documentos ya sea la "petición de pruebas que pretende hacer valer" (artículo 75, número 10, Código de Colombia) o "las pruebas con las que pretende demostrar la verdad de los hechos alegados" (artículo 282, Código del Brasil).

En la misma línea se pronuncia el magistrado argentino Alejandro Leseer,⁷⁶ cuando afirma que: “La audiencia preliminar se ha erigido como herramienta insuperable de índole polifuncional, que se convoca una vez cerrada la etapa postulatoria del proceso en busca de una conciliación o el saneamiento, de la determinación de los hechos a probar y de la prueba a producirse.

La convocatoria a tal género de audiencia requiere de la activa participación de los jueces a la vez que intenta que las partes alcancen un mayor protagonismo sin delegar todo en su abogado, siendo ellos quienes, asistidos por el director del proceso y su

⁷⁵Vescovi, E. *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>

⁷⁶ Lesser A. *Juez en lo Civil y Comercial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, República Argentina en la Ponencia* “.Oralización de los procedimientos civiles y la audiencia preliminar. Una experiencia fructífera”. Soporte digital.

letrado, protagonizan la exploración de posibilidades de avenimiento, a lo que se agregan finalidades saneatorias (fijación de la legitimación de las partes, simplificación del objeto controvertido, determinación de los hechos litigiosos y de las pruebas a aportarse, lo que implica tareas de colaboración y actos de disposición de las partes (actos de renuncia, aceptación, simplificación, reconocimientos y declinaciones). Debiendo reconocerle los siguientes objetivos:

1) Obtener economía y celeridad.

2) Propiciar la conciliación total o parcial.

3) Sanear el proceso, subsanando causas de nulidad. Es el momento de verificar que la etapa postulatoria de las pretensiones de las partes está debidamente agotada y no han quedado cuestiones irresueltas antes de avanzar hacia la prueba.

4) Recibir y ordenar la producción de la prueba.

Si la prueba se ha de producir se requiere fijar los hechos litigiosos, antecedente necesario para el ordenamiento de la prueba conducente. Cuando no quedó claro si se ha desconocido un hecho, cabe solicitar en esta audiencia una precisión. Siendo que la prueba está destinada a formar convicción del juez, las partes pueden dar respuesta a alguna inquietud sobre el objeto de ésta o acerca de alguna en particular. Seguidamente se habrá de decidir acerca de la producción de la prueba, ordenando la conducente y desestimando la que no lo es. Con ello se logra economía de esfuerzo, tiempo y recursos.

5) Reajustar pretensiones y ordenar todo otro acto que haga a la economía y eficacia procesales.

Esta línea más moderna parece ser la aconsejable, de acuerdo a la brevedad del juicio y, sobre todo, a la lealtad y probidad que se requiere de las partes en el proceso y que autoriza a exigir, desde el principio, que éstas muestren todas las pruebas que se pretenden invocar y que se poseen...”

Inspirados en ello y como forma de atemperar el proceso civil patrio a la modernidad imperante en el mundo y sin pasar por alto la esencia e idiosincrasia propias del cubano, será factible que, llegado el momento de la comparecencia, el tribunal indagara

por su orden, a las partes, para que determinen, expresa y definitivamente, cuales extremos habrán de demostrarse y aquellos que no requerirán de pruebas, pudiendo incluso hasta abordarse los medios de entre los previstos que se traerán a las actuaciones.

La litis vana, en los nuevos tiempos va perdiendo sentido, a pesar de la condición de parte y con la cuota obvia de contradicciones que este carácter imprime a aquellas y sus representantes, bien pudiera utilizarse el proceso no ya para pretender con triquiñuelas ocultar lo mejor posible la responsabilidad de cada quien, sino para en pareja y caballeresca pelea ventilar la procedencia de un derecho y pudiera hasta pensarse, ¿por qué no?, en procedimientos alternativos para quienes optaren por trámites en que a pesar de existir controversias (a las que no hay por que renunciar), las herramientas utilizadas distarían de ser manipuladas, pues el uso de oportunidades donde la oralidad reinara impondría al proceso de un saludable respeto de unos por otros.

Tal audiencia no tendría porqué practicarse con la asistencia de las partes, aunque de participar éstas no sería el momento más engorroso, y en sencilla comparecencia de aquellas, y sus representantes legales con el Tribunal, en breves minutos pudieran evitarse largas horas en los estrados y lugares comunes a los procesos, al determinarse de manera previa, cuales medios de prueba propondrán, y con que objetivo, facilitando, por otro lado, el actuar del órgano judicial en el sentido de no estar obligado a admitir y poder rechazar de plano, sin ulterior recurso, también sinónimo de dilación, aquellas pruebas que no fueran establecidas en la comparecencia de marras.

Y pensando siempre en el objetivo supremo que inspira, cualquiera de las tesis referidas al proceso cubano actual (la reformulación y modernización de aquel) baste decir que no sería necesario, de introducirse la aludida comparecencia, realizar modificaciones sustanciales a la LPCALE, ni sería exigible más trabajo del Tribunal, sino solo una actitud más cooperativa por parte de aquel, mayor objetividad y disposición para buscar entre los litigantes la cooperación y concentración necesarias, en pos de la administración de justicia seria. En esta línea indudablemente y como punteras en el mejoramiento del proceso cubano, se encuentran las Instrucciones 187

de 2007 y 191 de 2009, ambas del Tribunal Supremo Popular de Cuba, aprobadas para introducir e implementar modificaciones a los procesos vinculados con el Derecho de Familia, la primera, y para los trámites civiles, la segunda.⁷⁷

A la par de este primer parecer es importante además se considere que, aunque el momento de probar demora en llegar, en relación con el inicio del trámite; desde el momento en que el cliente llega al abogado y pone en su conocimiento el asunto sobre el cual pretende litigar o responder la demanda que se le ha notificado, se le indagará en profundidad sobre las pruebas con que cuenta para demostrar su dicho⁷⁸.

En más de una ocasión ha quedado demostrado que no bastan escritos polémicos, bellamente redactados, para ganar un proceso, de hecho una fase de alegaciones por sí sola no surte efectos en el derecho reclamado, sino que todo lo que desde el punto de vista teórico se ha expresado, debe tener, obligatoriamente, un sustento en la fase probatoria, porque de lo contrario todo quedará en palabras y con ellas, está claro, no prospera lo pretendido. Una efectiva correlación entre las diferentes etapas del proceso resulta la fórmula ideal para obtener un proceso de calidad.

En principio, el que afirma en su beneficio la existencia de un derecho o de un hecho es quien está obligado a suministrar la prueba. Así pues, el demandante debe justificar su pretensión. Si no lo consigue, el demandado es eximido. Por su parte, el demandado deberá combatir las propuestas por el demandante, acreditando convenientemente sus alegaciones. De igual modo, si opone una excepción a la demanda, debe a su vez probar los hechos en que se apoya este modo de defensa; en cuanto a la excepción, desempeña el papel del demandante. Hacer otra cosa sería invertir la carga de la prueba.

⁷⁷ Boletín ONBC, No. 34 Abril-Junio 2009, ediciones ONBC. En la primera de sus cláusulas la Instrucción 191 dispone:

Los tribunales de la Jurisdicción civil, en los procesos ordinarios, sumarios e incidentes que se conozcan, podrán convocar a las partes a comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la LPCALE, la que efectuarán en las ocasiones a que se refiere el apartado primero de la Instrucción 187, con el objetivo de sanear el proceso de aquellas cuestiones litigiosas que subsistan, luego de concluida la fase de alegaciones.

⁷⁸ Según los Parámetros de Calidad establecidos para el trabajo de los abogados en la ONBC, resulta obligado recoger extremos relativos a pruebas tanto en el Contrato de Servicios Jurídicos como en la entrevista que en razón de ello se suscriba, la que igualmente resulta obligatoria en asuntos clasificados como Complejos y Muy Complejos dentro de los que se insertan todos los procesos de conocimiento.

Teniendo esto presente es preciso trazar una estrategia para conocer el alcance y valor de cada prueba que ha de proponerse con respecto a la pretensión establecida, y así evitar disquisiciones innecesarias respecto a aquellos medios que poco aportarán al proceso, lo que, por otro lado, no significa que no se hará uso de ellos sino que serán colocados en segundo nivel, respecto a aquellas que resultan imprescindibles a los efectos perseguidos. La prueba siempre ha de ser idónea, atinente y precisa.

En este punto se llama la atención sobre lo establecido en el artículo 243 de la LPCALE, respecto a la posibilidad del Tribunal de no disponer la apertura a pruebas del proceso, cuando el debate se contrae a cuestiones de estricto derecho, lo que pocas veces, por no decir ninguna, es utilizado por los tribunales y por ello se ha de estar atentos durante el desarrollo de la litis entablada para determinar con precisión si el asunto sometido al arbitrio del Tribunal puede o no considerarse como de estricto derecho, en cuyo caso se ha de potenciar más en serio la redacción de los escritos polémicos, para ilustrar con precisión al órgano juzgador y no quedarse a la espera de una oportunidad que nunca llegará, si se diera el caso de que el órgano jurisdiccional optara por esta posibilidad.

Para casos como el anterior, la audiencia referida pudiera servir también para prescindir de la apertura a pruebas del proceso y dar paso a dictar la sentencia que ponga fin al proceso. De cualquier modo, tales decisiones (elegir las pruebas que se aportarán o no aperturar el proceso a ellas) podrían exponerse en la potencial comparecencia con el único objetivo de lastrar al trámite de todo lo extremadamente engorroso y cargante.

Quienes participan de una relación procesal, han de estar conscientes, en primer orden, que probar es una carga, no una obligación. A pesar de ello, dejar transcurrir (intencional o negligentemente) el término de proposición de pruebas, además de una temeridad, es una actitud no recomendada, aún cuando pueda tenerse la certeza de un proceso absolutamente favorable para sí (lo cual es prácticamente imposible de determinar).

Por todo ello se es del criterio que la celebración de una audiencia para invocar pruebas (pudiera llamarse así) ayudaría en primer orden a evitar pasar por alto

semejante trámite, crearía el vínculo inicial del Tribunal con los litigantes, propiciando el reconocimiento de una visión preliminar respecto al debate entablado, extraería de la fase probatoria todos aquellos particulares sobre los cuales pudo existir consenso en la fase de alegaciones y fijaría en particular, los puntos que realmente merecen demostrarse. En fin, visto así el proceso civil ganaría en agilidad.

II.4.2. LA CONFESIÓN JUDICIAL.

Este medio de prueba para muchos, ofrece amplias posibilidades a quien la utilice durante el proceso, teniendo en cuenta, ante todo el carácter de prueba tasada que le imprime la Ley Adjetiva cubana, y el hecho de que lo admitido durante su práctica constituye prueba plena, en detrimento incluso de otras aportadas. Por otra parte están los que catalogan como desproporcionado dar por probados determinados extremos, en lo que consideran un ejercicio poco ortodoxo y afirman que los defensores de la conocida como Reina de las Pruebas, solo la sobrevaloran, en contradicción con el principio establecido en lo penal, para el acusado, sobre presunción de su inocencia independientemente de su dicho.⁷⁹

De cualquier modo, el criterio de valoración de esta prueba no constituye objetivo en el presente trabajo, y por ello, se prefiere dejar establecidos criterios contrapuestos, que igual, ayudan a ventilar las dificultades que la práctica establecida para ella recoge la LPCALE⁸⁰.

La primera dificultad aflora cuando se advierte que según la Ley las preguntas a tenor de las cuales ha de examinarse a la parte contraria se redactarán por escrito y con una antelación obvia, lo que puede producir la variación de las circunstancias tenidas en cuenta para la conformación de las posiciones, teniendo en cuenta el

⁷⁹ Se alude, sin lugar a dudas a lo establecido en el artículo 1 segundo párrafo de la Ley de Procedimiento Penal cuando establece: se presume inocente a todo acusado mientras no se dicte fallo condenatorio contra él. Todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. En consecuencia, la sola declaración de las personas expresadas no dispensará de la obligación de practicar las pruebas necesarias para la comprobación de los hechos.

⁸⁰ Artículo 263 de la LPCALE:-Las posiciones a cuyo tenor la parte deba ser examinada, serán formuladas por escrito con claridad y precisión y en sentido afirmativo, y deberán concretarse a hechos que sean objeto del debate. El Tribunal repelerá de oficio las preguntas que no reúnan estos requisitos. Sólo podrá exigirse confesión sobre hechos personales del llamado a prestarla. En ningún caso podrá pedirse confesión sobre hechos constitutivos de delito.

Artículo 264 de la LPCALE: La parte interesada presentará las posiciones en sobre cerrado, que conservará el Tribunal sin abrirlo hasta el acto de la comparecencia para contestarlas.

momento en que se abre el proceso a pruebas hasta que se dispone su práctica. No en todos los casos se aprecia demora para la práctica de las pruebas propuestas, pero es una realidad insoslayable este tema y, a pesar del término a que se contraen los artículos 245 y 247⁸¹ de la multicitada Ley, harto conocida es su dilatación, a lo que ha de sumarse que, para la práctica de ella, se precisa la citación personal del llamado a prestarla.

Partiendo entonces de que, una vez llegado el momento del examen, ya pueden ser obsoletas las preguntas realizadas, súmese a ello el hecho de que la lectura de las interrogantes por el Juez puede no coincidir con el sentido o entonación con que las redactó el oponente, amén de que para conseguir las preguntas que definitivamente propondría aquel debió tener en cuenta al menos:

- La apreciación psicológica de aquel a quien se pretende examinar en confesión, y aunque no sea preciso caer en extremados tecnicismos (pues no es exigible la realización de tests psicométricos ni cosa parecida) claro está, que no con cualquiera resulta productivo este medio de prueba. Debe analizarse, en la medida de lo posible, la personalidad, el comportamiento y desenvolvimiento de quien ha de prestar confesión, pues existen personas que, en ocasiones, es más beneficioso que se mantengan calladas, porque de lo contrario pueden aludir cuestiones que no interesa salgan a la luz, menos aún, a los efectos de un proceso y que alguien bajo la presión de un cuestionamiento realizado por un Tribunal de justicia puede dar sorpresas insospechadas, de ahí la importancia de observar siempre a los contrarios para tener al menos una idea aproximada de su psiquis, a la hora de ser cuestionado.
- La forma de redacción de las preguntas que han de conformar el Pliego de Posiciones en que se consignarán y si bien es claro el contenido del artículo 263 de la LPCALE sobre cuales cuestiones pueden formularse como tales, no cualquier pregunta permite obtener la respuesta que se desea, por eso se ha de ser muy cuidadoso en el modo de redacción de la interrogación, que siempre

⁸¹ Artículo 245 de la LPCALE: El término ordinario de pruebas será de treinta días.

Artículo 247 de la LPCALE: Solo cuando por causa justificada no imputable al interesado queden algunas pruebas pendientes de practicar el término del artículo 245 podrá prorrogarse por diez días más.

debe concretarse a los hechos objeto del debate, en relación con la persona que la presta. No se realizarán jamás preguntas sobre extremos que consten acreditados mediante documentos aportados al trámite (que obviamente tengan la validez y legitimidad de rigor).

- La extensión de la pregunta. Una interrogante demasiado larga confunde y optar por la pregunta donde se entremezclan dos y tres temas al mismo tiempo, puede convertirse en algo perjudicial para quien la formula. Ser preciso, pero no al extremo; se ha de encontrar la justa medida.

Para evitar lo anterior, pudiera llegar la estipulación de una prueba de confesión judicial oral donde, igual se ha de tener presente lo taxativamente estipulado en el artículo 263, sobre aquellos extremos que pueden ser objeto de este medio de prueba y, claro está, dejando constancia gráfica del resultado de la misma. Pero la autenticidad de una pregunta espontánea (aunque obviamente calibrada) no se compararía jamás, ni remotamente, con el frío contenido de un papel. Esa sería la oportunidad ideal para que el Tribunal observara de cerca rostro, manos y cuerpo del examinado, así como cada gesto de su anatomía. Realmente agrada pensar en el beneficio y fundamento que una cercanía de esta índole arrojaría a cualquier litis, por intermedio tan solo de un principio tan antiguo como es la oralidad.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000, La “confesión” de las partes fue sustituida por el “interrogatorio de partes” (artículos 301-316). Las antiguas posiciones, actualmente, son “preguntas” que se formularán oralmente, en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, que se tendrán por no realizadas. El Juez decide sobre la procedencia de las preguntas en el mismo momento del interrogatorio (artículo 302). La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de borrador de respuestas, aunque se le permitirá consultar en el acto documentos, notas o apuntes cuando sean convenientes para auxiliar la memoria (artículo 305,1).

Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas o, al menos, precisas y concretas, pudiendo agregarse las explicaciones convenientes (artículo 305,2). Los Abogados de las demás partes y el de la propia parte interrogada podrán formular a su

vez nuevas preguntas y el Juez podrá también interrogar para pedir al declarante aclaraciones o adiciones a sus respuestas (artículo 306,1). La incomparecencia de la parte puede permitir al Juez considerar como reconocidos los hechos en los que la parte haya intervenido personalmente (artículo 304) y la negativa a responder (salvo si concurre un deber legal de guardar secreto) o las respuestas evasivas, después del correspondiente apercibimiento, permiten al Juez considerar reconocidos los hechos a los que se refiere la respuesta negada o evasiva (artículo 307).

Ya en Cuba, en cuanto a la práctica de una confesión judicial no tienen por qué existir mayores dificultades; con la antelación correspondiente se ha de citar al llamado a prestar confesión y, en presencia del Tribunal y las restantes partes, comenzaría el representante legal contrario a realizar un interrogatorio que perfectamente puede estar determinado en Ley, en cuanto a su extensión. Considerando factores psicológicos pudiera asimismo eliminarse el carácter de prueba tasada y valorarla ya más en relación con las restantes aportadas al proceso.

Los extremos reseñados no significan absolutamente que introducir la oralidad de manera marcada para la práctica de la prueba de confesión judicial vaya a significar un beneficio literalmente hablando, para el proceso, claro que no, sería necesario comenzar a pensar en cuestiones objetivas y hasta de logística para obtener una prueba eficiente, porque es una realidad que estos particulares que adornan el ordenamiento jurídico de cualquier formación económica son expresión de las relaciones de producción que se establecen en la base y pretender cambios como el que se refiere, por mínimo que pueda parecer, implicaría hasta pensar en cuestiones tan simples como el traslado desde un lugar, lejano o no, de una persona para ser examinado en la propia fecha para la que fue citado, sin dejar brechas para los incumplimientos y otras dificultades que todavía hoy, lastran el proceso.

Pero, a pesar de todo, observar una prueba tan valiosa para algunos, desde el ángulo de la oralidad y con una práctica coherente y desprejuiciada puede, incuestionablemente aportar mejoras más que perjuicios, en la consecución de una tutela jurídica efectiva, tan reclamada en estos tiempos.

II.4.3. DE LOS DOCUMENTOS Y LIBROS.

A pesar de que respecto a los documentos se registran, al menos, tres concepciones⁸², se prefiere introducir este acápite con la representada por Carnelutti, cuando considera documento todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, representación que puede obtenerse mediante la escritura o por cualquier otro medio representativo (fotografía, fonografía, cinematografía, etc.) siendo lo importante no la gráfica, sino la representación.⁸³

Los documentos son herramientas poderosas durante todas las etapas del proceso. En la fase de alegaciones se conocen las previsiones legales, respecto a los que deben aportarse con los escritos de demanda y contestación.⁸⁴ Sentado esto, al proponerlos como prueba se aludirá, en primera instancia, a aquellos que ya forman parte de las actuaciones judiciales, por haberlos acompañados con los referidos escritos, precisando, en lo posible, el folio donde consta y su contenido para ilustrar al Tribunal y a la contraparte.

Indudablemente, en cuanto a ellos no es posible poner en práctica la oralidad, sin afectar la esencia que les es propia, sin embargo, respecto a los documentos la Ley provee el trámite de impugnación a que se contraen los artículos 284 y 285 que pudiera fácilmente ventilarse verbalmente. Tal afirmación se sustenta en el hecho de que, al limitar el artículo 285, las causales por las cuales un documento puede ser impugnado, en ocasiones una verborrea incoherente pretende restar eficacia a este medio de prueba, al tiempo que para quien la aporta se hace igualmente agotador rebatir el criterio contrario. En ocasiones solo se desea llamar la atención del Tribunal sobre

⁸² Montero Aroca, J y otros. Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y fiscal, volumen I, página 613. editorial Tirant to blanch. A la par del concepto esbozado coinciden los autores en reseñar otros conceptos de documentos como son:

- La concepción más amplia, es la de Guasp que hace coincidir documento con cosa mueble y así, documento es todo objeto que puede por su índole ser llevado físicamente a la presencia del Juez, mientras que monumento es la cosa que, pudiendo tener utilidad probatoria, no puede ser trasladada ante el juez.
- La más estricta es la que atiende al tenor literal de la Ley y exige para que pueda hablarse de documento la escritura, de modo que por documento entiende Gómez Orbaneja, la incorporación de un pensamiento por signos externos, bien usuales, bien convencionales, independientemente de la materia o soporte en que estén extendidos los signos escritos.

⁸³ Ibídem.

⁸⁴ De la LPCALE: Artículo 226: Con la demanda y la contestación se presentarán los documentos justificativos de la representación y del carácter con que se comparece, en su caso.

Artículo 227: Se acompañarán asimismo, los documentos en que el actor o el demandando funden el derecho que aleguen.

particulares específicos y, por ende, una valoración oral puede favorecer el intercambio y mejor aún crear un criterio en el Juez con un basamento objetivo sin necesidad de dilatados trámites para el intercambio de escritos de impugnación y su consecuente respuesta.

El momento para esto puede ser durante la práctica de la prueba de libros, u otro que se designe con mayor acierto, pero igual debe pensarse en los días que transcurren para que las partes debatan sobre la legitimidad o autenticidad de un documento específico, lo que suspende o retarda el curso normal que debe seguir cualquier trámite.

Dentro de este mismo acápite, la citada prueba de libros atraviesa dificultades respecto a los requisitos que su proposición exige. No solo se debe ser cuidadoso al proponerla, sino estar atentos durante su práctica, para obtener el mayor provecho de esta, evitando que se recojan aspectos que no son objeto de la prueba o se dejen fuera extremos trascendentes para el objeto del proceso. Por ello, solo debe fijarse el documento que se interesa sea objeto de examen y, en el acto de la práctica, poner a disposición de las partes litigantes todas las ventajas o desventajas que su contenido puede ofrecer.

En ocasiones, no se aprecian mayores dificultades cuando ,por ejemplo, tratándose de protocolos notariales se pretende dejar constancia de documentos particulares que constan en la matriz, pero no debe olvidarse que, de conformidad con lo estatuido en el artículo 291 de la Ley de Trámites, la práctica de esta prueba se encuentra en manos del Secretario, quien quizás no tiene la más remota idea del objeto del proceso para el cual realiza anotaciones y entonces, de manera mecánica, lleva al acta datos, fechas incoherentes que no tienen la menor significación para el Juez ponente. Una prueba de Libros practicada por el Tribunal y donde además se utilice adecuadamente la oralidad como medio para obtener los extremos que se supone están contenidos en el documento de que se trate y que sirven para validar la pretensión de una u otra de las partes litigantes, ayudaría en cualquier caso a evitar dejar fuera de su resultado particulares importantes para la decisión del asunto sometido a su arbitrio.

II.4.4. DICTAMEN DE PERITOS.

Dentro de los medios de prueba de orden personal, el dictamen de peritos también tiene una gran función respecto al proceso. El acudir a personal especializado para dejar en claro puntos del debate, puede resultar beneficioso o perjudicial si no se tuvo cuidado al proponerla. Dentro de los extremos por los cuales hay que velar para obtener en el presente una prueba pericial de calidad se encuentran:

- Se debe elaborar evitando el lenguaje confuso. Aunque es claro que a veces un proceso sobre temas no triviales obliga a las partes y al Tribunal a ilustrarse al respecto, si aun persisten dudas sobre determinados conceptos, debe interesarse el criterio que persigue obtener de la manera más llana y entendible posible, dejando al especialista el uso de los tecnicismos.
- Designar la materia que se considera proveerá el perito que será el adecuado para establecer las pautas del litigio, corriendo serios riesgos se deja la decisión en manos del Tribunal pues es posible que el área designada no sea la indicada para responder sus cuestionamientos.
- Interesar el Dictamen del especialista estableciendo de manera numerada y por separado los extremos sobre los cuales interesa criterio, y así propiciar hacer más entendible el resultado de la prueba para el Tribunal y las partes.
- Realizar la indagación partiendo de lo más simple y de manera gradual llegar a lo más complejo.

Tan engorroso trabajo se evitaría fácilmente si, admitida previamente la práctica de la prueba de marras, el tribunal, señalando día y hora hábil para efectuarla, se constituyera en el lugar objeto del litigio o teniendo a la vista el bien del dictamen y permitiera que, de manera oral, las partes por su orden indagarán con el especialista sobre los extremos que le provocan. Por supuesto, se debe de igual forma cuidar determinados particulares para preguntar y obtener respuestas del conocedor pero facilitaría mucho la obtención de abundantes resultados que en el presente se ven coartados cuando no se previó con antelación tal o, cual punto y, teniendo lugar la práctica de la prueba, es reacio el tribunal a permitir otros extremos sobre los cuales, con antelación, las partes no se pronunciaron.

En este punto debe aludirse al modo en que se recoge en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española la prueba de Peritos, cuando obliga en su artículo 336 a aportar, junto a la demanda y la contestación, los dictámenes de peritos de que dispongan y que sean convenientes para la defensa de los intereses que representan y en el caso de no poseerlos realizar el anuncio de su aportación posterior, todo ello con independencia de la posibilidad que tienen las partes y el tribunal de llamar a los peritos cuando deseen que comparezcan en la celebración de la vista o juicio oral.

Como en la confesión judicial y la prueba de libros no resulta necesario valorar modificaciones en la práctica de esta prueba, sino solo cambiar la forma hasta ahora utilizada, pudieran permanecer y mantenerse todas las exigencias respecto a quienes asistirán al proceso como peritos y las cuestiones relativas al señalamiento y otras cuestiones. Deberá tenderse más a hacer menos austera y estricta la materialización de las cuestiones que a criterio de las partes deba dictaminar el perito, reconociéndose la facilidad para que de manera ágil se realicen las intervenciones de los litigantes y sus representantes, siempre bajo la supervisión y el control del Tribunal.

Algo muy similar autoriza el artículo 347 de la LEC española cuando como colofón de la práctica de esta prueba facilita el intercambio con los peritos, rechazando únicamente aquellas cuestiones que sean verdaderamente inútiles e impertinentes, pudiendo solicitárseles aclaraciones, explicaciones y objeciones sobre métodos y premisas empleadas durante el dictamen, críticas al dictamen del perito de la parte contraria e incluso la formulación de tachas que pudiera afectar a aquel.

Todas las posibilidades expuestas contribuyen de manera efectiva a la utilización de un medio de prueba contundente para cualquier proceso. Resulta indudable que el aportar conocimientos científicos, técnicos, artísticos o de la índole que sea, siempre desde la visión de un especialista, propicia dotar al tribunal en general y al juez ponente, en particular, de un bagaje preciso, a los efectos del litigio que deberá resolver. La cuestión de la oralidad también favorece la prueba de peritos, sin lugar a dudas o cuestionamientos.

II.4.5. DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y LAS REPRODUCCIONES.

Caracterizada por la apreciación que hace el Tribunal de objetos, personas o lugares, al igual que su similar anterior exige para su práctica prestar atención a varios extremos, entre los que vale señalar:

- Como prueba encaminada a ilustrar al órgano jurisdiccional, no debe pretenderse jamás obtener de aquel pronunciamiento de orden técnico, pues para ello es el Dictamen Pericial.
- Evitar la alusión a cuestiones superficiales, la solicitud de examen debe enfocarse en los particulares específicos del proceso.

En la misma cuerda, que el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial puede perfectamente abandonar el marcado uso de la escritura para así aliviar los trámites. De manera sencilla, puede agotarse con la simple presencia del órgano juzgador y las partes en conflicto, a fin de que los representantes legales de estas lo ilustren sobre aquellos extremos que desean se tengan en cuenta para adoptar un fallo.

Por otra parte, no ofrece dificultad alguna lo relativo a su práctica y perfectamente todo lo recogido en Ley respecto a ella; al menos para los efectos de lo perseguido con este trabajo, puede permanecer igual.

II.4.6.- LA PRUEBA DE TESTIGOS.

Habiendo sido abordadas previamente tantas definiciones, queda ahora señalar que no es esto precisamente lo que determina el valor o resultado de una prueba que muchos consideran verdaderamente trascendente a los efectos del proceso y otros no tanto, por ello es necesario tener en cuenta que en gran medida será beneficiosa esta prueba para cualquier proceso, si en primer término se propone de manera adecuada. La rutina que a veces siguen los operadores del derecho procesal en su práctica diaria, por la presión que ejerce sobre ellos la excesiva carga de trabajo y obligaciones ha ido posibilitando restar importancia e interés sobre este medio de prueba que si bien es cierto no es lo que algunos imaginan, en ocasiones es el único con que se cuenta para acreditar particulares de interés.

Tomándola en comparación con los restantes medios de prueba dispuestos en Ley, es precisamente respecto a la testifical con relación a la que subsisten mayores quejas e inconformidades de los operadores del Derecho y la que, según afirman, debe modificarse su formalidad con más urgencia.

Al igual que para otros medios de prueba y quizás más, son varios los requisitos establecidos por Ley para proponer un testigo, cuestiones que pudieran igualmente reanalizarse, pues existen previsiones legales que dificultan la práctica de esta prueba, las que como tantas veces se ha expresado, no constituyen objeto del presente trabajo, pero que se enuncian dada la interconectividad que guardan con el tema escogido. Así, por ejemplo, el artículo 328 de la Ley de trámites excluye a determinadas personas de la obligación de declarar como testigos, pero semejante prohibición o limitación, según se mire, pudiera evaluarse si el examen de estos se implantara de manera oral. Una observación cercana (física o procesalmente) puede arrojar elementos invaluable para el proceso en general, independientemente de lazos parentales, enemistades o intereses, dotando al Tribunal de exquisitos fundamentos para sustentar su fallo.

Según reza una remota Ley: “Se debe escoger como testigos para las causas en todas las clases a los hombres dignos de confianza, que conozcan todos sus deberes, exentos de avaricia, y debe rechazarse a aquellos cuyo carácter es todo lo contrario”⁸⁵, y no le falta razón. Elegir la persona que prestará declaración como testigo, resulta una cuestión difícil. En primer orden deberá verificarse la disposición de aquel a quien se proponga, un testigo, citado en contra de su voluntad, puede resultar nefasto a los efectos del trámite y aunque la Ley no establece prioridad para llamar al testigo con conocimiento o no de que será citado, es conveniente que siempre, de ser posible, la persona sepa su intención.

En el presente se deben evitar los testigos emparentados con los litigantes. No ofrecen argumentos objetivos y como generalmente toman partido respecto a uno u otro de aquellos su declaración estará siempre lastrada por el peso de la subjetividad. Aclaración esta que no resulta superflua a pesar de la previsión del artículo 328 de la

⁸⁵ Ley de Manú,, libro Octavo, referente al Oficio de los Jueces, versículos siglo V antes de Cristo.

Ley de trámites, si se tiene en cuenta la gran cantidad de veces que se aprecian familiares propuestos como testigos.

A todo ello, se debe siempre considerar para proponer la prueba de testigos:

- No redactar preguntas que puedan crear confusión en el testigo. Evitar la ambigüedad en los términos que se utilizan, que no expresen rebuscamiento. Se debe redactar la interrogante de la manera más sencilla y precisa que pueda.
- No elaborar preguntas muy largas, crean dudas en el testigo. Los interrogados, supuestamente, han de favorecer a la parte que los propone no se deberán inducir a error redactando preguntas muy extensas.
- Ser gradual. Cuestionar en un orden lógico, yendo de lo más simple y sencillo a lo más complejo y elaborado.
- No incluir en la pregunta razones de conocimiento

Si todo los razonamientos anteriores no resultaren suficientes se adiciona el hecho de que presentar por escrito y de manera previa las preguntas respecto a las cuales han de examinarse los testigos, constituye la mayor dificultad de este medio de prueba al existir, en primer término, el conocimiento del representante contrario, respecto a los extremos sobre los que serán interrogados los testigos propuestos por su opuesto. No sería lo mismo si solo se apuntara previamente sobre que particular versará el interrogatorio y no la relación detallada de las preguntas que deben ofrecerse cargadas de viejas fórmulas con apego a épocas remotas.

Varias son las legislaciones que apuestan por la oralidad durante el examen de los testigos, entre ellos merece citar:

El Código de Procedimiento Civil Venezolano⁸⁶ dispone que, antes de contestar, el testigo habrá prestado juramento de decir verdad, declarará sus generales y manifestará si tiene impedimento para brindar testimonio. La formulación del interrogatorio se hará de viva voz por la parte promovente del testigo, y luego la contraria podrá realizar repreguntas. Cada pregunta y repregunta versará sobre un solo hecho. El juez puede hacer las preguntas convenientes para ilustrar su propio juicio, y también ordenar el examen del testigo en el lugar a que se ha de referir su deposición.

⁸⁶ Código de Procedimiento Civil Venezolano, soporte digital, biblioteca CIABO, ONBC.

El Código de Procedimiento Civil chileno⁸⁷ que exige al testigo prestar juramento de decir verdad antes de ser examinado. Es el juez quien realiza el interrogatorio para establecer si existen causas que inhabiliten al testigo y sobre los puntos de prueba que se hayan fijado previamente, pudiendo exigir que se rectifiquen, esclarezcan o precisen las aseveraciones hechas, mientras que las partes solo pueden dirigir preguntas por conducto del tribunal únicamente para fijar causas de inhabilidad legal o para que el testigo rectifique, esclarezca o precise los hechos sobre los cuales se invoca su testimonio. En el acta correspondiente deben consignarse las declaraciones conservando, en cuanto sea posible, las expresiones de que se haya valido el testigo, reducidas al menor número de palabras.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de México⁸⁸ que regula la formulación verbal y directa de las preguntas por las partes, que pueden solicitar al juez exija al testigo las aclaraciones oportunas si éste deja de contestar algún punto, ha incurrido en contradicción, o se ha expresado con ambigüedad. Así lo hará el juez si lo estima conveniente, y por su parte, tendrá el mismo la más amplia facultad para hacer las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad respecto a los puntos controvertidos. Solo se consignan en el acta, como regla general, las respuestas ofrecidas por el testigo, pero en forma tal que permita comprender el sentido o término de la pregunta formulada.

Desde el año 2000 en que fue aprobada la Ley de Enjuiciamiento Civil Española⁸⁹, se introdujo de manera marcada la utilización de la oralidad durante la práctica de pruebas, así, por ejemplo, en diferentes artículos se establece que:

- Las preguntas al testigo se formularán oralmente, deberán ser en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni, calificaciones que no deben ser autorizadas por el Juez pero que en todo caso se tendrán por no puestas (art. 368).

En el mismo momento del interrogatorio el Juez admite las preguntas formuladas correctamente y prohíbe las que no se ajusten a las exigencias legales (art. 368, 2). En

⁸⁷ Código de Procedimiento Civil Chileno, obrante en soporte digital en la biblioteca CIABO, ONBC.

⁸⁸ Ídem al anterior.

⁸⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en soporte digital la biblioteca CIABO, ONBC.

ese mismo acto del interrogatorio, los defensores de las partes que no hayan propuesto al testigo podrán impugnar las preguntas indebidamente admitidas y señalar las valoraciones y calificaciones improcedentes. Además, la parte podrá pedir que conste en el acta su protesta, a los efectos del ulterior recurso (art. 369).

Visto ello es hora entonces de pensar en reformular la arcaica práctica estipulada en la Ley de Trámites cubana, para la prueba de testigos, e instar para que se trabaje rápido y con esmero en la modificación de esta, porque ello solo redundará en provecho de una administración de justicia superior.

- LAS REPREGUNTAS.

En la misma cuerda de las preguntas, las repreguntas, aportan material suficiente al proceso, claro está, si se es cuidadoso y mesurado en su redacción y uso. Prevista la posibilidad de presentarlas en el artículo 323 de la Ley ritaria, se encaminan a lograr el examen de los testigos propuestos por la contraparte y persiguen, en todo caso, aniquilar al opuesto, prácticamente con sus mismas armas, por eso se ha de ser preciso en su uso para no desechar jamás la valiosa oportunidad de neutralizar a un contrario.

Por Ley se deben presentar las repreguntas con antelación al examen de los testigos, por ello su elaboración comienza en el momento en que se recibe el traslado de las pruebas propuestas por la contraparte. Un análisis de los testigos que se relacionan por el oponente y el posible conocimiento que posean del debate, permite establecer la estrategia para repreguntarlos. Sin embargo, esta formalidad prevista para lo que se conoce como segundas preguntas, limita al igual que aquellas la calidad del resultado que pueda obtenerse.

Su redacción, de manera espontánea y natural durante el acto del examen al testigo aportado, una vez que quien lo propuso lo haya interrogado dotaría a la prueba de testigos de una calidad superior. Constituye un desatino exigir la redacción previa de repreguntas cuando se desconoce la respuesta que dará el examinado o al menos no se puede tener certeza absoluta de lo que contestará ante el plenario. La repregunta realizada de manera oral puede ser la solución.

- LAS PREGUNTAS ADICIONALES.

Muy poco utilizadas, la regulación de este tipo de preguntas puede salvar carencias en los resultados de las preguntas y repreguntas. En la práctica son reacios los Tribunales a admitirlas, pero no debe ser ello limitante para proponerlas, siempre y cuando ello esté plenamente justificado. No son pocos los que esgrimen el criterio de que es posible la pregunta adicional solo cuando se realizaron repreguntas, pues lo consideran a partir del contenido del artículo 334 de la LPCALE, pero de un modo u otro, tenga en cuenta que elaborar una pregunta válida en el propio examen del testigo requiere medida y precisión, debiéndose aprovechar una oportunidad que puede resultar única para desvirtuar el testimonio de un testigo que lo perjudique o para lograr mayor claridad sobre un aspecto trascendente. Realmente respecto a ellas no se realiza propuesta, en específico, atendiendo a la regulación que las protege.

- **LA TACHA DE TESTIGOS.**

Cabe la posibilidad de tachar al testigo que ha incurrido en las causales previstas en los incisos 1,2 y 3 del artículo 329 de la Ley de Trámites, es decir, apuntar dificultades en un testigo que resten validez a su declaración, y perseguir dejarla sin efecto.

El artículo 341 permite tachar al testigo tanto en el acto mismo de la declaración como dentro de los dos días siguientes a esta o de haberse unido los resultados del despacho librado a esos efectos o de haberse enterado la parte de la declaración, en el caso del artículo 337.

La tachar por la tachar carece de sentido, si se carece de fundamentos para realizarla se pone en dudas la seriedad de su aseveración, pero si a pesar de ello se insiste en llevarla a efectos, lo idóneo es proponerla de manera verbal, en el acto del examen, y, de preferencia conceder, las facultades al Tribunal para que, al mismo tiempo, cuestione, abunde y propicie el intercambio a fin de formar convicción al respecto. Para el caso de pruebas practicadas con auxilio judicial en otras sedes puede mantenerse la posibilidad concedida en el antes mencionado artículo 337.

II.4.7. LAS PRESUNCIONES.

Teniendo en cuenta el tecnicismo que emana de su reconocimiento, el proponerla precisa del uso de formas escritas, en atención a lo que no se proponen, respecto a este medio de pruebas, modificaciones.

En este imperecedero debate entre oralidad y escritura, cada una con sus adeptos y detractores doctrinalmente, se han establecido, por quienes se han encargado del estudio del tema, tanto las ventajas como las desventajas de cada uno de estos principios, así; se reconocen dentro de las ventajas de la oralidad, aquellos que pueden resumirse en facilitar los principios de investigación, inmediación concentración y publicidad.

No obstante pueden agregarse sus beneficios en lo referente a la disminución de la formalidad pero no prudencia del proceso, celeridad y sencillez, además de la actividad mas efectiva de búsqueda y alcance de la verdad material, pues el procedimiento oral ofrece una magnífica ayuda al órgano de justicia, en tanto, el contacto directo y verbal entre el juez y las partes, en ocasiones, puede auxiliar en el necesario, e indispensable, descubrimiento de la relación jurídica material en el proceso, mediante el diálogo, se puede descubrir rápidamente el asunto de hecho y esclarecer con mayor prontitud, a través de las preguntas directas y espontáneas que se pueden practicar en el juicio a los sujetos procesales, así como, a los testigos y otros participantes.

En la voz viva hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras minúsculas circunstancias las cuales modifican y desarrollan el sentido de las palabras generales, y suministran innumerables indicios a favor o en contra de lo que las palabras afirman. Esa lengua muda, la elocuencia del cuerpo, siendo más interesante, es más verídica que las palabras, y sólo en menor grado logra esconder la verdad. Todos estos signos se pierden en la escritura, y le faltan al juez los más claros y seguros argumentos. Quizás, pecando de cierta contumacia en la preferencia por la oralidad, la escritura es considerada en casi su totalidad como su complemento para su práctica efectiva.

Una vez analizadas las propuestas de modificación que pudieran introducirse a lo establecido para el trámite probatorio del Proceso de Conocimiento en la LPCALE, y teniendo en cuenta que no entra ello en contradicción con los presupuestos generales para la administración de justicia y el ejercicio de la acción, queda solo estar a la espera de los criterios que respecto a lo referido pueden recogerse a fin de hacer viable el proyecto. Debe considerarse que lo expuesto resulta de unificar experiencias prácticas

adquiridas en varios años de estudio y en modo alguno puede servir, pues no es el objetivo planteado, para sentar pauta desde posiciones teóricas. Sencillamente se ha pretendido poner a disposición de todos, algunos rudimentos que facilitarían el trabajo de los operadores del Derecho.



CONCLUSIONES

1. El proceso civil se encuentra conformado por una serie de principios que constituyen directrices para el establecimiento de los cánones generales que sirven de base a la organización legal del Derecho positivo y entre otros tantos, se encuentran la Oralidad y la Escritura.

2. Las teorías modernas, esgrimidas por estudiosos del Derecho en varios lugares del mundo abogan por la introducción de más oralidad al proceso civil, haciéndose evidente un serio movimiento a favor del establecimiento del uso de la palabra hablada en los trámites judiciales.

3. En el Derecho Comparado actual se observan los proyectos o la inclusión en leyes procesales civiles de la utilización de ambos principios, donde la adecuada regulación de los actos procesales consiste en utilizar la oralidad en la extensión en que ésta ofrezca sus ventajas y la escritura y documentación en la medida en que produzcan beneficios sin despreñar las ventajas de ambas.

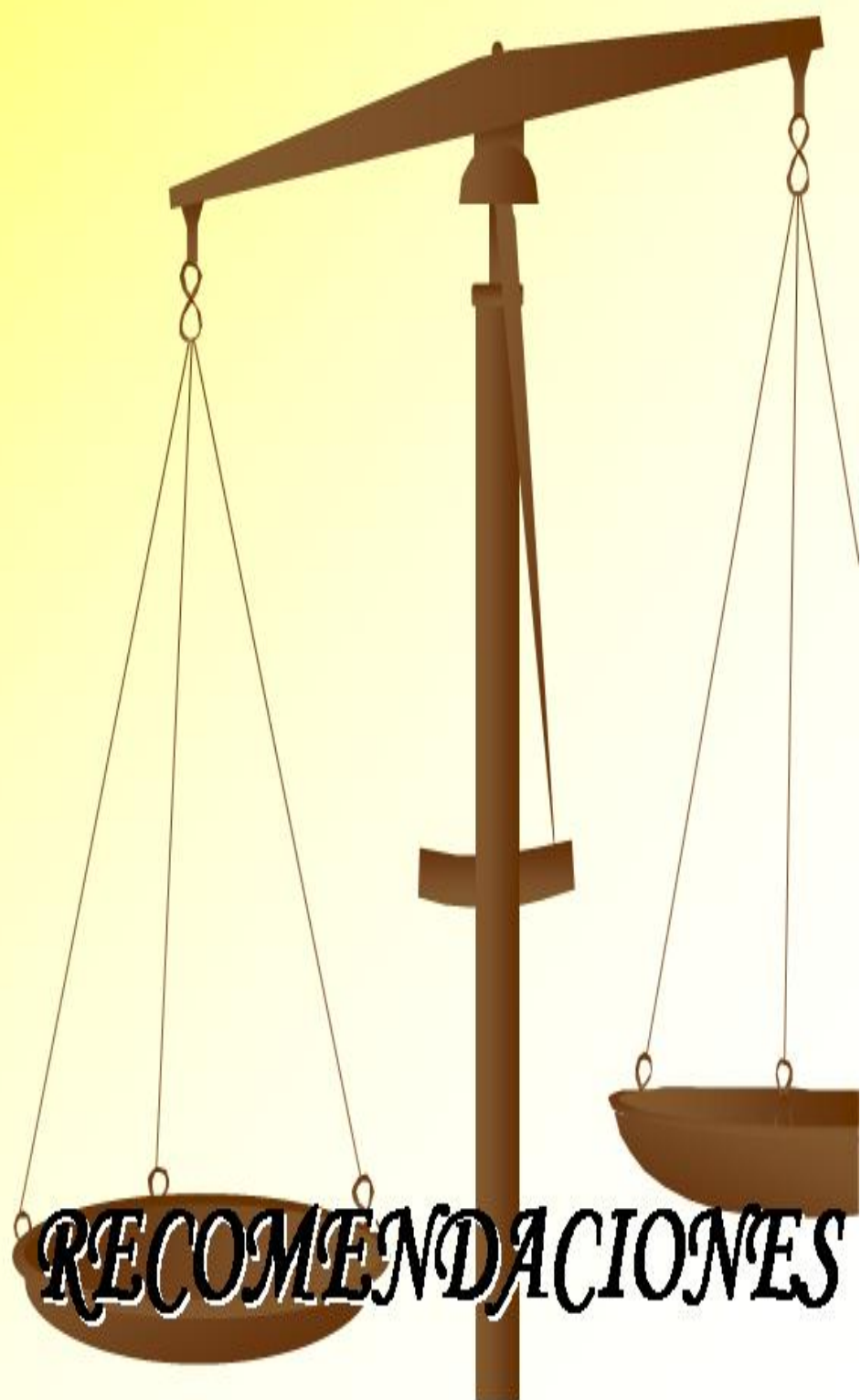
4. El arrimo a la prueba en el proceso civil constituye un punto de referencia necesario ya que es el sustento y complemento de aquello que las partes han argumentado durante la fase de alegaciones y que llegado el momento resulta preciso corroborar para que el tribunal arribe a una decisión definitiva.

5. El proceso civil cubano es marcadamente escrito, al estar caracterizado por el empleo excesivo de esta formalidad en la casi totalidad de sus trámites y a pesar de encontrar garantía en ello, la misma no es absoluta, dadas las deficiencias que semejante posición imprime a los procedimientos.

6. La fase probatoria del proceso de conocimiento cubano, carga con un uso extremo de escritura lo que constituye un impedimento tanto para la determinación de las pruebas a proponer como para la materialización práctica de estas, haciendo que se ralentice un trámite vital a los efectos del derecho que se reclama.

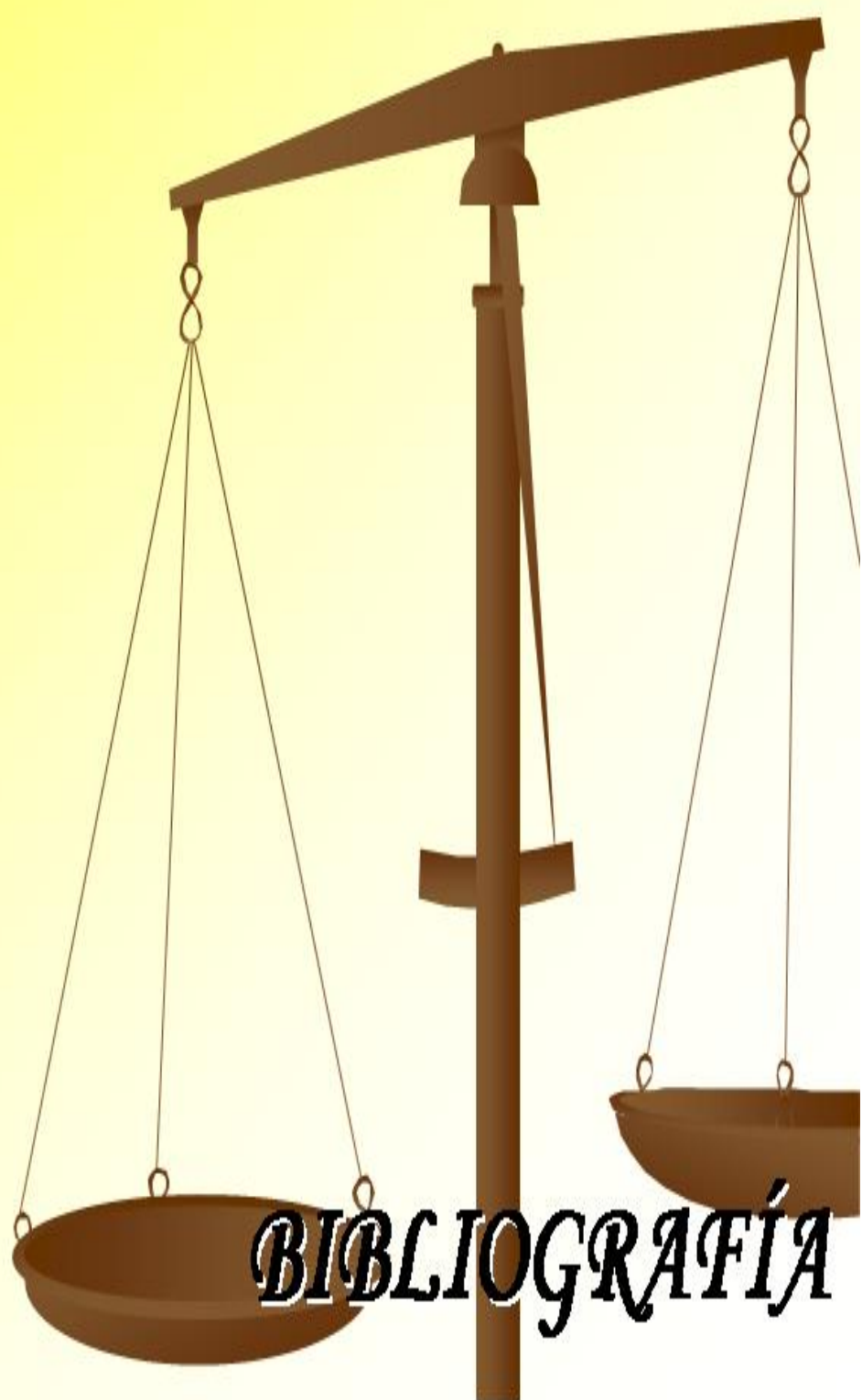
7. La implantación de mayor uso del principio de oralidad en el trámite probatorio del proceso civil cubano, que implique una comparecencia previa

para determinar las pruebas, el examen al confesante y testigos de manera verbal, sin la obligación de aportar preguntas previamente elaboradas, así como la práctica del Dictamen de Peritos y Reconocimiento Judicial, sin necesidad del establecimiento preliminar de los puntos sobre los que habrán de versar, dotarían al proceso civil de mayor efectividad en el cumplimiento de las garantías para las cuales se encuentra diseñado.



RECOMENDACIONES.

- Añadirle al proceso una audiencia previa para dotarlo de inmediación celeridad y concentración; subsistiendo con las ventajas ya existentes de la escritura, lo cual lo llevaría a la formación de un proceso civil de documentación, como un sistema mixto o intermedio.
- Adicionarle a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral, y Económico, un incremento del uso del principio de oralidad en la práctica de las pruebas cómo: la confesión judicial, prueba de peritos y prueba de testigo.



BIBLIOGRAFIA

- Acosta Ricard, Martha. (2004). *Los principios de la oralidad, escritura e intermediación en el proceso civil*. Tesis presentada en opción al grado de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia, villa clara.
- Almagro Nosete, J. (1982). Garantías constitucionales del proceso civil". In *Para un proceso civil eficaz* (p. 15). Barcelona: Edelsa.
- Alsina, Hugo. (n.d.). *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Vols. 1-2, Vol. 2). Ciencias Sociales.
- Couture, E. (1957). *Fundamentos de Derecho procesal civil*. Andina.
- Chiovenda, Giuseppe. (1940). Instituciones de Derecho procesal civil. *Madrid*, (3), 21.
- Devis Echandía, Hernando. (1961). *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá (Vols. 1-2, Vol. 1). Bogotá: Ciencias Sociales.
- Díez Picazo Luis, & Gullón Ballesteros Antonio. (2001). *Sistema de Derecho Civil* (10º ed., Vols. 1-2, Vol. 1). Madrid: Tecnológica.
- Eisner Isidoro. (n.d.). *La Prueba En El Proceso Civil* (Segunda edición actualizada.). Argentina: Abeledo-Perrot.
- Fernández de Castro, F, & Cerrillo y Quílez, Francisco. (1950). Principios de Derecho. In *Diccionario de Derecho Privado* (Vols. 1-2, Vol. 2, p. 311). Madrid: Labor.
- Florit Otero, Waldo, & Marrero Marcel, Yolanda. (1999). Apuntes sobre la prueba testifical y su reformulación legal en Cuba. Pueblo y Educación. Retrieved from Soporte Digital. Onbc.
- Grillo Longoria, Rafael. (1986). *Derecho Procesal Civil II*. Ciudad Habana: Pueblo y Educación.
- Heras García, Manuel. (October 13). Consideraciones Relativas Al Principio De Intermediación En La LEC/2000. Retrieved from Soporte Digital, Biblioteca CIABO, ONBC.
- Instituto iberoamericano de derecho procesal –secretaría general. (1988). *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo.
- Kisch, W. (1940). *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Madrid, 196.

- López de Haro, Carlos. (1913). *Diccionario de Reglas, Aforismos y Principios del Derecho*. (Segunda). Madrid: Reus.
- Mantecon Ramos, Dr. Ariel. (2003). *Interpretación axiológica de la prueba procesal civil en Cuba, con referencia específica al valor eficacia*. Boletín. Retrieved from CIABO.
- Mantilla Correa, Andry. (2004). *Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)* (Vol. 1). La Habana: Félix Varela.
- Martín Brañas, C. (2009, November 6). La oralidad y la segunda instancia. Retrieved from http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100007&script=sci_arttext.
- Martín Diz, Fernando. (2009, November 6). Oralidad Y Eficiencia Del Proceso Civil: Ayer, Hoy y Mañana. Retrieved from http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502005000100007&script=sci_arttext.
- Mendoza Díaz, Dr. Juan. (2005, de diciembre del 3). La Prueba en el Proceso Civil, 5, 38.
- Montero Aroca, J, Flors Matíes, J, & López Ebri, G. (1997). *Contestaciones al programa de Derecho procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal* (Vol. 1). Valencia: Tirant to Blanch.
- Palomo Vélez, D. (2009, November 25). Proceso civil oral: ¿qué modelo de juez requiere?, XVIII - Nº 1, 197. Retrieved from <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp18mar.pdf>
- Rodríguez León, L. (2008). *Eficacia de la prueba procesal civil*. Tesis para optar por el grado de Especialista en Derecho civil y Patrimonial de Familia, Cienfuegos.
- Tundidor Cumba, R. (2006, October). La prueba y la posibilidad del numerus apertus en el proceso civil cubano, (25). Retrieved from CIABO.
- Vescovi, E. (2009, November 25). Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano. Retrieved from <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>.
- Villalaín Ruiz, E. (2009). ¿Inmediación procesal o presencia del juez en las actuaciones como el garante de la igualdad de partes? Retrieved from [Soporte](#) Digital, Biblioteca TSP.

LEGISLACION CONSULTADA:

1. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico Cubana.
2. Códigos procesales de Honduras, Chile, Ecuador, Nicaragua, México, Costa Rica, Uruguay y otros.
3. Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

Paginas de Internet.

- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>
(consultada el 20 de octubre del 2009, 8:30 a.m.)
- http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-502005000100007&script=sci_arttext
(Consultada el 20 de octubre del 2009, 9:50 a.m.)
- <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp18mar.pdf>
(Consultada el 25 de noviembre del 2009, 8:30 a.m.)
- <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/836/39.pdf>
(Consultada el 25 de noviembre del 2009, 11:00 a.m.)
- <http://www.ministeriopublico.gob.pa/Fiscalias/Fac/AProcesosCiviles.aspx>
(Consultada el 2 de diciembre del 2009, 9:30 a.m.)
- www.tsp.cu/.../IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20ORALIDAD%20COM
(Consultada el 2 de diciembre del 2009, 11:30 a.m.)
- www.gacetaoficial.cu/html/ipcal.html
(Consultada el 2 de diciembre del 2009 10:00 a.m.)