MEMORIAS DEL VIII CONGRESO

INSTITUTO COSTARRICENSE DE DERECHO PROCESAL CIENTÍFICO

MEMORIAS DEL VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL

LAS AUDIENCIAS ORALES

(EN MATERIA CIVIL, LABORAL, CONTENCIOSA, FAMILIA Y AGRARIA)

COLABORADORES:

Katherine Calvo
Shirley Víquez
Erick Gatgens
Iván Vicenti
Carlos Picado
Ricardo Barrantes
Herman Duarte
Sergio Artavia
Nohelia Vega
Jorge Olaso
Luis Ortíz
Daniel Rojas
Enrique Ulate
Manuel Echeverría
Ricardo Zeledón

San José – febrero 2018

340.05 Las audiencias orales (en materia civil, laboral, contenciosa, familia y agraria / Sergio Artavia B. Carlos Picado V. (et al.).

1ª ed. San José, C. R.- febrero 2018.

609 p. 21 x 14 cm

ISBN 978-9977-13-576-2

1.- Derecho Procesal. 2. Proceso Civil, laboral. 1. Julia Varela-Carlos Picado. AA.VV. V. II Título

Comité Editorial

Dr. Enrique Ulate Chacón
Dr. Carlos Picado Vargas
Dr. Shirley Víquez Vargas
Dr. Álvaro Burgos Mata
Lic. Jonatán Picado León

Consejo Editorial

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón
Msc. Luis Ortíz Zamora
Msc. Herman Duarte
Dr. Herman Mora
Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez
Dr. Carlos Picado Vargas
Dr. Sergio Artavia Barrantes

Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico. Telf. 2234-0728. Fax. 2253-5657. www.institutocdp.org. info@institutocdp.org.

Editorial Jurídica Faro. Telf. 2234-0233. www.editorialfaro.com

INTRODUCCIÓN

"útil es el abogado que habla lo estrictamente necesario, que escribe claro y conciso, que no llena la audiencia con su arrolladora personalidad, que no hastía a los jueces con su prolijidad ni se les hace sospechoso con sus sutilezas; exactamente lo contrario, por tanto, de lo que cierto público entiende por "gran abogado". Los jueces se lamentan de que los abogados escriben mucho, y casi siempre tienen razón. Pero se equivocan de que los abogados escriben mucho, y casi siempre tienen razón. Pero se equivocan si, de este exceso, culpan solamente a la natural verbosidad de los abogados. Los jueces no saben en qué medida esta prolijidad se debe a las presiones del cliente, y cuanta paciencia necesita el abogado para no someterse a la insistencia de quien gradúa la bondad de la defensa por el peso del papel escrito (Piero Calamandrei. Elogio a los jueces escrito por un abogado, pág. 132-3).

Escribir para teorizar el difícil, escribir de manera práctica es complejo, escribir científicamente. sobre temas prácticos, es casi que imposible. Si escribir haciendo ciencia es casi imposible, la escritura reflexiva es un misterio en procesal. Para ello se requiere profundidad, lucidez, desdoblamiento del pensamiento, traer la esencia, la filosofía de la ciencia y llevarla al plano práctico, para una explicación profunda, pero comprensible.

Escribir en esa nota artística es inventar un mundo jurídico completo, amalgamar estudio, investigación y práctica, al plano de la realidad.

Estos ensayos están llenos de ciencia, menos académicos, menos rígidos, menos conceptos formales, pero son un sabio acercamiento a un pensar crítico. La claridad y concreción de los ensayos, les impregna de una gran utilidad práctica, como recordara Calamandrei, en la frase que inicia este prólogo.

El tema de estos ensayos "Las Audiencias Orales", será sin duda una gran herramienta, para ese guerrero que es el litigante, para el juez que debe consultar y resolver, comparta o no, la posición del científico, para el práctico que encontrará la explicación científica.

Confío constituya, de nuevo, la senda, que guíe a una nueva ciencia, verdadera ciencia, profunda ciencia.

Dr. Sergio Artavia B.
Presidente Instituto Costarricense
de Derecho Procesal

CAPÍTULO I

MATERIA CIVIL Y AGRARIA

La audiencia oral en los interdictos: materia civil y agraria
Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón 11

Las audiencias orales en la Ley de Cobro Judicial. Comparativo con el nuevo CPC
Lic. Ricardo Barrantes López 41

Teoría del caso y estrategia en los interrogatorios
Manuel Echeverría Echeverría 49

Psicología de los interrogatorios en las audiencias
Msc. Herman Duarte 87

El programa de la audiencia única en el monitorio de cobro
Dr. Sergio Artavia Barrantes 103

El cálculo probático y la teoría del caso
Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas 155

Teoría del caso y audiencia preliminar: consideraciones a la luz del NCPC, CPCA Y RPL
Msc. Nohelia Vega Carvajal 227

CAPÍTULO II

AUDIENCIAS EN MATERIA LABORAL

El proceso de audiencias previsto en la reforma laboral
Dr. Jorge Olaso 279

CAPÍTULO III

MATERIA CONTENCIOSA- PENAL Y FAMILIA

Las audiencias preliminares en el proceso contencioso administrativo y civil de Hacienda
Lic. Iván Vicenti Rojas..... 299

El abogado en la audiencia complementaria contenciosa
Msc. Luis Ortíz Zamora..... 319

Aspectos procesales y audiencia de la expropiación y jurisprudencia vigente
Lic. Daniel Rojas Pochet 359

Procesos actuales basados en oralidad en materia de familia
Dra. Shirley Víquez Vargas 429

Los recursos en las audiencias orales (CPCA, RPL y NCPC)
Katherine Calvo Artavia 459

La Audiencia Preliminar en el proceso penal costarricense. Situación actual y propuestas de Lege Ferenda
Dr. Erick Gatgens Gómez 523

El recurso de casación contencioso administrativo por causales probatorias: por violación de normas procesales y sustantivas
Dr. Ricardo Zeledón Zeledón.....575

CAPÍTULO I

MATERIA CIVIL Y AGRARIA

LA AUDIENCIA ORAL EN LOS INTERDICTOS: MATERIA CIVIL Y AGRARIA

Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón[1]

"Tampoco ahora es fácil captar la experiencia de la posesión. Ésta, en su estado puro, es la posesión ad interdicta. El juicio de interdicto propiamente posesorio -el de retener o recobrar- es un instrumento jurisdiccional expeditivo, pero débil. En primer término, por las simplificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El esfuerzo por centrar la tutela en el respeto a lo dado determina que todo lo dado pasa por ser posesión, lo sea o no. Nada cabe discutir sino si las cosas están o no como estaban. En el interdicto no hay recurso de casación en cuanto al fondo. Toda discusión se desplaza al juicio plenario; pero en éste la posesión sí cuenta muy poco. En segundo lugar, la debilitación del interdicto proviene de que en la sociedad de nuestros días, las que en otro tiempo fueron cuestiones posesorias han pasado a ser cuestiones de policía, de la administración en sus diversas facetas o del Código Pena…Para mí, la posesión es esto: la insuprimible necesidad del uso de los bienes que existe en cualquier

[1] Coordinador, Doctorado en Derecho UCR. Sant' Anna de Pisa, Italia, *Suma cum e lode.* Profesor de Derecho Procesal Agrario. Miembro fundador del Instituto Costarricense de Derecho Procesal. Juez del Tribunal Agrario de San José. Profesor de Derecho Agrario. Autor de diversas obras en Derecho Agrario y Derecho Procesal Agrario. Miembro fundador de Instituto Costarricense de Derecho Procesal. Miembro de Unión Mundial Agrarista -ex secretario-.

modelo de sociedad, La idea es digna de un diálogo entre juristas y sociólogos. (Hernández-Gil).[2]

SUMARIO:

1.- Introducción. 2.- Algunas distinciones entre el proceso ordinario y los procesos sumarios. 3.- La competencia en interdictos agrarios. 4.- Reglas básicas del procedimiento sumario y aplicación supletoria del Código Procesal Civil. 5.- El juicio verbal o audiencia oral. 5.1. Tópicos generales del debate oral (art. 106.1). 5.2. Tópicos específicos del debate en juicios de perturbación (art. 106.2): 5.3. El juicio de restitución (art. 106.3).5.4. El juicio de reposición de linderos (art. 106.4). 5.5. El sumario de suspensión de obra nueva (art. 107.1). 5.6. El sumario de derribo (art.108). 6. La sentencia y valoración de la prueba en los procesos sumarios.

1.- Introducción[3]

La posesión como instituto jurídico (sea civil o agrario, ecológico o ambiental) tiene, indudablemente, una manifestación económica y social de gran trascendencia en la sociedad costarricense, como expresión del Estado social y democrático de derecho. Su *estructura* (conjunto de derechos y obligaciones) y su ciclo de vida (origen, desarrollo y extinción), está aparejada a la diversa naturaleza de los bienes, sean civiles, sean productivos, que condicionan su

[2] Antonio Hernández Gil. *La Posesión como Institución Jurídica y Social*, Madrid, Espasa Calpe S.A., 1987, 12.

[3] Para un esbozo amplio de la materia consúltese las obras: Sergio Artavia Barrantes, Carlos Picado Vargas. *Los interdictos en material civil y agraria.* Ed. Dupas, Colegio de Abogados, 2007. También la obra del autor Enrique Ulate Chacón. *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, Ed. Dupas, 2002.

función económica, social y ambiental, para la tutela del interés individual, colectivo, o difuso.

La posesión encuadra en la estructura y en la función del Estado social con un programa de igualdad en la distribución de los recursos colectivos está llamada a desempeñar un importante papel(…) En el Estado social del bienestar la posesión no puede quedar replegada a las estrictas iniciativas individuales, en cuanto incorpora valores económicos y vitales de alcance total. La seguridad jurídica socialmente entendida no viene satisfecha a través de meras prestaciones pecuniarias. Implica el disfrute, la utilización de ciertos bienes que la persona por sí no está en condiciones de conseguir.[4]

El proceso sumario y su audiencia oral no puede verse como un fin en sí mismo. La atención principal del aplicador del derecho debe centrarse, para el caso del interdicto, en la tutela de la posesión (*ad-interdictam)* de hecho, que se ha venido ejerciendo en forma pacífica, actual y momentánea, en un bien inmueble. Es decir, se protege la posesión como mero hecho (no el derecho de propiedad o el derecho de posesión), como poder de hecho que se ejerce sobre el bien, sea a través de actos posesorios naturales o civiles (ejemplo cercamiento, mera tenencia, cuido, rotulación, ocupación de hecho, etcétera) o actos posesorios agrarios (aprovechamiento productivo de terrenos en cría de animales, pastoreo, cultivo de vegetales, mantenimiento de cercas, limpieza de carriles o colindancias, entre otros). No basta solamente el "ánimo" (animus) de poseer, sino, sobre todo, la posesión corpórea (corpus), efectiva del bien que se pretende proteger. Al igual que en el Derecho civil se considera que estos elementos deben

[4] Antonio Hernández Gil. *La función social de la posesión (ensayo de teorización sociológico-jurídica)*. Madrid, Alianza Editorial, 1969, 204-209.

verse a través de la moderna concepción de estudio de las instituciones del Derecho por medio del análisis de su estructura, esto es, del SUJETO, OBJETO y de la relación entre ambos, o sea, de la RELACION POSESORIA".[5]

Este breve ensayo pretende explicar los aspectos medulares de los procesos interdictales propiamente dichos (amparo, restitución y reposición de mojones), así como de los nuevos procesos cautelares (de suspensión de obra y derribo) y aquellos concebidos para la protección de intereses colectivos y difusos. En el abordaje del trabajo, se tratará de explicar, de modo coordinado, cómo confluyen los aspectos sustantivos y procesales en distintas materias, en particular, la civil, la agraria y la ambiental.

Por otra parte, no debe dejarse de lado los distintos modos de ejercer la posesión, pues bien puede ocurrir que el mismo provenga del dominio (derivación del derecho), del derecho de posesión, en su ejercicio material. También puede ocurrir que la posesión se desdoble en virtud de una causa contractual (usufructo, arrendamiento etcétera, caso en el cual deberá establecerse la necesaria distinción entre la posesión como derecho (ius possidendi) o la posesión como hecho (ius possessionis).

Son múltiples y variadas las situaciones posesorias por las cuales el jurista debe estar atento, a fin de no caer en excesos dogmáticos, sino más bien buscar soluciones apegadas a la realidad, al contexto jurídico y, sobre todo, buscando garantizar que el fin del derecho en el caso concreto,

[5] MEZA LAZARUS, Alvaro. "La posesión agraria". En: *Derecho agrario Costarricense*. Ed. Ilanud-Escuela Judicial, 1992.

haciendo uso de la tutela posesoria, pueda obtener seguridad jurídica, bajo el respeto de la paz social.

Las situaciones posesorias calificables como ius possessionis probablemente deban considerarse, sin ambages, como hechos, sin que dicha naturaleza sea obstáculo alguno a que el ordenamiento jurídico atribuya a tales situaciones fácticas las consecuencias que considere pertinentes (básicamente, la protección interdictal).[6]

2.- Algunas distinciones entre el proceso ordinario y los procesos sumarios

La Ley procesal otorga competencia a los tribunales civiles y agrarios para conocer de procesos sumarios, entre ellos, los interdictos, cuando éstos sean de naturaleza civil o agraria, respectivamente.[7] Por su naturaleza, el proceso sumario está destinado a ser mucho más rápido que el ordinario, pues fue previsto para situaciones concretas[8], las cuales requieren de una solución pronta y cumplida, a fin de no distorsionar la paz social y evitar que se ponga en peligro los bienes productivos, el medio ambiente, y el uso pacífico de los bienes inmuebles.

Los sumarios tienen plazos y términos mucho más cortos y reducidos que el ordinario agrario. La Ley de Jurisdicción Agraria no contiene, lamentablemente, una regulación expresa de éste tipo de procesos, remitiendo a la aplicación supletoria del nuevo Código Procesal Civil. En efecto, el artículo 79 de la Ley de Jurisdicción Agraria dispone lo siguiente:

---

[6] Carlos Lasarte. *Compendio de Derechos Reales*. Madrid, Marcial Pons, 2012, 70.

[7] *Ley de Jurisdicción Agraria,* No. 6734 del 29 de marzo de 1982, artículo 2 incisos a), b) y h).

[8] Código Procesal Civil, No. 9342 (Publicado en el Alcance Digital No. 54 de la Gaceta No 68 del 8 de abril del 2016), artículo 103.

Cuando el juez deba conocer de algún negocio que ordinariamente sea competencia de los tribunales comunes, y que no haya sido objeto de regulación expresa en esta ley, sujetará su tramitación al procedimiento que en cada caso establece el respectivo código, con las salvedades que se indican en los artículos siguientes.

La remisión al Código es para aplicar en la tramitación el procedimiento y, ahora, los principios que inspiran a éste, siempre que sean compatibles con los que gobiernan al proceso agrario y que están contemplados en la Ley de Jurisdicción Agraria. No tendría ninguna razón de ser que el negocio se conozca en sede agraria sino se van a aplicar los principios fundamento del proceso agrario. [9]

En consecuencia, para los procesos sumarios deberá aplicarse las normas de procedimiento previstas en el nuevo Código Procesal Civil (Libro II, Título I, Capítulo II) sobre el proceso sumario, sea en sus disposiciones generales (artículo 103), sea en sus disposiciones especiales sobre interdictos posesorios (artículo 106), suspensión de obra nueva (artículo 107) y derribo (artículo 108). Además, de las acciones tradicionales, debe destacarse que estas últimas dejaron de ser propiamente interdictos, para acercarse más a medidas cautelares de aseguramiento (para evitar daños y perjuicios irreparables e inmediatos). Por otra parte, es de llamar la atención en el sentido de que se incorpora una acción relativa a la posesión provisional de bienes *muebles* (artículo 103.7) y el restablecimiento del *derecho de paso* fundado en un título

[9] Enrique Ulate Chacón, *Tratado de Derecho Procesal Agrario*, Tomo I, Editorial Guayacán, 1999. En particular el Capítulo VIII, sobre principios del proceso agrario.

preexistente, cuando no proceda el interdicto (artículo 103.13), entre otras.

El ordinario generalmente se aplica por exclusión, o sea de manera residual[10], si el conflicto no puede ser resuelto en la vía sumaria o mediante otra tramitación especial. Sin embargo, debe indicarse que se trata de procedimientos alternativos. El sujeto procesal interesado puede elegir si exige la tutela de su derecho sea en vía sumaria, o bien a través del ordinario. Es decir, existe una concurrencia de instrumentos procesales a los cuales puede acceder quién demanda justicia.

Por ejemplo, un propietario de un fundo que es despojado tiene la posibilidad de demandar sea en la vía del interdicto, sea a través de un proceso ordinario (acción reivindicatoria). En cualquier caso, el tipo de tutela jurisdiccional que el actor obtiene es prácticamente equivalente.[11] En este caso, la restitución del bien. Sin embargo ello no podría ocurrir con quien no ostente el derecho de posesión o la propiedad, pues solo tendría acceso a la protección interdictal.

Su sumariedad significa que deben ser tramitados en forma rápida y, por ende, la etapa probatoria debe ser realizada en la forma más ágil posible. Generalmente los medios de prueba aquí utilizados son de más fácil acceso y se restringen a demostrar aspectos específicos (posesión actual y momentánea, actos perturbatorios o de despojo, construcción nueva, obra ruinosa, etc.). Es decir, el conocimiento del juzgador se orienta solo a determinados aspectos fácticos, o se accede a ellos con prueba de fácil acceso.

[10] Código Procesal Civil, artículo 101.

[11] LUISO (Francesco). Appunti di diritto processuale civile. I processi speciali, Pisa, Edizioni ETS, 1994, p.84.

Una de las diferencias más importantes entre el sumario y el ordinario es el efecto en cuanto se refiere a la cosa juzgada. El ordinario resuelve en forma definitiva los aspectos debatidos, mediante la cosa juzgada material. Las sentencias dictadas en los procesos sumarios producen cosa juzgada formal, pudiendo ser revisadas mediante un proceso declarativo ordinario.

En el sumario, el término del emplazamiento a la parte demandada es de cinco días, es un plazo fijo y más corto que el previsto para el ordinario agrario, el cual puede oscilar entre los 6 y 15 días, dependiendo de la lejanía y posibilidades de comunicación del demandado[12] y para el ordinario civil que es de treinta días.[13]

El elenco de excepciones previas previstas para el proceso en general son aplicables al sumario, tanto las procesales (falta de competencia, acuerdo arbitral, litisconsorcio, indebida acumulación y litispendencia) como las de fondo (cosa juzgada, transacción y caducidad).

En la etapa probatoria, es evidente la intención del legislador de tratar de agilizar al máximo las exigencias probatorias de los procesos sumarios. En la práctica los juzgados agrarios han venido realizado audiencias orales en los sumarios, en una sola audiencia, lo que también conduce a la celeridad. Dicha práctica ha sido adoptada ahora en la nueva regulación procesal civil.

[12] Cfr. Código Procesal Civil, artículo 103.2 y Ley de Jurisdicción Agraria, artículo 40.

[13] Ncpc, artículo 102.1.

Cuando el demandado no contesta ni se opone a la pretensión, dejando transcurrir el emplazamiento, la persona juzgadora debe declarar con lugar la demanda si fuere procedente.

Luego de evacuada la prueba se dicta inmediatamente sentencia.

La Ley de Jurisdicción Agraria, en su artículo 6, dispone que las sentencias dictadas por los Tribunales Agrarios en materia de su competencia producen cosa juzgada. No se distingue entre cosa juzgada formal y material, por lo que la norma se refiere a ambos tipos de eficacia. La formal se produce cuando la resolución queda firme y no es posible volverla a impugnar porque se han agotado todos los recursos, o bien porque no se plantearon a tiempo.

En el caso de los procesos sumarios, en vista de que éstos brindan una solución cuya sentencia puede ser revisada en vía ordinaria, producen eficacia de cosa juzgada formal. Sus medios de impugnación se agotan con la segunda instancia. Ello significa que si en un interdicto, por ejemplo, han participado dos sujetos, se ha discutido sobre la posesión actual y momentánea para pedir su restitución de un fundo agrario determinado, y recae sentencia definitiva de primera instancia (si no es objeto de apelación), o de segunda instancia dictada por un Tribunal civil o el Tribunal Agrario, ese conflicto no puede ser susceptible de otro proceso sumario, si hay identidad de los tres elementos (sujeto, objeto y causa). Cuando ello ocurra, es decir se plantee un nuevo proceso sumario con el mismo objeto, sujeto y causa, la parte demandada puede oponer la excepción de cosa juzgada formal, o bien, los Tribunales pueden declarar de oficio su existencia, y

desestimar el nuevo proceso, para evitar un nuevo juicio y que se produzcan fallos contradictorios. Siempre y cuando se trate de los mismos hechos.

Los efectos jurídicos que produce una sentencia de un proceso sumario tienen carácter autónomo respecto a los que se persiguen en un proceso ordinario. No son pocas las ocasiones en que los abogados litigantes o las partes pretenden modificar o dejar sin eficacia la sentencia firme dictada en procesos sumarios, sean interdictos o de otra naturaleza, alegando la nulidad del fallo o bien la falta de ejecutividad. Gestiones absolutamente improcedentes que no tienen cabida en nuestro ordenamiento, pues sería ir en contra de la autoridad de la cosa juzgada.

El efecto de la cosa juzgada formal en los procesos sumarios es fundamental para que la sentencia produzca toda su eficacia, especialmente en sede de ejecución.

Pese a lo dicho anteriormente, cuando la sentencia es desestimatoria del interdicto, el nuevo Código autoriza al actor para que solicite en un plazo de diez días, a partir de la firmeza de la sentencia, la conversión del proceso a ordinario, siendo que si se admite se conservan las medidas cautelares mediante caución, así como la anotación de la demanda, siendo eficaz la prueba ya evacuada.[14]

3.- La competencia en interdictos agrarios.

La Ley de Jurisdicción Agraria contiene varios criterios para definir la agrariedad de un interdicto agrario. El más expreso es el criterio objetivo. En efecto, el artículo 2 inciso b)

[14] Código Procesal Civil, artículo 103.4.

dispone que serán competentes los Tribunales Agrarios para conocer de los interdictos cuando estén referidos a predios rústicos. Además, en términos generales, el inciso b) se refiere a los juicios posesorios en que sean parte trabajadores agrarios, lo cual atañe a un criterio subjetivo.

El fundo agrario como elemento objetivo es fundamental para determinar la competencia de los Tribunales Agrarios, sea que en él se desarrolle la posesión agraria, actual y momentánea, mediante actividades tradicionales (agrícolas, pecuarias, forestales), o más modernas (silvopastoriles, acuicultura, protección del bosque para servicios ambientales, invernaderos, zoocriaderos, etcétera). Pero también puede tratarse, simplemente de un fundo cuya aptitud sea de vocación forestal o ecológica.

La Jurisprudencia, cuando se trata de actividades agrarias tradicionales, toma en consideración para determinar la competencia objetiva, la ubicación del inmueble (si está o no en una zona agrícola), su extensión y su aptitud productiva.[15]

También es importante, a fin de calificar un interdicto como agrario, considerar la naturaleza de los sujetos que participan en el conflicto posesorio. Normalmente, los conflictos posesorios agrarios ocurren entre personas físicas, sean estos campesinos o agricultores, dedicados al ejercicio de actividades agrarias o agroambientales, cuya posesión haya

[15] Sala Primera de Casación, Nº 82 de las 14:50 horas del 24 de junio de 1992, en igual sentido Nº 148 de las 14:10 horas del 6 de noviembre de 1992, Nº 32 de las 14:05 horas del 22 de marzo de 1991 y Nº 154 de las 10 horas del 13 de noviembre de 1992.

sido objeto de despojo o perturbación, o se alteren los límites del inmueble sobre el cual el sujeto agrario realiza su actividad.

Pero también pueden intervenir en éstos procesos empresas o personas jurídicas, bajo cualquier forma de organización, como actores o demandados, cuya actividad esté vinculada al ejercicio de actividades agrarias de tipo empresarial. Incluso, independientemente de la naturaleza del sujeto, también el Estado o un ente estatal como el Instituto de Desarrollo Rural, pueden figurar como parte actora o demandada en un interdicto.

El criterio más importante es el funcional, sobre todo porque el interdicto agrario busca proteger la posesión agraria ó agroambiental que se concreta en actos posesorios esencialmente agrarios mediante ejercicio de actividades agrarias productivas, frente a situaciones de perturbación o despojo que amenacen o pongan en riesgo el ejercicio de dichos actos.

De ahí que nuestra jurisprudencia haya afirmado en reiteradas sentencias, la competencia agraria mediante el ejercicio de la actividad. De esa manera los criterios objetivos y subjetivos se reconducen al perfil funcional de la posesión agraria: los actos posesorios esencialmente agrarios.

La vía expansiva del criterio de la competencia funcional ha permitido también conocer el ejercicio de la actividad agraria a través de actos de posesión ecológica, orientados más que a la producción, sobre todo a la conservación, pero siempre mediante una actitud activa del poseedor en la conservación de los bosques. Este criterio ha resultado fundamental para garantizar la protección adecuada de nuestras reservas y áreas

naturales. Lo anterior encuentra un mayor respaldo en la regulación del nuevo Código Procesal Civil en la defensa de bienes públicos de interés de la colectividad.

Otro criterio que ha redimensionado la competencia funcional en esta materia es el de las actividades agrarias conexas tales como el ejercicio de actividades agroturísticas, que permiten un mejoramiento del rédito a favor de los poseedores y empresarios agrícolas. En este ejemplo, la Jurisprudencia resume y aplica todos los criterios (objetivo, subjetivo y funcional) para calificar el asunto como agrario.

Otro criterio importante en materia interdictal se presenta, desde el punto de vista funcional, cuando un poseedor está haciendo uso de una salida o servidumbre, para destinar sus productos al mercado, y es perturbado o despojado de dicha salida o servidumbre, lo que pone en peligro inminente su producción agraria. En tales casos, como se verá, se puede ejercitar el interdicto de restitución, si el fundo está enclavado o tiene salida insuficiente, o bien, el solicitar el restablecimiento del derecho de paso o servidumbre constituida.

4.- Reglas básicas del procedimiento sumario y aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

La Ley de Jurisdicción Agraria, como lo hemos indicado, remite en su artículo 79 a la aplicación del procedimiento previsto en otros cuerpos procesales cuando las pretensiones no contengan su tramitación en la Ley de Jurisdicción Agraria. En el caso de los procesos sumarios, debe aplicarse supletoriamente la regulación de lo dispuesto en los artículos 103 y siguientes del Código Procesal Civil, que son las disposiciones generales para el proceso sumario. En ausencia

de norma procesal se aplicarían supletoriamente las disposiciones del ordinario agrario y no del ordinario civil, salvo que se trate de disposiciones que busquen la celeridad y buena marcha del proceso (artículo 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria).

El nuevo Código Procesal Civil contiene rasgos afines a las particularidades y principios de la Jurisdicción Agraria, pues derivan de la oralidad, la inmediatez, la concentración, las facultades de la persona juzgadora, la gratuidad y garantía de acceso a la justicia agraria, la libre valoración de la prueba, introducen modificaciones importantes, las cuales deben considerarse siempre, so pena de desnaturalizar el proceso agrario si se aplicaran únicamente los principios del proceso civil.

En cada etapa de los procesos sumarios, la influencia de los principios procesales es manifiesta.

La demanda, para el Derecho Agrario, es el acto procesal verbal o escrito, el cual ordinariamente inicia un proceso. Por su medio se plantea al juez competente una cuestión jurídica, donde se solicita que resuelva en forma favorable a los intereses de quien la presenta.[16] Pero para que sea admitida debe reunir los requisitos exigidos por la Ley.

En el proceso sumario agrario la demanda puede ser planteada en forma verbal, siempre que se tratara de agricultores de escasos recursos, o por escrito.[17] Por su parte el numeral 40 de la misma ley citada, expresa que, en los casos de

[16] Domingo Campos Rivera. *Derecho Procesal Agrario*, Ed. Temis, Colombia, 1993, 66.

[17] Ley de Jurisdicción Agraria, artículo 39.

agricultores de escasos recursos económicos, a juicio del tribunal, éste estará facultado para acudir al despacho, a contestar la demanda en forma verbal.

En la demanda sumaria, un aspecto importante es el relativo a exponer los hechos, pues en éste caso basta con hacer una exposición sucinta de los mismos. Entre más sencilla, clara y precisa sea dicha exposición, existirán mayores posibilidades de acercar al Juzgador al conocimiento de la verdad real de los hechos y, sobre todo, identificar adecuadamente la naturaleza del interdicto o sumario que se está interponiendo. Es decir, los hechos que sirven de fundamento a la pretensión solicitada.

En la relación de hechos debe explicarse, por parte del actor, en qué ha consistido la posesión agraria que ha venido ejerciendo en el fundo, en particular los actos posesorios civiles o agrarios. Además, debe indicarse cuales son los hechos o actos perturbatorios y de qué manera se manifiesta la intención de despojo, o cómo se concretó el despojo, o la remoción o alteración de linderos, etcétera.

Debe tenerse el cuidado, al plantearse la demanda, de no incurrir en alegatos sobre los derechos de propiedad o de posesión sobre el inmueble objeto de la demanda, porque si eso ocurre peligraría la vía sumaria y se podría generar una discusión propia de la vía ordinaria.

Por eso los hechos invocados en la demanda, en cuanto a los actos posesorios civiles o agrarios de los actores, y los actos perturbatorios o de despojo de los demandados, deben guardar una estrecha relación con la pretensión del interdicto. Cada caso donde se solicita la tutela interdictal agraria hay que estudiarlo bien, para poder determinar frente a qué tipo de

interdicto estamos, y así poder plantear de manera correcta la pretensión.

En efecto, si los actos son simplemente perturbatorios, con manifiesta intención de despojo, se debe solicitar en la petitoria que se ordene el amparo de la posesión civil o agraria que ha venido ejerciendo el actor, ordenando al demandado abstenerse de ejecutar en el futuro actos perturbatorios, bajo el apercibimiento de que en caso contrario puede ser juzgado por el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Por el contrario, si en los actos ejecutados por el demandado es evidente el despojo, es decir que el poseedor civil o agrario ha sido privado ilegítimamente de su posesión, lo procedente es solicitar en la demanda se ordene al demandado la restitución del bien en forma inmediata.

Si se trata de la alteración de límites o reposición de mojones, en las pretensiones se solicitará reponer la cerca o los mojones al estado en que se encontraban anteriormente, a costa del demandado o beneficiado con la alteración.

En fin, si se está iniciando una obra nueva que afecta la posesión civil, agraria de un fundo, o bienes públicos de uso común, deberá solicitarse la paralización inmediata de la obra y la confirmación definitiva, en la sentencia, de la orden emanada por la autoridad judicial.

En todos los casos, se debe pedir, además, la indemnización de los daños y perjuicios causados, así como las costas del proceso.

Si bien es cierto la Ley procesal señala que “Cuando se haya establecido equivocadamente un interdicto por otro, o

todos a la vez, de acuerdo con la situación de hecho, declarará con lugar el que proceda"[18], es importante saber claramente cuándo se está en presencia de uno u otro, pues de ello depende en buena parte el éxito de las pretensiones.

En cuanto a la individualización de los daños y perjuicios, la ley no exige indicar en qué consiste y cómo se originaron, como sí ocurre para el ordinario[19]. Algunos Juzgados lo han exigido como una prevención antes de dar curso a la demanda, lo que no parece incorrecto, por el contrario, da mejores bases tanto a la parte como al Juzgador, a fin de su liquidación y prueba luego de recaída la sentencia.[20] Sin embargo, en un análisis más detallado, se desprende que no es necesario siquiera que el actor los demande en sus pretensiones para que la persona juzgadora, al dictar sentencia estimatoria, esté facultado para condenar al demandado al pago de los daños y perjuicios.

Respecto a los interdictos la ley preveía que, en el auto de emplazamiento, se fijara inmediatamente el día y la hora para la recepción de la prueba en el lugar de los hechos, lo que en materia agraria se conoce como juicio verbal, fijando para esa misma oportunidad la práctica de un reconocimiento judicial. El nuevo Código Procesal Civil indica únicamente que debe hacerse a la mayor brevedad posible: "*El proceso sumario se substanciará en una única audiencia. Cuando sea necesario, de acuerdo con la naturaleza y circunstancias del proceso, se señalará la*

[18] Código Procesal Civil, artículo 106.1.

[19] Código Procesal Civil, artículos 35.1.1 en relación al 106.5.

[20] El artículo 106.5 del Código dispone "En toda sentencia estimatoria de procesos interdictales se condenará al demandado al pagos de los daños y perjuicios. La liquidación, la prueba y el cobro se harán en ejecución de sentencia, en el mismo expediente".

hora y fecha para la audiencia, que se celebrará a la mayor brevedad posible."

En ese mismo auto, el juzgador debe fijar prudencialmente la suma que el actor debe depositar para los gastos de la diligencia de recepción de prueba, salvo que se acoja al servicio de defensa pública agraria. Si por falta de depósito no se celebra el juicio verbal la persona juzgadora está facultado para resolver el interdicto sin más trámite, lo que comportaría, inevitablemente, a una sentencia desestimatoria.

Para el caso del interdicto de suspensión de obra nueva, se prevé la posibilidad de que el juzgador, una vez presentada la demanda ordene la suspensión de la obra en forma inmediata y se constituya al lugar de los hechos para practicar un reconocimiento judicial, pudiéndose valer también de la pericial. En este caso, el juzgador debe prevenir la suspensión al demandado dueño de la obra, o en su ausencia al director, encargado u operarios, bajo el apercibimiento de ser juzgados por el delito de desobediencia a la autoridad.[21] Es facultad de la persona juzgadora permitir la continuación de la obra, si apenas ocasionara un leve daño, pero debe rendir garantía, o la ejecución de labores necesarias para la conservación de lo construido, o bien su destrucción a costa del infractor.

Otras normas especiales se contemplan para el interdicto de derribo. En este caso la legitimación procesal corresponde a cualquier persona que se sienta amenazada por el mal estado de un edificio, construcción o árbol o inmueble, que amenazan al poseedor, transeúntes o los bienes públicos. El Juzgador debe constituirse de inmediato a hacer el reconocimiento

[21] Código Procesal Civil, artículo 107.1

judicial, valiéndose si es del caso de un perito, y dictar las medidas de seguridad que estime convenientes.[22]

Al igual que la interposición de la demanda, la contestación de la demanda puede ser de dos formas: Por un lado, en forma verbal, que la pueden interponer todos aquellos agricultores de escasos recursos a criterio del tribunal, siendo éste motivo suficiente para comparecer al juzgado, en presencia de la persona juzgadora, o personal del despacho el cual levanta un acta de lo expuesto por el compareciente. La segunda forma es la tradicional, por escrito, y que es la que se presenta por un abogado particular o por un defensor público agrario, si así lo dispone el Tribunal.

Desde el punto de vista jurídico, la contestación de la demanda es un acto procesal en virtud del cual el demandado asume, propiamente hablando, su defensa y de ser sujeto pasivo de la demanda pasa a desempeñar un papel igualmente protagónico al del demandante.

En efecto, el demandado al oponerse a las pretensiones del actor aporta pruebas, alega excepciones y realiza actos que en la práctica invierten los papeles hasta entonces desempeñados por las partes en el proceso. De lo indicado, se observa que la contestación de la demanda es de vital importancia, como la demanda misma. Con esto no se quiere decir, que el demandado está en la obligación de contestar, ya que tiene la potestad de abstenerse de hacerlo. Pero, en caso de no contestar, pierde la oportunidad de presentar las pruebas, las defensas previas, que más adelante hablaré de ellas, de igual manera a excepciones sean estas de fondo.

[22] Código Procesal Civil, artículo 108.1, 108.2.

El demandado, al contestar, debe interponer las excepciones, tanto previas como de fondo que tenga a su favor, tales como la de falta de competencia, falta de capacidad o defectuosa representación, indebida acumulación de pretensiones, prescripción, caducidad, pago, falta de derecho o falta de legitimación.

En el caso de que la contestación a la demanda sumaria contenga alguna omisión o defecto, también el Juzgado debe prevenir su corrección, otorgándole un plazo igual, de cinco días, con el apercibimiento correspondiente. En caso de que el demandado no conteste, ello no implica admisión de los hechos de la demanda.

5.- El juicio verbal o audiencia oral.

El Juicio verbal[23] es la etapa más importante del proceso sumario agrario. En ésta se da la máxima expresión de los principios procesales, sobre todo, de la oralidad, con todas sus consecuencias: la inmediatez, la concentración y la celeridad procesal.

Al igual que el ordinario agrario, que regula el juicio verbal en una única audiencia, también el sumario se substancia en una única audiencia, preferiblemente en el lugar de los hechos. En esencia, el auto de señalamiento para

[23] Esta denominación es válida toda vez que es la utilizada por la Ley de Enjuiciamiento Civil española Ley 1/2000, y la que contiene la Ley de Jurisdicción Agraria. La doctrina española, al efecto advierte la desaparición en la Ley procesal de la palabra "interdicto". Al respecto Miguel López Muñiz-Goñi. *Los interdictos. Guía Práctica y Jurisprudencia.* Madrid, Ed. Colex, 2001, 22. "Lo primero que hemos de indicar es que la nueva Ley Procesal ha desaparecido la palabra *interdicto*, recogiéndose, exclusivamente, una serie de acciones reconocidas a poseedores para que puedan, a través de un breve proceso, como el juicio verbal, recuperar la posesión perdida."

la audiencia oral, el tribunal determinará las pruebas que han de evacuarse antes o durante la audiencia.

Las partes deben presentarse con todas las fuentes probatorias ofrecidas o que pretendan proponer. El propósito es evacuar todos los elementos probatorios propuestos por las partes, previamente admitidos, y los ordenados de oficio por la persona juzgadora, en forma directa, a través de la expresión oral en donde se integren las partes, y sus abogados en un solo acto, con la finalidad de encontrar la verdad real.

La audiencia oral es una forma de expresión cultural de los conflictos civiles, agrarios y agroambientales. Es aquí donde realmente opera la humanización y socialización del proceso, porque la persona juzgadora se acerca al lugar del conflicto, se identifica con las personas o campesinos en aras de encontrar una solución equitativa a sus problemas.

El Código Procesal Civil[24], según las particularidades de cada proceso sumario, el cumplimiento de las siguientes actividades en la audiencia. Se inicia con el informe de las partes sobre el objeto del proceso, y luego el orden en que se cumplirán las cuestiones a resolver:

1. La Conciliación
2. La aclaración de las proposiciones de las partes (para corregir las oscuras, imprecisas u omisas, si se ha omitido hacerlo previamente).
3. Contestación de las excepciones, ofrecimiento de contraprueba.

[24] Código Procesal Civil, artículo 103.3.1.

4. Admisión, recepción y práctica de la prueba sobre alegatos de actividad defectuosa, vicios de procedimiento y excepciones procesales.
5. Resolución de puntos anteriores.
6. Fijación de cuantía
7. Establecimiento del objeto de debate.
8. Admisión y práctica de pruebas, en cuanto al fondo (41.4, 3 y 6)
9. Resolución sobre medidas cautelares.
10. Conclusiones de partes
11. Sentencia.

Como vemos, el propósito de la audiencia es, en esencia, la evacuación del elemento probatorio. Pero además de eso, es el momento quizás más propicio para que la persona juzgadora intente la conciliación entre las partes, para que la solución provenga sobre todo por iniciativa de ellas mismas, y no sea impuesta por el Juzgador.

El señalamiento generalmente se hace conforme a las agendas de cada Juzgado, atendiendo a las ocupaciones del Despacho, pero los sumarios deberán siempre ser prioritarios (luego de las medidas cautelares).

La oralidad no admite improvisaciones. Las partes y la persona juzgadora tienen suficiente tiempo para prepararse antes del debate. Esta es una diferencia muy importante con el sistema escrito. La citación al juicio verbal debe constituirse en un medio para advertir a las partes el deber de preparar su defensa, porque el diligenciar la prueba en la audiencia debe ser expedita y le corresponde a cada una la obligación de traerla al juicio.

Luego de constatar la presencia de las partes, la persona juzgadora abre la diligencia la conciliación. Las posibles soluciones al conflicto deben provenir de las partes involucradas en él. Por ende, la inasistencia de alguna de ellas impediría la conciliación. La persona juzgadora debe escuchar a las partes en forma igualitaria, para no generar ningún desequilibrio entre ellas. También puede hacer entrevistas individuales con cada una, para ir alivianando las diferencias.

En el acto de la conciliación, el Juzgador debe hacerle comprender a las partes la importancia de llegar a un arreglo amigable, tanto desde el punto de vista económico y social, como desde la óptica jurídica, haciendo énfasis en la cultura de paz social y conciliación. La conciliación se convierte en un instrumento importante para lograr la humanización del conflicto. La oralidad permite, justamente, el acercamiento de las partes litigantes, el contacto visual y físico, lo cual es un primer paso para intentar la conciliación.

Si la conciliación tiene éxito, se levanta el acta respectiva o se grava el acuerdo. De lo contrario, se continúa con la evacuación de la prueba ordenada, pero es muy importante tomar en cuenta aquellas manifestaciones de las partes, que puedan ser objeto de valoración en el momento de fallar el asunto. Aunque lo que las partes manifiesten en el acto de conciliación no producen confesión, su testimonio es muy importante para la averiguación de la verdad real.[25]

El acta debe ser lacónica. Es decir, en ella se expresa de una forma clara y precisa el resultado de la diligencia. No se

[25] Jairo Parra Quijano. *Tratado de la Prueba Judicial*, Tomo II, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 3ª. Edición, 1994, 266.

consignan alegatos de las partes en cuanto al rechazo o admisibilidad de las pruebas, ni la juramentación de los testigos, ni sus generales, a menos que tengan algún nexo con los litigantes. Aunque sí se interrogan sobre las generales de ley.[26]

a.- Tópicos generales del debate oral (art. 106.1):

En términos generales, tanto el tribunal como las partes, deberán tener presente como aspectos de fondo en los interdictos posesorios, estos extremos del debate:

a) Posesión actual y momentánea sobre el bien

b) Limitar y evitar la discusión sobre cuestiones de propiedad o posesión definitiva.

c) Orientación, con base en los hechos debatidos, del tipo de interdicto (amparo, restitución o reposición de linderos).

d) Plazo del inicio de los hechos u obras contra las que se reclaman.

b.- Tópicos específicos del debate en juicios de perturbación (art. 106.2):

Tratándose de sumarios para el amparo de la posesión, se deben tomar en consideración las siguientes particularidades a debatir:

a) En qué consisten los actos que se consideran perturbatorios

b) Si hay evidente intención de despojo

c) Si hay afectación de uso y disfrute de bienes públicos (en perjuicio de la colectividad)

[26] Código Procesal Civil, artículo 43.4.

d) Demostrar la posesión legítima o por más de un año si se demanda a quien poseyó anterior e inmediatamente como dueño.

e) Demostrar que se actúa en defensa de intereses difusos (bienes públicos)

f) Tratándose de servidumbres (contínuas no aparentes o discontinuas), demostrar el título de donde proviene, o bien si se trata de la protección de fundo enclavado, por ser la única salida o tener salida insuficiente.

c.- En el juicio de restitución (art. 106.3):

Para los casos del sumario de restitución, cuando ha existido despojo, los temas que pueden ser objeto de debate son:

a) Demostrar la posesión actual y momentánea, o el aprovechamiento público del bien.

b) Cuándo y cómo se da el acto de despojo ilegítimo del inmueble, sea total o parcial.

c) Si hay despojo de bienes públicos con afectación de la ciudadanía en general.

d.- En el juicio de reposición de linderos (art. 106.4):

Por otra parte, el interdicto posesorio que tiene como fin la defensa de las colindancias debe considerar en el debate:

a) La posesión actual y momentánea

b) En qué consiste la alteración de límites (corrimiento de cercas, mojones, alteración de límites, excavaciones, rellenos, etc.)

c) Quién es el responsable del hecho, el ejecutor de la obra, o quién se beneficia de la misma.

e.- El sumario de suspensión de obra nueva (art. 107.1):

Este proceso se ha convertido en autónomo del interdicto posesorio, y se trata más de una medida cautelar. De ahí que se ha de considerar como puntos fundamentales del debate:

a) Amenazas a los derechos del propietario o poseedor, o transeúntes en vía pública.

b) la construcción de la obra nueva, en perjuicio del poseedor/propietario, o en perjuicio de bienes públicos.

c) La adopción de la medida preventiva de suspensión de la obra o aseguración (de modo que ofrezca competa seguridad). Giro de la orden

d) Pertinencia de la pericial.

e) Ordenes de conservación o destrucción. Garantías.

f.- El sumario de derribo (art.108):

En estos casos, se pone en riesgo derechos del poseedor, los transeúntes o bienes públicos, por situaciones derivadas de un riesgo existente o creado, de manera tal que, al igual que la situación anterior, e torna más en una medida cautelar para evitar un riesgo inminente.

a) Constatación "in situ" del estado del edificio, construcción, árbol o inmueble que amenazan los derechos del poseedor, transeúnte.

b) La constatación si tales inmuebles pueden perjudicar bienes públicos.

c) La adopción de medidas de seguridad.

6. La sentencia y valoración de la prueba en los procesos sumarios.

El proceso civil y agrario se fundamentan en la determinación de la verdad real, por ello aun cuando no se conteste la demanda, el actor debe de demostrar los hechos en que fundamenta su pretensión, porque en sede agraria, la rebeldía no implica el reconocimiento de los hechos de la demanda, la persona juzgadora debe de fallar tomando en consideración el resultado de la prueba que en definitiva arroje el proceso, inclusive la que se hubiere ordenado de oficio[27] o para mejor resolver.[28]

La sentencia en los procesos sumarios civiles y agrarios debe contener los mismos requisitos exigidos por la Ley procesal.

En particular, merece destacar la aplicación del artículo 54 de la Ley de Jurisdicción Agraria, en el sentido de que el Juzgador debe pronunciarse sobre todos los extremos que han sido objeto del debate, pero también debe destacarse el artículo 106.1 del Código Procesal Civil que otorga la posibilidad de declarar con lugar el interdicto que proceda, conforme a lo debatido y probado en juicio, sin que ello signifique resolver fuera de lo debatido.

La valoración de la prueba debe hacerla libremente, fundamentando en el fallo las razones de lógica, de psicología,

[27] "…las facultades del Juez para solicitar pruebas son absolutas, puesto que son todas aquellas que estime necesarias o pertinentes, tanto para acreditar los hechos que fundamente la acción principal…las pruebas que solicite el Juez podrán ser complementadas por aquellas que pidan las partes cuando el tribunal las acuerde, o podrán oponerse a su práctica, cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 433.1 de la Ley Procesal, puedan vulnerar derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba…" López Muñiz-Goñi. *Los interdictos. Guía Práctica y Jurisprudencia.* Madrid, Ed. Colex, 2001, 48-49.

[28] Código Procesal Civil, artículo 41.3, Ley de Jurisdicción Agraria, artículo 53.

de experiencia común o máximas de experiencias que llevaron a formar su convicción[29]. Igualmente deberá expresar los principios de equidad y de derecho en que se fundamenta.

Una vez realizado el juicio verbal o la audiencia oral, le corresponde a la persona juzgadora dictar la sentencia de manera inmediata.[30] Sin embargo, parece necesario, tanto en materia civil como agraria, brindar a las partes la oportunidad de que realicen un breve alegato de conclusiones, como lo indica la doctrina.[31]

En la sentencia es necesario que la persona juzgadora aplique los principios de libre valoración probatoria, con fundamentos de equidad y de derecho. En su virtud, la persona juzgadora no puede analizar los elementos de juicio que aportan las partes al proceso aislada e individualmente, sino en su conjunto, para darles su verdadera dimensión, dentro de los principios del proceso agrario.

7.- Conclusión

La nueva reforma procesal civil provoca, sin duda, un acercamiento de los principios del proceso civil a los ya existentes del proceso agrario.

[29] Código Procesal Civil, artículo 41.5, Ley de Jurisdicción Agraria, artículo 54.

[30] Código Procesal Civil, artículo 103.3.11, Ley de Jurisdicción Agraria, artículo 54.

[31] López Muñiz-Goñi. *Los interdictos. Guía Práctica y Jurisprudencia.* Madrid, Ed. Colex, 2001, 427. "Ya hemos dicho que para lograr una tutela judicial efectiva parece lógico que después de practicadas las pruebas se de opción a las partes para unas sucintas, breves y escuetas alegaciones para valorar las pruebas practicadas y ratificar sus peticiones, aunque reconocemos que la Ley Procesal reconoce esta actividad procesal para el juicio ordinario…"

Dicha compatibilidad permite, por un lado, garantizar una tutela más amplia, tanto civil como agraria, de la posesión como hecho, a través de los procesos sumarios interdictales tradicionalmente conocidos, como lo son el de amparo, el de restitución y la reposición de mojones. Con ellos se garantiza la seguridad jurídica, la paz social[32] y la defensa de los bienes públicos de interés común.

A los interdictos se les concibe o caracteriza como un proceso posesorio, especial y sumario.[33] Posesorio porque su fin inmediato es la protección de la posesión, pero no puede perderse de vista que su fin último o mediato es el mantenimiento del orden público y la paz social, evitando la autotutela; es decir, que se haga justicia por mano propia.

Es especial, porque tiene una regulación distinta del ordinario civil y agrario, con trámites específicamente regulados en el Código Procesal Civil y regidos bajo los principios procesales civiles y especiales del proceso agrario. Es sumario porque en él concurren varias notas características: entre ellas la "summaria cognitio", la limitación de alegaciones y medios de prueba y sentencia sin autoridad de cosa juzgada material.

La audiencia oral (o juicio verbal), permite no solamente la concentración, sino también la humanización del proceso

[32] Alvaro Meza Lázarus. *Tratado de la posesión*. San José. Isolma, 2009, 117. "…se considera más acertada la posición de aceptar como fundamento de la protección posesoria de la teoría de la paz social y el orden público, que acentúa, con razón principal, la seguridad jurídica que obliga a mantener las situaciones de hecho hasta tanto no exista un pronunciamiento jurisdiccional definitivo…".

[33] Lledó González, Mario. "Interdictos de Retener y Recobrar". En: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 55.

civil, pues acerca a los jueces a las partes y al lugar del conflicto a fin de resolver las controversias. La cautela individual y colectiva que buscan los sumarios de obra nueva y de derribo será más rápida y efectiva.

LAS AUDIENCIAS ORALES EN LA LEY DE COBRO JUDICIAL. COMPARATIVO CON EL NUEVO CPC

Ricardo Barrantes López

En mayo del año en curso, se cumplirán diez años de la entrada en vigencia de la Ley de Cobro Judicial, la cual fue el primer intento de introducir la oralidad en los procesos civiles.- Si bien esta normativa será derogada al entrar en vigencia el Código Procesal Civil, lo cierto es que podemos entrar analizar las ventajas y las desventajas que hemos encontrado durante esta década.-

En primer término debemos indicar que la audiencia oral dentro de los procesos monitorios sólo serán señaladas en virtud de oposición calificada como fundada por el juzgador, artículo 5.5 de la Ley de Cobro.- El juez sin entrar en un análisis profundo de la oposición debe de calificarla, es decir, si se encuentra basada en una de las excepciones perentorias (prescripción, pago, falsedad o falta de exigibilidad) y acompañada del ofrecimiento de prueba útil y pertinente; caso contrario resultará infundada.- Este análisis resulta de gran importancia, pues de resultar infundada la oposición, la resolución intimatoria adquiere el calificativo de sentencia y se procederá con su ejecución, teniendo presente que esa declaratoria carece de recurso de apelación.-

Siguiendo bajo esa línea, el Dr. Jorge López González, ha señalado: "Ante una expresa previsión, parece que será obligatorio señalar (para audiencia) siempre, aunque sea solo para intentar la conciliación". Sin embargo, en la práctica se

ha seguido otro camino. Cuando en la oposición se realicen alegaciones carentes de fundamento jurídico o cuando no sean opuestas excepciones materiales con el debido ofrecimiento de prueba, pero del contenido del escrito hay una manifiesta intención de llegar a un acuerdo conciliatorio, se ha declarado como infundada la contestación, pero se señala audiencia para la conciliación con base en la Ley de Resolución Alterna de Conflictos con la finalidad de propiciar la terminación del proceso.-

Siempre bajo la temática de la calificación de la contestación, de resultar como fundada, surge la interrogante: si toda oposición debe ser objeto de análisis en audiencia oral?- Pareciera que la respuesta debe ser afirmativa, pues como se indicó en el numeral 5.5 de la Ley de Cobro, se establece ese imperativo; además el ordinal 35 de la misma ley contempla: "…La expresión oral será el medio fundamental de comunicación. Solo serán escritos los actos autorizados expresamente por esta Ley y los que por su naturaleza deban constar de esa forma. En caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el tribunal escogerá siempre la oralidad.- Consideremos además que el artículo 110.4 del Código Procesal Civil sigue el mismo camino: "Ante oposición fundada se señalará una audiencia oral que se regirá por las disposiciones establecidas para el proceso sumario" y los principios rectores de los artículos 2.6 y 2.10 sobre oralidad y publicidad establecen: "El proceso deberá ajustarse al principio de oralidad. La expresión oral será el medio fundamental de comunicación. Solo serán escritos, ya sea en soporte físico o tecnológico, aquellos actos autorizados expresamente por la ley y los que por su naturaleza deban

constar de esa forma. En caso de duda entre la aplicación de la oralidad y la escritura, el tribunal escogerá siempre la oralidad".- Sin embargo, la realidad de los juzgados de cobro (en la actualidad) y la gran cantidad de procesos monitorios, no permiten una aplicación tan recta de esas normas. Ello debido a la falta de espacio físico, material humano y tecnológico por falta de contenido presupuestario.- Entonces, qué oposiciones son resueltas en audiencia y cuáles de forma escrita? La respuesta la tenemos en los elementos de prueba a ser evacuados.- Si es necesario la recepción de prueba confesional, testimonial, o pericial se señalará para audiencia; si por el contrario, la prueba analizar es documental, se otorga audiencia por escrito a la parte actora y se resuelve por el mismo medio.-

Ahora bien, ubicados en la audiencia oral señalada, el artículo 4.2 regula el deber de asistencia de las partes y los efectos de la incomparecencia, también regulado en el artículo 50.2.4 del nuevo Código Procesal Civil.- En primer lugar tener claro el deber de asistencia de las partes personalmente y en compañía de sus abogados directores. En caso de no asistir la parte, su abogado director debe contar con una representación legalmente conferida y este poder necesariamente debe contar con facultades necesarias para conciliar. Recordemos que la conciliación es una actividad propia de la audiencia.- En la práctica nos hemos encontrado con el problema que si bien el abogado cuenta con poder suficiente para arribar a un acuerdo conciliatorio, solicita la interrupción de la audiencia para comunicarse con su cliente sobre los ofrecimientos hechos por la contraparte, situación que conlleva que la audiencia se haga larga y cansina.- A esta práctica se le ha puesto límite con el señalamiento al

profesional que al contar con las facultades necesarias, él puede tomar la decisión de aceptar el acuerdo o rechazarlo.- Otro problema se da cuando el profesional se presenta solo y no cuenta con poder suficiente; ¿podrá participar de la audiencia?, la respuesta es negativa, pues no podría hacerlo al ser necesaria la manifestación de voluntad de la parte.- Ahora bien, ¿qué sucede si es la parte quien asiste sin abogado director? La audiencia se lleva a cabo con su participación, claro está, la misma es limitada. Es decir, podría aceptar un acuerdo conciliatorio, pero estaría limitada para poder interrogar a un testigo o un perito.-

Las consecuencia por la inasistencia a la audiencia son claras: si quien no asiste es el demandante, se tendrá por desistida la demanda con condena en costas, daños y perjuicios ocasionados. La misma consecuencia señala el artículo 50.2.4 del Código Procesal Civil.- Acá no debemos olvidar la posibilidad que tiene la contraparte de solicitar la continuación de la audiencia, al contar con interés legítimo, como es el caso de la declaratoria de prescripción de la obligación dineraria.- Si el inasistente es el demandado, la norma ordena al juez dictar sentencia de forma inmediata.- Por último, existe la posibilidad de que a la audiencia no asista ninguna de las partes, en ese caso se tiene por desistido el proceso sin condenatoria alguna.-

En cuanto a la Posposición y suspensión de las audiencias, el artículo 4.3 de la Ley de Cobro, señala que sólo se admitirán por caso fortuito o fuerza mayor, comprobados debidamente.- En ese mismo sentido se regula en el artículo 50.3 del Código Procesal Civil.- La idea de esta norma es impedir el cambio de señalamientos, la referencia de caso

fortuito o fuerza mayor, es precisamente para aquellas circunstancias que impidan la asistencia de las partes o de sus abogados, por ejemplo, un percance de tránsito (no una presa), la incapacidad por enfermedad de alguno de ellos, claro esta debe ser una incapacidad extendida por la Caja Costarricense de Seguro Social. Lo que se busca es que la audiencia oral sea prioridad sobre cualquier otra actividad de los litigantes.- Estamos muy acostumbrados a que los abogados soliciten el cambio de fecha de la audiencia por tener señalada con anterioridad otra.- La norma citada (4.3) es clara: las audiencias no se pospondrán ni suspenderán por la ausencia de los abogados. La superposición de audiencias a las que deban asistir las partes o sus abogados, no es causa de justificación de las ausencias; no obstante, si esa circunstancia se hace ver con la debida antelación, por causa justificada, a criterio del juez, podrá posponerse.- Veamos que esto se da solo de forma excepcional y debe solicitarse con la antelación debida, aunque la norma no establece esa antelación, es claro que debe hacerse con suficiente tiempo, para que el juez pueda resolver la gestión y comunicarla, evitando causar indefensión en caso de rechazarla.- Recordemos además que el artículo 4.2.1 los abogados deberán tomar las previsiones debidas para que en caso fortuito o fuerza mayor pueda asistir un sustituto. Situación recogida por el ordinal 20.2 del Código Procesal Civil.-

Las audiencias al ser orales, deben de ser documentadas adecuadamente.- Éstas se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen y de no ser posible solo la imagen.- En todo caso si ello no fuera posible se debe recurrir a las actas escritas como se hacen en muchos procesos hoy en día.- En primer lugar, se deben registrar, sea

en un libro o un soporte tecnológico.- El juez debe tomar registro de asistencia de las partes, sus abogados directores y explicará a las partes sobre los fines y las actividades de la audiencia.- Seguidamente, el juez debe informar a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver.-

La etapa de conciliación se introduce como obligatoria dentro de la audiencia, pero como se indicó, de prescindir de la audiencia oral para resolver por escrito las excepciones opuestas, el hecho de no realizar la conciliación no produce una violación al debido proceso.-

En cuanto a la ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, se llevará acabo si no fue realizado al inicio del proceso en virtud de demanda defectuosa según el numeral 3.2 de la Ley de Cobro; o bien cuando proceda con respecto a la contestación. Debe tener especial cuidado el juzgador de no permitir aquí la variación de las pretensiones, o si fue opuesta una excepción que fue declarada como infundada en su oportunidad, se trate de formular nuevamente.- Es decir, si la excepción de falta de exigibilidad fue rechazada por infundada pero se señaló audiencia para conocer de la prescripción, se debe evitar cualquier discusión sobre la primera.- La razón es que no pueden ser alterados los elementos materiales establecidos, sujetos, objeto, causa.- El artículo 35.6 DEL Código Procesal Civil permite la modificación o ampliación de la demanda, en cuanto a las partes, hechos, pretensiones o pruebas, pero deberá hacerse antes de la contestación, situación que no es la que nos ocupa, pues se señaló para audiencia en virtud de oposición fundada de la parte accionada.-

Cuando se confiera audiencia a la actora sobre el contenido de la oposición, debe ésta hacerse acompañar de la respectiva contraprueba, para en caso que el juez admita alguna, pues de no hacerlo será declarada inevacuable.- Si fue ofrecida prueba testimonial y el testigo no fue presentado en esa oportunidad, no es factible la suspensión de la audiencia para recibirlo con posterioridad.-

Seguidamente, el juez ordenará la evacuación de las pruebas admitidas previamente.- Acá algunas consideraciones: primero, debe el juez tener muy claro el objeto del debate que ya fijó, para tener claro los hechos controvertidos, permitiéndole así decidir sobre las probanzas que admitirá y cuales rechazará.- Segundo, cuando se deba recibir prueba pericial, por la mecánica de la audiencia, no sería procedente la admisión y por consiguiente la fijación y depósito de honorarios, pues ello haría la excesiva suspensión de la audiencia con el peligro de sobrepasar el plazo máximo de la suspensión.- Lo que se ha hecho en la actualidad es, que sin que signifiqué la admisión de la prueba, fijar con anterioridad a la fecha de la audiencia los honorarios y nombramiento del perito.- Aceptado el cargo, se le indica al experto que debe rendir su informe en la audiencia oral.- Situación que resuelve el ordinal 44.3 del Código Procesal Civil.-

Por último, tenemos el tema de las conclusiones. Couture lo define como el momento en que las partes exponen las razones de hecho y de derecho que abonan sus recíprocas pretensiones.- En materia de cobro judicial, al ser un proceso simple, el juzgador debe tener cuidado que no se exceda en

lectura de doctrina o jurisprudencia, sino, limitar a la citación de la misma, en aras de evitar la dilación de la audiencia.-

La audiencia finaliza con el dictado de la sentencia.- La Ley de Cobro determina que la misma debe ser oral e inmediata a la finalización del alegato de conclusiones. Sin embargo, el artículo 4.6 permite al juzgador retirarse para deliberar. Lo indicó pues, el artículo 6 sobre el recurso de apelación, dispone que deberá formularse en forma oral e inmediata.- A criterio personal, me parece que la parte que desea recurrir lo indique así y solicite al juez un espacio de tiempo para poder hacer la fundamentación, pues correo el riesgo de la declaratoria del rechazo del recurso por falta de fundamentación. Me parece que el juez puede otorgar ese plazo siempre que no sea excesivo.- El Código Procesal Civil, evita esta situación al permitir el dictado de la sentencia en forma escrita dentro de los cinco días siguientes (Artículo 61) y por consiguiente la parte que desee recurrir lo podrá hacer por escrito dentro del plazo respectivo.-

TEORÍA DEL CASO Y ESTRATEGIA EN LOS INTERROGATORIOS

Manuel Echeverría Echeverría[34]

1.- Consideraciones Iniciales

El presente ensayo pretende no sólo enlazar el tema de la teoría del caso con la estrategia de los interrogatorios, sino, además, encuadrar esa discusión desde un plano macro que permita evidenciar su relación con determinados principios, institutos, figuras y nociones procesales dentro del cual se desenvuelve.

En este sentido, coincidimos con Peyrano (1978) en cuanto a que el proceso debe de ser "*un todo racional y coherente*." (p. 7). Ello implica que, para elaborar una correcta teoría del caso, así como una adecuada estrategia de interrogatorio es necesario tener una comprensión y entendimiento cabal del proceso en sí mismo. De lo contrario surgen una serie de problemáticas y anomalías que pueden dar al traste con el funcionamiento y entendimiento de los temas que aquí se abordarán.

Bajo esta óptica es que se pretende abordar la presente temática con el objetivo de brindar una visión un tanto

---

[34] Egresado del Doctorado de Derecho Comercial y Procesal Civil de la Escuela Libre de Derecho, realizando el trabajo final de investigación. Miembro del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico. Licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión Civil y Mercantil del Colegio de Abogados de Costa Rica (2016-2018). Miembro Fundador del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Capítulo de Costa Rica. Especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica.

crítica de ciertas disposiciones del nuevo Código Procesal Civil que pueden reñir con el desarrollo idóneo de la teoría del caso y la estrategia del interrogatorio.

2.- Proceso como debate estratégico

Resulta muy común que el proceso sea conceptualizado como el conjunto de actos concatenados que lo conforman desde su inicio hasta su fin. Así por ejemplo Hernando Devís Echandía (2009) menciona que "*el proceso consiste, como hemos dicho, en una serie de actos diversos y sucesivos, (…) razón por la cual denominaremos procedimiento a los distintos métodos que la ley establece para su regulación*." (154). Igualmente, bajo esta línea de pensamiento Ugo Rocco (2001) define al *"proceso como el conjunto de actividades (…) necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil."* (p. 65).

> Como puede verse, ese tipo de conceptualizaciones explican al proceso desde la forma en que se encuentra conformado, es decir, desde un entendimiento biológico, mecánico u orgánico del mismo. Esta inteligencia sería equivalente a indicar que un ser humano es un ser vivo que tiene un cerebro, un corazón, dos manos, dos pies, una cabeza, etc. Por supuesto que se trata de una respuesta correcta, pero no completa. Lo mismo pasa con el proceso, toda vez que este también tiene un significado mucho más profundo; inclusive si se quiere filosófico.
>
> Precisamente, es Alvarado Velloso (2009) quien nos regala una visión mucho más amplia e integral de lo que es el proceso, señalando que por este debe entenderse como *"el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando*

en perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad." (p. 66). A continuación, procederemos a analizar y desmenuzar las nociones de esta definición de proceso que tienen relevancia e incidencia sobre el tema que nos ocupa.

Debate en el proceso

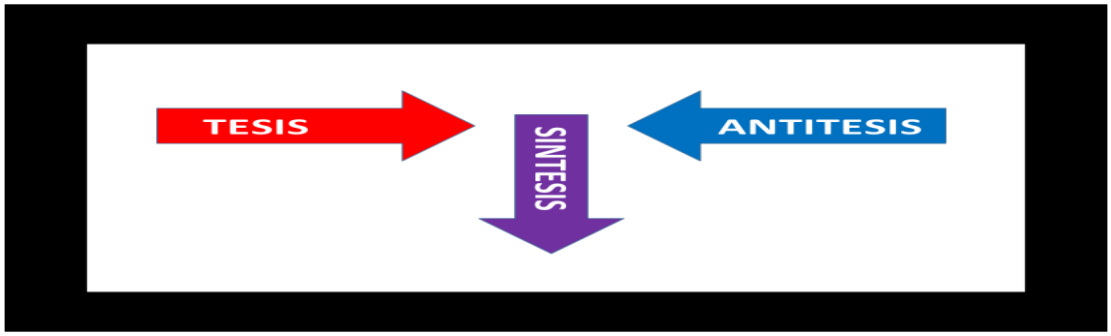
La primera caracterización que debe destacarse es que el proceso es un verdadero debate. Ello implica la existencia de una discrepancia o discusión entre dos o más personas con puntos antagónicos (Cabanellas, 2006, p. 19), pues, si existiera coincidencia y acuerdo no existiría el debate. Precisamente, por ello es que el proceso viene a ser un método heterocompositivo para la resolución de conflictos. Picado Vargas y Calderón Sumarriva (2015) abonan a esta tesis señalando que el debate implica necesariamente una "*diversidades de partes que adoptan diferentes roles."* (p. 37). Esto es fundamental porque cada participante del debate asume un rol; a cada uno de ellos le corresponde una determinada tarea y en función a esta es que la otra va a desempeñarse. Justamente, como se verá más adelante, la teoría del caso y la labor del interrogatorio tienen sus propios responsables, que no pueden ser sustituidos por otros sujetos procesales.

Dialéctica: acción vrs reacción

Seguidamente se hace necesario ocuparnos del componente dialéctico del proceso. En el sentido coloquial el vocablo 'dialéctica' significa "*arte de dialogar, argumentar y discutir*." (Real Academia Española, 2006, p. 512). Pero en un sentido filosófico la dialéctica es un proceso de acción-reacción, que termina generando un fruto o producto de dicha contienda. Sobre ello comenta Calamandrei (1973):

En esto consiste principalmente la dialecticidad del proceso: que todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que, podríamos decir, lo contiene en potencia. (…) Cuando en el proceso realiza mi adversario un movimiento cualquiera (…), yo vengo a encontrarme, por efecto de su acto, en una situación jurídica distinta de aquella en que me encontraba antes de él (…). Cada movimiento de cada parte crea para el adversario una serie de posibilidades (…). (p. 264-265).

Tomando prestado el léxico de la filosofía hegeliana, en la dialéctica tenemos una tesis, a la cual reacciona una antítesis y, de este choque surge la síntesis. Ello es exactamente lo que ocurre en el proceso, en donde vamos a tener la demanda por parte del actor (tesis), la reacción (contestación) por parte del demandado (antítesis) y, el resultado de esta confrontación: la sentencia (síntesis). Esto se relaciona con la teoría del caso, ya que como veremos más adelante; es en la demanda en donde el actor plantea y propone su teoría del caso, y es en la contestación en donde el demandado la rebate. Esta contienda puede ilustrarse de la siguiente forma:



La idea del recuadro en negro que se utiliza en la imagen es para representar la noción de que la síntesis (sentencia) solo

puede nacer del debate (tesis-antítesis) que realizan las partes; lo que no esté ahí no puede ser incorporado por el juzgador al proceso, ya que, simple y llanamente no existe para efectos de la resolución del conflicto.

Como decíamos la sentencia es el producto de los insumos y la materia prima que las partes que debaten le aportan al Tribunal, sin que el Juzgador pueda ni deba (en principio, porque esto no siempre ocurre así ni en la práctica ni en la legislación), hacer aportes propios a dicha contienda. Es decir, el Tribunal no está para avanzar la tesis de una de las partes, sino para resolver conforme a derecho según los elementos (fácticos y jurídicos) que constan en el expediente que le han sido llevados por las partes.

Igualdad de armas

El otro elemento que conforma a un verdadero proceso es el estado de igualdad en el que supuestamente deben de actuar y encontrarse las partes. Esta característica incluso se encuentra prevista normativamente. En el antiguo Código la igualdad procesal no se concebía como un principio sino como un deber del juzgador (artículo 98 inciso 2). Por su parte, el nuevo Código si bien mantiene dicho deber (numeral 5.1); también lo incorpora como parte de los principios que informan el proceso (artículo 2.1).[35]

Para la doctrina el principio de igualdad implica que tanto al actor como al demandado "*se les reconozca y permita las mismas posibilidades de actuación en lo relativo a las alegaciones,*

[35] Ahora bien, lo cierto del caso es que ciertas atribuciones que se le han otorgado al Juzgador, las cuales iremos introduciendo a lo largo del presente trabajo, pueden menoscabar e incluso llegar a suprimir la igualdad que debe de existir entre las partes.

a la prueba y a las impugnaciones. Ello significa que debe atribuirse a cada una de las partes idénticas posibilidades de actuación en el proceso." (Ferreyra de de la Rúa y González de la Vega de Opl, 2009, p. 96). Nótese que no se trata evidentemente de una igualdad material sino procesal, en donde todas las partes tienen los mismos derechos y obligaciones, sin que la norma o peor aún el Juez favorezca a una de ellas.[36]

Pero, más concretamente, por igualdad debe de entenderse, equilibrio entre las partes; balance que debe ser garantizado por el Juez. Este equilibrio se ve severamente amenazado cuando el Juez a partir de su activismo judicial levanta las cargas que le corresponden a cada parte, y termina aportando al debate elementos que debían ser traídos a colación por una de las partes; todo ello con base a la entelequia de la "búsqueda de la verdad real".[37] Con dicho accionar, se termina favoreciendo a una de las partes en perjuicio de la otra, y en ese momento es en que se rompe la igualdad y el equilibrio procesal que debe existir entre ellas. Un caso típico de ello es la participación del juzgador en la práctica de la prueba, situación que afecta de manera irremediable la estrategia de interrogatorio (o incluso probatoria como un todo) de las partes.

[36] Esto es importante porque se está volviendo cada vez más común en nuestro país oír hablar de un derecho procesal "social", que justificaría un trato desigual a nivel procesal entre las partes fundado en la desigualdad material que existe entre ellas. Evidentemente, no existe tal cosa, el derecho (tanto el sustantivo como el adjetivo) es por definición un producto social, no puede existir tal cosa como un derecho "asocial".

[37] Artículo 5.6 del Nuevo Código Procesal Civil.

Imparcialidad del juzgador

Finalmente, en este análisis del recto entendimiento procesal tenemos la figura del juez. Evidentemente, el juez es el tercero imparcial que debe asegurar la igualdad y equilibrio entre las partes. Para ello, es fundamental que el juez no tenga un interés dentro del proceso (imparcialidad), pero sobre todo lo que atañe a este tema es indispensable que sea "impartial". Respecto a este concepto el autor nacional Carlos Picado (2012) nos explica que la impartialidad "*debe de ser entendida como la imposibilidad del juez de realizar tareas propias de las partes. Es decir, la impartialidad supone la no injerencia del juzgador en cuestiones ajenas a su función (…)*." (p. 127).

Así, el juez no puede participar activamente en el debate, ya que ello es una función que le es propia a las partes. Si el juez interviene en el debate se convierte en parte, y por lo tanto deja de ser un tercero. Ello es, particularmente cierto para el tema de la teoría del caso, en donde el juez no puede meter mano a la propuesta que realicen las partes, ni tampoco debería hacerlo en la práctica de la prueba, ya que con ello podría llegar a potenciar o frustrar la estrategia probatoria de alguna de las partes.

3.- Teoría del caso

En esta sección nos dedicaremos a desarrollar los aspectos más relevantes para la debida comprensión de la figura de la Teoría del Caso, tales como su significado, características, elementos, formulación, etc.

Conceptualización

Moreno Holman (2014) destaca que la conceptualización de la teoría del caso tradicionalmente se ha encontrado

indebidamente constreñida a la "*elaboración de un relato fáctico*" (p. 27), es decir, a la forma en que se construyen los hechos y son presentados al proceso. Bajo esta línea de pensamiento se puede encontrar también la definición de José Antonio Neyra citada por Guevara Vásquez (2015), quien concibe la teoría del caso "*como la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar*" (p. 71).

Este acercamiento a la teoría del caso no es que resulte falso, ya que como se verá más adelante uno de los componentes sobre los cuales se construye la teoría del caso son precisamente los hechos. Pero, no cabe duda de que es una visión que no termina de abarcar en su totalidad la riqueza que puede encontrarse en este concepto. En este sentido, considero que la teoría del caso es en realidad un método que permite construir de una manera estratégica un litigio (tomando en cuenta las debilidades y las fortalezas) que permita presentar el caso de la manera más sólida, persuasiva y convincente posible a efectos de lograr una sentencia estimatoria. En este sentido, es necesario recordar que muchas veces no basta con sólo tener la razón o la "verdad", sino que, es igualmente importante la forma en que ella es presentada al Tribunal, debiendo hacerse de una manera eficiente y atractiva. Además, la teoría del caso permite ordenar las ideas, sopesar contingencias y reaccionar frente a los vaivenes del proceso.

Por ello es que como bien destacan Picado Vargas y Calderón Sumarriva (2015) la función fundamental de la teoría del caso es establecer los lineamientos y parámetros del plan de acción de las partes, el cual deberá ser ejecutado a través del desarrollo del proceso.

Así, la teoría del caso se convierte en la hoja de ruta o plan de vuelo que el actor presenta desde que interpone su demanda, y que trata de ejecutar y validar a lo largo del resto del proceso, particularmente, en la audiencia complementaria (numeral 102.5 del nuevo CPC). De ahí también su relación con el tema de los interrogatorios que es donde se practica la prueba y en donde se desarrolla la estrategia probatoria; particularmente la de los interrogatorios.[38] Es muy importante en este sentido tener en cuenta que la teoría del caso debe estar presente en todas nuestras actuaciones, así, no debe hacerse nunca algo que la contradiga o que denote inconsistencias en ella.

[38] Una buena teoría del caso debe servir de guía a lo largo del proceso. Así en principio debe servir para preparar el alegato de apertura. También va a permitirnos determinar las preguntas que se van a formular tanto en el interrogatorio directo como en el contra. Finalmente, va facilitarnos la estructuración del alegato de clausura.

Tenemos que recordar que en nuestra legislación no se incluyó como una etapa de la audiencia complementaria el alegato de apertura, situación que francamente consideramos un error. El alegato de apertura sirve como una especie de "tráiler" de lo que el litigante pretende que ocurra en la Audiencia, por ello permite a los jueces tener un mejor entendimiento del conflicto, y sobre todo, lo que es realmente importante para las partes. Ello sin duda colabora muchísimo al momento de la práctica de la prueba, porque le permite al Tribunal inferir más claramente la finalidad de las preguntas que realizan las partes. Es por ello, que consideramos que es una lástima que no se incluyera el alegato de apertura como una de las actividades a realizar en la audiencia complementaria, habrá que esperar a ver si en la práctica se termina implementando en caso de que las partes se lo soliciten al Tribunal en atención a los principios que inspiran al Código.

Características

Picado y Calderón (2015) enumeran una serie de características que deben permear a toda teoría del caso, entre ellas señalan:

i.- Sencillez.
ii.- Claridad.
iii.- Logicidad.
iv.- Coherencia.
v.- Credibilidad-verosimilitud.
vi.- Suficiencia jurídica.
vii.- Flexibilidad.
viii.- Completitud-autosuficiencia.
ix.- Unicidad.

Obviamente el éxito de la teoría del caso dependerá de lograr amalgamar todos esos elementos, siendo que, entre más cohesión exista entre ellos, mayores serán las posibilidades de lograr una sentencia estimatoria. Esta relación también se cumple a la inversa, es decir, entre menor sea la compenetración de estos factores más difícil resultará lograr obtener un resultado favorable.

Componentes

La teoría del caso se estructura a partir de tres componentes fundamentales: el fáctico, el jurídico y el probatorio. Definitivamente, cuando esta se prepara, es fundamental realizar un ejercicio mental sobre las posibles defensas y oposiciones que la contraparte posiblemente asuma. En este sentido, resulta trascendental conocer no sólo las fortalezas del caso propio, sino también las posibles debilidades, toda vez que, una buena teoría del caso debe

servir también para "maquillar" las problemáticas de la posición que se asume, en otras palabras; para que estas resulten lo menos visibles. Ese análisis concienzudo y crítico permitirá un mejor planteamiento de la estrategia de litigación, y reducirá, la posibilidad de verse sorprendido por la contraparte.[39] Teniendo esto en consideración, de seguido haremos una breve reseña de cada uno de los elementos que conforman la teoría del caso.

Fáctico

El componente fáctico trata obviamente de los hechos. Estos son el primer acercamiento que tiene el abogado con el caso, ya que es su cliente (la parte) quien le narra lo acontecido. Ahora bien, conforme hemos dicho la teoría del caso pretende establecer estratégicamente un plan de litigación, que permita obtener una sentencia estimatoria,[40] por ello, el abogado no puede tener una posición pasiva frente a este relato, sino que, en la entrevista con su cliente debe formular todas las preguntas requeridas (qué, dónde, cómo, quién, cuándo, por qué), a efectos de tener claridad en lo acontecido.[41]

En esta etapa, la participación del abogado resulta fundamental, ya que, debe cuidadosamente seleccionar qué

[39] Es recomendable si se tiene la posibilidad para ello, de que tanto la formulación de la teoría del caso como la elucubración de la posible antítesis del caso que pueda presentar el demandado, se realicen en grupos. Eso permite un intercambio de ideas y la posibilidad de analizar el conflicto desde distintas ópticas. Sin duda alguna así se logra un análisis mucho más completo del caso.

[40] El abogado debe servir como constructor de la sentencia, a través de propiciarle al juzgador todos los elementos jurídicos y fácticos que requiere para fallar.

[41] Igualmente deberá hacerlo con los testigos, con quienes necesariamente deberá también reunirse previo a la interposición de la demanda.

hechos debe incluir en la demanda y cuales excluir. Ello porque no todo lo que el cliente le cuente respecto al conflicto resulta de interés jurídico. Particularmente tiene que tener cuidado en no dejar por fuera ningún hecho jurídicamente relevante, los cuales son: "*todos aquellos acontecimientos a los cuales el derecho objetivo vincula, como consecuencia, el nacimiento, modificación o extinción de un derecho subjetivo, o también que impiden el surgimiento de un derecho subjetivo*" (Rocco, 2001, p. 332), es decir, aquellos presupuestos fácticos que la norma establece a efectos de producir las consecuencias jurídicas previstas en ella. Así, el trabajo del litigante no sólo consiste en no dejar por fuera ningún hecho de interés, sino también en omitir información innecesaria que lo único que hace es perder al juez en un relato de menudencias sin relevancia alguna.

También en cuanto a los hechos, el litigante debe saber cuál es la forma que resulta más conveniente para presentarlos. Particularmente debe preocuparse por redactarlos de manera clara y sencilla, de manera cronológica para facilitar la comprensión del conflicto al juzgador. Así, el litigante debe convertirse en un verdadero narrador. Debe presentar al Tribunal una historia que capte su atención y sobre todo que resulte verosímil.

Igualmente, a la hora de señalar los hechos, es muy importante no confundirlos con las conclusiones, ya que primero tenemos que tener el hecho puro debidamente

acreditado con la prueba, para después poder hacer conclusiones de éste.[42]

Además, el otro tema importante que debe cuidarse a la hora de plantear los hechos es que, la principal fuente para el abogado de cómo ocurrieron los mismos es su cliente, ya que, por lo general, el profesional en derecho no participa en ellos. De ahí que, es fundamental lograr extraer información veraz de él, para después no ser sorprendidos por la contraparte a partir de situaciones que nos fueron omitidas. Para tratar de minimizar este riesgo es necesario que el abogado asuma una actitud crítica frente a lo que su cliente le comenta, y que, intente corroborarlo con una investigación propia y con un análisis de la prueba que tiene a su alcance.

Jurídico

El componente jurídico se refiere al análisis que debe hacerse del caso desde el punto de vista del derecho con el propósito de identificar a partir de cuales normas es posible amparar las pretensiones que se formulan. Evidentemente, este examen debe de hacerse en total relación con los hechos. Desafortunadamente, muchas veces en la práctica este es el elemento al que menos atención se le brinda. Ello ocurre por el estribillo del mal llamado "principio"[43] del *iura novit curia* bajo el cual se le permite al juzgador cambiar de manera

[42] Por ejemplo, un hecho no es decir que una calle se encuentra oscura, esa es la conclusión a partir de una serie de información, como la hora del día, la falta de iluminación, etc.

[43] Técnicamente no lo es.

oficiosa el fundamento de derecho o calificación jurídica ofrecida por la parte actora en su demanda.[44]

Probatorio

Finalmente, teniendo claro lo anterior, se debe buscar los medios de prueba útiles e idóneos que permitan tener por probados los hechos de la demanda. Para eso debe tenerse el cuidado de que al momento de redactar los hechos se cuente con la prueba para cada uno de ellos. Por eso, es sumamente útil y práctico ir indicando en cada hecho la prueba que sirve para acreditarlo. Igualmente, los índices de prueba (no muy

[44] Ello ocurre porque nuestra jurisprudencia ha entendido que la causa petendi se encuentra conformada única y exclusivamente por los hechos, sin que el derecho sea parte de ella. Ello, implica entonces que no se incurre en el vicio de incongruencia del juzgador en caso de que se falle con base a fundamentos jurídicos distintos a los esgrimidos en la demanda: "*Bajo este cimiento se postula que, si bien el ordinal 290, inciso 3, del Código Procesal Civil, obliga a quien formula la pretensión citar los textos legales que lo amparan, corresponderá al juez determinar cuáles son las normas aplicables al caso concreto. El único límite intraspasable para la autoridad judicial estará constituido por las pretensiones materiales de la demanda y la causa petendi o causa de pedir. Por pretensión sustantiva se entenderá aquel conjunto de peticiones tendientes a declarar derecho e imponer prestaciones al demandado, lo cual solicita el actor en su demanda. La causa de pedir corresponde a los hechos constitutivos del derecho invocado; en otras palabras, aquellos hechos narrados por los litigantes, de relevancia jurídica, a partir de los cuales se formulan sus pretensiones. Se trata de acontecimientos concretos, hechos históricos del conflicto que se intenta resolver ante el juez. Dentro de esta causa petendi quedan excluidos como elementos identificadores los argumentos, (porque no son hechos, sino construcciones intelectuales), y la calificación jurídica que el demandante le otorgue, (pues esa valoración no modifica tales acontecimientos, aunque se dé en uno u otro sentido). En consecuencia, si el juzgador no varía las pretensiones de la demanda y, adicionalmente, tampoco entra a cambiar los hechos sobre los cuales se cimienta la misma, aunque modifique el fundamento jurídico invocado por las partes, no incurrirá en incongruencia*" Sala Primera, Voto #844-2007 a las 10:00 del 23 de noviembre de 2007, el resaltado no es del original. En igual sentido ver: Sala Primera, Voto #731-2008 a las 11:15 del 31 de octubre de 2008 y Sala Primera, Voto #82-2005 a las 14:15 del 22 de febrero del 2005.

utilizados en nuestro medio, pero si en el arbitraje internacional) son de gran ayuda para presentar de una manera más ordenada e ilustrativa el caso.

Así, la teoría del caso presenta la versión que la parte posee de los hechos; hechos que pretenden satisfacer los presupuestos fácticos normativos, y que buscan ser acreditados mediante prueba idónea, para que, a través de la interacción y compenetración de estos elementos se logren satisfacer las pretensiones por medio de una sentencia estimatoria.

Formulación

Como puede verse todos estos factores se desarrollan en la demanda, por eso, decíamos con anterioridad de que desde el inicio del proceso mismo la parte actora presenta su teoría del caso (la tesis del debate dialéctico). Esto nos lleva fácilmente a una conclusión lógica, la demanda es un acto de alegación y proposición típico de la parte, y por consiguiente, también lo es la formulación de la teoría del caso. Por ello, decíamos que si el juzgador se inmiscuye en ella, se vuelve impartial al estar efectuando actos de parte que no le corresponden.

Precisamente, es por lo anterior que deben verse y analizarse con mucho recelo y escepticismo los numerales 5.6 (búsqueda de la verdad real), 41.3 (iniciativa probatoria), 43.4 (interrogatorio a partes y testigos) que permiten -más no obligan- al Tribunal a tener un rol activo y protagónico en el tema probatorio; situación que afecta necesariamente la teoría del caso o antítesis del caso que las partes han planteado. Piénsese por ejemplo en este sentido en un Tribunal que a

través de la iniciativa probatoria termine trayendo al proceso una prueba trascendental ya sea para respaldar una pretensión o una excepción. Evidentemente ya este Tribunal no es un tercero imparcial porque participa de forma activa en el debate, y por supuesto que, ello rompe también la igualdad y el equilibrio procesal entre las partes, ya que, con su actuar hace que alguna de ellas se encuentre ulteriormente en una mejor posición procesal gracias a su intervención directa en la materia probatoria. Más adelante volveremos sobre estos temas al analizar la estrategia en el interrogatorio.

Es muy importante que en la demanda exista coherencia e integración entre todos estos elementos, y que por supuesto que, las pretensiones sean formuladas de conformidad con ellos. Desafortunadamente, es sumamente usual encontrarse en la práctica con demandas que poseen una especie de esquizofrenia procesal, ya que son contradictorias en su contenido mismo.

De igual forma es lamentable que estos yerros rara vez son advertidos, y por lo general en nuestro sistema de administración de justicia se le da traslado a las demandas por el mero hecho de cumplir en apariencia con los requisitos que la legislación exige para su interposición.[45]

Dicho proceder es reprochable porque como ya vimos, en el juego dialéctico de acción-reacción que sustancia el proceso; al demandado le corresponde formular su antítesis del caso, cuando realiza la contestación de la demanda. Evidentemente, dicha labor se dificulta de manera mayúscula si la demanda no es clara, si resulta confusa y oscura. Esta

[45] Numeral 290 del antiguo Código y 35.1 del Nuevo CPC.

situación violenta el derecho de defensa, ya que el mismo no se reduce al mero derecho de audiencia, es decir, a que la demanda se le ponga en su conocimiento y se le permita referirse a ella, sino que también el derecho de defensa implica que las actuaciones u omisiones que se le imputa la contraparte se encuentren debidamente presentadas, para que pueda tener un entendimiento y conocimiento pleno de la estrategia del actor y así poder desarrollar por su parte una defensa acorde a ella.

4.- Estrategia de Interrogatorio

En la presente sección, me detendré a explorar las regulaciones que contempla el nuevo Código respecto a los interrogatorios, para después centrarme propiamente en el interrogatorio directo y contra interrogatorio -fundamentalmente de testigos-, dado que considero que es la mayor novedad en esta materia, y que su manejo aporta mayores herramientas de litigación.

Normas relativas al interrogatorio

Lo primero que debe tomarse en cuenta es que no todo medio probatorio contemplado en el numeral 41.2 del nuevo CPC es objeto de interrogatorio. Así, el interrogatorio recae sobre las partes, testigos y peritos. Ahora bien, eso no quiere decir tampoco que los otros medios de prueba no formen parte de la estrategia del interrogatorio, ya que sirven para prepararla, así como para que quienes declaran interactúen con ellos.

Además, antes de adentrarnos en la estrategia del interrogatorio es necesario tener presentes las reglas de juego sobre las cuales se desarrolla. Así, es necesario conocer y

manejar las normas procesales que rigen estos medios de prueba, ya que evidentemente no es posible construir una estrategia que no sea compatible con ellos. Un ejemplo puede ayudar a entender mejor esto. Piénsese en el caso de una declaración de parte, en donde se le recomiende -por estrategia- a la persona no contestar, o dar respuestas evasivas; obviamente, ello resultaría total y absolutamente contraproducente ya que el propio numeral 42.2 del nuevo CPC señala que de darse esta situación se produciría una admisión tácita del interrogatorio. De ahí la necesidad de conocer realmente las normas procesales que rigen a los interrogatorios, para poder construir una estrategia que resulte legalmente ejecutable. Por ello, en razón de lo anterior consideramos que es útil, recoger las principales regulaciones tanto a nivel general como en específico a cada medio de prueba que inciden sobre los interrogatorios:

i.- La prueba para que sea admisible debe tener relación directa con los hechos y las pretensiones (artículo 41.3 del nuevo CPC). Igualmente, las preguntas que se formulan deben cumplir con dichos requerimientos, de lo contrario serán rechazadas (artículo 41.4.5 del nuevo CPC).[46]

[46] Es importante tener presente a la hora de analizar dichos requerimientos, de que debe de existir una apertura en cuanto a que se considera una "relación directa" con los hechos y las pretensiones. En este sentido, no podemos perder de vista, que por ejemplo una forma típica de desacreditar un testimonio es minando la credibilidad del testigo, y para ello deben hacérsele preguntas que recaen sobre su condición misma, que no necesariamente tienen una relación totalmente directa con los hechos, y que tampoco son las típicas preguntas generales de ley del numeral 43.4 del nuevo CPC: Lo anterior debe tenerse muy presente, porque nuestra cultura de litigio realmente en el pasado no se ha caracterizado por este tipo de intercambios.

ii.- La parte interesada es la que tiene el deber de citar y presentar sus fuentes probatorias, pudiendo solicitar la cooperación del Tribunal en caso de requerirla (artículo 41.4.1 del nuevo CPC), si no lo hace y la prueba no se termina practicando resultará inevacuable (artículo 41.4.10 del nuevo CPC). Así, parte de la labor del litigante es la organización y coordinación de toda la logística previa a la audiencia.

iii.- Tanto las partes y los testigos tienen el deber de declarar (artículo 41.4.1 del nuevo CPC). Ahora bien, en el caso de los testigos, estos tienen derecho a abstenerse en determinadas situaciones previstas en la ley, (artículo 43.2 del nuevo CPC).

iv.- Toda declaración debe expresar verdad sobre los hechos (artículo 41.4.2 del nuevo CPC).[47]

v.- El orden de la práctica de la prueba es el siguiente: primero declaran las partes, luego los peritos y, por último, se interroga a los testigos. Dicho orden prestablecido por ley puede alterarse a solicitud de parte o de oficio por el Tribunal cuando medie causa justificada para ello (artículo 41.4.4 del nuevo CPC). Es necesario hacer notar que dicha solicitud puede ocurrir tanto al inicio de la audiencia o en el transcurso de ésta, de ahí la importancia de que el litigante tenga la capacidad de reaccionar en el momento para ya sea, pedir o contradecir dicha solicitud según le resulte más conveniente a su estrategia. Además, dicho orden refiere única y exclusivamente a los medios de prueba, pero dentro del medio mismo las partes son las que tienen que tener la total y

[47] Esta norma permite hacer la aclaración de que la temática que aquí se expone que es parte de la estrategia de litigación como un todo, no pasa como equivocadamente se suele pensar, por la mentira o el engaño. Sino por plantear de la manera más efectiva y persuasivamente posible a partir de las ventajas y desventajas que presenta el caso.

absoluta libertad para ordenar y priorizar su prueba según sea más beneficioso para sus intereses. En este sentido si una parte cuenta con varios testigos, a esta es la que le corresponde indicar en qué orden serán recibidos.

vii.- El interrogatorio se hará de forma oral y directa, por consiguiente, las preguntas se formulan sin la intermediación del Tribunal (artículo 41.4.5 del nuevo CPC).

viii.- Las preguntas deben de ser claras y precisas (artículo 41.4.5 del nuevo CPC).

ix.- Las preguntas deben centrarse en un solo hecho, por lo tanto, deben de ser simples y no compuestas (artículo 41.4.5 del nuevo CPC).

x.- Salvo que se trate de declaraciones de peritos o testigos técnicos las preguntas no deben incluir valoraciones o calificaciones (artículo 41.4.5 del nuevo CPC).

xi.- Se rechazarán aquellas preguntas que sean sugestivas,[48] insinúen la respuesta, ofensivas, vejatoria o capciosa (artículo 41.4.5 del nuevo CPC).

xii.- El declarante no puede leer notas ni apuntes, salvo si se autoriza en casos de preguntas que refieren a cifras, fechas, o datos de difícil precisión o cualquier otro caso que se justifique (artículo 41.4.5 del nuevo CPC). Este sería el caso típico del perito quien sí tiene una necesidad en razón de la naturaleza técnica de su encargo, en poder apoyarse de la documentación sobre la cual rindió su peritaje.

xiii.- Si dos o más personas declaran sobre los mismos hechos se debe evitar la comunicación entre ellas durante la audiencia (artículo 41.4.5 del nuevo CPC).

[48] El tema de las preguntas sugestivas es fundamental, y probablemente sea uno de los temas en donde el Código se ha quedado corto, carencia que comentaremos más adelante.

xiv.- En cuanto a la declaración de parte estas pueden declarar sobre hechos propios o ajenos y se pueden formular preguntas de manera recíproca. Cuando la declaración provenga de personas jurídicas quien declara es el representante.[49] Cuando este representante no haya intervenido en los hechos está obligado a responder según el conocimiento que tenga de ellos. Pero, en todo caso debe hacer saber al Tribunal de esta situación, facilitando la identidad de la persona que intervino en los mismos, quien podrá ser llamada como testigo (artículo 42.1 del nuevo CPC).

xv.- La admisión de hechos propios, ya sea de forma expresa o tácita de la parte que declara permite presumirlos como ciertos y constituye prueba en contra de ésta (artículo 42.2 del nuevo CPC).[50]

xvi.- La prueba testimonial ahora se admite para demostrar cualquier clase de hechos, pudiendo ser testigo toda persona física que sea mayor de 12 años con capacidad y que tenga conocimiento de los hechos. (artículo 43.1 del nuevo CPC).[51]

xvii.- El testigo es interrogado primero por la parte proponente, luego la contraria y por último por el Tribunal.[52] Concluida la declaración la parte y el Tribunal pueden

[49] Supuesto que no ocurre en declaraciones de testigos, ya que ellos solo pueden ser personas físicas (artículo 43. 1 del nuevo CPC).

[50] Con ello se eliminó el carácter de plena prueba con la que contaba la confesión en el antiguo Código (numeral 338).

[51] Así, se eliminan las restricciones que el anterior Código estableció sobre la prueba testimonial (numeral 351 y 353).

[52] Este es un gran avance respecto a lo que ordenaba el artículo 358 del antiguo CPC, en donde era el juez quien tomaba control del interrogatorio, teniendo las partes un papel absolutamente secundario. En este sentido, es el abogado quien sabe cuál es la información que le interesa traer a colación del Tribunal, y de qué forma es la manera más eficiente para hacerlo.

preguntar nuevamente para efectos de aclaraciones (artículo 43.4 del nuevo CPC).[53] El Tribunal debe tener mucha prudencia en qué pregunta y deja de preguntar, a veces, los juzgadores parten de la premisa de que tal vez algo se "les fue" u "olvido" a las partes, y ellos vienen a llenar ese vacío. Pero, eso sinceramente no es más que un prejuicio, porque los juzgadores no conocen la estrategia de las partes y, no pueden saber a ciencia cierta si dicha omisión fue adrede dado que no les resultaba conveniente perseguir esa línea de interrogación. Precisamente, cuando el Tribunal la introduce está perjudicando a la estrategia de una de las partes, y ese es un cuidado que debe tenerse para asegurar el equilibrio e igualdad procesal.

xviii.- Puede existir careo entre los testigos, o incluso entre las partes con testigos (artículo 43.5 del nuevo Código).

xix.- La prueba pericial procede cuando se requieren conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajenos al derecho (artículo 44.1 del nuevo CPC).

xx.- Una de las novedades del Código es que recoge la posibilidad de contar con peritos privados o de parte, manteniéndose -por supuesto- la posibilidad de que se designe a un perito "judicial" (artículo 44.1 del nuevo CPC).

xxi.- Las partes deben colaborar con el perito para el cumplimiento de su labor (artículo 44.3 del nuevo CPC).

xxii.- La prueba pericial se caracteriza a diferencia de los otros dos tipos de declaraciones, en que cuenta primero y de previo con la presentación de un dictamen, es decir, se conoce de antemano y por escrito lo que será de alguna forma la

[53] Más adelante nos adentraremos en la discusión de si dichas preguntas aclaratorios tienen el propósito de convertirse en un verdadero interrogatorio redirecto y recontrainterrogatorio.

futura declaración del perito, lo que permite una mayor preparación (artículo 44.3 del nuevo CPC).

xxiii.- Posteriormente el dictamen es analizado en audiencia, primero por la parte proponente, luego por la contraria y por último por el Tribunal (tal y como ocurre con los testigos). Para dicho examen las partes a su vez pueden hacerse acompañar de un experto o técnico. Pudiendo pedir aclaraciones, ampliaciones, explicaciones, etc. del informe rendido. (artículo 44.4 del nuevo CPC).

Con lo aquí visto puede hacerse un comentario que me parece de utilidad. El Código se caracteriza por un gran espíritu generalista, lo cual es una de las grandes ventajas que tiene ya que facilita la aplicación y entendimiento de los institutos y normas que se recogen en él.

Ahora bien, lo mencionado también puede traer sus desventajas ya que no siempre se hace la diferenciación en el tratamiento que merecen distintas situaciones. El ejemplo claro en esta materia es la regulación indistinta del interrogatorio directo y el contra interrogatorio. Ello se observa claramente en la prohibición -que recoge el numeral 41.4.5 del nuevo CPC- de realizar preguntas sugestivas.[54] Restricción que se encuentra realizada de forma general sin distinción alguna. Esa limitación no resulta técnicamente correcta ya que la herramienta por excelencia para la realización del contra examen es la pregunta sugestiva. Respecto a este punto la doctrina explica:

Así como el examen directo se basa en la formulación de preguntas abiertas y cerradas, la herramienta central del

[54] Se entiende por ellas, aquellas preguntas "*que contienen en sí las respuestas que a éstas ha de darse (…)"* (Cabanellas de Torres, 2006, p. 405).

contraexamen es la pregunta sugestiva. Hemos dicho, al desarrollar las objeciones, que la pregunta sugestiva no es una pregunta permitida en el examen directo en función a que el objetivo es que los testigos produzcan la información, no los abogados. En cuanto el objetivo del contraexamen es diverso y no se vincula con la producción sino con el control de la información, la forma más efectiva de controlar la información es a través de la formulación de preguntas sugestivas.

¿Por qué esto es así? Porque al limitar la respuesta a un "sí" o un "no", la pregunta sugestiva impide que el testigo evada las preguntas que le formula el litigante que está tratando de controlar la información que ha introducido al ser presentado por la parte que lo propuso. No es lo mismo, por ejemplo, preguntar en un contraexamen "¿cómo era la iluminación del lugar?" que directa- mente introducir el hecho "¿en el momento del choque las luces artificiales aún estaban apagadas?" Ante la primera formulación de la pregunta, el testigo puede responder "bien, se veía todo muy claro" sin hacer ninguna referencia a la luz artificial. En la segunda formulación de la pregunta el testigo no tiene más reme- dio que responder que sí, que las luces artificiales estaban apagadas. La pregunta "¿cómo era la iluminación del lugar?" es una pregunta propia de examen, ya que invita al testigo a explayarse y describir todo lo relativo a la iluminación. La pregunta "¿las luces artificiales estaban aún apagadas?" es una pregunta propia de contraexamen, ya que limita al testigo y controla la respuesta. En un momento de control de la información, eso es lo que el tribunal precisa: que el contraexamen venga a trabajar sobre aquellos detalles que

han quedado descuidados en el examen. (Lorenzo, 2017, p. 170-171).

A mayor abundamiento:

Sin preguntas sugestivas no hay contraexamen y son contraexamen no hay contradictorio. Tal como afirman Baytelman y Duce, las preguntas sugestivas, lejos de estar prohibidas, son el instrumento por excelencia del contraexaminador. Ello por cuanto el contrainterrogatorio no es otra cosa que la posibilidad de la contraparte de exhibir y extraer de los testigos aquellas porciones del relato que no han sido presentados en el examen directo y que pueden perjudicar la credibilidad del testigo/testimonio (por ejemplo, a través de proposiciones fácticas secundarias que den cuenta de las condiciones de visibilidad del lugar). Queda claro que con un contraexamen sin preguntas sugestivas difícilmente un buen litigante pueda ingresar en terrenos que el propio testigo ha obviado intencionalmente en su relato. Es por ello que un genuino contraexamen constituye el centro del sistema adversarial y la regulación que habilita la formulación de preguntas sugestivas en él, es de vieja data en el mundo anglosajón.

Sin embargo, el modelo mixto no solo no ha partido desde esos postulados, sino que prohíbe tanto en el examen directo como para el contraexamen la producción de preguntas sugestivas. (Rua, 2015, p. 48-49).

Lo anterior es absolutamente lógico ya que parte del reconocimiento de la distinta labor que realiza un abogado dentro del interrogatorio directo y el contraexamen, en donde en el segundo; se quiere tener el mayor control posible de la

declaración, máxime que no se trata de un declarante propio, sino de la contraparte. Ante la inadmisibilidad de las preguntas sugestivas, lo que se estará haciendo en la realidad es un doble examen directo, ejercicio que a nivel de estrategia y sobre todo para la producción de prueba e información de calidad para el Tribunal resulta absolutamente estéril.

Ello evidencia la importancia de tener un adecuado concomiendo de las técnicas de interrogatorio, ya que, de lo contrario, no será posible desarrollar el mismo de una manera adecuada. Desafortunadamente, ese es el derecho positivo que tenemos, y la única opción para enmendarlo sería por medio de una reforma legislativa.

Examen Directo

El examen directo es la primera etapa del interrogatorio, y es el que realiza la parte proponente de la prueba a su declarante (ya sea testigo o perito). Se realiza típicamente a través de preguntas abiertas (cómo, cuándo, dónde, explique, describa, qué, quién, díganos). Conforme desarrolla la doctrina este tipo de preguntas se caracteriza por permitir al testigo declarar libremente, sin restricción alguna en el contenido y forma de su declaración, ya que, es él quien declara de manera espontánea con sus propias palabras y estructura narrativa (Ríos, 2017, p. 124).

Por otra parte, si bien la pregunta abierta es la principal herramienta del interrogatorio directo, eso no impide que se hagan preguntas cerradas (Rua, 2015, p. 92-93),[55] las cuales no

[55] Conforme explica correctamente Gonzalo Rua la pregunta cerrada busca orientar la respuesta del testigo para que la misma se límite a un determinado punto de interés, por lo que permite mantener un mayor control de la

deben confundirse con preguntas sugestivas (Quiroz Salazar, 2013, p. 235).[56] A continuación presentamos un ejemplo bajo las tres modalidades de preguntas para ilustrar como se diferencia su estructura.

Pregunta abierta	**Pregunta cerrada**	**Pregunta sugestiva**	
Descríbanos ¿cómo era el carro?	¿De qué color era el carro?	¿El carro era de color rojo?	

Nótese la diferencia entre cada una de ellas. En el primer tipo de pregunta que es la abierta, si estamos buscando un pedazo de información específico como lo es el color del carro, resulta sumamente ineficiente preguntar de dicha forma. Ya que el testigo puede describir muchas cosas del carro (tamaño, marca, modelo, año, etc.), e incluso podría dejar por fuera el color, obligando a una segunda pregunta después de haber obtenido información irrelevante. En cambio, con la pregunta cerrada nos situamos en el tema que verdaderamente nos interesa, es decir, cuál es el color del carro, pero sin que la respuesta se encuentre en la pregunta

declaración, pero con la característica que en ella no se sugiere la respuesta como si ocurre con la pregunta sugestiva. Al respecto ver: (Rúa, 2015, p.92-93).

[56] Esta problemática no es ajena a la doctrina, la cual ha señalado: "*Aparentemente algunas preguntas cerradas parecen tener el carácter de sugestivas, la diferencia está en su estructura interrogativa; sin embargo, las podrían calificar equivocadamente como sugestivas; es por esta apariencia que en la doctrina se escribe que a ellas (sugestivas y cerradas) las separa una línea.*" (Quiroz Salazar, 2013, p. 235).

misma, tal y como ocurre con la sugestiva en donde ya se incluye el color del carro dentro de la propia interrogante,

Otro tipo de preguntas que se utiliza con frecuencia son las de transición para lograr situar al testigo en otro tema y así lograr avanzar en su declaración.

El interrogatorio para que sea efectivo debe llevar un orden, el cual, se sugiere a continuación:

i.- Acreditar la credibilidad del declarante: Por ejemplo, si es un problema con tierras, uno empieza por preguntarle al declarante desde cuándo vive en la zona, qué sabe de la zona, etc., para que el Tribunal se percate de que se cuenta con una fuente de prueba de calidad que realmente tiene conocimiento de lo que viene a manifestar. Igualmente, se puede acreditar su condición personal, por ejemplo, si ha sido un líder comunal, un personaje querido en la zona, etc. En el caso de los peritos se hace tanto a través de sus atestados, así como a partir de la metodología que ha empleado.

ii.- Establecer la escena: hay que recordar que el Tribunal no presenció los}z hechos, por eso es importante trasladarlo como si se tratara de una película al momento en que ocurrieron. Cómo era el lugar, quiénes estaban ahí, quiénes son esas personas, de dónde apreció los hechos, etc.

También debe tenerse presente cuáles son los objetivos del examen directo para poder desarrollarlo de manera efectiva., siendo que entre ellos se encuentran los siguientes (Guevara de Vásquez, 2015, p. 205-209):

i.- Asegurar la credibilidad del testigo.

ii.- Acreditar los hechos controvertidos de nuestra teoría del caso.
iii.- Introducir prueba documental o material (vincular la declaración con otros medios probatorios).

Otras recomendaciones que deben de tenerse presente a la hora de realizar el interrogatorio son:

i.- El abogado no debe de ser el protagonista del interrogatorio, sino el declarante.

ii.- Se debe saber qué es lo que se quiere lograr con la declaración, cuál es el objetivo de ésta. Cómo y qué nos ayuda a darle credibilidad a nuestra teoría del caso.

iii.- El interrogatorio en el caso de los testigos se realiza de forma cronológica salvo el caso de los peritos con quienes se hace de manera temática.

Evidentemente, entre los abogados litigantes, proponente se denomina a quien tiene el principal rol dentro del interrogatorio directo, pero ello no significa que el abogado de la parte contraria no ejerza una labor importante en esta etapa. A este respecto, la contraparte en esta etapa ejerce un rol de fiscalizador y controlador de la legalidad de las preguntas que realiza el abogado proponente. Dicha labor la realiza a través de lo que técnicamente se conoce como 'objeción', que no es más que la oposición que realiza de manera oral e inmediata la parte contraria a la pregunta que formula quien interroga, ya sea en el interrogatorio directo o en el contrainterrogatorio.

Es fundamental que la oposición se realice de forma inmediata aduciendo las razones por las cuales se objeta la pregunta (Artavia Barrantes, 2017, p. 803), lo anterior, por dos razones: La primera es que si el testigo contesta previo a que

se objete, ya carecerá de interés la oposición planteada. Por eso, el abogado no debe limitarse a levantar la mano y esperar a que el juez le conceda la palabra, sino que, debe de intervenir sin que medie autorización alguna del juez, exclamando que objeta o se opone a la pregunta. La segunda porque la objeción no puede prosperar si es infundada, es decir, no puede objetarse por objetar.

Entre las objeciones más comunes podemos encontrar:

i.- Preguntas sugestivas
ii.- Preguntas capciosas
iii.- Preguntas impertinentes
iv.- Preguntas reiterativas
v.- Preguntas de opinión (salvo a peritos o testigos-peritos)
vi.- Preguntas compuestas
vii.- Preguntas ininteligibles

Por último, debemos insistir que la objeción es una herramienta que debe utilizarse con sentido de "timeing" y oportunidad, para no caer en prácticas abusivas (numeral 6 del nuevo CPC) que puedan llevar a indisponer al Tribunal. Es más, no es necesario ejercerla siempre que una pregunta esté mal formulada, si la pregunta es inocua, no va fortalecer la teoría del caso de la parte contraria, ni a desmejorar su posición; lo mejor es "guardar" esa oposición para cuando realmente sea relevante ejercerla. Ello permitirá un desarrollo más fluido de la audiencia, y un mejor posicionamiento frente al Tribunal al momento de utilizar esta herramienta.

Contraexamen**:**

El contraexamen es la segunda fase del interrogatorio. Lo realiza el abogado de la contraparte sobre quien acaba de

declarar con el propósito de examinar su declaración y menoscabar la misma.

Entre los objetivos del contraexamen se encuentran (Guevara Vásquez, 2015, p. 212-213):

i.- Desacreditar al testigo de la parte contraria (un interés en las resultas del proceso o por sus conductas previas).[57]

ii.- Desacreditar el testimonio que rindió (esta desacreditación recae sobre el relato mismo, y no, sobre las condiciones personales del testigo. Un claro ejemplo de ello son las condiciones de percepción del testigo como en caso de que tenga problemas de vista, o en las condiciones externas como sería la poca visibilidad en el lugar de los hechos).

iii.- Acreditar nuestras proposiciones fácticas.

iv.- Hacer reconocer y validar nuestra prueba documental o material.

v.- Mostrar inconsistencias con otras pruebas de la contraparte.

Algunas recomendaciones que pueden darse para realizar un contraexamen más efectivo, son:

i.- No haga la pregunta de más, es muy difícil que el testigo de la contraparte llegue a emitir la conclusión a la que uno quiere llegar. Termine el interrogatorio cuando tenga los elementos suficientes para que el Tribunal pueda concluir lo que necesite.

[57] Piénsese por ejemplo un testigo que ha sido en el pasado condenado por falso testimonio, evidentemente ello no significa que actualmente este mintiendo, pero si es un dato de relevancia que puede mermar su credibilidad. Por ello, con anterioridad indicábamos que se debe tener una comprensión amplia cuando se habla en el numeral 41.4.5 del nuevo CPC que las preguntas deben tener una relación directa con los hechos y pretensiones, ya que de lo contrario nunca sería posible desacreditar a un testigo.

ii.- Termine de preguntar cuando ha sacado la ventaja requerida.

iii.- No siempre es necesario realizar el contrainterrogatorio, ya que si el testigo no ha aportado nada favorable a la teoría del caso de la parte contraria, no es indispensable hacerlo.

iv.- El contraexamen debe plantearse de manera temática y no cronológicamente, ya que no interesa relatar o narrar una historia (no se trata de volver a hacer un interrogatorio directo), sino que, importa obtener un pedazo de información determinada que pueda utilizarse en el alegato de conclusiones.

v.- Se debe mantener el control de la declaración del testigo durante el contraexamen de ahí la importancia de la utilización de preguntas sugestivas.

vi.- No haga preguntas si no conoce la respuesta (Picado Vargas y Calderón Sumarriva, 2015, p. 327).

¿Redirecto y Recontrainterrogatorio?

Una discusión doctrinaria de interés en cuanto a la nueva normativa procesal, es lo que refiere al alcance del carácter aclaratorio de la segunda ronda de preguntas contempladas en el numeral 43.4 del nuevo CPC. En este sentido, puede reflexionarse si esta segunda etapa de interrogantes se trata en verdad de lo que en doctrina se conoce como un "redirecto" y un "recontrainterrogatorio".

Para adentrarnos en esa discusión es necesario conocer cuál es el propósito de dichas modalidades del interrogatorio. Así explica Quiroz Salazar (2013) que el redirecto es un interrogatorio que tiene la posibilidad de formular la parte

proponente si y solo si ha existido contrainterrogatorio de previo (por eso lo llama la tercera etapa del interrogatorio). Con ella se busca rehabilitar la credibilidad del testigo, que ha sido mermada a través del contra examen, así esta etapa no puede ser utilizada para complementar o introducir preguntas que se omitieron durante el directo (Quiroz Salazar, 2013, p. 113-115).

Por su parte, en cuanto al recontrainterrogatorio explica dicho autor, que es la cuarta etapa del interrogatorio y por ello solo puede llevarse a cabo si previamente se ha formulado un redirecto. Acá vuelve a presentarse una impugnación sobre la credibilidad del testigo, pero única y exclusivamente sobre lo que señaló en el redirecto (Quiroz Salazar, 2013, p. 115-117).

En nuestro medio, algunos han entendido que este articulado permite un verdadero "redirecto" y un "recontrainterrogatorio" (Álvarez Salas, et alt., 2017, p. 272).[58] Pero, si bien es cierto que en estas modalidades podrían efectuarse preguntas aclaratorias, también lo es que su alcance y finalidad es mucho más profunda que el mero carácter aclaratorio, por lo que, considero que probablemente en la práctica va a existir un uso restrictivo y limitado de esta segunda ronda de preguntas, y que, por lo tanto, no se trata en realidad de un "redirecto" y un "recontrainterrogatorio". Pero, obviamente esto es solo un criterio y dependerá de

[58] "*Veamos con detalle en qué consisten esas etapas, siendo las dos últimas menos frecuentes y no reguladas en nuestra legislación actual, sin embargo en la normativa de reforma, cuando indica que en la práctica de la prueba testimonial que concluida la declaración las partes y el tribunal podrán interrogar nuevamente (ya no una vez por turno) para pedir aclaraciones, abre el portillo para realizar el re-directo y el re-contrainterrogatorio (art. 43.4 NCPC).*" Al respecto ver: (Álvarez Salas, et alt., 2017, p. 272)

cuanta apertura exista a la hora de poner en práctica el Código, ya que consideramos que la norma no es lo suficientemente clara a este respecto.

Otras recomendaciones:

Para finalizar lo relativo a la estrategia de los interrogatorios deseo realizar un par de recomendaciones que aplican a cualquier clase de interrogatorio sin importar qué parte se es en el proceso, entre las cuales puedo destacar:

i.- Lleve una copia completa del expediente.

ii.- Tenga debidamente marcado y señalado el expediente, especialmente con índices que le permita acceder a cualquier clase de documento que requiera a mano.

iii.- Prepare al testigo. Previo a la audiencia reúnase nuevamente con él.[59] Explíquele la dinámica de la audiencia, para que sepa qué es lo que va a pasar y cómo debe comportarse. Indíquele cuáles son los hechos de relevancia sobre los que se centrará su testimonio. Enséñele a escuchar con atención la pregunta, y limitarse a contestar única y exclusivamente lo que se le dice. Cuando sea la contraparte la que pregunte, el testigo tiene que saber que no puede ser hostil con ella. Igualmente, si no entiende la pregunta debe pedir que se la expliquen, nunca debe contestar algo sino está seguro de lo que se le está preguntando. Por último, debe acostumbrarse a dar unos segundos entre la pregunta y la respuesta para tener margen de contestar.

i.- Anticipe la estrategia de su contraparte.

[59] Decimos nuevamente ya que debió haberlo hecho una primera vez al momento de preparar ya fuera la demandada o contestación de ésta.

ii.- No lleve preguntas prestablecidas, ello se convierte en una camisa de fuerza que le da poco margen de acción y que puede incluso confundirlo. Lo más sencillo es llevar con cada testigo el objetivo de dicha declaración, y un listado de temas que quieren abordarse, los cuales se irán marcando conforme se ventilen en la audiencia. Igualmente, en este pequeño bosquejo, indique qué prueba documental o material desea vincular a la declaración.

iii.- Realice un simulacro de la audiencia para poner en práctica lo aquí dicho y familiarizar lo más posible al testigo con la dinámica a la que será sometido.

iv.- Si puede hágase acompañar por un colega. Lo más sencillo para realizar la audiencia es lograr una división y especialización del trabajo. Recordemos que concluida la práctica de prueba entramos directamente las conclusiones, y por ello, es realmente difícil llevar el control de los interrogatorios e ir aterrizando a su vez el alegato de conclusiones.

v.- Recuerde que todo lo aquí expuesto, es una mera guía y no una receta. En este sentido, hay que tener el cuidado debido para saber qué de todo esto es lo que más beneficioso resulta a su caso en particular. Por ejemplo, si bien las preguntas abiertas son la típica pregunta del interrogatorio directo, a lo mejor su testigo no posee las cualidades necesarias para desarrollar sus respuestas bajo esta modalidad y ocupa ser un poco más guiado. Este tipo de situaciones deben de ser debidamente sopesadas, para elegir cuál es el camino y estrategia que resulte más conveniente a sus intereses.

Consideraciones Finales

Nuestra nueva normativa es un gran avance en la temática que aquí ha sido objeto de análisis, respecto al antiguo Código. Ahora bien, es claro que el mismo no presenta un modelo adversarial puro, lo cual es bastante obvio cuando se muestra la prohibición a las preguntas sugestivas, así como a ciertas atribuciones que se le otorgan al juzgador en materia probatoria a las que ya se hicieron referencia.

Por ello, en cuanto a las facultades probatorias que posee el Tribunal -que no son deberes-, debe existir un uso mesurado, prudente, razonable y proporcional de las mismas; con el ánimo de evitar actuaciones que puedan dar al traste con la teoría del caso de las partes y su estrategia probatoria.

En cuanto al tema de las preguntas sugestivas dentro del contrainterrogatorio conforme ya fue explicado; este es un tema central para el buen funcionamiento del sistema, y por consiguiente, es necesaria una reforma legal para autorizarlas y así lograr un control efectivo y eficiente del interrogatorio directo, asegurándose así un verdadero contradictorio entre las partes.

Bibliografía

Libros:

- Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema Procesal.* t. i. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Álvarez Salas, L. *et alt*. (2017). *Oralidad en la práctica.* Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

- Artavia Barrantes, S. (2017). *Las Pruebas Judiciales.* 2ª ed. Costa Rica: Editorial Jurídica El Faro.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* t. III. 29ª ed. Argentina: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* t. IV. 29ª ed. Argentina: Heliasta.
- Calamandrei, P. (1973). *Estudios sobre el Proceso Civil.* Trad. Santiago Sentís Melendo. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Devis Echandía, H. (2009). *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil.* 2ª ed. Colombia: Temis.
- Ferreyra de la Rúa, A. y González de la Vega de Opl, C. (2009). *Teoría General del Proceso.* t. I. 2ª ed. Argentina: Advocatus.
- Guevara Vásquez, I. (2015). *Manual de litigación oral*. Argentina: Valletta Ediciones.
- Lorenzo, L. (2017). *Manual de Litigación Civil*. Chile: CEJA.
- Moreno Holman, L. (2014). *Teoría del caso*. Argentina: Didot.
- Peyrano, J. (1978). *El proceso civil*. Argentina: Astrea.
- Picado Vargas, C. (2012). *La imparcialidad del juez.* Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.
- Picado Vargas, C. y Calderón Sumarriva, A. (2015). *Técnica y estrategia procesal (cómo litigar)*. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas.
- Quiroz Salazar, W. (2013). *El interrogatorio cruzado en el modelo procesal acusatorio*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Real Academia Española (2006). *Diccionario de la Lengua Española.* España: Espasa Calpe.
- Ríos, E. (2017). *Manual de Dirección de Audiencias Civiles*. Chile: CEJA.
- Rocco, U. (2001). *Derecho Procesal Civil.* México: Editorial Jurídica Universitaria S.A.

- Rúa, G. (2015). *Examen Directo de Testigos*. Argentina: Ediciones Didot.

Normativa:

- Código Procesal Civil. Ley n.° 713.
- Código Procesal Civil. Ley n.° 9342.

Jurisprudencia:

- Sala Primera, voto n.° 82-2005 de las 14:15 horas del 22 de febrero de 2005.
- Sala Primera, voto n.° 844-2007 de las 10:00 horas del 23 de noviembre de 2007.
- Sala Primera, voto n.° 731-2008 de las 11:15 horas del 31 de octubre de 2008

PSICOLOGÍA DE LOS INTERROGATORIOS EN LAS AUDIENCIAS

Herman Duarte[60].

Las técnicas de oralidad empiezan a tomar prevalencia en la práctica jurídica: la teatralidad- los énfasis en la voz al momento de presentar un punto crítico del caso-; el entendimiento de falacias argumentativas; la forma en cómo se activan (o bloquean) sesgos y heurísticas cognitivas; los prejuicios y sesgos negativos que puede tener un juzgador. Así como aspectos dentro del ámbito probatorio, en el que entender como la memoria funciona[61] se vuelve crucial para desenmascarar la verdad de una declaración de una persona. Esto es algo útil, tanto para la posición de demandante como la de demandado, porque de esta manera seremos más precisos al elegir a nuestros testigos y descartar a otros.

La primera, perspectiva importante a considerar es: ¿Cómo elijo a un testigo? Es usual llevar a cabo entrevistas

---

[60] Abogado (Costa Rica y El Salvador). Notario Público (El Salvador). LLM en arbitraje internacional comercial de la Universidad de Estocolmo, Suecia (Alumno Extraordinario, 2017) Licenciatura en ciencias jurídicas por la Escuela Superior de Economía y Negocios (El Salvador). Miembro y Vocal del Instituto Costarricense de Derecho Procesal. Considerado como **OUTstanding** Top 50 LGBT Future Leaders presented by the Financial Times y clasificado por el Ranking de Chambers & Partners desde el año 2017 por su práctica en litigios complejos y arbitraje. Contacto: herman@hduarte-lex.com.

[61] Al respecto remito al lector al capítulo publicado en el libro de memorias del pasado congreso del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Civil y Científico: Duarte, H. (2017). *"No todo lo que brilla es oro, ni todo lo que crees es cierto*" en libro de memorias del VI congreso de derecho procesal civil y científico.

con los testigos en lo que se les pregunte sobre las circunstancias generales del caso, utilizar técnicas de activación de memorias que van desde contar los sucesos de manera cronológica, hasta contar eventos de manera de inversa a fin de encontrar contradicciones. También existen otras técnicas, como transportar al testigo a eventos determinados por medio de documentos y pedir una contextualización de la carta/email/nota a fin de encontrar más aspectos importantes a incluir. Lo ideal es que esta entrevista inicial se realice al momento de preparar la demanda, a fin de tener claro los testigos que serán ofrecidos y solicitados de cada parte.

Una vez determinado quienes son las personas con mayor firmeza, solidez y conocimiento del caso, una vez admitidos se vuelve importante familiarizar al testigo con lo que puede acontecer el día de la prueba testimonial. Desde pasar por una exposición de fotografías en la cual se explique dónde se conducirá el interrogatorio, explicando la mecánica o secuencia que la audiencia tendrá, explicarle el juramento y la advertencia de no mentir por los riesgos penales que ello implica (además del reproche moral de lidiar con un mentiroso). Esto es valioso, porque de alguna manera esta significativa preparación, puede ser la diferencia entre que el miedo escénico cobre la credibilidad de un potencial buen testigo.

En la entrevista, dependiendo la ley aplicable[62] a la disputa, será posible llevar a cabo ejercicios previos de

[62] Por ejemplo, la ley inglesa prohíbe que se hagan sesiones de ensayo de potenciales preguntas al testigo, solamente permite la familiarización de temas del caso. Mientras que en Estados Unidos de América, es usual que el testigo que

familiarización de los temas que razonablemente serán traídos a la luz al momento de ser interrogado, o bien, poder llevar a cabo una simulación de juicio previo a la prueba testimonial. Esto es algo que el testigo puede comentar con total confianza ante la pregunta de un juez o la contraparte, ya que el factor determinante es que diga la verdad, lo que vivió, experimentó y percibió. El hecho que el testigo se prepare para comentar su versión de los hechos, no hace que la prueba sea ilegitima, únicamente le prepara para tener un mensaje más claro y contundente al momento de presentarse. De alguna manera, es lo mismo que ocurre cuando el artista ensaya su canción, o el gran orador se prepara ante el espejo previo a la entrevista que dará en televisión nacional, o el novio que está por proponer matrimonio a su persona más amada y ensaya antes de hacer la gran pregunta.

Ahora bien, también en el momento de la preparación previa de un testigo, se vuelve necesario advertirle de las preguntas que puede recibir, como puede verse tentado a responder para desviar el tema y como debe evitar esas trampas de parte del otro litigante. Cómo por ejemplo, tener un poco de paciencia al hablar, puede ser la diferencia para que su abogado pueda objetar una pregunta impertinente al caso, y así evitar distraer la atención de los temas relevantes. Así como también, cómo explicarle los puntos centrales del caso (*key message points*) que le permitan rediciones a los temas vitales del proceso.

va a declarar haya sido sometido a una serie de ensayos de prueba testimonial en la que se le hagan cientos de preguntas para prepararlo lo más que se pueda. En todo caso, la "preparación" no es más que la familiarización con el proceso, en ningún momento significa indicarle que responderá, ya que el norte en toda respuesta debe ser la verdad, como regla de oro de toda prueba testimonial.

Hechas estas aclaraciones preliminares, ya en el momento que se entra en escena, es importante recordar que la prueba testimonial se encuentra impregnada de un alto nivel de riesgo a: (i) que la persona que tome el estrado sea coaccionado a contar una historia que favorezca la teoría del caso de la contraparte (lo cual podría devenir en responsabilidad penal); (ii) que la persona sin ser coaccionada, mienta[63] intencionalmente; (iii) que lo que declare el testigo no sea un reflejo exacto con lo que realmente ocurrió; (iv) que las memorias del testigo lleguen a ser modificadas por eventos externos como noticias, declaraciones de otras personas o preguntas sugestivas[64]; o

[63] "I*n my definition of a lie or deceit, then, one person intends to mislead another, doing so deliberately, without prior notification of this purpose, and without having been explicitly asked to do so by the target. There are two primary ways to lie: to conceal and to falsify*" Ekman, P (2009). Telling Lies: Clues to Deceit in the Marketplace, Politics, and Marriage. Norton Paperback. Edición Kindle, P.27. Basado en las investigaciones de Ekman, Chan explica como en la detección de mentiras puede ocurrir que se manifiesten respuestas fisiológicas (como por ejemplo el aumento de los latidos de un corazón. Pero que no necesariamente esto implique que alguien en efecto mienta, puesto que también puede manifestarse la misma reacción ante el miedo de ser falsamente incriminado. Se trata de un artículo que da herramientas que permiten la detección de mentiras en un interrogatorio y desmitifica aquellas creencias que tradicionalmente se indican para determinar que alguien miente. Chan, A (2012). Lie to me Apuntes de psicología y derecho sobre la detección de mentiras y su aplicación para el interrogatorio de testigos. Revista Ius Veritas, Volumen 22, número 44, disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12038

[64] La memoria asociativa -entendida como el campo donde ideas independientes se asocian- funge un papel importante en el campo de las preguntas sugestivas. En muchos casos estas asociaciones se hacen de forma subconsciente, ejemplo de esto se encuentran en situaciones tan simples como asociar la palabra "manzana" a la categoría de "frutas", o relacionar "refriado" con una "enfermedad". Este principio de la memoria asociativa conllevó a que los psicólogos descubrieran lo que se denominó el "*Priming Effect*" o el cambio de las palabras asociadas por haber sido expuesto a una palabra determinada. Sobre este efecto ver el capítulo

bien, (v) que declare algo que pese a no ser cierto, lo afirme bajo la convicción que indica la verdad, es decir que declare una memoria falsa[65].

La doctrina clasifica esos riesgos en dos grandes campos errores por omisión o comisión, y los explica de la siguiente manera: *"Al realizar una tarea de memoria, pueden cometerse dos diferentes tipos de errores: errores de omisión y errores de comisión. Los errores de omisión se dan cuando en lo que cuentan los testigos de un hecho faltan detalles importantes, bien por olvido o por ocultación; y los errores de comisión son aquellos en los que los testigos introducen información falsa deliberamente – mentira- o debido a inducción autogenerada o generada por otros- efecto de la*

4 de Kahneman, D (2011). "Think Fast and Slow", MacMillan Publishers, Kindle Edition.

[65] Un Tribunal Penal en Costa Rica hizo un recuento de teorías innovadoras relacionadas con la sugestibilidad de los testimonios infantiles en casos de abusos sexuales y trae mención el fenómeno de la implantación de memorias falsas. En el caso concreto, anuló la sentencia que revisaba, por que casualmente en el mismo mes había recibido dos sentencias del mismo Tribunal de Sentencia, utilizando una fundamentación idéntica (incluyendo las calificaciones para los testigos) para dos casos diferentes en las que se absolvía al imputado por determinar la existencias de memorias falsas: "***La administración de justicia no es, ni puede considerarse equivalente a un programa de cómputo en donde se establezcan las variables y el programa adopte la conclusión respectiva.*** *Se trata de asuntos de naturaleza muy delicada en donde se encuentra en juego el respeto de los seres humanos concretos: imputados y víctimas. Por ello, desde vieja data la jurisprudencia constitucional ha tratado de suprimir algunos vicios relativos a la fundamentación, diciendo: "****Repetir en abstracto y como frases vacías (…) no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal (...) cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la (...) medida adoptada****". Sala Constitucional, voto Nº 3116-96. En igual sentido y de la misma Sala los votos Nº 3044-96, Nº 1854-96, Nº 636-96, Nº 5396-95, Nº 4670-95, Nº 1906-95.*"Tribunal de Casación Penal de San José por medio de sentencia 925-2007 del 17 de agosto del 2007.

información post suceso, fallos en la distinción entre realidad y fantasía, transferencia inconsciente." [66]

Los riesgos inherentes a la fragilidad de la prueba testimonial[67], han sido principalmente expuestos en el campo del derecho criminal[68], dado que es en esa rama donde la injusticia se manifiesta de una forma más dramática por cuanto se ha llegado a extremos de privar a libertad-convicciones erradas[69]- a personas inocentes con base a prueba testimonial. Las imperfecciones de la prueba

[66] Manzanero, A. (2008). *Op.Cit.* en , Pág.105.

[67] "*There has been research on the fragility of eyewitness identifications for nearly 40 years, yet social scientists say that it took DNA testing and a host of shameful exonerations of wrongly convicted people for the police and courts to take the research more seriously*." Kellog S. (2014), *Op. Cit.*

[68] Por ejemplo, el tema de las memorias falsas ha surgido en una gran cantidad de casos relacionados con delitos relativos a la libertad sexual. Ver: Loftus, E, y Ketchum, K (1994). The Myth of repressed memory: false memories and allegations of sexual abuse. St. Martin´s Griffin, New York, página 3. Sin embargo la aplicación de elementos de memoria falsa también relación con áreas civiles y comerciales. ¿Porqué? Porque también un empresario – así como cualquier otro humano- puede tener toda la convicción que ha experimentado situaciones, que en realidad no han ocurrido.

[69] Los problemas son tan reales, que en algunas jurisdicciones se han adoptado guías para el manejo de testigos. Por ejemplo, el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América en 1999 publicó unas guías para el manejo de evidencia y testigos por parte de sus policías, dicho documento puede consultarse en: https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178240.pdf. Otras guías más modernas, son las elaboradas por la organización no gubernamental National Research Council of The National Academy of Sciences en el año 2014 denominada "*identifying the culprit: Assessin Eyewitness Identificacion"*. Otro ejemplo de problemas por convicciones por problemas en la credibilidad de las evidencias, puede verificarse en los datos que constan en el Registro Nacional de Exoneraciones ("*National Registry of Exonerations*"), un proyecto elaborado por la Facultad de derecho de la Universidad de Michigan y la Facultad de derecho de la Universidad de Northwestern, donde se llevan las estadísticas desde el año 1989 del total de convicciones revertidas en los Estados Unidos de América.

testimonial han sido inmortalizadas por un caso americano en los siguientes términos: "*la exactitud de la recolección decrece de forma geométrica en lugar de forma aritmética (el paso de tiempo tiene un efecto distorsivo enorme en la recolección); la exactitud de la recolección no esta altamente correlacionada con la confianza de la confianza del declarante; la memoria es altamente sugestiva, las personas son fácilmente recordadas de eventos que nunca ocurrieron, y una vez se les ha recordado pueden aferrrarse la falsa recolección de una forma tan tenaz como si se tratase de un hecho verdadero.*" [70]

Pese a ello, el protagonismo[71] de la prueba testimonial[72] en diferentes tipos de procesos no se ha visto afectado pese a que el riesgo que exista una declaración en la que se introduzcan hechos inciertos, inexactos, distorsionados como

[70] Krist v. Eli Lilly and Co., 897 F.2d 293, 297 (th Cir.1990) citado por Engelhardt, Laura (1999) "The Problem with Eyewitness Testimony", Standford Journal of Legal Studies, Volume 1, Issue 1, pág. 26. Disponible en: https://agora.stanford.edu/sjls/images/pdf/engelhardt.pdf

[71] Las personas basan sus respuestas en la credibilidad de un testigo en lugar de tomar en cuenta datos estadísticos, demostrando que la personas ponen más atención a lo que el testigo tiene que decir, y que con base a lo que indica un testigo se determina o construye lo que significa la realidad. Tal y como concluyeron, Tversky y Kahnemann (1977) por medio del ejercicio de los taxis azules y verdes: *"En una ciudad hay dos compañías de taxis, los de color azul y los de color verde, siendo el 85% azules y el resto, un 15%, verdes. Un día hubo un accidente y el causante, que era taxista, se dio a la fuga. La policía encontró un testigo que aseguró que el taxi que provocó el accidente era verde. A este testigo se le hizo un prueba de memoria en la que se estimó que en un 80% de los casos podría recordar correctamente el color de los coches, y en un 20 % no. La mayoría de las personas responden que el taxi será con mayor probabilidad verde, cuando, haciendo cuentas, la probabilidad mayor es azul, ya que la mayoría de ellos son azules (85%)."*

[72] Ezcurra Rivero, H (2016).¿Cómo Aprovechar La Prueba Testimonial Para Persuadir A La Autoridad Arbitral De Nuestra Verdad?. En: Bullard, A. "El Arbitraje desde otra perspectiva". Palestra, pág. 281-299.

consecuencia de preguntas sugestivas[73], mentiras deliberadas o bien por medio de la inducción de memorias falsas también están presentes en el arbitraje. Máxime cuando la regla general en los arbitrajes indica que no habrá otra instancia que pueda entrar a valorar el fondo[74], hace que la *psicología del testimonio* no puede ignorarse.

Sin dejar a un lado el protagónico papel que tiene un contrainterrogatorio[75], la psicología da herramientas que

[73] Una pregunta sugestiva puede disparar el efecto desinformación ("*misinformation effect*") que ocurre cuando un testigo de un evento, posterior al mismo es expuesto a nueva e información engañosa del evento, sus recolecciones en muchos casos se distorsionan.

[74] Este principio general del derecho arbitral ha sido recogido de la siguiente manera por la jurisprudencia costarricense: "*Precisamente, el actor acusa falta de apreciación de los elementos probatorios que constan en autos, principalmente las pruebas confesionales de Pedro Miguel Muñoz Fonseca y Bruce Main, así como las declaraciones de Hill Yakymyshyn, Grabriel Cháves y de Paul Oporta; consecuentemente, estima vulnerado el debido proceso por no fundamentarse el fallo con base en esas probanzas. Este Órgano Colegiado, también ha procurado delimitar el concepto del debido proceso en función de los principios rectores de la Ley no. 7727, que buscan una mínima injerencia de los órganos jurisdiccionales. De tal manera, no procede que a través del control que brinda este instituto, incursione esta Sala en temas de fondo, irrespetando la voluntad de las partes, quienes convinieron sustraerse de la justicia ordinaria, para dirimir su controversia por la vía del arbitraje. La motivación sugerida, como parte del debido proceso, no autoriza a que por medio del recurso de nulidad formulado contra el laudo, se haga una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Hacerse de esa forma, implicaría una revisión de las probanzas y su valoración respecto del análisis de fondo. La falta de motivación en esta materia, está referida a la carencia absoluta de fundamentación y razonamiento de la decisión final, más no a la falta de exhaustiva valoración de los elementos de convicción traídos a los autos.*" Sentencia 777-F-S1-2011 de Sala Primera De La Corte Suprema De Justicia dictada a las dieciséis horas quince minutos del trece de junio de dos mil trece.

[75] Si bien es cierto que un contrainterrogatorio viene a formar parte de la esencia del derecho de defensa, también es una realidad que los juzgadores deben estar conscientes de las actividades mentales que ocurren en su sistema cognitivo (y en el de los demás) para elevar la barra de la garantía del debido proceso a un

pueden ser de gran utilidad en un proceso contradictorio. Una aplicación de algunos de tales factores, puede visualizarse en la sentencia se enfoca en factores de credibilidad[76] de testigos desde una perspectiva moderna:

"El problema que aquí se presenta -si nos atenemos únicamente a la conducta del testigo y sus gestos como "parámetro infalible" para valorar su testimonio- tiene que ver con el hecho de que el lenguaje gestual no necesariamente tiene un carácter unívoco, siendo factible que puedan presentarse distintas situaciones -y de hecho se presentan en la praxis judicial- en que un testigo sea del todo inexpresivo, muestre gestos distintos de los que se esperan según el contenido emotivo de su declaración, realice gestos de inseguridad o nerviosismo, etc. y, aún así, esté diciendo la verdad. Lo contrario también es posible…"[...] esos factores no son, en realidad, controlables para un juez, básicamente porque pueden estar basados en mera retórica, es decir, en una actuación fenomenal del declarante que consiga engañar a todos. Por otra parte, no todas las personas son igual de expresivas. Hay sujetos con dificultades gestuales importantes que involuntariamente no «actúan» en coherencia con lo que están diciendo, y por ello no resultan creíbles a ojos de la sociedad por muy veraz y coherente que sea lo que están afirmando. No son buenos actores, y si tenemos que juzgarles por su conducta, nadie les creerá. De ahí lo sumamente peligroso de guiarse por

nivel mayor. Elizabeth Loftus, la pionera en la investigación de la implantación de memorias falsas, ha indicado que es un factor crítico para el acceso a la justicia.

[76] Por **credibilidad** entendemos la correspondencia entre lo *sucedido y lo relatado*, Manzanero la define como *la valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo.* En tanto que la **exactitud** de la memoria podemos definirla como la correspondencia entre lo *sucedido y lo representado en la memoria,* esto es, entre lo que ocurrió y lo que el testigo recuerda. Manzanero, (2008)., Op. Cit, p.179.

criterios como la «firmeza» de la declaración, o si el testigo perdía la fijeza de la mirada, o sudaba, o suspiraba o gesticulaba mucho, o titubeaba, o miraba hacia aquí o hacia allá, etc. Todo ello puede ser absolutamente desorientador y, por ello, es mejor no tenerlo en cuenta en un examen plenamente objetivo. (Nieva Fenoll, Jordi; op.cit., pp. 202-221. En sentido contrario Taruffo considera que la conducta del testigo es relevante. Cfr. Taruffo, Michele. "La prueba". Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2008, parágrafos 49 y 97, pp. 64-65 y 139-140 respectivamente). En cuanto al testimonio periférico: *"En estos casos es usual que las partes recurran al interrogatorio periférico para valorar si el testigo está o no en capacidad de brindar detalles al respecto. Nuevamente habría que decir aquí que tampoco se trata de un criterio que por si solo permita discernir entre la veracidad o mendacidad de un determinado relato, ya que no se puede dejar de lado que un testigo podría no estar en capacidad de brindar una descripción del contexto y, sin embargo, ser veraz en su declaración.".* [77]

La Suprema Corte del Estado de Nueva Jersey ha reconocido el rol protagónico de la psicología aplicada al

77 Sentencia No. 331-2015 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, II Circuito Judicial de San José. De forma relacionada al tema de la credibilidad de los testigos, el Dr. Ferrer hace un recuento de 19 factores o parámetros para evaluar la validez de un testimonio, entre los que se encuentran: estructura lógica, producción desestructurada, cantidad de detalles, anclaje contextual, descripción de las interacciones, reproducción de las conversaciones, sucesos inesperados durante el incidente, detalle poco usuales, detalles superfluos, relación precisa de los detalle mal interpretados, asociaciones externas relacionadas, explicaciones de estados mentales subjetivos, atribución del estado mental, correcciones y agregados espontáneos, admisiones de falta de memoria, dudas sobre su propio testimonio, auto desaprobación, perdón, detalles característicos del delito. Ferrer, F (2015). Psicología Jurídica (aportes psicosociales para la práctica del Derecho. Universidad de Buenos Aires, pág.87.

derecho en los siguientes términos: "*In the context of eyewitness identification evidence, that means that courts must carefully consider identification evidence before it is admitted to weed out unreliable identifications, and that juries must receive thorough instructions tailored to the facts of the case to be able to evaluate the identification evidence they hear... As a result, we believe that it is essential to educate jurors about factors that can lead to misidentifications, which in and of itself will promote deterrence. To that end, we have reviewed various system and estimator variables in detail, which should assist in the development of enhanced model jury charges. Using those charges in future criminal trials is a critical step in the overall scheme.*"[78]

Por lo que, si en otras jurisdicciones se ha reconocido la importancia de la psicología, algunos elementos psicológicos que los practicantes pueden tomar en cuenta para los interrogatorios – y contrainterrogatorios- que tengan que protagonizar son los siguientes:

1.- Cuando se está en presencia de una persona que miente cada pregunta, la persona que miente debe básicamente: (i) recordar su historia; (ii) recordar lo que dijo previamente; (iii) verificar si la nueva información que es brindada puede ser contradicha; y, (iv) ante la evidencia que lo contradice, crear una nueva historia. Por lo que resulta valioso llevar un detalle de las respuesta que se obtienen para repreguntar y dejar evidencias de las contradicciones.

2.- Aunado a lo anterior, una buena técnica consiste en evitar preguntas de forma cronológica, haciendo preguntas

[78] State v. Henderson, 27 A.3d 872 (N.J. 2011). Un análisis crítico sobre el caso puede encontrarse en la Edición 125 (2012) del Harvard Law Review , disponible en: http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol125_state_v_henderson.pdf.

sencillas para que no tenga espacio para recordar.

3.- También tomar en cuenta que las preguntas abiertas dan espacio a que el testigo pueda elaborar más sus respuestas y por ende, abre la ventana para que pueda recuperar (en terminología del proceso de la codificación y recuperación de una memoria) la memoria. En las áreas que se requiere más detalles se pueden hacer preguntas más detalladas para hacer un efecto de "zoom" en el guion general de la película que está transmitiendo el testigo.

4.- El uso de evidencia documental puede ser gran importancia, bien para refrescar la memoria a los testigos y darles confianzas para declarar algunos aspectos, o para minar de forma definitiva la credibilidad de un testigo por medio de contradicciones entre el testimonio verbal y la evidencia por escrito.

5.- Tal y como se advirtió previamente, la simple advertencia a nuestros testigos que podría estar sujeto a inducciones de memorias falsas por medio de preguntas de los abogados resulta una herramienta para "blindar" la mente de nuestros testigos.

6.- Relacionado con las instrucciones a los testigos, existe evidencia[79] que los testimonios que se rinden con poder, de forma segura, tienden a dar un mayor nivel de seguridad y credibilidad que aquellos que no desempeñan de esa manera.

7.- Explicar al testigo que ante preguntas que no le den espacio para contextualizar previamente su respuesta, que busque hacerlo para que pueda servir esa base como una especie de "anclaje" a las diferentes preguntas que

[79] Loftus, E. (1996), *op.cit.,* p.14-15. De igual forma Wells, G. (2006). Eyewitness Evidence: Improving Its Probative Value. 7 Psychol. Sci. Pub. Int. 45, citado por Manzanero A. (2008), Op. Cit, p.184,

posteriormente se le hagan.

En este entender, considero que los riesgos de la prueba testimonial es algo inherente al tipo de prueba, por lo que existe la posibilidad que en los procesos arbitrales ocurran convicciones equivocadas, a raíz de una preterición indebida de la prueba testimonial, razón por la cual conviene estudiar sus implicaciones y tenerlas en cuenta en primera instancia. En lo personal, considero a la psicología como una gran herramienta para la práctica del derecho, a manera de ejemplo aplicado el arbitraje, comprender el contexto académico y personal de los árbitros será de gran utilidad para la elaboración de los argumentos de apertura y conclusiones, a fin de buscar tocar esos puntos medulares para llamar la atención de los árbitros.

Dicho esto, también cabe preguntarse ¿Cómo efectuar las preguntas? La respuesta es más simple de lo que realmente se cree y va de la mano de un depende. Si se trata de un interrogatorio directo, es decir de la clase de interrogatorios que se hace a un testigo no hostil que ha sido ofrecido por nuestra representación, entonces el tipo de preguntas deberán ser abiertas de tal forma que el testigo pueda explayarse y detallar los diferentes aspectos que considera oportunos – de la mano con la teoría del caso. La habilidad del abogado reside en ser un atento receptor, a fin de preguntar aquellos aspectos que han quedado por fuera, de tal manera que se asegure que ha tocado los *key messages points* relevantes para lograr cumplir con las obligaciones probatorias. En esta etapa, es importante tener en cuenta que la estrella es el testigo y el abogado es solamente el director de la película.

Veamos un ejemplo, el hipotético caso de un equipo de

fútbol en el Reino de España que termina el contrato con uno de sus jugadores superestrellas por el hecho que sale mucho en la televisión y que esto lo ha distraído demasiado de sus obligaciones como futbolista.

Abogado: Buenas tardes, señor Florentino Pérez, ¿Sabe por qué está acá hoy?

Testigo: Claro.

En este caso, el testigo no está respondiendo de manera extensa, por lo que se vuelve necesario pedirle, en la etapa de preparación que aproveche cada pregunta para extenderse lo más que pueda, a fin que el abogado pueda hacer un *zoom* a los temas que importan para la causa.

Abogado: Buenas tardes, señor Florentino Pérez, ¿Sabe por qué está acá hoy?

Testigo: Sí señor, buenas tardes, resulta que desde hace más de 5 años soy el presidente del club de fútbol más exitoso de la historia de dicho deporte y vengo este día a esta audiencia para declarar sobre la terminación contractual que decidí ejecutar en el ejercicio de mis facultades y en apego a las obligaciones contractuales detalladas con el jugador en la cláusula 2.5 de dicho documento. La razón por la que vine, es para que quede detallado que en nuestro glorioso club que he llevado al éxito con mi dirección especializada, no sea tachado de arbitrario.

En este caso, vemos como un testigo preparado a explayarse, permite dejar muchos temas relevantes sobre la mesa, a fin de que el abogado pueda hacer los *zoom* que considere necesarios para hacer su trabajo. Siendo que de los

hechos del caso será relevante explorar tanto la experiencia del presidente, como los estatus del club, el contrato suscrito con el jugador. Con este tipo de respuesta, queda todo sobre la mesa para que se puedan explorar los temas centrales de la declaración testimonial.

Abogado: Gracias señor Pérez. Usted mencionó que lleva 5 años de ser presidente del club de fútbol más exitoso de la historia del deporte, ¿Cuáles son sus funciones como presidente?

Testigo: ….

Es así como comienza un interrogatorio directo, en medio de esas preguntas, pueden salir a relucir preguntas sugestivas – aquellas preguntas donde se adelantan las respuestas al testigo- las cuales deben ser objetadas por el abogado de la contraparte. En el caso de los contrainterrogatorios, la lógica es simple: solo se pregunta lo que ya se sabe y nunca se pregunta de manera abierta. Esto porque lo que se busca es atacar la credibilidad del testigo por medio de hacerlo caer en contradicciones, afectar su *expertise* con el uso de documentos en donde quede en evidencia que mienta. Es acá, como dicen muchos autores, donde se ve reflejado el espíritu del famoso derecho de defensa.

Lo cierto es que la prueba testimonial es un pilar del sistema de justicia y que tal estructura tendrá bases más sólidas sobre las cuales reposar al reducir los riesgos inherentes a un sistema de justicia que se ampara en la fragilidad de la memoria humana para tomar decisiones que determinan la vida de una empresa – o una persona – por lo que cualquier

propuesta que venga a beneficiar el sistema de justicia, máxime cuando están amparados científicamente, deben discutirse con seriedad a fin de alcanzar un resultado global mejor para todos los usuarios del sistema. Es por ello que considero que la aplicación de la psicología al arbitraje es algo que resultaría de gran valor al sistema arbitral, así como al judicial.

EL PROGRAMA DE LA AUDIENCIA ÚNICA EN EL MONITORIO DE COBRO

Dr. Sergio Artavia B[80].

De acuerdo con el art. 110.4 NCPC -que regula los procesos monitorios- "ante oposición fundada se señalará una audiencia oral que se regirá por las disposiciones establecidas para el proceso sumario. En sentencia se determinará si se confirma o revoca la resolución intimatoria".

1.- ACTIVIDADES DE LA AUDIENCIA. PROGRAMA

A diferencia del proceso sumario, en los monitorios, el juez solo debe atender la oposición cuando sea fundada y lo será: a- Para el monitorio de cobro: si se funde en falsedad del documento, falta de exigibilidad de la obligación, pago comprobado por escrito o prescripción" –art. 111.4 NCPC-. Como vimos, solo si existe prueba pertinente y se trata de uno de esos supuestos, se señalará para audiencia oral única.

En la audiencia oral única en los monitorios, al igual que en los ordinarios, el legislador señala los actos procesales o actividades que se van realizando, es lo que Fairén[81] denomina "programa de la audiencia". Aunque se

---

[80] Presidente Instituto Costarricense de Derecho Procesal. Co-redactor del nuevo Código Procesal Civil. Profesor de Derecho Procesal Civil, Universidad de Costa Rica. Doctorado en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Libre de Derecho, validado por el Colegio de Abogados. Abogado litigante. Autor de más de 30 obras en Derecho Procesal Civil, arbitraje y arrendamientos. Ganador del premio Alberto Brenes Córdoba a la mejor obra jurídica del año. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal -París- y de los Institutos Argentino, Brasileño y Chileno de Derecho Procesal. Pasantías y estudios en las Universidades de Tulane, Harvard , Barcelona, Salamanca y Roma.

[81] Fairén Víctor. La audiencia previa…, pág. 59.

denominen actividades, en realidad se trata de verdaderos actos procesales, entendidos con Couture como "acto jurídico emanado de los órganos de la jurisdicción, de las partes o de los terceros, susceptibles de crear, modificar o extinguir derechos procesales" o con Pallares como aquellos que "produzcan efectos en el proceso, impulsándolo, modificándolo o extinguiéndolo y, además, se realice en el proceso".

A diferencia del proceso ordinario, que se puede desarrollar en dos audiencias –art. 102.3 NCPC-, el proceso monitorio, desde la versión de la Comisión Redactora Original 2001-2005, se diseñó para celebrarse en una única audiencia, por eso es que el art. 103.3 señala "el proceso monitorio se substanciará en una única audiencia".

Como era lo correcto, el art. 103.3 NCPC enumera las actividades o actos que se realizan en la audiencia oral única de los monitorios, va indicando los actos procesales del juez o las partes, que se realizan en dicha audiencia.

Al ser de carácter taxativo y formar parte de un proceso diseñado para realizarse por audiencia(s) resulta una etapa imprescindible, cuando se den los supuestos excepcionales de su señalamiento. Todas las actividades enumeradas en el artículo deben ser cumplidas obligatoriamente, bajo pena de nulidad de la audiencia. En efecto, si estamos cambiando de un proceso preclusivo escrito, de resoluciones y recursos casi interminables y escalonadas, a un proceso con audiencia oral, concentrada, donde se resuelve todas las cuestiones procesales y de fondo; en la audiencia única deben necesariamente cumplirse todas las etapas, en un solo acto continuado, las cuales están consagradas en beneficio de las

partes y de la legalidad procesal, su violación acarrea una vulneración al debido proceso legal y eventualmente la nulidad de la audiencia y la sentencia.

A la audiencia única –concentrada- de los monitorios se rige por las reglas de la audiencia del sumario, a cuya remisión expresa el art. 110.4 y 112.4 NCPC "Ante oposición fundada se señalará una audiencia oral que se regirá por las disposiciones establecidas para el proceso sumario" y "Son aplicables a este proceso monitorio, en cuanto fueran compatibles, las normas del sumario…".

2.- FINES DE LA AUDIENCIA

La primera actividad de la audiencia única de los monitorios y sumarios no es la del art. 103.3.1, sino la del 50.4 NCPC, en la que el juez unipersonal, constituido en la sala de audiencias, se presenta, toma registro de los asistentes, de la condición en que comparecen y además "explicará a las partes sobre los fines y las actividades de la audiencia. Hará las advertencias legales que correspondan". Por fin entendemos el propósito, finalidad u objeto de la audiencia –no del proceso aun-, los puntos de que tratará la audiencia

3.- INFORME SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO Y ORDEN EN QUE SE CONOCERÁN LOS TEMAS

La segunda actividad de la audiencia en los monitorios es "el informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver" –art. 103.3.1, por parte del juez.

El juez director del debate –identidad física del juzgador- señala a las partes, de manera breve, cual es el objeto o finalidad y contenido del proceso –no de la

audiencia- que se está celebrando. Esto obliga al juzgador a leer previamente el proceso, estudiarlo para que no llegue sin saber nada de él o pase el fiasco de no saber de qué están hablando. Esto es una innovación no encontrada en los sistemas comparados estudiados y tomados como base, en el Proyecto de Código desde 2001 –Artavia-Zeledón-Montenegro-.

De manera oral, el juez informará a las partes sobre el objeto del proceso; por tal entendemos, lo que se pretende con el proceso concreto, identificando las partes, el objetivo o pretensión –concreta-, la causa de la pretensión y el fundamento de la oposición. Aunque el objeto del proceso al que refiere la norma es más amplio a lo que la doctrina conoce como objeto y causa del proceso, la norma alude a "que objeto tiene el proceso concreto".

En general la doctrina[82] por "objeto del proceso" designa la materia sobre la que se trata el proceso (*res de qua agitur*) o, si se prefiere, el "tema" o "cuestión" que el actor somete a la consideración del Juez y sobre el que debe pronunciarse[83]. Concretando algo más, cabe decir que el objeto principal y necesario del proceso es la concreta acción afirmada (por el demandante) o, si se prefiere: es objeto del proceso el derecho a aquella concreta tutela jurisdiccional que el actor afirma que el Juez debe otorgarle frente a un cierto demandado. La materia o el tema que se debatirá en ese proceso es si debe o

[82] De la Oliva Andrés- Fernández Ángel. Derecho Procesal…, t. II, pág. 19.

[83] El objeto desde la óptica de la cosa juzgada puede verse en De la Oliva Andrés. Objeto del proceso…, pág. 75 lo clasifica en "objeto actual y virtual del proceso"; Tapia Isabel. El objeto del proceso…, pág. 141; Artavia-Arrieta. El recurso de revisión y cosa juzgada, San José, 1999, pág. 35. En la doctrina clásica: Devis Echandía. Compendio…, t. I, Bogotá, pág. 503.

no concederse al demandado esa tutela jurídica que solicita. O como advierte Chiovenda, la identificación del objeto se traduce, en la identificación del bien de la vida que es objeto de discusión. Y ese bien controvertido, se individualiza a través del petitum (lo que se pide) y de la causa de pedir (con qué título o fundamento se pide)[84].

Se entiende como objeto, normalmente, el bien corporal o incorporal que se reclama en juicio. Es decir, el objeto consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman de la justicia; mientras que por causa debe entenderse el hecho jurídico que sirve de fundamento a la pretensión. El hecho jurídico es el mismo, cuando en el nuevo juicio se aduce el mismo hecho específico ya invocado en el anterior. O bien, con De la Oliva[85], se define como aquello sobre lo que, en cada proceso, se proyecta la actividad jurisdiccional o procesal. Con términos clásicos, el objeto del proceso es la cosa (en sentido amplio y, a la vez, propio) de la que un proceso trata la *res de qua agitur*, la "cosa de que se trata" que, en los procesos regidos por el principio dispositivo, es, a su vez, la res *in iducio deducta* (la cosa llevada a juicio).

En cuanto al análisis de la causa, se entiende como el fundamento, el título de la pretensión o el motivo jurídico; del cual una parte deriva, de forma inmediata, su pretensión deducida en el litigio. La doctrina apunta que no puede

[84] Chiovenda Guisseppe. Instituciones…, t. I, pág. 420. Incluso en una excelente obra sobre la materia, la autora no se anima a dar una definición directa de "objeto del proceso" señalando simplemente "la identificación del objeto del proceso (o de la acción, o de la pretensión se realiza con base en sus tres elementos definidores: los sujetos, el petitum y la causa petendi". Luego de definir los dos últimos llega a la conclusión que es aquí donde debe buscarse el "objeto del proceso". Tapia Isabel. El objeto del proceso…, pág. 19.

[85] De la Oliva. Andrés. Objeto del proceso…, pág. 23.

confundirse con las argumentaciones que el litigante pone a su servicio ni con los medios de prueba que son aducidos. Es el fundamento, hecho jurídico o razón alegada por el actor, para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda y que al mismo tiempo es el fundamento jurídico de su apelación o negación por el juez en la sentencia. En síntesis, es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión[86]. La causa de la pretensión debe ser buscada en el mismo relato de la demanda. Por causa, dice el mismo Couture, comprendemos el fundamento inmediato del derecho que se ejerce, la razón de la pretensión aducida en juicio llevado a cabo anteriormente[87]. Nuestra jurisprudencia de casación[88], por su parte, de una manera

[86] Devis Echandía H. Compendio..., t. I, pág. 505 y en Nociones Generales del Derecho Procesal Civil, Madrid, pág. 26 y 186; Alsina Hugo. Tratado…, t. IV, pág. 151 "La causa es el hecho jurídico que se invoca como fundamento de la acción y no se debe confundir con el hecho constitutivo del derecho o con la norma abstracta de la ley".

[87] Couture Eduardo. Fundamentos…, pág. 432; también Chiovenda G. Instituciones de Derecho Procesal Civil, T. I, pág. 395. Artavia-Arrieta. El Recurso de revisión…, 1999, pág. 73

[88] S.I C. Nº 095 de las 11:40 hrs. del 11-02-2004, Nº 180 de las 09:25 hrs. del 23-02-2001, N°731 de las 15:00 hrs. del 04-10-2000, Nº 740 de las 14:45 hrs. del 01-12-1999: "Con todo, aún bajo la normativa vigente, se ha estimado que la identidad no tiene que ser literal, máxime tratándose del objeto, pues lo importante es que se reproduzca la misma cuestión, aunque sea en una acción diferente. Esta Sala, en sentencia número 133, de 15:15 horas del 14 de agosto de 1991, sobre este particular señaló en lo que interesa, lo siguiente: " La cosa juzgada está sujeta a dos límites: el objetivo, en razón del objeto sobre el cual versó el proceso y de la causa o título del cual se dedujo la pretensión, y el subjetivo, en razón de las personas que han sido partes en el proceso. El objeto de la pretensión, está referido a lo reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada, o sea, la cosa o relación jurídica sobre la cual se aplica su fuerza vinculante. El objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada, según el caso. Además la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a

poco precisa, ha utilizado diversos criterios para definir objeto y causa del proceso, así por ejemplo se señala que es: "el objeto sobre el cual versó el proceso", "la causa o título del cual se dedujo la pretensión", "El objeto de la pretensión, está referido a lo reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada", "la cosa o relación jurídica sobre la cual se aplica su fuerza vinculante", "El objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas"

Para tales, fines, contrario a lo que se señala en materia penal, el juez debe haberse preparado para la audiencia, haber leído la demanda y contestación, para saber cuál es el objeto de controversia, no llegar a improvisar y exponer a las partes su percepción de lo que va a ser objeto de debate.

Este acto del juez debe ser breve y conciso, no es necesario que se explaye en una amplia explicación de los hechos, el fundamento y las pretensiones de ambas partes. Bastará con indicar de qué se trata –la causa u origen- y qué es lo que se pretende. En cuanto a la defensa del demandado, bastará con enunciar los aspectos fundamentales de defensa. La Comisión Redactora Original –Artavia-Zeledón y

aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente, así cuando en una sentencia se ha resuelto sobre un todo del que forma parte la cosa materia de la nueva demanda, existirá sin duda identidad de objeto. El segundo aspecto del límite objetivo es la identidad de la causa petendi, ésta es el fundamento o razón alegada por el demandante para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda. La causa petendi debe ser buscada exclusivamente dentro del marco de la demanda, con un criterio amplio que conduzca a su interpretación lógica y no a su simple tenor literal, ella es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión, y está formada por el conjunto de hechos alegados como fundamento de la demanda, y no por cada uno de ellos aisladamente".

Montenegro- consideró incluir esta exigencia en los procesos civiles, para garantizar que el juez previamente lea el proceso, examine el expediente y tenga una mejor preparación y fundamento en los diversos aspectos que deba ir resolviendo. Por ello, no se trata de leer la demanda, su contestación o reconvención, sino es una explicación oral del juez, para saber que leyó y comprendió lo que se está discutiendo, para que así pueda tomar mejores decisiones respecto de lo que tiene que resolver en esta audiencia. En los monitorios bastará con que el juez explique cuál es el objeto, lo que pretenden ambas partes o lo que controvierten, las posiciones que cada uno sostiene en concreto y que será objeto de debate.

Aunque la norma resulta clara, hay que insistir en que no se trata de que el juez lea la demanda, contestación y excepciones, como en varias ocasiones nos ha tocado. No, el juez debe hacer una síntesis, un resumen con el objeto más importante de los alegatos, argumentos o proposiciones de ambas. Hay que recordar que se ha cambiado a un sistema oral, no un sistema escrito de lectura o la una "verbalidad" de la escritura. Esa práctica errada violenta los principios de inmediación y la regla de la oralidad, que siempre se presume aun en caso de duda.

En un monitorio dineraria por falta de pago, esta fase se cumpliría con que el juez diga: "Vamos a definir el objeto de este proceso: El actor argumenta que otorgó un crédito al demandado, con garantía de xxx, que se documentó mediante una letra de cambio de fecha xxx, por un monto de xxx, que el demandado incumplió el pago mensual de dicho crédito, desde el día xxx, por lo que alega que le adeuda de principal xxx e intereses por xxx desde tal fecha a tal fecha". "Por su

parte el demandado alega, que pagó la adeudado y reclamado por el demandante, que hizo oportunamente el pago de la mensualidad y que hubo tolerancia en el pago de los intereses por parte del actor".

4.- LA TENTATIVA DE CONCILIACIÓN

La siguiente actividad de la audiencia de los monitorios es "la conciliación", así a secas, habla el art. 103.3.2. La norma está mal redactada, pues puede que no haya conciliación, por eso en el Proyecto Original hablaba de "intento de conciliación".

5.- LA ACLARACIÓN DE LAS PROPOSICIONES DE LAS PARTES, CUANDO A CRITERIO DEL TRIBUNAL SEAN OSCURAS, IMPRECISAS U OMISAS

Esta norma proviene del artículo 38 inc. 10 y 71 del Proyecto 2001 y 2005 –Artavia-Zeledón-Montenegro-, referente a las actividades en la audiencia oral. La habíamos tomado del *Codice* italiano[89].

La otra diferencia de importancia entre ambas audiencias: la única del monitorio y ambas del ordinario, está referida al tema de la modificación de las pretensiones. Mientras que para el proceso monitorio se limita a "La aclaración de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo" –art. 102., como vimos, en el proceso ordinario se amplía, injustificadamente,

[89] Puede verse ampliamente Liebman Enrico. Manual de derecho…, Fazzalari Ennio. Derecho Procesal Civil, Pajardi Nicola. Commentario del Codice di Procedura Civile. Proto Pizani. Lezioni…, 14ª edic., 2012, pág. 747.

como hemos criticado[90], a la "ratificación, la aclaración, el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u

[90] Artavia Sergio-Picado Carlos. Comentarios al Nuevo…, t. I, art. 102, por su importancia hacemos una sinopsis del tema. En el proyecto del 2001-2005, habíamos sugerido sobre el tema, para el proceso ordinario, en el art. 38.10.- "Fijación definitiva del objeto principal del proceso. Los jueces solicitarán aclarar los diversos extremos de la demanda o contestación si resultaren oscuros, contradictorios o imprecisos, e igual derecho tendrán las partes. Sin alterar sus pretensiones ni los fundamentos de estas, expuestos en los escritos, las partes podrán aclarar, rectificar o desistir de extremos petitorios, hechos y pruebas. Podrán corregir la demanda cuando se observe en ese momento que es defectuosa, de lo cual se dejará constancia, se otorgará a la otra parte oportunidad para referirse a tales correcciones".

En nuestro concepción ideológica, de la Primera Comisión Redactora, y por las razones que de seguido se señalan, luego de amplias discusiones, no considerábamos conveniente modificar el sistema con raigambre constitucional, del derecho de defensa, buena fe procesal y lealtad en el proceso, permitiendo a las partes modificar sus pretensiones, actos de proposición y defensa, si ya ambas partes se había referido y debatido inicialmente sobre el objeto de controversia, al plantear la demanda y oponerse a ésta. En nuestro pensamiento la lealtad en el proceso, la estrategia procesal de la defensa, el haber "enseñado todas las armas" y haber discutido sobre los aspectos fácticos, probatorios, causa petendi y pretensión concreta, ya determinada en los escrito iniciales de demanda, contestación, reconvención y réplica, no parecía conveniente que se pudiera modificar sus términos, en una audiencia preliminar –para los ordinarios-, donde ni el demandado tenía medio de prepararse, ni el actor –en caso de que fuera el demandado- embestido por un ataque embustero, podía defenderse de algo que no necesariamente había sido alegado o introducido a la dialéctica del proceso. Por esa razón no pusimos esta actividad, como previa en la audiencia preliminar de ordinarios, sino que lo dejamos en la fase de "fijación del objeto", como se llamaba esa actividad, tanto en el art. 38 inc.10 y 71 del Proyecto 2003 y 2005 –de Artavia-Zeledón-Montenegro-, como en la versión inicial de Proyecto del Código General de 1999. Véase que en dicho Proyecto 2003, esta actividad tenía tres límites importantes: a) se podía aclarar la demanda o contestación si resultaren oscuros, contradictorios o imprecisos; b) No se podían alterar sus pretensiones ni los fundamentos de estas, expuestos en los escritos; c) Las partes podrán aclarar, rectificar o desistir de extremos petitorios, hechos y pruebas…cuando se observe en ese momento que es defectuosa".

omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo". Nos parece más adecuada la norma de los monitorios, acorde con el principio dispositivo, derecho de defensa, de contradicción y de la congruencia; de manera que en los procesos monitorios no se permite la ratificación, el ajuste o la subsanación de las pretensiones o la defensa, solo su "aclaración… cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas".

Fue el CPCA del 2006[91], que entró en vigencia en el 2008, el que incorporó en el art. 90 esta solución sobre la audiencia preliminar: "La aclaración y el ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda y contestación y réplica, cuando, a criterio del juez tramitador, resulten oscuros o imprecisos, sea de oficio o a gestión de parte", norma que se complementa con el art. 95 del Código[92], que señala el camino a seguir, en caso de que se acepte la "ampliación, adaptación, ajuste o aclaración, dará a los interesados la palabra para formular los respectivos alegatos y conclusiones" y solo a "juicio" del Tribunal la audiencia se podrá suspender por un plazo de cinco días". La doctrina procesal contenciosa no se ha ocupado de la

[91] El texto del Proyecto Contencioso fue presentado a la Asamblea Legislativa el 12 de febrero del 2003, por el entonces Presidente de la República Dr. Abel Pacheco.

[92] CPCA Artículo 95.- "1) Si la jueza, el juez tramitador o el Tribunal, de oficio o a gestión de parte, estima que las pretensiones o los fundamentos alegados pueden ser objeto de ampliación, adaptación, ajuste o aclaración, dará a los interesados la palabra para formular los respectivos alegatos y conclusiones. 2) En tal caso, si a juicio del Tribunal o de la jueza o el juez tramitador, según corresponda, resulta absolutamente necesario, la audiencia podrá suspenderse por un plazo que no podrá exceder de los cinco días hábiles". Para todo véase Jinesta Ernesto. Manual…, pág. 137 y Jinesta Lobo y otros. El nuevo proceso…, págs. 315 y ss.

constitucionalidad de estas normas.

Luego sería la LCJD del 2008, la que fue más allá, al permitirse en la audiencia oral única de esos procesos la "ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se haya omitido hacerlo" –art. 5.5.c) LCJD-, solución que reiteró la LMAD que remitía a esta norma de la LCJD.

En nuestra opinión la regulación del punto, en los procesos ordinarios, resulta violatorio del debido proceso, tanto en el CPCA como en las derogadas LCJ y LMA. Cuando se trate de "aclarar" –como dice el CPCA y decía la LCJD- no veo inconveniente que ello se pueda hacer, siempre que esa "aclaración" no altere en nada, ninguno de los elementos esenciales del proceso –sujetos, hechos, objeto, causa, causa *petendi* y pretensión-.

Tampoco hay inconveniente con la aplicación de la norma, cuando el objeto sea simplemente "ratificar", las pretensiones, aunque no tiene ningún sentido, que hubo deba ratificar lo que ya exteriorizó y ató la litis con sus posiciones. Pero cuando se trata de "…el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes" en los términos que facultan el artículo 102.3.3. NCPC –y los artículos citados para ordinarios[93], no para monitorios-, sí resulta violatorio del

[93] En nuestra opinión la derivación verbal "…ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes", prevista en el art. 102.3.3 NCPC –para los procesos ordinarios- se trata sin más de una modificación o ampliación de la demanda, luego de contestada la propia demanda y fijado –por los escritos respectivo- el objeto de controversia. La prohibición de modificar la demanda, una vez trabada la litis –con su contestación- está basada en los señalados límites constitucionales y legales. Las primeras atienden al derecho de defensa y debido

derecho de defensa y el debido proceso legal, por ello el juez de la audiencia oral debe rechazar la pretensión del actor o demandado de cambiar los términos de los actos de alegación o introductorios del proceso –demanda o contestación-, en cualquiera de sus elementos –sujeto, objeto, causa, causa *petendi* y pretensión- por contrariar el derecho de defensa, la preclusión y el debido proceso legal -tesis luego seguido por la jurisprudencia[94]-; además de ser un indicio claro de

proceso legal, que contiene el art. 39 Constitucional, pues parece claro que si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso, los hechos constitutivos determinantes de su pretensión, la causa petendi, la pretensión o las personas demandadas, se estaría colocando a los restantes sujetos en una situación de indefensión, al cambiarle las "reglas del juego" por las cuales se les demandó inicialmente o por lo menos vulnerándoles el principio de igualdad de armas. Las segundas se refieren a un desarrollo ordenado del proceso, que se vería alterado si los cambios dichos fueran posibles hacerlos sin más, en esta fase tardía del proceso y en una audiencia preliminar que está pensada para otros fines.

Es aquí donde mantener la escritura vale la pena, pues aún no se ha ideado un sistema mejor que aquel que permite –como el nuestro- que las pretensiones de ambas partes queden fijadas, inexorablemente, en los actos introductorios escritos de demanda y contestación, o que pueda ampliarse la demanda, en los términos del art. 35.6 NCPC "La demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las partes, hechos, pretensiones y pruebas, antes de la contestación o de que haya vencido el plazo para contestar". Así como la escritura no debe tener cabida en los actos consustanciales de la oralidad –la audiencia y el juicio, la oralidad no debería tener cabida en aquellos actos que por razones de seguridad jurídica y respeto de debido proceso, deben permanecer escritos.

[94] T. I C. N° 91-ZU- a las 08:00 hrs del 26-01-2017 "La aludida disposición legal, señala: "c) Ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se haya omitido hacerlo." (Lo resaltado es nuestro). La norma se refiere a una facultad concedida al juez- criterio del tribunal- cuando estime alguna situación oscura, imprecisa u omisa, necesaria para las partes o para el propio despacho. Supondría aspectos de tipo complementario, aclaratorio o interpretativo, referidos a extremos secundarios de sus pretensiones, sin alterar éstas ni su fundamento. Además del valladar descrito, referido a una facultad-ex officio-, en modo alguno podría dar lugar las aclaraciones a una modificación sustancial a la causa de pedir, pues no sería

deslealtad, fraude procesal y violatorio de la estrategia de la defensa de la contraria. Véase que incluso la norma, a diferencia del CPCA no establece el procedimiento para proceder, en caso de que se "ajuste" o "subsane" las pretensiones de las partes.

Tapia Fernández[95] sintetiza la posición de la doctrina mayoritaria en torno a la posibilidad de modificar o alterar el objeto:

a) Que el posible cambio de la demanda hace referencia, en un sentido más amplio que el propio término "demanda" al posible cambio en el objeto (u objetos) del proceso.

b) Que el objeto del proceso queda fijado (y es a partir de esa fijación cuando se prohíbe sus cambios) una vez realizada la contestación a la demanda por el demandado.

c) Que a partir de ese momento preclusivo, no se permite su alteración sustancial

---

lícito modificarla con presupuestos de hecho o derecho diferentes a los formulados ab initio en la demanda. La presentación de la demanda, una vez admitida- en estos casos cursada- produce, entre otros, el efecto de delimitar objetivamente la cuestión deducida en el juicio. La causa de pedir –o conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundae la pretensión –delimitada en el escrito de demanda- no puede ser alterada en el proceso por el demandante, a quien se prohíbe la " mutalio libeli- (modificación de la petición) para garantizar el principio de contradicción y el derecho de defensa, cifrado en la posibilidad de alegar y probar los hechos relevantes aducidos".

T. I C. Nº 432-1U del 07-04-2017 "La afirmación de que no le fue notificada la cesión del contrato (siendo el negocio jurídico primigenio reconocido en audiencia) es un argumento novedoso no postulado al oponerse a la demanda (fase procesal con la que precluye la discusión sobre el objeto del debate, que se fija en audiencia oral pero sin que esta sirva para ampliar la litis), en la que se limitó a negar la existencia de la obligación crediticia a su cargo, sin cuestionar directamente la legitimación de la actora como acreedora".

[95] Tapia Isabel. El objeto…, pág. 69. En igual sentido De la Oliva Andrés. Objeto del proceso…, pág. 72.

d) Que, según lo dicho, si bien no es posible una alteración sustancial del objeto litigioso una vez concluida la fase de alegaciones, no obstante y con carácter excepcional, se podrán alegar hechos nuevos, de relevancia para fundamentar las pretensiones, en el exclusivo supuesto de que tales hechos sean relevantes para la decisión del pleito.

Una vez que las partes en sus escritos iniciales de alegaciones –demanda y contestación- han fijado la *res de qua agitur*, esta ha de permanecer inalterable a lo largo del proceso. Es lo que se conoce en doctrina como *mutatio libelli* como una de las manifestaciones que produce la "traba" litispendencia. Interpuesta una demanda y contestada por el demandado, el objeto del proceso se encuentra en ese momento sometido a las reglas del juego que guiarán ese proceso y por ello la prohibición de alterar la fijación de dicho objeto a lo largo de ese proceso. Por eso resulta inadmisible modificar, alterar o ajustar la demanda monitoria en la audiencia oral única, como se dijo, en sus elementos esenciales u objeto del proceso o pretensión –en los términos que vimos-, pues no solo se vulnera el derecho de defensa sino la seguridad jurídica, el principio de igualdad y de estrategia de las partes[96].

Por eso es que, se reitera, el numeral 35.6 NCPC solo permite que "la demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las partes, hechos, pretensiones y pruebas, antes de la contestación o de que haya vencido el plazo para

[96] En igual sentido De la Oliva y Fernández. Derecho…, t. II, pág. 292, Montero Aroca Juan y otros. Derecho Jurisdiccional…, t. II, pág. 197, Tapia Isabel. El objeto del proceso…, pág. 69 y De la Oliva Andrés. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, 2005, pág. 72.

contestar.". Esa norma, tomada del derecho comparado[97], reconoce una de las teorías que sirven de fundamento a la ampliación de la demanda. Se ha elaborado dos teorías[98], para la primera, denominada de la substanciación, una vez presentada la demanda no se puede modificar su objeto o pretensiones. Para la segunda, denominada de la individualización, es permitido, hasta cierto límite temporal**:** antes de darle curso, antes de notificarse o antes de que el demandado conteste.

La prohibición de modificar la demanda, en los sistemas comparados, se fija actualmente, hasta antes de que el demandado conteste la demanda, tal y como lo señala nuestro art. 35.6 NCPC –similar al 313 del CPCD- y siguen, por ejemplo, el art. 412 de la LEC española. La solución normativa se justifica en que, mientras no haya contestado la demanda, no se "traba" formalmente la litis, hasta ese momento, el actor es libre de disponer del objeto e incluso hasta de desistir sin la venia del demandado. Pero una vez que el demandado haya contestado la demanda, es contrario al principio de defensa y lealtad procesal modificarla, en

[97] Así del 331 del Código Argentino "antes de que el demandado haya sido notificado", 401 de LEC de España "Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados", antes el Art. 548 era más amplio en el ámbito temporal "En los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado fijarán concreta y definitivamente... pudiendo modificar o adicionar los que hayan consignado en la demanda y contestación". También en Art. 184 del Código Italiano "mientras éste –sic. juez instructor- no haya remitido la causa al colegio, las partes...pueden modificar las demandas, excepciones", 256 y 263 alemán "Después del inicio de la litis pendencia, es admisible una modificación de la demanda si el demandado la aprueba o el tribunal la considera pertinente."

[98] Fairén Víctor. La transformación de la demanda, págs. 24 y 58.

cualquier sentido.

Entonces, en NCPC no ha alterado el principio de la prohibición de modificar los hechos esenciales de las proposiciones de las partes, lo que el art. 102.3.3 permite es la "Ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones de las partes, cuando… oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo". La norma no permite modificar o alterar los hechos ni las pretensiones, porque el debate quedó precluido con la contestación de demanda. Permitirlo sería afectar los argumentos del demandado que basó su estrategia y argumentación en la demanda, tal y como le fue notificado. Y para el actor, el demandado no podría modificar su contestación o excepciones, por cuanto ya pasó el momento para ello –art. 35.6 NCPC[99]-.

Los procesos monitorios y sumarios están estructurado en dos grandes fases: a) La fase de alegación inicial, del demandante y de oposición del demandado, b) La fase de la audiencia oral única, c) La fase conclusiva, que incluye la sentencia. Se entiende, por lo sencillo que debe ser un proceso monitorio, que este acto no es una oportunidad para ampliar los argumentos fácticos o jurídicos del actor o defensas del demandado, ni para exponer oralmente su tesis completa o para formular conclusiones, menos debe constituir una fase para afectar la preclusión y reabrir plazos. Su objetivo es que las partes ratifiquen los actos escritos presentados antes de la audiencia y pueda aclarar algún punto, sin modificar sustantivamente la demanda ni la oposición. Verbigracia, intereses no pedidos en ese memorial o excepciones no

[99] Artavia Sergio-Picado Carlos. Comentarios al nuevo…, t. I, pág. 296.

alegadas dentro de los cinco días, no pueden introducirse en esta fase de audiencia oral.

6.- LA CONTESTACIÓN DE LAS EXCEPCIONES OPUESTAS, OFRECIMIENTO Y PRESENTACIÓN DE CONTRAPRUEBA

La siguiente actividad que debe realizarse en la audiencia es la referente a la dialéctica de las excepciones opuestas, se encuentra regulada en el art. 103.3.4 NCPC. Esta norma tiene su origen en el art. 38 del Proyecto 2001-2005 –de Artavia-Zeledón-Montenegro-, pero que en ese Proyecto resultaba más clara, en su contenido y estructura[100].

a.- El sistema anterior de réplica de las excepciones

En los procesos sumarios y ordinarios anteriores -bajo el CPCD de 1989-, la dialéctica y el *iter*, por el sistema de resoluciones escalonadas, era la de una verdadera "procesión jurídica", con lentos e interminables actos sucesivos. En ese sistema escrito, contestada la demanda y opuesta las excepciones, se le daba una audiencia por tres días al actor para que las replicara. Si había excepciones previas –que debían interponerse en los primeros 5 días del emplazamiento en sumarios-, primero se concedía audiencia de ellas al actor,

[100] Decía la norma 38 del Proyecto 2001-2005 Zeledón-Artavia-Montenegro "En las audiencias, según la naturaleza de cada proceso, se practicarán las siguientes actividades…4. Contestación razonada por el actor o reconventor de las excepciones opuestas. Primero se discutirán las previas no resueltas y posteriormente las de fondo. 5. Recepción de la prueba sobre las excepciones previas. Cuando a criterio de los jueces hubiere algún hecho a probar en las previas se recibirán, exclusivamente, las ofrecidas al apoyarlas o las ofrecidas en ese momento por el actor o reconventor. Tales pruebas deben ser presentadas por la parte a la audiencia, independientemente si fueron admitidas, se admiten en ella o evacuan.

tenían que resolverse en firme las excepciones previas –con posibilidad de evacuar prueba-, para que, meses o años después, luego de resolver en firme –con apelación- las excepciones previas, viniera la audiencia al actor, para referirse a las excepciones materiales y la oposición de fondo del demandado-. Incluso si dentro de las excepciones previas, en el régimen derogado, se oponían la excepción de incompetencia, primero debía resolverse esta en firme, con posibilidad de apelación y conflicto de competencia ante la Sala Primera, antes de siquiera poder dar audiencia, revisar, evacuar prueba y dictar resolución de cualquier otra excepción previa.

Por el contrario, el giro sorprendente que hace el proceso de estructura por audiencias orales es que "todo", absolutamente todo, lo que se refiere a las excepciones procesales y en sentido amplio cualquier cuestión procesal y de fondo se discuten, fundamentan, prueban y resuelven en audiencia oral, una a una, pero todas en un instante, simultáneamente. Este modelo es característico de los procesos por audiencias orales y resultado de la aplicación del principio de concentración. A este aspecto se refiere esta actividad de la audiencia oral.

La técnica de esta nueva forma de discutir y decidir las excepciones -procesales y de fondo- es, como se dijo, de manera totalmente oral. Lógicamente ya el abogado del actor debió obtener copia del escrito, en que el demandado alegó y fundamentó las excepciones procesales y de fondo, para poder referirse a ellas. Lo que quiero decir es que no puede llegar a la audiencia a revisar y leer cuáles fueron y cuál es el

fundamento de las excepciones procesales y de fondo opuestas.

b.- Réplica de las excepciones procesales (no resueltas)

"Aclaradas" y expuestas oralmente por el juez y de manera suscita las alegaciones de ambas partes, en los términos indicados en la actividad antes indicada; el juez da audiencia oral al actor, para que de la misma forma –oral- conteste dichas excepciones –procesales y de fondo- opuestas por el demandado. En buena técnica lo correcto es dar primero audiencia de las excepciones procesales, pues de acogerse alguna, no tiene sentido seguir con la audiencia, según se verá luego.

Etimológicamente "replicar", proviene de la voz latina "replicare", compuesta por la partícula inseparable "re", que denota "vuelta o tránsito al estado anterior o contrario" y el verbo "*plicare*" –plegar-, significando, por tanto, "replegar, doblar hacia atrás o en sentido contrario"[101]. Definido por la Academia de la Lengua como "instar o argüir contra la respuesta o argumento", o bien, "responder oponiéndose a lo que se dice o manda" Su acepción jurídica, equivale, a refutar, contestar, contradecir, objetar, argüir, argumentar, rechazar, oponer, rebatir, criticar o refutar. Réplica[102] o atendiendo a la

[101] De Miguel-Marques de Morante. Nuevo Diccionario de derecho, pág. 801.

[102] Con respecto al escrito de réplica, siguiendo a Gómez Orbaneja. Derecho procesal…, t. I, págs. 229-230, su función primordial es la de ser contestación a la contestación y contestación a la réplica, Ramos Méndez, Derecho procesal…, t. I, págs. 529 y 530. Cortés Domínguez. Derecho procesal..., t. I, pág. 435 y Montero Juan y otros. Derecho jurisdiccional…, t. II, pág. 650. En contra: Fernández Andrés. Lecciones…, t. II, pág. 255, afirma que "réplica y dúplica son dos escritos determinados que permiten diversas alegaciones y no formas de designar las sucesivas argumentaciones y contra argumentaciones que con cierta libertad

letra de la ley y su función esencial[103], es la dialéctica, contraargumento de los argumentos del opositor[104].

La frase "contestación por el actor de las excepciones opuestas, el ofrecimiento y la presentación de contraprueba" está referida en la norma, a la réplica por el actor a la oposición y excepciones presentadas por el demandado. Como se trata de procesos monitorios, la norma elimina la frase "la contestación por el… reconventor de las excepciones

formal puedan realizar actor y demandado en otros ordenamientos jurídicos, e incluso, el nuestro propio en otro tipo de juicios (Al modo de la concatenación exceptio-replicatio-triplicationes, propia del Derecho romano clásico)" y Bonet Navarro. La nueva comparecencia en el juicio de menor cuantía, 1988, pág. 112, para quien "la situación ha adquirido límites de verdadero escándalo ante la actitud impasible de los Jueces que no han actuado corrigiendo las faltas notorias a las prescripciones de la Ley, […] cuando estos escritos han venido destinándose a continuar las alegaciones, convirtiéndolos, en una contestación a la contestación, la réplica, y en una contestación a la réplica, la dúplica".

[103] Gómez Orbaneja, Derecho procesal…, t. I, pág. 229, de que "cuando se definen tales escritos –según es usual- como los que tienen por fin "fijar concreta y definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate", se desconoce su finalidad lógica e histórica. "...es un requisito formal y una consecuencia, no a la finalidad a la que responden tales escritos". También la demanda y la contestación fijan, o deben fijar, "con claridad y precisión" (concretamente y cuando no haya más escritos alegatorios "definitivamente"), los puntos objeto del debate. "La última diferencia, lo característico de la réplica y dúplica no es, pues, cumplir tal cometido, aunque deban ajustarse a él".

[104] La réplica es originaria del proceso formulario Romano. En él agregada a la fórmula la "exceptio" interesada en el demandado contra defensa contra la "actio", podía el actor argumentar contra ella, pidiendo la inserción de una nueva proposición, a la que se denominó "replicatio", contra la que, a su vez, podía argumentar el demandado pidiendo la inclusión en la fórmula de un nuevo aditamento, al que se denominó "duplicatio". Sobre los principales rasgos estructurales del proceso formulario, Scialoja Vittorio. Procedimiento Civil Romano, trad. Sentís Melendo, pág. 157, Della Hector. "El procedimiento formulario" en El procedimiento civil Romano, coord. Louzan Nelly, Arias Ramos. Derecho Romano, t. I, pág. 234, Iglesias Juan, Derecho Romano, Barcelona, págs. 199-203.

opuestas"; pues en los monitorios, al no existir contrademanda, no puede existir excepciones y réplicas a ellas. El actor tampoco debe replicar antes de la audiencia, por escrito, dichas excepciones procesales, salvo que renuncie a la audiencia de ellas en el juicio oral.

Como adelantamos, si se trata de una excepción procesal evidente o clara, parece innecesario señalarla para la audiencia oral, si antes se puede dar audiencia, replicar y resolver, privilegiada y prioritariamente, por ejemplo, una incompetencia o un litisconsorcio necesario o una litispendencia. Solo si es evidente, pues si no lo es o claramente se ve que es improcedente, su discusión y resolución sí debe hacerse en audiencia oral –art. 37.2 NCPC-

El actor deberá referirse a las excepciones procesales opuesta expresamente y en tiempo, por el demandado. Lógicamente solo son admisibles y debatibles como excepciones procesales, las contempladas taxativamente en el numeral 37.1 NCPC, a saber: incompetencia, litisconsorcio necesario, litispendencia, cláusula arbitral o indebida acumulación de pretensiones, que ya hemos analizado.

c.- Réplica de las excepciones materiales

Luego de replicadas, y en nuestra opinión resueltas las excepciones procesales –previa evacuación de prueba en cuanto a ellas si la hubiere-, el actor tiene que argumentar para replicar las excepciones de fondo opuestas expresamente y en tiempo por el demandado. Conforme al 37.1 y 37.3, según vimos, el demandado debe fundamentar, aportar u ofrecer prueba de las excepciones materiales que interponga.

A esos fundamentos es que debe referirse el actor al replicarlas.

Hay que recordar que las excepciones materiales son ataques a los presupuestos materiales de la pretensión concreta por la inexistencia o no exhaustividad de uno de esos presupuestos de la pretensión procesal esgrimida por el actor.

En el monitorio de cobro hay que tomar en cuenta que esas excepciones materiales son las del 111.4, a saber "que se funde en falsedad del documento, falta de exigibilidad de la obligación, pago comprobado por escrito o prescripción" o bien alguna que sea admisible y que guarde relación con alguna de ellas, por ejemplo, falta de derecho o falta de legitimación, que como dijimos, aunque no estén enumeradas son admisibles, la primera cuando en la demanda falte un presupuesto material que impida acogerla y la segunda porque refiere a un elemento sustancia de la relación jurídico procesal, cuya inexistencia impide dictar una sentencia desestimatoria.

d.- Réplica de excepciones procesales y de fondo

En el sistema derogado la réplica que hacía el actor estaba referida tanto a la contestación de los hechos realizados por el demandado –dúplica-, como a las excepciones de fondo. Hoy la réplica se refiere a los argumentos que expone el actor a las excepciones –procesales o materiales- que hizo el demandado en su contestación de demanda.

Réplica de las excepciones procesales es eso, es el ataque o argumentos contra dichas defensas opuestas por el demandado. El actor no debe referirse a cada contestación de los hechos, sino a la defensa y los fundamentos que expuso el

demandado al interponer estas. Hay que recordar que conforme a los artículos 37.2 "Las excepciones procesales y materiales deberán oponerse con la contestación y debidamente razonadas", que conforme al 37.3, las excepciones procesales "serán rechazadas de plano aquellas que sean evidentemente improcedentes y las que se presenten sin prueba o sin su ofrecimiento, cuando esta sea necesaria". Con base en esas normas, el actor al replicar las excepciones procesales deberá considerar:

a) En el caso de las excepciones procesales, si en efecto están enumeradas en el art. 37.3 NCPC –incompetencia, litisconsorcio necesario, litispendencia, cláusula arbitral o indebida acumulación de pretensiones-, ya analizadas.

b) En cuanto a las excepciones materiales, para el caso concreto del proceso monitorio de deudas, hay que ver si es alguna de las tres admisibles, conforme al art. 111.4 recién citado "falsedad del documento, falta de exigibilidad de la obligación, pago comprobado por escrito o prescripción".

c) La argumentación para su ataque debe referirse, en primer lugar, a los elementos jurídicos, fácticos y probatorios de su improcedencia.

d) Empezando con los jurídicos deberá replicar los aspectos normativos que justifiquen su improcedencia, para ello deberá saber la norma jurídica que regula la excepción.

e) Saber, para argumentar, los elementos que configuran la excepción - presupuestos jurídicos- para poder referirse con argumentos fundados, a cada una de ellas. Aquí sí son importante los requisitos del 37.1 y 37.3 que exigen al demandado motivar, razonar y fundar las excepciones, pues

el actor deberá en primer lugar acudir a los argumentos que expuso el demandado y luego acudir a la contestación de los hechos si ayudan en su tesis.

f) Las excepciones, especialmente las procesales, si bien son de carácter formal, están vinculadas a aspectos fácticos, enunciados en la demanda o contestación, de manera que si se alega una litispendencia o indebida acumulación, fácticamente el actor debe exponer y argumentar porqué la excepción es improcedente

g) Y en cuanto a la prueba, en su exposición o argumentación, el actor deberá enlazar los argumentos –hechos jurídicos- y luego de estos, exponer, argumentando la prueba que sirve de base para afrontar la excepción y justifica su rechazo.

h) Deberá ofrecer y justificar su procedencia; de la procedencia de prueba adicional que justifique sea admitida. Se refiere a la prueba de declaración –testimonial o declaración de parte-, pues la documental ya está incorporada y podrá hacer uso de ella en su argumentación, salvo que sea documental, que llevó consigo a la audiencia oral, que ofrecerá al inicio de su exposición.

e.- Contraprueba de las excepciones

Replicadas las excepciones –primero las procesales-, con argumentos fácticos y jurídicos, es el momento procesal para que el propio actor ofrecerá prueba para atacar las excepciones opuestas por el demandado –tanto las procesales como las materiales-, ese acto no es anterior a esta etapa de la audiencia oral y por ello no puede decirse hay preclusión por

su falta de alegación temprana[105]. Puede hacerlo al inicio de la exposición de su defensa o al concluir la argumentación o réplica de las excepciones procesal; se resuelven estas y, si se pasa al examen de las materiales, deberá ofrecerlas al inicio o al concluir la réplica de las excepciones de fondo. En muchas ocasiones el propio juez indica el momento para hacerlo. Pero si por olvido no lo hace, es conveniente tener presente que estos son los únicos dos momentos de ofrecerla: al inicio de la exposición de la réplica a ellas o al finalizar de replicar ambas o cada tipo de excepción.

La frase "el ofrecimiento y la presentación de contraprueba" de la norma, está referida al hecho de que el actor, al fundamentar su oposición a las excepciones opuestas por el demandado, debe presentar al juez -debió llevar consigo y ofrecer, cuando es de declaración o aportar, cuando es documental- en el mismo acto, las pruebas que servirán de fundamento para atacar tales excepciones –procesales y materiales-. Si no se ofrecen dichas probanzas que fundamentan las excepciones o no se llevan consigo a la audiencia, el juez las rechazará por extemporáneas.

[105] T. I C. N° 491 -2U del 25-04-2017 alega el recurrente que las actos que se tuvieron como interruptores de la prescripción de esta obligación en particular, se suscitaron de manera administrativa, sin que se alegaran en la demanda o en el expediente. Sin embargo, a criterio de esta cámara, es razonable que tales actos no se indicaran en la demanda, por cuanto no existe necesidad de hacerlo hasta tanto el accionado no interponga la excepción de Prescripción, es decir, que no podría alegarse de manera previa presumiendo una futura excepción. Una vez que se planteó ésta en el proceso, y se dio la audiencia respectiva, por la naturaleza misma del proceso, el único momento para atacar tal situación es la audiencia oral, como bien lo apreció el a-quo".

7.- RECEPCIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE PRUEBA SOBRE LAS ALEGACIONES DE ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA, LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN LA AUDIENCIA Y LAS EXCEPCIONES PROCESALES

Replicadas oralmente las excepciones por el actor, el juez resolverá en la audiencia oral única sobre la admisión de prueba para la réplica y decisión de las excepciones procesales, actividad defectuosa o vicios de procedimiento, no resueltos anteriormente. Haciendo pronunciamiento oral admitirá y rechazará la prueba, a fin de resolver esas cuestiones procesales previas. Los tres supuestos que refiere la norma abordan cuestiones procesales. Ninguna de ellas se refiere al fondo del proceso o las excepciones material, eso vendrá para un momento posterior, específicamente el pronunciamiento en sentencia, cuando resuelva la oposición fundada del demandado.

Con base en esta norma es que justificamos que conviene primero discutir y resolver el tema de excepciones procesales, de actividad defectuosa o cualquier otra cuestión procesal previa que impida el desarrollo de la audiencia. Expuestos los argumentos por el actor, para replicar las excepciones procesal y ofrecida por él la prueba que fundamenta sus tesis, el tribunal debe pronunciarse primero sobre la prueba de declaración que admite y la que rechaza, para resolver tales cuestiones procesales. Se refiere a prueba testimonial, declaración de parte o documental que lleve consigo el actor y ofrezca en el acto, no a la documental que ya consta en el proceso pues esa se tiene por incorporada de pleno, pues se valora en sentencia.

El juez solo admitirá la prueba pertinente, útil, admisible, necesaria y conducente, en los términos ya analizados, exigidos en la norma, como presupuesto de admisibilidad, en general de la prueba permitida y dispondrá todas las medidas necesarias para diligenciamiento y dictará cualquier otra decisión necesaria sobre dichas pruebas[106]. Rechazará la prueba que no cumpla con esas condiciones. La prueba para tales actos procesales previos se evacuará en el mismo momento.

Los términos "recepción" y "práctica de prueba pertinente" que contiene la norma, son en realidad un mismo fenómeno. Los dos actos que sí son separables son la admisión y práctica de las pruebas, que el juez considere pertinentes, para la resolución de las excepciones opuestas, todo lo cual deberá hacerse en la misma audiencia.

Consecuencia de esta actividad del programa de la audiencia oral única y por la forma concentrada de la audiencia, es que el actor podrá ofrecer ahí la prueba de interrogatorio de la parte y, si la parte no está presente, se tendrá por ciertas las preguntas formuladas en su ausencia, de manera que al ser obligación de la parte concurrir, si no lo hace, asume las consecuencias de su declaración ficta, en rebeldía -art. 42.2 NCPC[107]-. Debe tomarse en cuenta que la parte no está obligada a asistir a la audiencia si lo hace su

[106] Esta última parte es el texto del art. 38.11 del Proyecto 2001-2005 de Zeledón-Artavia-Montenegro.

[107] Art. 42.2 NCPC "Si la parte no compareciera, sin justa causa, no llegara a la hora señalada, rehusara declarar, respondiera de forma evasiva o no llevara consigo documentos de apoyo, cuando fueran necesarios, se producirán los efectos de la admisión tácita del interrogatorio, ya sea de hechos propios o ajenos".

abogado con facultades suficientes para conciliar, pero como puede ser ofrecida su declaración, advertido por la ley que se puede evacuar su interrogatorio, su inasistencia produce la consecuencia apuntada de la declaración de parte ficta –antes confesión ficta-, en caso de que se ofrezca su declaración, tanto para las excepciones procesales como prueba de fondo.

8.- RESOLUCIÓN DE ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA, EXCEPCIONES PROCESALES Y SANEAMIENTO

Con el sistema anterior, las excepciones previas, si no había incidentes de previo pronunciamiento, eran la siguiente fase y resolución del proceso, luego de que el demandado contestara la demanda. Primero el juez daba audiencia al actor de las excepciones procesales y debía resolverse prioritariamente la excepción de incompetencia, la cual tenía apelación, incluso eventual "conflicto de competencia" ante la Sala Primera de la Corte Suprema. Una vez resulta la incompetencia, con apelación y conflicto de competencia incluido, venía una nueva audiencia y resolución de otras excepciones previas, que en muchos casos se resolvían de manera individual, una a una, como el litisconsorcio pasivo necesario o la falta de capacidad. Esas excepciones a su vez eran apelables. Así el proceso era un ir y venir, de resoluciones y apelaciones, una verdadera "procesión" procesal, donde no se podía avanzar, hasta tanto no se agotará la anterior resolución de tal o cual resolución previa privilegiada, el proceso "iba de vacaciones", tiempo durante el cual no se podía "trabajar" en el expediente. Por supuesto que si en cada excepción o si para todas, cuando uno tenía suerte de que se resolvieran juntas, se había ofrecido prueba

para ellas, antes del dictado del fallo de excepciones previas, tenía que evacuarse esa prueba; con posibilidad, en algunos casos, de que el rechazo de esas pruebas de excepciones previas, admitían recurso de apelación.

En un sistema por audiencias orales, dichosamente se supera ese "desesperante" modelo procesal, y evacuadas las pruebas, en la misma audiencia en que se ofrecieron, admitieron y evacuaron; el juez resuelve primero, como dice la norma, "sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento", incluye incidentes pendientes de resolver al señalarse la audiencia –art. 113.2- o incidentes que se formulen en audiencia –art. 114.1 NCPC-. El Tribunal las irá resolviendo, una a una, pero todas, de manera oral, dando las razones jurídicas y fácticas por las que la admite o rechace –art. 103.3.6 NCPC-.

Es indudable que todo dependerá del resultado de las resoluciones que se van dictando. Solo si se acoge una excepción procesal que haga imposible la continuación del proceso o porque se afecte la válida constitución de la relación procesal, no resolverá las subsiguientes; pues si la alegación de actividad defectuosa o la excepción procesal no es subsanable en el acto o en plazo concreto que se otorgue y, con ello, la relación procesal se ve afectada, hasta ahí habrá llegado la audiencia, -tales como una incompetencia no resuelta antes, la existencia de un litisconsorcio necesario o cláusula arbitral estimatoria-. Hasta donde sea posible, se debe aplicar medidas de saneamiento, siempre y cuando no produzcan indefensión.

Por el contrario si las "alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y de saneamiento", se van

rechazando –se declaran sin lugar-, el juez debe ir conociendo y pronunciándose una a una; si todas esas alegaciones fueron rechazadas, en resolución oral, se hayan o no interpuesto recursos de apelación diferidos contra lo así resuelto, el juez continuará con las siguientes etapas o actividades de la audiencia oral y el demandado perdidoso de las excepciones procesales o actividad procesal defectuosa, si impugnó lo resuelto, deberá alegarlo y expresar agravios al impugnar la sentencia definitiva, mediante la apelación diferida, según se verá.

Hay que recordar que lo único que se van resolviendo en audiencia, oralmente, son las excepciones procesales, puesto que las excepciones materiales o de fondo, si bien son replicadas en audiencia, se resuelven hasta en sentencia –art. 61.2.3 NCPC-.

9.- DEFINICIÓN DE LA CUANTÍA DEL PROCESO

Como el incidente de objeción a la cuantía se eliminó del NCPC, que también producía la paralización por meses del principal, pues hasta que no se definiera en firme no podía iniciarse la fase probatoria; ahora la cuantía se objeta en la contestación de la demanda y se resuelve como un acto más en la audiencia de la audiencia oral única en los monitorios. Ya vimos que en la misma contestación de la demanda, dentro de los cinco días conferidos en la resolución intimatoria, el demandado deberá objetar la cuantía o estimación dada por el actor a su demanda. El actor a quien se le ha objetado la estimación que ha hecho de su demanda, replicará la objeción dada por el demandado en su contestación y de inmediato el juez resolverá –hoy sin recurso de apelación- fijando la cuantía del proceso. Dice el art. 37.1 NCPC "El demandado

deberá contestar la demanda por escrito… también, manifestará con claridad su posición en cuanto a la pretensión y su estimación…". De manera que es este el momento en que se replica esa objeción a la cuantía y se resuelve en firme por el juez.

10.- FIJACIÓN DE LO QUE SERÁ OBJETO DEL DEBATE

Resueltas las alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneado el proceso, en caso de vicios que pudieran provocar actividad defectuosa, asimismo resueltos los recursos orales interpuestos contra las resoluciones que dictó el juez; el siguiente acto o actividad de la audiencia oral de los monitorios, de seguido, es la fijación, por parte del juez, "de lo que será objeto del debate", conocido como el "*thema decidendi*" –pues las excepciones materiales como dijimos se resuelven en sentencia, art. 61.2.3-.

La norma anterior, en su inciso "a" habló del "objeto del proceso"; ahora nos habla de "fijación de lo que será objeto de debate"; el primero es la explicación de lo que se debatirá; el segundo la prueba que será objeto de controversia. Esta constituye una etapa necesaria para delimitar el tema de discusión –*thema decidendi-* y los extremos fácticos han de ser objeto de prueba –*thema probandi-*.

En el momento inicial de interposición de una demanda y su contestación, las partes definen el *thema decidendum* en virtud de su *animus petendi*, y durante el desarrollo del proceso se libra una "batalla" para que cada parte logre convencer al juez de su "tesis", demostrar los elementos fácticos favorables a sus pretensiones y con ello delimitar *su* tema *decidendi*; este postulado coincide con el tema *probandum*

necesario, que en el fondo es el conjunto de hechos o actos materiales o psíquicos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en el caso concreto, teniendo en cuenta la pretensión que se ejerce o las defensas que se oponen[108].

De manera que la "fijación de lo que será objeto del debate" al que se refiere la norma, se trata sin más de un examen y fijación "preliminar" en los que juez ha delimitado o "marcado" la "cancha" del debate o partido del proceso. Es lo que finalmente se va a debatir, probar y juzgar, con la finalidad inmediata de hacer el difícil ejercicio de indicar las pruebas de declaración que admitirá y las que rechazará, en función del objeto del debate que recién ha delimitado.

El juez indicará oralmente el punto central del debate, los límites sobre el cual girará el contradictorio o los medulares en torno al cual girarán, únicamente, los actos subsiguientes de las partes, esto permitirá, al haberlo delimitado, que tanto las alegaciones, las pruebas que llegue a admitir, las preguntas en los interrogatorios, los recursos, el debate y conclusiones, no se salgan de ese camino trazado, de esa manera, las partes no pueden realizar alegaciones extrañas al debate fijado. Lo correcto, luego de la exposición del juez, se le concederá la palabra a las partes para que se refieran brevemente al objeto, por si el juez omitió un punto esencial de debate, para que se sirva incluirlo. No habría obstáculo para el juzgador, luego de escuchar a los litigantes, reconsidere algún extremo y se modifique el punto debatido, especialmente si en los actos de introducción -demanda y contestación- fue objeto de discusión.

[108] Fábrega Jorge. La prueba…, pag. 77.

Especialmente trazará el camino de las pruebas que de inmediato admitirá y marcará la línea del interrogatorio y pruebas permitidas, en la parte del debate oral de las pruebas. Esta fase es el efecto más importante de fijar el objeto de la demanda, pues la prueba se guiará por las reglas de la pertinencia, utilidad, admisibilidad y el objeto del proceso, según se analizó al estudiar este elemento.

11.- ADMISIÓN DE PRUEBAS

Delimitado el objeto del debate, que deriva entre otros del objeto del proceso y de los fundamentos y causa *petendi* de la demanda y de la contestación, el acto siguiente es la admisión de la prueba o *thema probadum*.

a.- Resolución oral sobre admisión de las pruebas

El proceso, como medio instrumental para la aplicación del derecho objetivo, se va a encargar de dar al Juzgador el método de verificación o comprobación de esos hechos, a través de la actividad probatoria de este y de las partes. Si afirmamos que el fin de la actividad probatoria es el esclarecimiento de los hechos jurídicos debatidos, podemos decir que eso es entonces el objeto de la prueba. Se le identifica como *thema probandum*[109], que "comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tomar en cuenta a quién corresponde suministrarla, y segundo,

[109] "El tema o necesidad de prueba puede definirse así: es el conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, y que la ley exige probar por medios autorizados". Micheli Gian Antonio. La carga de la prueba…, pág. 488.

porque se refiere a ciertos y determinados hechos -los que en cada proceso debe probarse-"[110] .

Debe tomarse en cuenta que no son todos los hechos relatados en el cuadro fáctico expuesto los que deben ser probados, sino, únicamente los que son controvertidos entre las partes. Esta limitación abarca, a su vez, los poderes-deberes del Juez en cuanto a su iniciativa probatoria, para determinar a priori cual prueba es útil y pertinente para el objeto del debate cuyos parámetros ha delimitado. Por ello, se debe tener como "objeto de la prueba son los hechos. La acepción de hechos, como objeto de la actividad probatoria en una investigación judicial o de un litigio, es de cosas que suceden, como son de alguna importancia en la discusión o el litigio"[111].

b.- El *thema probandum*

El *thema probandum* proporciona al juez de los datos procesales[112] para llegar a la verdad del proceso y darle una solución ajustada a Derecho. El *thema probandum* es el conjunto de elementos fácticos de interés para un proceso determinado. Consiste en los hechos que en el proceso las partes deben acreditar, de acuerdo a su carga del deber de probar (*onus probandi) y* el factor de admisibilidad de los medios de pruebas en el desarrollo de la prueba, en términos de relevancia. Recordemos que un medio de prueba irrelevante es aquel que versa sobre un hecho que no tiene interés o injerencia fáctica o legal sobre el objeto litigioso, es decir, no forma parte del tema *probandum*.

[110] Devis Echandía. Compendio…, pág. 85.

[111] Rocha Antonio. De la Prueba en Derecho, Medellín, 1990, pág. 25.

[112] Bertolino Alberto. La verdad…, pág.27.

La labor intelectiva del juez, a la hora del análisis de compatibilidad o no compatibilidad del tema *decidendum* o alegatos fácticos de las partes, con el tema *probandum* se centra en el objeto del proceso y el objeto de demanda o debate delimitado por el propio juez, realizado a la luz del contradictorio y demás principios procesales que conforman el debido proceso.

Consecuencia de lo anterior es la aplicación de las reglas sobre idoneidad, conducencia o utilidad de la prueba[113], según el cual solo son admisibles aquellas pruebas que por sí mismas o por su contenido sean consecuentes con el objeto de que se quiere demostrar; esto es, relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar. Estas reglas se encuentran consagradas en el artículo 41.3 NCPC, el cual dispone: "Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. Se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes[114] o notorios, así como la impertinente[115], excesiva, inconducente o ilegal. En una misma resolución el tribunal

[113] Falcón Enrique. Tratado…, t. I, pág. 825, Parra Jairo. Manual..., pág. 141, Silva. La prueba..., pág. 68, Devis Echandía. Teoría general…, t. I, pág. 133, y en Compendio de Derecho…, t. II, pág. 23.

[114] Señala Couture que en los hechos evidentes "la mentalidad del Juez suple la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de la experiencia misma del Magistrado".

[115] Para Couture una prueba es impertinente cuando "no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. Una prueba sobre un hecho no articulado en la demanda o en la réplica por el actor, o en la contestación y en la dúplica por el demandado, es prueba impertinente", en Fundamentos…, pág. 238.

indicará la prueba admitida y la que rechaza".

De acuerdo con este artículo 41.3 NCPC es el momento para que pueda "proponer a las partes la incorporación de otras no ofrecidas e incluso ordenarlas de oficio" y para que las partes, excepcionalmente, si fuera indispensable y dando razones fundadas se podrán ordenar otras pruebas para comprobar o aclarar hechos relevantes, respetando los principios de contradicción y de concentración.

A diferencia del sistema derogado, la admisión y rechazo de prueba se hace en la audiencia oral única en monitorios y sumarios –o en la preliminar en los ordinarios-, de manera que no hay que dictar una resolución escrita previa que admita o rechace la prueba[116], tal pronunciamiento lo hará el tribunal en la audiencia oral, previa delimitación del objeto de debate –*onus probandi*-.

Como se ve, el juez tiene amplio poder para admitir o rechazar todo tipo de prueba que la ley procesal o de fondo permitan, siempre que sea conducente, pertinente, útil, guarde relación con el objeto de controversia y por ello solo recibirá la que sea de evidente influencia en la resolución de la controversia. Rige, por lo tanto, el principio objetivo o de necesidad, y no el principio subjetivo o de petición concorde o aislada de las partes.

En caso de que se admita prueba pericial, se nombrará de una vez al experto, se fijarán sus honorarios y se advertirá al perito que el peritaje "deberá presentarse al menos cinco días antes de la audiencia de práctica de pruebas" –art. 44.3 párrafo 2º y 103.3 para monitorios-. Por eso, cuando hay este

[116] T. I C. -Nº 392-2C- de las 09:00 hrs. del 22-05-2015.

medio de prueba, se debe nombrar antes de señalar para la audiencia oral única.

Al estudiar los medios de prueba admisibles, hemos analizado los caracteres de impertinencia e inconducencia, como supuestos de prueba inadmisible.

12.- MODIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Como hemos señalado[117], conforme a los artículos 94 al 96 NCPC, sobre medidas cautelares, el trámite de oposición, audiencia y recursivo, en materia de cautelares. Como regla general, antes de la adopción de una medida cautelar se dará intervención a la parte contraria. Para tal efecto, recibida la solicitud, se convocará a las partes a una audiencia oral que se celebrará a la mayor brevedad posible, de manera preferencial. En la audiencia se oirá a las partes y se admitirá y practicará la prueba que sea necesaria. Conforme al art. 96 NCPC también, podrán decretarse, provisionalmente, sin previa audiencia, otras medidas cautelares, cuando el solicitante lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la realización de audiencia puede comprometer su finalidad. La resolución que ordene provisionalmente la medida cautelar sin audiencia no tendrá recurso alguno. Notificado el afectado, respecto de la adopción de la medida, podrá oponerse en el plazo de tres días; solicitar, de forma justificada, su levantamiento o modificación y ofrecer la prueba pertinente. La falta de oposición implicará conformidad con la medida.

Si se formula oposición, se convocará a las partes a una audiencia oral por celebrarse a la mayor brevedad posible, en

[117] Ver además Artavia Sergio-Picado Carlos. Comentarios…, t. II, art. 94 al 98.

esta se decidirá si las medidas provisionales se mantienen, se modifican o se levantan. Es aquí donde opera la subsunción de esta audiencia de oposición de cautelares en la audiencia oral única de los monitorios. Pues si dicha audiencia no se celebró o la medida cautelar fue tomada en el curso de proceso –no previa-, en virtud del principio de concentración de las audiencias –arts. 2.8 y 50.3 NCPC-, es en la audiencia oral única que se debatirá y aportará prueba para resolver sobre la "suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente".

En materia de monitorio de cobro el acto sería útil cuando se ha alegado y no se ha resuelto un exceso de embargo o el levantamiento de embargo sobre bienes que legalmente no son embargables.

13.- EVACUACIÓN ORAL Y PÚBLICA DE LAS PRUEBAS

Las pruebas admitidas previamente –dos pasos antes- se evacuarán en el juicio oral único de monitorios. Para tales fines, deberán seguirse las reglas ya analizadas de las audiencias orales, según el art. 50 y 41.4.2 sobre la forma y reglas de evacuación de las pruebas orales, en la forma que se analizará para el dictado de sentencias en monitorios. Deberá tenerse al menos las presentes reglas:

a) El tribunal dirigirá las audiencias según los poderes y deberes que le confiere la ley;

b) Verificará y consignará al inicio de cada audiencia la hora, la fecha, la naturaleza de la audiencia, la identificación de las partes, los testigos y demás auxiliares que comparezcan a ella;

c) Hará las advertencias legales que correspondan;

d) Juramentará a testigos, declarantes o peritos,

e) Evitará la formulación de preguntas impertinentes;

f) Evitará la lectura innecesaria de textos y documentos –art. 50.4, salvo el caso de prueba trasladada que facultativamente se puede ordenar la lectura en casos especiales –art. 41.4.9;

g) Respetará el orden en la práctica de las pruebas: reconocimiento judicial, declaración de partes, declaración de peritos e interrogatorio de testigos, salvo que, por causa justificada, se alterará el orden indicado;

h) Los interrogatorios serán orales y directo;

i) La parte formulará las preguntas al declarante sin intermediación del tribunal;

j) Las preguntas serán claras y precisas;

k) No se referirán a más de un hecho;

l) No incluirán valoraciones, ni calificaciones, excepto la de peritos y testigos técnicos;

m) El tribunal rechazará las preguntas y declaraciones que no guarden relación directa con los hechos controvertidos;

n) Primero preguntará el proponente de la prueba, luego la contraria, finalmente el tribunal;

o) La prueba no practicada por culpa de la parte proponente, se tendrá por inevacuable, sin necesidad de resolución expresa;

p) Si en la audiencia de prueba no comparece una de las partes, se practicará la prueba de la que asista –art. 50.2.3 NCPC-;

q) No se practicará la prueba ofrecida por la parte que no se presente, salvo que la parte contraria manifieste interés en ella o el tribunal la considere indispensable;

r) Si no comparece ninguna de las partes, se dictará sentencia inmediatamente, si fuera posible, de acuerdo con lo que consta en el expediente –art. 50.2.3 NCPC-;

s) Evitará la comunicación entre testigos y declarantes de una misma línea:

t) Cuando a una parte la asista más de un abogado, solo podrá intervenir uno por declarante –art. 50.4 y 20.2;

u) En las demás actividades que no tenga que ver con declaraciones, entre los abogados decidirán a cuál corresponderá actuar –art. 50.4 y 20.2 NCPC-;

v) Moderará para que las oposiciones sean breves y referidas al punto concreto y los abogados no podrán insinuar la respuesta en las discusiones;

x) Las oposiciones las resolverá oralmente;

z) En caso de oposición a preguntas, no será necesario retirar al declarante, salvo casos muy calificado.

14.- CONCLUSIONES DE LAS PARTES

Diversas definiciones se han dado al instituto del alegato de conclusiones. Para Couture es donde las partes "exponen las razones de hecho y de derecho que abonan sus recíprocas pretensiones". Pallares, usando como fuente a Caravantes, la define como, donde "cada parte insiste en sus pretensiones, haciendo las reflexiones y deducciones que suministran a su favor las pruebas, impugnando con conocimiento de causa todas aquellas en que apoya al adversario su intención, y (sic.) esforzándose cuanto pueda para demostrar la verdad de su asertos y justicia de su derecho".

En criterio del procesalista mexicano Said "los alegatos son actos procesales de los llamados de obtención de una resolución, al ser actos de convencimiento de actuaciones que

se ligan íntimamente con el principio de fundamentación, que a lo largo del proceso impregnan diferentes actividades". Para Palacio es el "acto mediante el cual cada una de las partes expone al órgano judicial... las conclusiones que les sugieren las pruebas producidas… enunciación de alegaciones críticas". Alsina dice que es donde "las partes examinan la prueba rendida con relación a los hechos afirmados en la demanda y contestación, para demostrar exactitud o inexactitud[118].

En nuestro criterio, las "conclusiones" es la etapa procesal en la que, una vez evacuada toda la prueba, la parte ve el caso y pretende su resultado; y mediante el cual las partes examinan, sintetizan, recapitulan para el juez, quien debe decidir, cuáles hechos relevantes fueron probados, cuáles no, la procedencia, la fundamentación fáctica y adecuación normativa de sus pretensiones o defensas; así como una crítica a los argumentos –fácticos, probatorios y de fundamentación- de la parte contraria, con la finalidad de obtener, por un lado, una respuesta positiva a sus argumentos en el futuro laudo; y por otro lado, por qué deben rechazarse las pretensiones u oposición de la parte contraria.

a.- Momento para realizarla

Conforme al art. 103.3.1 NCPC –para monitorios-, vencido el plazo para evacuar la prueba ofrecida por las partes, o bien, la admitida de oficio; se debe otorgar a las partes, obligadamente un plazo para que formulen conclusiones. Este se da antes del período inmediato anterior

[118] En su orden Couture Eduardo. Vocabulario…, voz "alegato de bien probado", pág. 86, Pallares Eduardo. Diccionario..., voz "alegato de bien probado", pág. 79, Said. Los alegatos, pág. 35, Palacio Lino. Derecho..., t. VI, pág. 203.

a la fase decisoria. Esa audiencia de conclusiones es similar al alegato de conclusiones previsto para el proceso ordinario en el artículo 418 CPCD, solo que ya no es escrito. Por supuesto si conferida o señalada la audiencia de conclusiones, la parte no las formula, alegando incluso nulidades pendientes, se entiende que renuncia a esa etapa del proceso[119].

b.- Forma de hacer las conclusiones y definición

Ninguna norma dice cómo se realizan las conclusiones orales en un sistema por audiencias. Las únicas reglas generales aplicables serían las del artículo 50.4 sobre la dirección de las audiencias orales, "lectura innecesaria de textos y documentos; moderará el debate evitando divagaciones impertinentes sin coartar el derecho de defensa; retirará el uso de la palabra o le ordenará el abandono del recinto a quien no siga sus instrucciones; mantendrá el orden y velará por que se guarde el respeto y la consideración debidos, usando para ello las potestades de corrección y disciplina que le confiere la ley".

Ante la ausencia de norma, el tribunal conferirá un plazo prudencial a las partes, que, atendiendo la complejidad o extensión del proceso deberá ser entre 15 y 25 minutos, no se justifica un plazo mayor en los monitorios de cobro, por lo delimitado del objeto, la oposición tasada admisible y porque no requieren de mayor cantidad de pruebas de declaración. También deberá advertir que debe referirse al caso concreto, que no puede leerlas, que no podrá hacer ataques personales a la contraparte o al tribunal, deberá guardar el respeto y el decoro con ambos y los asistentes.

[119] S. I C. N° 0299-F-S1 de las 11:20 hrs del 26-03-2009.

En cumplimiento del principio de inmediación y de identidad física del tribunal, se debe hacer ante el tribunal unipersonal –para monitorios- que dirigió la audiencia única y que deberá dictar la sentencia[120].

La forma de hacer las conclusiones es sin duda la oral, porque estamos en un proceso regido por la oralidad y la inmediación, donde la palabra hablada es la forma de comunicación, la regla –art. 2.7 NCPC. De ahí que resulte inadmisible la técnica utilizada por algunos litigantes -en el arbitraje y el contencioso administrativo-, de leer sus conclusiones[121], volviendo a un sistema escrito o verbalizando la oralidad. En efecto, en los sistemas regidos por la oralidad, las conclusiones se formulan de esa manera, por eso se le llama alegatos finales –como el 356 CPP- o simplemente conclusiones –según lo llaman la NCPC y CPCA-, eso impregna inmediación, concentración y celeridad al proceso; sobre todo, en esta materia, si es presentada en forma inmediata a la terminación de la evacuación de la última prueba.

En esta audiencia de conclusiones no se pueden formular nuevas pretensiones ni ampliar las existentes, tampoco es admisible prueba nueva[122], porque sería crear un mecanismo

[120] S. I C. N° 0488-F-S1 de las 08:30 hrs del 19-04-2012

[121] Prohibido expresamente en el art. 356 CPP "No podrán leerse memoriales, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria". Llobet Javier. Proceso Penal..., pág. 712 "No se prohíbe que los sujetos que emitan conclusiones consulten notas para ayudar a la memoria, o bien hagan pequeñas lecturas de textos legales, documentos incorporados, sentencias, libros, etc., siempre que ello no deje de ser accesorio, convirtiéndose en principal", cita varios autores en apoyo de su tesis".

[122] Para algunos en esta fase la actividad "consiste en resumir las alegaciones iniciales, reiterando las pretensiones originalmente expuestas o variando alguno

de ampliación de las pretensiones en contra del principio general, según el cual, una vez trabada la litis no se pueden ampliar las pretensiones de la demanda.

c.- La técnica de las conclusiones orales

La lealtad exige que las pretensiones y defensas se formulen en el momento procesal oportuno –art. 35 y 37 NCPC- y que las conclusiones sean en consecuencia, un examen de la prueba, la relación fáctica y los jurídicos de la pretensión de las partes, para orientar al tribunal, quien podrá sacar de ellos sus propias conclusiones.

La utilidad[123] de las conclusiones se observa con solo considerar que en ellos, el tribunal encuentra recapitulados en forma sintética y metódica, en los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, la prueba que a cada uno de ellos se refiere, la jurisprudencia, la doctrina y el análisis normativo para fundamentar la admisión de nuestra tesis.

Sin duda, un buen alegato, es un proyecto de sentencia, de allí su importancia, para convencernos de nuestra tesis y tratar de persuadir y "encausar" la decisión del tribunal, a un

---

de los puntos en función de las pruebas llevadas a cabo", Chillón Medina-Merino Merchán. Tratado..., pág. 338; "valoración por las partes de las pruebas practicadas, que deberán poner en relación con las alegaciones propias y de la parte contraria" Mascarel Navarro María Jose. Comentario..., pág. 157; "Se trataría, así, de un análisis de cada uno de los hechos que hubieren sido objeto del debate, haciéndose un breve y metódico resumen de las pruebas que a juicio de cada parte los justifiquen o contradigan. De Ángel Yaguez Ricardo. Comentarios..., pág. 454; Rivera Neutze Antonio. El proceso práctico…, pág. 64.

[123] Usamos aquí "alegato" como "argumentar, evidenciar, defender, argüir, razonar, enunciar y acreditar". Lo usamos también porque es de vieja tradición el uso de la frase "alegato de conclusiones" y puesto que, además la frase no es incompatible con un sistema oral, por el contrario, alegato puede ser toda manifestación oral o escrita, que se formule en cualquier proceso: oral o escrito.

sentido más coherente y precedente en la decisión. Por otro lado, es un camino que facilita al tribunal la labor de exploración y ubicación del material probatorio, pues si el tribunal se formó un criterio de cómo resolver el caso, le será más fácil guiarse de la mano de las conclusiones, para tener por demostrado o no tal o cual hecho o la fundamentación de tal o cual argumentación. También puede constituir un proyecto de sentencia, porque facilita al tribunal la ubicación de la jurisprudencia o los principios jurídicos, que puedan servir de base a la decisión. El tribunal verificará o constatará su actualización y por supuesto la aplicación al caso, pero al menos, la parte inicial de búsqueda y exploración se le habrá facilitado al tribunal.

Eisner[124] señala que el alegato no se limita al examen crítico de la prueba en sí, sino naturalmente al de su aptitud para iluminar los hechos objeto del debate y formar la convicción del tribunal respecto de sus existencia y modalidades reales. Por lo tanto debe comenzar por un análisis y presentación ordenada de las cuestiones y de la plataforma fáctica que las sustenta a tenor de lo expuesto en los escritos de demanda y contestación y, en su caso, reconvención y su respuesta. Se trata de una decantación técnica de los hechos relevantes y conducentes para la decisión del pleito que con enunciadas en cuanto importan el presupuesto lógico de la norma jurídica que se intenta hacer valer para el éxito de la pretensión o de la defensa respectivamente.

[124] Eisner Isidro. "Importancia, contenido y límites del alegato de bien probado" en Nuevos planteos procesales, t. II, pág. 194.

Falcón[125] señala como fines que persigue y estructura del alegato: a) comunicación, demostración y persuasión. Afirma luego, que el punto central del alegato es la argumentación, entendida como la expresión de nuestro razonamiento que pretende convencer a otras personas en confrontación con razones opuestas, y recomienda la técnica así: Presentación de la causa, b) análisis de la prueba rendida, c) demostración, d) síntesis, e) exposición.

a) En cuanto a la presentación de la causa, lo divide en:

i.- relación del caso,
ii.- fijación de los puntos controversiales,
iii.- eliminación de puntos no esenciales,
iv.- determinación de hechos ya probados,
v.- sentido de la presentación de la causa.

b) En cuanto al análisis de la prueba rendida la divide en:

i.- examen de los medios probatorios de modo estático e individual,
ii.- examen de los medios probatorios de modo dinámico,
iii.- alcance de los medios probatorios y la "completividad" de la prueba,
iv.- falta de prueba y sus consecuencias.

c) En cuanto a la demostración, considera los modos o sistemas de demostración y los subdivide en:

i.- de concordancia y de oposiciones,
ii.- lógicos, científicos y experimentales,

[125] Falcón Enrique. Tratado de la prueba..., t. II, pág. 482.

iii.- por hecho ostensibles y no ostensibles,
iv.- segmentados y globales,
v.- documentales y declarativos.

d) En cuanto a la conclusión y síntesis, lo estructura así:

i.- la historia defendida y sus hechos fijados,
ii.- el enlace de los puntos de la historia,
iii.- certeza y duda,
iv.- hechos que aumentan o disminuyen la responsabilidad,
v.- determinación de la carga probatoria,
vi.- establecimiento conjunto de hechos relacionados con los distintos estadios, para determinar la procedencia o rechazo de la demanda.

Luego señala Falcón[126] que, para redactar las conclusiones, conviene plantear la cuestión jurídica involucrada, los hechos, la norma en cuestión, su alcance y las interpretaciones dadas, el argumento se presentaría en dos vías: la fundamentación y la refutación. La fundamentación construye la tesis eslabonando razones en forma sucesiva y montadas una sobre otra para arribar a conclusiones (tesis); la refutación consiste en demostrar que la tesis, está sentada sobre bases falsas, ya sea por falacias de la parte contraria, paralogismos o sofismas.

Hay que tomar en cuenta, como explicamos, que los procesos judiciales son altamente dialécticos, donde se enfrentan posiciones y teorías del caso. Las conclusiones deben girar en torno a la teoría del caso diseñada por cada parte. La práctica ha enseñado que a través de las conclusiones se hace un resumen coherente, ordenado, sobre

[126] Falcón Enrique. Tratado de la prueba..., t. I, pág. 482.

las razones fácticas objeto de discusión, los hechos relevantes que a criterio de la parte se demostraron o no se demostraron. Seguido de un análisis de la prueba relevante que apoye nuestra posición. Posteriormente las conclusiones jurídicas -con doctrina y jurisprudencia- que justifica que se acoja la pretensión formulada o su rechazo, esto es la adecuación fáctica a la pretensión y la adecuación de esta a la normativa aplicable. Es recomendable que vaya acompañado de una indicación de los elementos de prueba evacuados que fundamenten y demuestren la conclusión lograda por las partes -con indicación de los folios donde consta la prueba que sirve de respaldo o el nombre del testigo o declarante-. Finalmente rebatir o desacreditar los la tesis o teoría del caso de la parte contraria.

Con base en lo anterior, en nuestro criterio, las conclusiones deben estructurarse sobre el siguiente esquema:

a) Una síntesis de los aspectos fácticos relevantes objeto de discusión. Este aspecto comprende solo de los hechos relevantes que a criterio de la parte se demostraron o no se demostraron, como se dijo, una especie de un proyecto de sentencia, por lo que a ellos debe limitarse el análisis de los hechos en las conclusiones,

b) Seguido de un análisis de las conclusiones jurídicas -con doctrina y jurisprudencia muy concretas- que justifica que se acoja la pretensión formulada o su rechazo, esto es la adecuación fáctica a la pretensión y la adecuación de esta a la normativa aplicable,

c) Es recomendable que vaya acompañado de una indicación de los elementos de prueba evacuados que

fundamenten y demuestren la conclusión lograda por las partes -con indicación del tipo de prueba y los folios donde consta la prueba que sirve de respaldo o el nombre del declarante si fue en audiencia.

d) Las razones para rechazar los argumentos de la parte contraria, la improcedencia de la demanda o las defensas,

e) Una síntesis, que supone una revisión de los hechos y pruebas relevantes evacuadas y aportadas, ordenándolos críticamente, de manera que se debe eliminar los elementos superfluos, las contradicciones y tratando especialmente de que dicho material termine ocupando el "menor espacio" posible,

f) En general el alegato de conclusiones debe ser breve, preciso y veraz, no ocultar la verdad o tratar de engañar al tribunal al aducirlas con temeridad. En cuanto precisas, son sabias las palabras de Calamandrei cuando enseñaba que "el abogado debe saber sugerir al juez tan discretamente los argumentos para darle la razón, que le deje en la convicción de que los ha encontrado por sí mismo"[127].

En cuanto al tiempo, debe ser prudencial, tomando en cuenta la complejidad del caso. Ni tan poco que solo permite el suspiro del arranque ni tanto que se vuelva tedioso y reiterativo de lo que se comprueba y alega por otros medios –las pruebas-. En cuanto verdaderas, enseñan Ángel Osorio el "abogado está que en lo blanco deslumbre como blanco y lo negro ensombrezca como negro, somos voces de la verdad no del engaño" y Calamandrei que señalaba "la probidad es la primera virtud del defensor, en el sentido de que no debe

[127] Calamandrei Piero. Elogio de los jueces..., pág. 27.

nunca afirmar ante el juez a sabiendas, nada contrario a la verdad".

15.- DELIBERACIÓN DEL TRIBUNAL

Finalizada las conclusiones por las partes, el siguiente acto de la audiencia oral en los monitorios es la "deliberación" secreta del tribunal –art. 50.6 NCPC-.

En procesos conformados por tribunales unipersonales no se produce propiamente la "deliberación", pues deliberar un fallo en discutir, confrontar, debatir y rebatir ideas con otros jueces en un tribunal colegiado. Por el contrario, cuando el juez es unipersonal, en solitario el juez debe reflexionar, meditar, pensar, razonar, madurar, repasar, examinar, estudiar y analizar los puntos jurídicos, para tomar una decisión que luego plasmará en la sentencia. En estos tribunales unipersonales el juez no delibera, salvo consigo mismo.

Basados en los principios de concentración y de inmediación, de un proceso oral por audiencias, las sentencias deben ser dictadas en un plazo muy corto, contado a partir de que se formularon conclusiones. De ser posible se emitirá oralmente en ese acto. Para tal efecto, el juez podrá ordenar un receso.

Como veremos, tratándose de procesos monitorios o sumarios se produce un desdoblamiento de la sentencia: se puede dictar oralmente un anticipo de sentencia, que no requiere todas las formalidades de la sentencia escrita. En no es la sentencia integral, solo es un resumen de la forma en como resolvió el juez, una especie de resumen, conteniendo los argumentos del demandante, las defensas del demandado

y lo decidido por el juez, bien sea acogiendo o rechazando la demanda. Aunque no es necesario si considero conveniente, si se omite algo, pedir adición o aclaración del fallo. Digo que es innecesario porque la sentencia que finalmente es válida es la sentencia documento que debe emitir el juez.

Cuando no sea posible emitirla en el acto oralmente, se dictará por escrito dentro de los cinco días siguientes. En procesos muy complejos lo que se informará a las partes se dictará por escrito, dentro del plazo de quince días" –ibídem- Cuando se trate de la sentencia deberá constituirse en la audiencia al menos un juez del tribunal –art. 50.6 NCPC-. Ambos plazos –cinco y quince días- son perentorios, no aceleratorios, su vulneración acarrea una infracción a los principios de inmediación, concentración y del sistema de oralidad, tan esencial que se produce la nulidad de la sentencia, en caso de que se dicte fuera de dicho plazo[128].

[128] Así lo ha sostenido la Sala Primera para los procesos contenciosos administrativos: S. I C. N°0143-F-S1 de las 10:40 hrs del 18-02-2016.

EL CALCULO PROBÁTICO Y LA TEORÍA DEL CASO

Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas[129]

1.- Investigación del caso

La primera reacción de cualquier persona al tener un conflicto jurídico, al momento de sentirse violentado en sus derechos (sea parte actora o demandada) es preguntarse cómo puede defenderse y cómo debe demostrar los alegatos que considera le favorecen. Estas dos interrogantes nos envían directo a dos elementos: el abogado y las pruebas.

De la acuciosidad del litigante, su virtud de leer el caso y encontrar el contexto o transfondo jurídico que se va a desarrollar en la contienda dependerá del éxito de su gestión.

1.1. Primer paso: Entrevista con su cliente antes de aceptar el caso (filtro de información)

La mayoría de los investigadores definen una entrevista como una conversación con un propósito y reconocen que una lista de preguntas por sí solas no constituye una entrevista.

---

[129] Miembro fundador del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Costarricense. Doctor y Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Doctor en Derecho Procesal Civil por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialista en Derecho Agrario y Ambiental por la Universidad de Costa Rica. Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal Capítulo Costa Rica. Profesor en el Postgrado de la Universidad de Costa Rica y profesor de Derecho Procesal Civil y Oratoria Procesal y Estrategia Probatoria. Conferencista a nivel internacional. Autor de más de 30 obras en Derecho Procesal.

Sin embargo, esto no sugiere que los investigadores no deberán de formular preguntas relevantes para abordar temas específicos de explorar antes de conducir la entrevista. Por lo contrario, una preparación propia deberá de incluir también este aspecto.

La destreza y habilidad al manejar las preguntas puede animar al sujeto a participar en el proceso de la entrevista. La destreza y habilidad al manejar las preguntas puede animar al sujeto a participar en el proceso de la entrevista. Por otra parte, la técnica impropia de entrevista puede crear barreras que sofocarán el flujo de información, y por tanto, contaminarán los esfuerzos para llegar a la verdad.

1.1.1.- Objetivos

La información de primera mano la obtendrá el abogado de su cliente, quien por lo general, será quien acuda a procurar su auxilio. Esto se da a través de una primera entrevista, de la cual, es vital a fin de:

- tener un parámetro inicial para realizar un diagnóstico preliminar del caso,
- conocer al cliente y sobretodo,
- verificar si éste oculta información o por el contrario va a depositar toda su confianza y sinceridad en el abogado.

1.1.2.- Actitud del abogado en la entrevista

Comunicarse con el cliente es sumamente importante. Para lograr una efectiva comunicación, la regla de oro es la empatía, es decir, escuchar de una manera entusiasta y

concentrada. [130]

Escuchar en una conversación no es fácil. Una persona corriente habla alrededor de ciento veinticinco palabras por minuto, mientras que el cerebro humano tiene la capacidad de de recibir y analizar aproximadamente cuatrocientas palabras por minuto. Si realizamos la operación, nos podemos dar cuenta de que existe un vacío aproximado de doscientas setenta y cinco palabras por minuto. Este vacío, causa que la persona que escucha se distraiga y despiste su atención de la conversación y del tema del cual se habla.

Una clave fundamental para escuchar bien es demostrar físicamente interés en la conversación, por medio del lenguaje corporal. Debe mirarse a la persona de frente, mantener contacto visual, responder con expresiones faciales y con movimientos de cabeza. Realizar lo anterior, hará que el conversador o exponente sepa que es escuchado y que existe un verdadero interés en lo que él está diciendo.

1.1.3.- Lo que debemos y no debemos hacer en la entrevista

Debemos tener claro también, que nuestro objetivo al escuchar en una conversación es recoger información. No debemos dar consejo alguno, interrumpir ni juzgar lo que el conversador dice, debemos permanecer en silencio y tratar de recoger toda la información posible. Una vez que el conversador pare de hablar, será nuestro turno de opinar o aconsejar a la persona, para el caso que nos interesa, nuestro cliente.

Para escuchar de una manera eficaz, es necesario seguir

[130] Para profundización del tema puede consultarse mi obra TECNICA & ESTRATEGIA PROCESAL: Cómo litigar, San José, EIJSA, 2015.

las siguientes sugerencias:

- No juzgar: Por ningún motivo debemos juzgar ni comparar la historia del exponente con otra mejor o similar. Esto, ya que al sentirse juzgado, él dejará de hablar y no obtendremos toda la información necesaria.

- Guardar los consejos para el final: Interrumpir al orador hará que pare de hablar. La mayoría de ellos ya saben lo que tienen que hacer, sin embargo, tienen la necesidad de ser escuchados.

- No acelerar conclusiones: Acelerar conclusiones puede cambiar la forma de pensar del orador, permita que él llegue a sus propias conclusiones primero, y luego, proporcione las suyas.

- No intentar solucionar todos los problemas: Si el conversador le habla sobre un problema, no intente solucionarlo de inmediato, permita que él le hable primero.

- No hacer amenazas ni pronunciar juicios: Cuando estamos en una entrevista o en un interrogatorio, la mayor parte del tiempo nos encontramos ante actos dudosos o sospechosos, no amenacemos al exponente hablando de criterios técnicos o juicios. Controlemos nuestra opinión y permitamos que el orador hable.

- Apoyo no verbal: Como se mencionó al inicio de este acápite, apoyemos por medio del lenguaje corporal y demostremos interés en lo que nos están diciendo. Concentrémonos y fijémonos en lo que el exponente dice, para así, evitar posibles desviaciones o distracciones.

- Reconocer tonos y frases importantes: Probablemente dentro de la conversación, existirán frases y palabras claves. Reconocer esta información y el tono con el que se expresa es de suma importancia para identificar la verdad de los hechos.

- Preguntar cuando sea necesario: Preguntar únicamente cuando sea necesario es esencial. Quien maneja una conversación es el que pregunta, por lo tanto, si el conversador se siente controlado por la cantidad de preguntas realizadas, puede parar de hablar.

De conformidad con los anteriores consejos para lograr una eficaz conversación, podemos concluir que lo más importante es recoger toda la información posible de lo que el cliente dice. Esta información es útil tanto para una conversación abogado – cliente, como para cuando nos encontramos en una prueba confesional o testimonial, pues siempre el objetivo principal es recoger información.

1.1.4.- Recoger la informaciòn obtenida del cliente

Recoger información de todas las personas que participan en una audiencia o en cualquier conversación nos ayuda a aclarar nuestras ideas, a entender lo que está pasando, y por este medio, podríamos hasta anticipar lo que el contrario pudiese alegar.

Puede ser que en determinados casos, deba actuarse rápido. Una contestación de demanda cuyo emplazamiento esté próximo a expirar no depara mucho tiempo para este tipo de procedimiento, sin embargo, la seriedad del profesional en leyes, para con su cliente, el caso a llevar y para sí mismo, demanda seriedad no sólo en la toma de la decisión de aceptar

o no el caso, sino también en la adecuada representación que exija el caso.

Es preciso que el abogado se reúna con su cliente y le permita desahogarse, ya que para nadie es agradable tener conflictos en los tribunales de justicia. Esto implica una especie de "filtro" del cual el abogado debe distinguir, -entre todo el mundo de información que le deparará entrevistarse con su cliente- el sacar elementos de prueba que sean conducentes y pertinentes para la tesis jurídica que se va a defender ante el Juez.

Este "filtro" le permitirá al abogado también el merecerle credibilidad el dicho de su futuro defendido. En estos casos aplica el secreto profesional, sin embargo el abogado no está obligado a aceptar un caso si considera que el cliente no merece de él, al dicho de Couture, en sus famosos Mandamientos del Abogado. Esto permitirá que el abogado pueda tener elementos para aceptar o no el caso.

1.1.5.- Técnicas para analizar el dicho del cliente

Este tema es uno de los que más quitan al sueño tanto a abogados como a estudiantes. Existen profesionales que no se preocupan por el tema, pues se enfocan sólo a cumplir la labor de defender al cliente. Otros, no aceptan un caso si descubren que éste no les ha sido sincero. No en vano, Couture lo incluye dentro de los Diez Mandamientos del Abogado.

Personalmente, consideramos es un tema no sólo de ética profesional, sino también de praxis: el éxito que tenga Usted en el caso en concreto depende de que usted maneje y tenga conocimiento de todas las variables del mismo; y eso depende de qué tan sincero sea el cliente al vertirle toda la información.

A eso le llamamos *"conocer la verdadera extensión del rompecabezas"*.

El FBI, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, publicó hace unos años un estudio llamado: *"Análisis de la Declaración, ¿Qué es lo que las palabras de los sospechosos en realidad revelan?"* elaborado por la reconocida investigadora Susan H. Adams. En este acápite, haremos un resumen de este interesante estudio, aplicándolo a la entrevista con el cliente (filtro de información) y finalmente demostraremos la importancia de analizar las declaraciones de las personas.

Pero no es solo cuestión de saber la verdad o no. También estas técnicas nos ayudan a analizar el verdadero sentir del cliente con respecto al conflicto y la contraparte. No en vano, muchos conflictos terminan extrajudicialmente pues el cliente se reconcilia con la persona que tiene el problema (como por ejemplo, en asuntos de familia); luego de que le juraran y rejuraran al abogado que *"no había marcha atrás"*.

Para ello, citaremos ejemplos y casos incluidos dentro de dicho estudio, el cual propone las siguientes técnicas, las cuales pueden servirnos en la práctica abogadil:

1.1.5.1.- Técnica del Análisis de Estado ("Statement Analysis")

Esta técnica es utilizada por investigadores y lingüistas para identificar la verdad en declaraciones. Por medio de ella, se examina principalmente el tiempo de los verbos utilizados. A manera de ejemplo, Adams cita un triste caso de la vida real:

"Susan Smith lanzó su carro a un lago con sus

dos hijos de tres y un año adentro. Para esconder lo que había hecho, dijo a la policía que los niños habían sido secuestrados a mano armada, a lo cual la policía inició una búsqueda de ellos y del secuestrador a nivel nacional.

En el transcurso de la investigación, Susan declaró:

- *"Mis hijos me querían, ellos me necesitaban y ahora yo ya no puedo ayudarles".*

Sin embargo, el padre de los niños, David, quien creyó la historia de su esposa, dijo en sus declaraciones:

– *"Yo sé que ellos están bien, ellos regresarán pronto a casa."*

Al final de la investigación, la policía arrestó a Susan por el asesinato de sus hijos y cumple cadena perpetua en California del Sur. Durante el análisis de las declaraciones, los investigadores lograron concluir que David, creía que sus hijos aún vivían, mientras que su madre sabía que ya habían muerto. La clave de esta deducción se basa en el análisis gramatical de las declaraciones. David se refiere a los menores en presente, mientras que Susan, hablaba de ellos en el pasado, los niños no podían necesitarla más porque estaban muertos, y ella ya lo sabía."

Lo anterior nos demuestra cómo, como abogados, debemos poner atención a todo y analizar de manera

cautelosa las confesiones y testimonios de las personas que participan en un proceso (incluyendo, por supuesto, a nuestro defendido), tomando en cuenta el tiempo en el que se conjugan los verbos en una declaración.

La defensa técnica que le podemos realizar al cliente será mejor concebida, en términos de estrategia, si éste se sincera con nostoros y nos dice la verdad, la cual, quedará, hasta la muerte, protegida por el secreto profesional.

Con el tiempo y la práctica, esto se puede realizar escuchando, ya que las expresiones al hablar son igual de notorias, pero si uno no está seguro, puede iniciar aplicándolo a las declaraciones escritas, o mejor aún, solicitarle al confesante o al testigo que le proporcione una declaración detallada de todo lo que realizaron el día que ocurrieron los hechos.

Finalmente, podemos destacar que esta técnica es un instrumento auxiliar para nosotros como abogados, y podría llevarnos hasta lograr una confesión si es utilizada correctamente, por lo tanto, siempre que sea posible, es importante analizar las declaraciones de nuestros clientes antes de que se entreviste con alguna otra persona.

Otro aspecto importante a considerar, es el uso de los pronombres dentro de la declaración. En el análisis de la declaración deberá ponerse especial atención a los pronombres personales “él”, “ella”, ¨yo¨ y ¨nosotros¨ y todos los pronombres posesivos tales como “mi”, “nuestra (o)”, “su”, etc.

Reconocidos investigadores han notado que las personas

que dicen la verdad hacen sus declaraciones utilizando el pronombre ¨yo¨, por lo que cualquier desviación de lo normal, merece atención, ya que podría significar que la persona no está comprometida a decir la verdad o no la está diciendo.

Cualquier cambio repentino en el uso de los pronombres podría ser significativo, y al analizar las declaraciones, es importante tomar esto en cuenta.

El pronombre "nosotros" es considerado la forma más corta y fácil para comunicarse. Este pronombre es la forma más corta y clara de describirse a uno y a otros después de que se hayan hecho las presentaciones correspondientes. Nosotros, denota una unión, indica una relación entre personas.

Por ejemplo, la omisión del pronombre ¨nosotros¨ es significativa particularmente entre parejas (esposos, novios, etc.).[131] Comparemos la forma en que se rinden estas dos declaraciones sobre el mismo hecho:

- *¨Fuimos invitados a la fiesta de cumpleaños de nuestro vecino. Llegamos a la fiesta un poco tarde. La fiesta aún estaba muy buena cuando nos fuimos.¨*

- *¨Mi esposa y yo fuimos invitados a la fiesta de cumpleaños de nuestro vecino. Mi esposa y yo llegamos a la fiesta un poco tarde. La fiesta aún*

[131] Joaquín Sabina hace de estas situaciones una inolvidable y reflexiva metáfora en su canción: "Amor se llama el juego", mostrando por medio del uso de los pronombres personales la separación emocional de una pareja. Dice así: *"Amor se llama el juego/ en el que un par de ciegos/ juegan a hacerse daño…/ Y cada vez peor/ y cada vez más rotos / y cada vez más tú, / y cada vez más yo, / sin rastro de nosotros…"*

estaba muy buena cuando mi esposa y yo nos fuimos.¨

Nótese cómo, sutilmente, la forma en que se refiere a su pareja y a sí mismo, revela un *statement* diferente: La segunda declaración revela un notorio distanciamiento entre el hombre y su esposa. Una vez introducida su esposa en la declaración, usar el pronombre nosotros es la forma más corta y común de comunicación. En estos casos es necesario analizar el por qué no se utilizó. El uso del pronombre ¨nosotros¨ denota unidad, por lo que la omisión por parte del marido del pronombre, podría significar, o para ser más reciso, un indicio revelador del hecho de que la pareja no era unida o que estaban disgustados entre sí.

También ocurre con los pronombres posesivos. Estos pueden revelar apego que el declarante acepta con respecto a una persona u objeto. El utilizar o no utilizar un pronombre posesivo, se refiere a la intención de declarante de demostrar o no posesión sobre una cosa. Asocia directamente a la persona con el objeto o persona.

Ejemplo:

Si el cliente dice:

- *¨Estaba limpiando mi arma...¨*

Su expresión denota posesión directa sobre el arma.

En cambio si dice:

- *¨Estaba limpiando el arma...¨*

Revela que no existe una clara posesión, no se sabe si en realidad el arma era suya.

Detalles como los expuestos forman parte integral de una confesión o declaración, por lo que es importante tomar en cuenta estos detalles y escuchar con atención a la persona que habla, y con ello poder recoger toda la información posible y analizarla de la manera correcta.

1.1.5.2.- Técnica de Preguntas Introductorias

Es necesario "romper el hielo". El objetivo de esta etapa es crear la confianza necesaria con el cliente, conocerlo y darse una primera idea de quién se trata. Existen tres técnicas, las cuales usted puede optar por una de acuerdo a las circunstancias del caso:

a. En caso de entrevista en el Bufete:

Esta técnica es ideal si la primera entrevista se da en el estudio o bufete y ha tenido lugar por iniciativa del cliente. Éste ha acudido a Usted ya sea por referencia de otro cliente o colega, por lo que tenemos la ventaja de que el cliente, al buscar su ayuda, en tesis de principio, será más abierto al exponernos su problema. El ambiente es más íntimo y tranquilo. Sugerimos esta técnica:

Comience con preguntas inofensivas: (por ejemplo: nombre completo, fecha de nacimiento, lugar de nacimiento, número de seguro social, dirección, etc.). El propósito es triple:

- Obtener información biográfica adicional acerca del entrevistado.
- Aclimatar al interrogado al ambiente de entrevista
- Le da al entrevistador la oportunidad de evaluar el

patrón de conducta verbal y no verbal del sospechoso en una situación normal.

b. En caso de entrevista en la fiscalía o en la cárcel (según sea ofendido o imputado):

Aquí las circunstancias son absolutamente diferentes: el cliente estará, muy posiblemente en crisis, se ha enfrentado a la burocracia judicial y al sistema policial y el espacio físico es totalmente impersonal y hostil. Es lo que muchos fiscales y defensores públicos en materia penal deben conllevar. Las técnicas sugeridas son:

b.1.- Técnica directa (a lo que vinimos): busque el por qué.

Para ello, es mejor ir al grano. Deberá hacer una pregunta con las frases:

"¿Sabe usted por qué?..." o,

"¿Sabe usted por qué está aquí?..."

Antes de analizar las respuestas de su cliente, tenga en cuenta este principio:

"Los clientes sinceros se identifican con algún detalle del asunto bajo investigación".

Puede dar a lugar a dos reacciones. Veamos:

- Respuesta verídica: admisión inmediata utilizando un lenguaje razonable. Por ejemplo: *"Sí, se está tratando de*

averiguar quién ____".

- Respuesta engañosa: vago, cándido, evasivo, ambiguo, por ejemplo:

  "Supongo que usted quiere saber lo que le pasó a _____".

b.2.- Técnica de Ubicación: Busca situar al entrevistado, sea ofendido o imputado, en el asunto. Por ejemplo:

- "Hemos entrevistado a muchas personas y las piezas están cayendo en su sitio. ¿Tuvo usted algo que ver en esto?..."

Esta pregunta sirve a los siguientes propósitos:

- Le ofrece al cliente la oportunidad de admitir o no si está involucrado.
- Le ofrece al abogado la oportunidad de observar la conducta verbal y no verbal del cliente.

1.1.5.3.- Preguntas de Transición: el relato de los hechos

Una vez que ya sabemos quién es el cliente y su relación con el conflicto, es preciso entonces, saber los pormenores de éste. Recomendamos las siguientes técnicas:

a. **Hágale al sospechoso preguntas generales acerca del incidente, la víctima y posibles sospechosos**.

De acuerdo a sus respuestas, Usted puede determinar no solo si colabora con Usted, sino su veracidad y empatía. Analice:

- Si es sincero, le brinda la oportunidad de revelar información que posiblemente sea de alguna ayuda.

- Si no lo es, posiblemente asumirá una actitud defensiva.

b. Observe su conducta verbal y no verbal

El lenguaje corporal complementa lo que la persona dice verbalmente con una docena de mensajes, tales como pequeños gestos, movimiento de los ojos, cambios en la postura, expresiones faciales.

Véalo a los ojos cuando le habla, si le retira la mirada, puede que no sea sincero. Asimismo, si se rasca mucho la cabeza o esconde las manos en los bolsillos o en la espalda, son señas de lenguaje no verbal que revelan ocultamiento de información.

c. Observe cuidadosamente la conducta del cliente

Tenga en cuenta este otro principio: *"los clientes que están diciendo la verdad ofrecen respuestas negativas que son espontáneas, directas y sinceras"*.

Analice la respuesta de acuerdo a estos dos supuestos:

- Respuesta verídica: desmienten algo en forma espontánea e inmediata.
- Respuesta engañosa: retraso en la respuesta; interrumpe al contacto visual por cinco o diez segundos. Te devuelve con otra pregunta, no contesta la pregunta o utiliza los verbos en tiempo pasado.

Por ejemplo:

- *Abogado: "¿Amaba a su esposa?..."*
- *Cliente: "¿Por qué me pregunta eso?... ¿Usted ama a la*

suya?... ¿Qué tiene que ver?" (Al confrontárseles con esta pregunta, observe la respuesta no verbal especialmente los ojos).

1.1.5.4.- Técnicas de Preguntas de Opinión

Para esta altura de la entrevista, Usted ya sabe quién es el cliente y cuál es su versión de los hechos. Pero su análisis de veracidad o sinceridad no ha concluido. Una vez expuestos los hechos, procure que el cliente exprese su sentir acerca del conflicto, buscando determinar si es reflexivo o intolerante. Sus respuestas nos darán buenos indicios para ver si es sincero.

Pregúntele:

- *¿Por qué cree usted que alguien haría...?*

Antes de analizar la respuesta, tenga en cuenta este otro principio: *"los clientes que dicen la verdad usualmente responden sin vacilar y no tienen miedo de hablar acerca de sus motivaciones".*

Analice la respuesta de acuerdo a estos dos supuestos:

- Respuesta verídica: contacto visual directo, se reclina hacia adelante.
- Respuesta engañosa: se encuentra ante un dilema porque se le está pidiendo que conteste por que hizo algo. Vacila, pide que le repitan la pregunta, puede revelar sus verdaderos motivos con "tal vez hubo una pelea" o puede ser que diga algo como, "nunca he pensado en eso".

O bien, pregúntele:

- *"¿Por qué cree usted que fulano pudo haber hecho esto...?*

Antes de analizar la respuesta, tenga en cuenta este otro principio: *"los clientes que dicen la verdad usualmente ofrecen un nombre."*

Si se ofrece un nombre deje que termine con su lista de sospechosos para preguntarle por qué sospecha de fulano y sutano.

Analice la respuesta de acuerdo a estos dos supuestos:

- Respuesta verídica: el entrevistado será específico.
- Respuesta engañosa: amplio, general: "no sospecho de nadie".

Para tomar en cuenta si hay alguna conducta que puedan reprocharle en juicio a su cliente, pregúntele:

- *"¿Alguna vez considero serle infiel a su cónyuge, aunque no lo llevó a cabo?..."*

Antes de analizar la respuesta, tenga en cuenta este otro principio: *"los clientes que dicen la verdad tienden a ofrecer negaciones directas".*

Analice la respuesta de acuerdo a estos dos supuestos:

- Respuesta verídica: negación directa y específica, un simple "no" o admisión en igual forma: "sí".
- Respuesta engañosa: racionaliza o justifica su conducta admitiendo que lo ha pensado y explica el tipo y frecuencia de dichos pensamientos.

En caso de que su cliente sea el imputado, reomendamos este tipo de preguntas de opinión:

- "¿Por qué cree usted que la víctima dice que usted hizo eso?..."

Antes de analizar la respuesta, tenga en cuenta este otro principio: *"los clientes que dicen la verdad casi siempre confrontan las falsas alegaciones del acusador".*

Analice la respuesta de acuerdo a estos dos supuestos:

- Respuesta verídica: directa, sin vacilar, buen contacto visual.

- Respuesta engañosa: temerosos de enfrentar al acusador. "Caramba, no sé por qué diría una cosa así".

O pregúntele:

- "¿Por qué razón usted no haría algo así?..."

Antes de analizar la respuesta, tenga en cuenta este otro principio*: "los clientes que dicen la verdad usualmente responden en primera persona".*

Analice la respuesta de acuerdo a estos dos supuestos:

- Respuesta verídica: "porque yo nunca..... "

- Respuesta engañosa: por lo general contestará algo así: "Porque está mal hecho" o "porque está en contra de la ley".

O utilice, como último recurso, una pregunta "señuelo", así:

- "Carlos: ¿existe alguna razón por la cual alguien diría que usted estaba allí esa noche?... No estoy diciendo que usted hizo nada malo, pero... ¿por qué alguien diría una cosa como esa?..."

Antes de analizar la respuesta, tenga en cuenta este otro principio*: "los clientes que dicen la verdad lo negarán en forma inmediata y espontánea"*.

Analice la respuesta de acuerdo a estos dos supuestos:

- Respuesta verídica: establece contacto visual; se inclina hacia el frente en su silla.
- Respuesta engañosa: el cliente se demorará, vacilará, estará a la defensiva, le pedirá que repita la pregunta.

1.1.6.- Conclusiones de la entrevista

Una vez aceptado el caso, el abogado se debe convertir en el primer Juez de su cliente. Debe extraerle toda la información pertinente, lo cual implica un examen de verosimilitud que le permitirá, por un lado:

- Hacer el cálculo probático preinstructorio (es decir, el pronóstico de credibilidad de la prueba con que se cuenta, tema que desarrollaremos más adelante).
- Determinar qué hechos deben ser probados.

En materia civil, distinta a la penal, se tiende a preconstituir prueba, lo cual implica que la primer fuente de información es el dicho del cliente, y de esta información, el abogado deberá sonsacar qué se va a discutir en el proceso (thema decidendum), qué se debe probar para ganar el pleito (thema probandum) y qué se debe pedir en las pretensiones (causa petendi) o en su defecto, cómo se debe defender de esas pretensiones de la contraparte (excepciones). Est5as constituyen las conclusiones al término de la entrevista y le permitirán confeccionar a Usted su teoría del caso.

Definida la naturaleza del conflicto jurídico, debe el abogado analizar la jurisprudencia y legislación de la acción de que se trate, sus presupuestos de validez y cualquier detalle jurídico para entablar sus alegatos.

Pero antes que todo, debe determinar qué pruebas necesita para poder tener probabilidades de éxito en la contienda.

1.2. Segundo Paso: Determinar qué pruebas necesita para demostrar su tesis

El dicho del cliente es el primer camino que lleva al abogado a determinar qué pruebas necesita para fundamentar su tesis jurídica. A la vez, constituye el medio –siempre bajo la duda metódica de Descartes- de verificar el estado real de las cosas. Por ejemplo, si se trata de un conflicto civil derivado de una acción real, es imprescindible constatar la situación registral de los bienes, por ello, se obtiene la prueba que ha de presentarse en el proceso y a la vez se verifica el dicho del cliente y el grado de probabilidad de nuestra tesis (cálculo probático).

Un correcto manejo del derecho sustantivo es básico antes de tomar cualquier decisión en cuanto a la estrategia procesal a seguir.

Extraiga de su cliente cualquier detalle que le pueda se útil en la debida conformación del "arsenal probatorio", es decir, determinar la verdadera extensión del rompecabezas, cuáles piezas son con las que se cuentan y sino las tiene todas, determinar cuáles son claves de modo tal que si no se puede

completar todo el rompecabezas (es decir de que todos los hechos que necesitamos demostrar carecemos de prueba directa), determinar qué pruebas son claves para que el Juez pueda rellenar ese rompecabezas (thema decidendum) para ganar el caso, sea con prueba para mejor resolver, con indicios o presunciones, todo a través de la libre valoración de la prueba.

Es en este aspecto en el cual encontramos determinante el buen manejo del derecho probatorio y sus elementos: objeto de prueba (qué se prueba y qué no); medio de prueba (con qué lo pruebo); fuente de prueba (de dónde extraemos la prueba) y la carga de la prueba (quién debe probar).

1.3. Tercer Paso: Considerar el modo de conseguirlas.

Del mismo filtro de información entablado con el cliente, es que se extraen las primeras pautas a seguir. Debe determinarse qué hechos son relevantes para el caso concreto y qué tipo de hecho es el que se trata de demostrar.

Se descartan prima facie, los hechos notorios, que son lo que están exentos de prueba, al igual que los no controvertidos. Si de actúa como parte demandada, es vital establecer lo hechos a los que no se va a oponer, pues pueden ser perfectamente hechos de los cuales se carezca de medios probatorios y que resultan vitales para la contestación o reconvención, según sea el caso.

Debe a la vez, determinarse qué medios probatorios son los idóneos para demostrar dichos hechos. Hay hechos que sólo pueden demostrarse con la testimonial, o con la confesional, o con varios medios a la vez. La posesión, por ejemplo, se puede demostrar con un reconocimiento judicial

y la prueba testimonial. Una deuda necesariamente debe ser con confesional o documental, a través de un título ejecutivo.

En cambio, otros sólo podrán demostrase con prueba técnica, específicamente la pericial.

1.4. Cuarto Paso: Redacción de un Plan General de Búsqueda

Para ello, debe redactarse un plan general de búsqueda de las pruebas. Es éste el momento clave para determinar si conviene una investigación formal o informal (o ambas) en dichas pesquisas. La primera es más discreta, barata y rápida, pues no alerta al rival de sus movimientos.[132]

En materia civil, la investigación formal sería, claramente, unas diligencias de prueba anticipada. Su función es preconstituir prueba para el proceso que se adviene, cuya máxima ventaja representa, necesariamente, conservar elementos de prueba que tengan peligro de desaparición.

Este Plan General deberá contener también, la búsqueda y evaluación preliminar de los testimonios que ha de ofrecerse. En este aspecto, es vital la cooperación que el cliente tenga con el abogado. Determinar dónde están los posibles testigos, qué impresión y conocimiento tienen del asunto es vital antes de apresurarse a ofrecer testigos que quizás, no sean tan claves como pareciera al principio.

[132] HEGLAND (Kenney F.) Manual de Prácticas y Técnicas Probatorias, Buenos Aires, Heliasta, 191-195.

La prueba documental debe determinarse su lugar de origen. Esto por cuanto habrá documentos que se podrán tener a mano, pero otros el cliente esté imposibilitado de proporcionárselos al abogado. Si son documentos que se encuentran en una dependencia pública es preciso tener claro desde ahora la necesidad de solicitarle al Juez que ordene su remisión al expediente.

La prueba pericial tiene también sus bemoles. Si el cliente no tiene presupuesto suficiente para una pericial costosa, es importante determinar la importancia o no de dicha prueba y si el onus probandi del hecho que se pretende demostrar con la pericial le corresponde o no a la contraparte o a usted.

Si se cuenta con presupuesto suficiente, es importante asesorarse con un perito privado, que podrá determinarnos el resultado de dicha pericia judicial y tener un margen de probabilidad de que el hecho será tenido por demostrado por el Juez. Sin embargo, no debemos caer en el error de ofrecer dicho perito privado como testigo, pues el testigo técnico es aquella personal que tiene conocimientos técnicos de una ciencia u oficio QUE HAYA PRESENCIADO LOS HECHOS, no aquel que hayamos contratado después de los hechos para que en vez de declarar sobre hechos lo que haga son valoraciones técnicas de hechos que no le constan.

Una vez que se hayan encontrado las pruebas a través de este Plan General de Búsqueda, y se cuenten con todas las pruebas que hayan sido posible recolectar, es preciso iniciar, antes del procedimiento de ofrecimiento de prueba, realizar el Cálculo Probático Preinstructorio, es decir, el examen de

probabilidad de las pruebas que tenemos antes de ofrecerlas en el litigio.

2.- El Cálculo Probático Preinstructorio

2.1. Concepto de Cálculo Probático

El cálculo probático preinstuctorio es aquel proceso intelectivo realizado por el actor –sujeto activo de esta fase previa al conflicto judicial- en el proceso civil en aras de la presentación del cuadro fáctico a demostrar a fin de que sus pretensiones sean acogidas en sentencia, a través del convencimiento del Juez de la veracidad de sus afirmaciones. Incluye, entonces, tanto el método en aras de la futura contienda, como la presentación, exposición y motivación de las pruebas en la demanda.

Conlleva previamente, la realización de un análisis prejudicial en aras de estructurar su acción (*cálculo heurístico*) y el cálculo manifiesto en su actividad intraprocesal, (*cálculo probático en estricto sensu*)[133], es decir, en la exposición, combinación y motivación de los medios de prueba *(técnicas de ofrecimiento de pruebas).* Todas ellas contienen el estudio de la probabilidad entre los medios de prueba disponibles y la naturaleza del thema probandum.

2.2. El Cálculo Probático previo a la preparación de pruebas

En materia civil, la actividad probatoria tiene como finalidad lograr el convencimiento del Juez de nuestros alegatos. De igual modo, en materia penal, el Ministerio Público es el llamado a hacer este cálculo para construir su teoría del caso: "El fiscal, con el concurso de las autoridades

[133] GARCIA VANEGAS **Op.Cit**., p.92.

de policía judicial, se ocupa de establecer, proteger e identificar los elementos físicos o materiales, que tengan vocación de convertirse en prueba (evidencias) y de obtener información, en general sobre la conducta de connotación delictiva, con el propósito de consolidar una teoría del caso".[134]

Sin embargo, resulta escaso, al menos en Costa Rica, el estudio de qué tan *probable* resulte en el caso concreto, lograr esa certeza como aproximación a la verdad material del conflicto.

Cabe preguntarse, una vez más, ¿Qué es lo que entendemos por probar?... Probar es algo más que indicar los instrumentos por los que se realiza la actividad demostrativa, pues, dentro de la relación jurídica-procesal; la actividad probatoria en el proceso civil puede iniciar incluso antes de la interposición de la demanda, y a través de ésta, las partes al ofrecer sus pruebas realizan el cálculo probático preinstructorio, a través de una correcta técnica de ofrecimiento de pruebas[135], las cuales, en su conjunto, conforman no sólo la estrategia procesal a seguir, sino todo el proceso persuasivo a fin de llevar al juez a un estado de certeza de la exposición de hechos que se pretenden demostrar[136]. De igual modo, en el proceso penal, la figura del anticipo jurisdiccional de prueba, en la fase de investigación,

[134] LÓPEZ CALVO, (Pedro). Investigación Criminal y Criminalística en el sistema penal acusatorio. Bogotá, tercera Edición, 2008, p.75..

[135] SENTIS MELENDO, (Santiago), **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**, Buenos Aires, EJEA, 1978, p. 33.

[136] DEVIS ECHANDIA (Hernando) **Compendio de la Prueba Judicial**, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p.21. Asimismo, CARNELUTTI , (Francesco). **La prueba civil.** Buenos Aires, Depalma, 1982**,** p.228.

es una figura que originará la técnica del fiscal al ofrecer la prueba en su futura acusación.

Este cálculo realizado por las partes no se realiza necesariamente bajo criterios de verdad, sino en la *probabilidad* de lograr la certeza en el juzgador de la *verosimilitud* de las alegaciones de cada litigante, las cuales podrían o no corresponder a la verdad real o material de los hechos controvertidos, por lo que preferimos hablar de una aproximación de esa verdad[137], pues el juez jamás deberá resolver en un estado de *no liquet*.

Dicha certeza sería el producto o resultado[138] de la actividad probatoria[139] y la probabilidad de consecución de dicha certeza[140] es el objeto del cálculo probático realizado por las partes[141] y a la que se adecuarán las técnicas de ofrecimiento de las pruebas.

---

[137] CARNELUTTI **La Prueba Civil...(Op.Cit.)**, p. 44.

[138] DE SANTO, (Víctor) *La prueba en general*. En: **Valoración judicial de las pruebas**. Bogotá, Jurídica Bolivariana, segunda edición, 2002, p. 98.

[139] *"La prueba judicial constituye el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre hechos que interesan al proceso".* DEVIS ECHANDIA, (Hernando), **Teoría general de la prueba judicial**, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Tomo I, 1990, p. 15.

[140] FABREGA, (Jorge P). **Teoría general de la prueba.** Bogotá, Ibañez, 1997, p. 20.

[141] *"El término prueba no tiene en el lenguaje forense un sentido unívoco; dentro de este ámbito hablamos de prueba para designar no sólo la actividad que se realiza, sino también para referirnos al resultado de dicha actividad y al medio a través del cual se consigue este resultado... En realidad, desde un punto de vista técnico, sólo cabe hablar de prueba como la actividad de las partes encaminadas a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad."* CORTES, (Domingo Valentín) y otros. **La prueba en materia civil**. Valencia, Tirant le Blanch, 1994, p.13.

2.2.1. El análisis de la Probabilidad no es monopolio del Juez en la fase de apreciación de las pruebas: el cálculo probático.

Si tomamos la prueba como este tipo especial de actividad de las partes o del Juez, en la aportación u ofrecimiento de los diferentes medios de prueba, -los primeros para obtener el convencimiento del Juez de sus alegatos y al segundo para llegar a un estado de certeza para fundamentar la solución del conflicto que dictará en el fallo definitivo dentro de lo que llamamos proceso-, tendríamos que afirmar, sin temor a equivocarnos, que engloba, como actividad, más que actos jurídico-procesales, regulados a través de procedimientos que en su conjunto, sino que, entre todos los sujetos procesales –en mayor o menor medida- habrá un examen *a priori* sobre la probabilidad de probar o desacreditar los diversos alegatos fácticos, que, sin duda, va a delinear el hilo conductor de lo que se *ha de conocer* en el proceso, dialécticamente entre dichos sujetos procesales, en continua interacción para garantizar por un lado, el derecho de defensa de las partes, bajo el contradictorio, y el poder-deber del Juzgador de dictar el derecho en el caso concreto en forma imparcial, objetiva, válida, eficaz, legal y justa[142]. A ese proceso analítico le denominamos cálculo probático.[143]

Implica, desde luego, el denominado análisis probático, ejercicio intelectivo realizado, prima facie, por la parte actora, luego por el demandado, y en última instancia, por el

[142] *"Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia".* COUTURE (Eduardo J.). **Los mandamientos del abogado**, Buenos Aires, Depalma, 1999, p.35.

[143] GARCIA VANEGAS (David). **Lecciones de Derecho Probatorio**, Bogotá, Ibáñez, 2002, p.92.

juzgador, tanto al admitir o rechazar las pruebas, al practicarla y finalmente, al apreciarla a la hora de dictar el fallo definitivo.

Por ello, no podemos encarcelar el tema de la probabilidad en el Derecho Probatorio como un problema de apreciación probatoria, sino que tendrá diferentes matices, dependiendo del sujeto procesal que se trate: uno, el actor, que de acuerdo al onus probandi, deberá demostrar la veracidad de sus alegaciones; el demandado, en cuanto a refutar las dichas aseveraciones y su fundamento probatorio y demostrar a la vez las que le convengan, y por último, el Juez, a la hora de determinar el cuadro fáctico demostrado sobre el cual va a decidir la contienda.

El cálculo probático o estudio de la probabilidad será la que al final de cuentas, determinen el ámbito en que se va a desarrollar el thema decidendum, pero más concretamente, el thema probandum.

La probabilidad de lograr la convicción del Juez sobre los hechos radicará en el objeto de prueba, y dicha probabilidad dependerá, necesariamente, de las reglas de la carga de la prueba y de la accesibilidad que cada parte tenga a medios probatorios idóneos.

El factor sorpresa sería, indudablemente, el ejercicio de la iniciativa probatoria del Juez a través de diligencias oficiosas como la prueba para mejor proveer, efectuada en aras de no dictaminar en un estado de incerteza o no liquet. Un adecuado cálculo de probabilidad no puede dejar por fuera esta variable.

Retomando el punto sobre el ofrecimiento de la prueba, vemos que ésta es introducida al proceso mediante un acto jurídico-procesal determinado, consagrado en la ley procesal para etapas específicas, bajo, en algunos casos, delimitado por el principio de preclusión, con sanciones procesales como la inevacuabilidad.

Por ello, se le toma también como un acto procesal especial, de tipo probatorio, específicamente denominado como fase de aportación u ofrecimiento de prueba, sujetas a requisitos ad substanciam actus en el momento procesal oportuno. Estos requisitos de ofrecimiento, si bien no tienen que ver con el sistema de apreciación de las pruebas[144], la cual se encuentra reservada para un momento o fase procesal posterior, que es la de sentencia, su incumplimiento va a afectar necesariamente el estudio de la probabilidad o cálculo probático, como lo veremos más adelante.

El ofrecimiento de las pruebas es un acto procesal[145] de las partes. Esto no excluye al Juez de la iniciativa probatoria, pues la diferencia radica fundamentalmente en que las partes ofrecen pruebas mientras que el Juzgador las ordena. El ofrecimiento de pruebas, en tesis de principio, está sujeto a

144 DEVIS ECHANDIA **Compendio...(Op.Cit.)**, p.19.

145 "Es el acto procesal mediante el cual se pretende conseguir el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o veracidad de los datos contenidos en las alegaciones y que habrá de tener en cuenta en la sentencia. Con la palabra prueba se designa indistintamente la actividad probatoria (la necesidad o no de ella), los medios de prueba (testifical, pericial, etc.), o el resultado de la prueba. En todo caso, y como actividad de comprobación o de verificación, la prueba no es solo una actividad de las partes, sino también del juzgador, destinatario único de aquélla, ya que la misma lleva el designio de formar su convicción." RIBO **Op.Cit**.

preclusión, pues corresponde a la fase inicial del proceso, sea, al momento de presentar la demanda, contestación y réplica.

2.2.2. La probabilidad de certeza y la verdad real: ¿es ésta posible en el proceso?

Es necesario tomar en cuenta que la inmensa mayoría de las legislaciones procesales de Latinoamérica, los jueces cuentan con iniciativa procesal, en función de una sobrevalorada "verdad real"; que en realidad, lo único que logra hacer es violentar el principio de imparcialidad del juez y el derecho de defensa de las partes. Toda la estrategia probatoria y el cálculo probático llega a ser mancillada o masacrada por una orden de prueba de oficio. Veamos si realmente se sigue el debido proceso en estas situaciones.

2.2.3. Verdad real y verdad formal

Distinto a lo que se formulaba hace unos setenta años, se afirma modernamente que el proceso civil es un mecanismo dirigido, principal y fundamentalmente, a la comprobación de la verdad, cuya metamorfosis ha recaído propiamente en una nueva concepción de la figura del Juez; el cual, ha dejado, bajo la descripción de Cappelletti,[146] de ser aquel "convidado de piedra" a la figura de un verdadero director -no dictador, indicamos- del proceso.

Tradicionalmente, la doctrina procesal civil y penal se han enfrascado en la distinción entre los conceptos de verdad real y verdad formal como si fuesen dos distintivos de ambos tipos de proceso. Consideramos, contrario a dichas teorías, que TODO proceso jurisdiccional -a través de la actividad

[146] CAPPELLETTI (Mauro). **El proceso civil en el derecho comparado**, Buenos Aires, EJEA, 1962, p.44.

probatoria de las partes- tiene como fin último resolver un conflicto jurídico con base en la verdad histórica de los hechos debatidos, más allá de la versión de los hechos que cada parte defiende en sus respectivos alegatos. El actual derecho procesal civil, supone, una despedida a un sistema dispositivo "puro" propio de un juez espectador sin iniciativa probatoria.

El fenómeno de publicización del proceso civil ha transformado esta visión de la figura del Juez civil, dejando de ser un títere de las partes y tiene mayores poderes para dirigir, conducir el proceso y medios para solicitar prueba a las partes de oficio. Todo ello, empero, sin violentar el derecho de defensa y el principio de igualdad de las partes.

La verdad formal ya no existe en los procesos civiles modernos. Antes, el ámbito de la prueba se le presentaba inalienable para el Juez, y debía abstenerse de intervenir tanto en el thema decidendum como en el thema probandum[147]. Si bien se le ha reconocido al juez civil mayores poderes en los códigos modernos, no se puede tener por abandonado el sistema dispositivo. Este concepto es el que podríamos denominar como "verdad formal", también llamada como la

[147] *"De esta circunstancia de que el actor y el demandado tengan el señorío (la disponibilidad y de aquí el nombre) de las afirmaciones y de las pruebas, surge el proceso civil de este tipo, el cual, se tramita con arreglo a una especie de verdad formal. Si el actor demandó por cien pesos y el demandado dice "los debo" para el juez no hay más verdad que aquella de que se deben cien pesos. Esto acontece fuere cual fuere la verdad real; aún cuando esta verdad real, contraria a la verdad formal, le conste al magistrado. Para el principio dispositivo no vale el saber privado del juez porque según el aforismo, "lo que no está en el expediente no es de este mundo".* COUTURE (Eduardo J.) **Estudios de Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires, Depalma, 1989, p.245.

"verdad judicial", término no recomendado por la mayoría de la doctrina, aunque son aceptados como sinónimos.[148]

Consideramos que quizás si bien difícilmente un Juez podrá llegar a la verdad real en todos los casos, -sólo Dios puede conocer la verdad total de un asunto-, la posición del principio dispositivo "puro", promovida por la doctrina del garantismo procesal[149], es extremista pues a nuestro concepto, desnaturaliza un proceso jurisdiccional y la lógica[150] con la que ha sido creado, si hablamos de derecho y justicia, se entiende que los conflictos jurídicos se dirimen en base a una verdad real, y no por meras apariencias.

El Juez no es sólo un verificador, sino también tiene derecho a estar claro en su decisión, ya que, para fallar un caso, debe por lo menos llegar a un estado de certeza mínima para aplicar el derecho y si no ha llegado a ella *(non liquet)*, y tiene la posibilidad de averiguar esa verdad real por medios lícitos sin perder su imparcialidad, sin violentar el derecho fundamental de defensa y la garantía constitucional de igualdad de los litigantes, ni subsanar la negligencia probatoria de alguno de ellos (o incluso ambos).

Estimamos, que el Juez debería, al menos, decidir la contienda con la tranquilidad de que, si bien no puede afirmar haber llegado a esa verdad, sí intentó llegar a ella. Es ahí donde sí entran a regir las reglas de la carga de la prueba. Tanto el onus probandi como la iniciativa probatoria del Juez,

---

[148] KIELMANOVICH (Jorge L.) **La Prueba en el Proceso Civil**, Buenos Aires, Aveledo-Perrot, 1985, p.36.

[149] ALVARADO VELLOSO (Adolfo). **Debido proceso versus pruebas de oficio**, Bogotá, Temis, 2004.

[150] PARRA QUIJANO **Op.Cit.**, p.17.

son elementos o variables del cálculo probática, como consecuencia del objeto litigioso y del mismo ofrecimiento de pruebas que realicen las partes.

2.2.4. Verdad material y probabilidad de certeza del Juzgador

Cabe cuestionarse: ¿cuándo hablamos de certeza nos referimos a la verdad real?... ¿Podría algún Juez afirmar, sin temor a equivocarse, que ha llegado a la verdad real -incuestionable, nítida, infalible- de los asuntos que le ha sido puesto en conocimiento?... La certeza o convencimiento del Juez y verdad real son dos cosas distintas. El Juez, como ser humano que juzga a seres humanos como él, no es perfecto y no se le puede obligar a llegar a la verdad absoluta de los hechos en todos los casos.[151] Esa verdad, en muchos de los casos, puede ser inalcanzable, aún para el Juez más extremista en sus disposiciones de oficio.

Pretender un Juez omnisapiente, omnipresente -casi como si fuese Dios- es inconcebible en una actividad humana como el proceso, este planteamiento no debe ser excusa de un juez espectador, que no le interesa resolver, por lo menos, bajo mínimos de certeza, más allá de la que le presentan las partes. El Juez debe procurar haber llegado a la verdad, o al menos,

[151] Chiovenda establece lo que podríamos llamar la relatividad de la verdad, sin perderla como fin del proceso, pero haciendo la diferencia entre "lo que el Juez afirma y lo que podría afirmar", punto de vista que compartimos plenamente. Véase: CHIOVENDA (Giuseppe) **Principios de Derecho Procesal Civil**, Madrid, Reus, Tomo I, 1978, p.109.

a lo más próximo a ella.[152] La palabra "sentencia" proviene, según Couture, del "sentimiento" del Juez.

Si bien la verdad real no puede ser entendida como un estado absoluto de conocimiento del Juez, debe entenderse como una aproximación a ésta y el Juez debe siempre debe buscarla y la prueba debe ser admitida en procura de conseguirla[153]. La verdad real es el fin de la actividad probatoria.

Pero la búsqueda de la verdad real tiene límites. Esos límites radican en el derecho de defensa de las partes y el principio de imparcialidad del juzgador. Un juez considerado a sí mismo como dueño de la verdad absoluta, no tiene cabida en un régimen democrático y en dicha crítica creemos que la teoría del garantismo procesal sí tiene suficiente fundamento.

El juez no puede rebasar el thema decidendum que le delimitan las partes en la demanda, contestación, reconvención, réplica y duplica. Salvo casos de fraude procesal, o situaciones en que la actuación procesal de las partes afecten intereses públicos, los hechos y alegaciones que

---

[152] "*No podemos decir que el juez tiene que llegar a la verdad, ya que ésta puede ser inaccesible; pero sí tiene que procurar convencerse de que ha alcanzado esa verdad; ésta existe de por sí, en forma independiente de toda relación con el sujeto; en tanto que la certeza es la que lleva al juzgador a creer, sin lugar a dudas, que su conocimiento coincide con la verdad, y veremos seguidamente que, para lograr tal certeza, tiene que utilizar todos los medios probatorios que autorizan las leyes procesales. Sólo en caso de imposibilidad absoluta de lograr certeza, recurrirá a las reglas sobre carga de la prueba y fallará en contra de quien dejó incumplida tal carga.*" ARAZI **Op.Cit.**, p.32.

[153] PARRA QUIJANO (Jairo). *"Prueba y Verdad en el Proceso Civil Colombiano"* en: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, **XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal**, Bogotá, Desarrollo Editorial Salamanca, 2002, p.550.

son objeto de prueba deben haber sido afirmados por las partes y creemos que ese límite debe ser respetado por el Juez, sin necesariamente estar *"trágicamente condenado a resolver secundum allegata et probata partium"*.[154]

Si un adecuado cálculo probático, basado en las reglas de carga de la prueba, se desploma por un juez que de oficio solventa la negligencia probatoria de una de las partes, infringe el debido proceso[155].

Consideramos que la diferencia entre la llamada verdad y la certeza (viéndolo en el convencimiento del Juez como producto de la actividad probatoria procesal y como objeto del cálculo probático) radica en aquello que es empíricamente comprobable, cuya mayor o menor probabilidad de cierto, radica más en aquello que pueda calificarse como verdadero que lo que podamos valorar como falso o al menos no probado.

Creemos que un Juez no podría fallar sustentado en hechos cuya falsedad sea sospechosa, pero sí puede resolver en hechos cuya veracidad le sea confiable de acuerdo a la prueba practicada. Es, en una sola palabra, un conocimiento relativo de las cosas, o dicho en otras palabras *"una posibilidad de grado más o menos elevado de que el hecho haya ocurrido"*.[156]

2.2.5. El cálculo probático instructorio y las potestades probatorias oficiosas

[154] KIELMANOVICH **Op.Cit.**, p.37.

[155] ACOSTA (José). **Negligencia Probatoria**, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998.

[156] KIELMANOVICH (Jorge) **Medios de Prueba**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p.41.

Nos atrevemos a afirmar que si bien, en tesis de principio, el juez civil no investiga ni averigua, sino que verifica las afirmaciones de los litigantes, puede sin embargo, si tiene una duda razonable que no afecte el interés y la igualdad de las partes, perfectamente dejar de ser ese verificador para investigar precisamente, con el fin de aclarar las dudas que le impiden, en determinado momento, dictar sentencia, pero respetando los límites señalados.

Cabe cuestionarse: Si las partes tienen limitaciones en su derecho de probar, ¿por qué el Juez no ha de tener presupuestos para garantizar que, si ordena una prueba realmente lo esté haciendo para estar claro en el cuadro fáctico, aproximarse a esa verdad sin romper la igualdad de las partes?... De todos modos, si el Juez considera que es imprescindible solicitar una prueba para mejor resolver, es precisamente dicha ordenanza un producto de un estudio previo,[157] el cual constituye el cálculo probática instructorio, en el momento del dictado del fallo.

Lo anterior resulta trascendental, pues consideramos que el uso de estas potestades de oficio, si bien son necesarias, sus limitaciones hacen que tengan un uso excepcional, puesto que la práctica judicial ha arrojado innumerables experiencias de pruebas para mejor resolver cuya utilidad e idoneidad es nula, como una especie de mecanismo legal -disfuncional en todo el sentido de la palabra- para dilatar el dictado de la sentencia definitiva.

[157] "Si la prueba es sólo demostración de unas afirmaciones, ello presupone que previamente se ha seguido algún método o desarrollado alguna labor para alcanzar el conocimiento de eso que luego se afirma como cierto" MUÑOZ SABATE, (Luis), **La prueba de la simulación**, Bogotá, Temis, 1991, p. 4.

2.3.- Fases del cálculo probático preinstructorio

El cálculo probático, como método científico para una correcta formulación de la tesis del caso, está compuesto por las siguientes fases, que estudiamos a continuación.

2.3.1. Previo a la demanda: el cálculo heurístico

Desarrollado en un momento eminentemente prejudicial, es denominado también por la doctrina como método reconstructivo[158], en el sentido de que consiste en un silogismo en el cual se determina, primero, y luego se trata de demostrar un nexo de causalidad entre la conducta del demandado que se acusa haber violado un derecho subjetivo del actor, como presupuestos de la acción de éste último.

El método del silogismo es básico en una buena preparación de la demanda. El abogado debe ser el primer "juez" de su defendido. El primer filtro inquebrantable, bajo la duda metódica, de la tesis que va a defender ante el Tribunal. Debe prevenir las carencias o puntos débiles que su contrincante va a trara de desnudar ante los ojos del Juez.

Estas técnicas de ofrecimiento de prueba son comprendidas dentro del arte de la argumentación[159], pues dicho ofrecimiento de las pruebas se realiza necesariamente al momento de presentación del libelo de demanda, ésta constituye o debe constituir un solo coherente y lógico, por lo que una buena técnica de ofrecimiento probatorio no puede

---

158 "*Procedimiento por medio del cual se llega a determinar qué causas han podido producir un efecto complejo, en el caso de la composición de causas y efectos*". DELLEPIANE (Antonio). **Nueva Teoría de la Prueba**, Bogotá, Temis, 2003, p.25.

159 PERELMAN (Ch.) y otro. **Tratado de la argumentación**, Madrid, Gredos, 1989, p.p.47-49.

verse independientemente de los hechos de la demanda y las pretensiones.

2.3.2. Método reconstructivo: rastreo de fuentes de prueba

El cálculo de probabilidad, implica necesariamente, como lo vimos en el capítulo anterior, un proceso previo de investigación, rastrear los distintos fuentes de prueba que se poseen, una labor un tanto detectivesca. La determinación de los medios y fuentes de prueba idóneos representarán las premisas del silogismo en el cual se fundará el cálculo probático o examen de probabilidad.

El abogado no puede pretender realizar, en todos los casos, esta investigación solo. En conflictos de demostración difícil, con concurrencia marcada de hechos técnicos, como en casos de daño ambiental, o mala praxis médica, verbigracia, es imprescindible que la labor investigativa previa se realice con el asesoramiento de expertos, que a la postre, podría producir la inserción dentro de los medios probatorio un peritaje privado, e inclusive, si el devenir de los acontecimientos lo permite, un testigo técnico, en el caso de que el experto haya sido testigo presencial de alguno de los hechos próximos a debatir.

En procesos de índole posesoria, una investigación previa in situ es muy recomendable. Inclusive, podría arrojar la necesidad de solicitar un reconocimiento judicial como diligencia previa o prejudicial, propias de una prueba anticipada, de manera que se preconstituya prueba de difícil conservación, lo cual ayudará a que el cálculo de probabilidad arroje mejores pronósticos al actor.

Los medios tecnológicos son de gran ayuda como complemento del reconocimiento judicial. Las fotografías y la filmación permiten captar el status quo de evidencia que puede arrojar un reconocimiento judicial.

2.3.3. Examen previo de probabilidad cuantitativa y cualitativa de los medios de prueba

La prueba a ofrecerse debe ser idónea, y esa idoneidad radicará, principalmente, en la naturaleza del hecho que ha de alegarse. El medio de prueba ofrecido debe ser acorde a la naturaleza del hecho y de ello también dependerá la posibilidad de ser admitido, y su eficacia en la convicción del Juez.

Pero la idoneidad de la prueba, como se verá más adelante, no radica únicamente en términos cualitativos. La cantidad de medios de prueba idóneos también pesa en el examen de probabilidad. Sin caer en un sistema de prueba tasada o tarifada, indudablemente, la posibilidad de contar con un buen número de medios idóneos radicará en las perspectivas que arroje el cálculo probático.

La calidad de que estas fuentes de prueba sean directas o indirectas, repercutirán en el peso probatorio de las alegaciones y consecuentemente, en la apreciación de las mismas de parte del Juez.

2.3.4. Autoformulación de hipótesis probática:

Una vez realizado el proceso investigativo de rastreo y calificación de los medios de prueba disponibles, el jurista deberá formular para sí hipótesis, cuya verificación o planteamiento incidirá en la exposición del cuadro fáctico y la motivación de las pruebas ofrecidas.

En la verificación o readecuación de la hipótesis a plantear en la contienda es que radicará el silogismo del nexo de causalidad y el examen de probabilidad: a mayor cantidad *(probabilidad cuantitativa)*[160] y calidad de pruebas disponibles (*probabilidad cualitativa*), la probabilidad de crear la certeza en el Juez de los alegatos será mayor. Todo a través del cálculo heurístico.

Pero a la vez, de la hipótesis formulada, el jurista debe prever, como el juego de ajedrez, los posibles movimientos de su adversario: a la tesis defendida debe buscarle todos los puntos débiles que pueden rebatirla, debe averiguar, dentro de lo posible material y éticamente, la existencia o no de las pruebas que presuntamente pueda ofrecer el demandado, para poder clasificar o racionar su ofrecimiento de pruebas ya sea en la demanda, o reservar algunos para un momento posterior, como lo es la réplica.

2.3.5. El análisis probático y la fórmula probática:

Una vez recolectadas, calificadas y determinados los medios de prueba con que se dispone, y determinada la tesis jurídica a defender en la futura contienda, el cálculo probático heurístico finaliza con el análisis probático; el cual incluye el manejo de tres elementos de la teoría general de la prueba, tal cual son, el thema probandi, el objeto de prueba y las reglas del onus probandi.

De acuerdo con la doctrina colombiana, este análisis probático implica tres operaciones, a saber:

[160] TARUFFO (Michele). **La Prueba de los Hechos**, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p.183-215.

"a) Una determinación provisional del thema probandi,

b) El consiguiente despeje de aquellos hechos que no necesitan prueba (notorios, admitidos y fijados por una presunción), y

c) La previsión de los movimientos del onus probandi (sujetos de carga de la prueba)."[161]

La provisionalidad del thema probandi radica básicamente, en que el mismo estará delimitado una vez que se trabe la litis a través del contradictorio. El despeje previo de los hechos que no necesiten prueba se centrará, antes de la demanda, en los notorios y los sujetos a indicios y presunciones, ya que los no controvertidos relucirán hasta que se alcance le contradictorio.

En cambio, el más incierto de todos los elementos del análisis probático resulta el concerniente a la carga de la prueba. El sistema que cada legislación opte, sea uno inquisitivo o dispositivo, las reglas adoptadas (la carga dinámica de la prueba o el sistema clásico) ; los poderes-deberes del Juez en iniciativa probatoria y a la vez, aspectos propios o intrínsecos del perfil del Juzgador que le corresponderá decidir la contienda, son elementos que deben ser tomados en cuenta a la hora de realizar este paso.

El análisis probático constituye el último paso previo del cálculo heurístico, cuyo resultado o producto radicará en la fórmula probática, que, en definitiva, será la tesis que ha de defenderse a lo largo del proceso y que será expuesta en el libelo de demanda, y que determinará las técnicas de

[161] GARCIA VANEGAS… **Op.Cit.,** p.93.

ofrecimiento de los medios probatorios, a través del Cálculo Probático preinstructorio propiamente dicho.

3. Admisión de las pruebas y su incidencia en la probabilidad

Como se verá en el próximo capítulo, el "ciclo de vida" procesal de la prueba consiste en cuatro fases de la actividad probatoria, perfectamente delimitadas en el proceso, tal cual son el ofrecimiento de prueba (fase de demanda), admisión (inicio de fase demostrativa), su práctica (audiencia de pruebas) y su apreciación (fase conclusiva). El cálculo de probabilidad se dan en todas ellas, y el grado de certeza (¡o incertidumbre!) se acrecenta conforme avanzamos en el proceso.

No se puede hacer una correcta fórmula probática ni una adecuada teoría del caso sin dominar las reglas de admisión de la prueba.

Para hacer dicho análisis, debe dominarse los conceptos de objeto, medio, fuente y elemento de prueba, según este gráfico:

Teoría General de la Prueba

OBJETO ¿qué se prueba?	MEDIO ¿con qué se prueba?	FUENTE ¿de dónde surge la prueba?	ELEMENTO ¿cuál es el producto de la prueba?	CARGA ¿quién debe probar?
Hecho controvertido puro y simple ajeno	Testimonial	Testigo	Testimonio	Actor: hechos de la pretensión Demandado: hechos de las excepciones
Hecho controvertido puro y simple ajeno desfavorable	Declaración de Parte	Actor o demandado	Interrogatorio de Parte	
Hecho controvertido puro y simple personal desfavorable	Confesional	Actor o demandado	Confesión	
Acto o Contrato	Prueba Documental	Documento Público o Privado	Documento escrito o electrónico	
Hecho controvertido técnico o científico	Pericial	Perito	Dictamen Pericial	
Estado físico de una persona o un bien	Reconocimiento Judicial	Bien o persona	Acta	

Cuando el medio de prueba ofrecido no es compatible con la naturaleza del hecho objeto de prueba (por ejemplo, se ofrece un testigo para probar un traslape de dos terrenos) se dice que la prueba *no es idónea*.

Si el medio de prueba ofrecido no es conducente con el carácter controversial del hecho (por ejemplo, se ofrece prueba para demostrar un hecho no controvertido o un hecho público o notorio) se dice que la prueba es *inútil*.

Cuando la prueba se ofrece para un hecho que no es objeto de prueba -pues no ha sido alegado en el proceso previamente (ni siquiera en incidente de hechos nuevos)-, se dice que la prueba es *impertinente*.

Si el elemento de prueba ofrecido se ha producido violentando derechos fundamentales (por ejemplo, un reconocimiento judicial sin la participación de una parte, un dictamen pericial dado por un perito a quien no se le dio

oportunidad a las partes de recusarlo), se dice que la prueba es *ilícita*.

Dependiendo de la técnica de la parte para ofrecer y motivar la pertinencia, utilidad e idoneidad de la prueba con lo que se está discutiendo, que denominamos como el thema probandum, dicho ofrecimiento va a determinar su admisión o rechazo y por consiguiente, la probabilidad de que se logre demostrar un hecho.

En otras palabras, las partes ofrecen, y necesariamente deben tener una técnica y estrategia para hacerlo, pues dicho ofrecimiento tiene el fin no sólo de que dicho medio probatorio sea admitido, sino que también sea practicado en el momento procesal oportuno y sea apreciado por el Juez a la hora de dictar el fallo definitivo en la forma en que las partes tratan de manejar su cálculo de probabilidad.

Como veremos en el próximo capítulo, existen límites temporales a este ofrecimiento, ya que la ley establece, bajo pena de aplicación del principio de preclusión, que el ofrecimiento pueda ser extemporáneo, lo que conduce a su rechazo. Por ello, los momentos procesales para ofrecer prueba son, básicamente, la demanda, la contestación, la réplica y la dúplica[162]; y su cumplimiento influirán necesariamente en el grado de certeza final del juzgador, a

[162] *"La tendencia moderna es la de imponer como regla el ofrecimiento de la prueba junto con los actos introductivos de las alegaciones, es decir, el actor en la demanda y el demandado en la contestación a ella, sin perjuicio de la ampliación con respecto a alegaciones posteriores, imponiendo la presentación de documentos en esa misma oportunidad aun en el ordinario. En esto entra en función el principio de eventualidad, a lo menos como regla en el ordenamiento de las pruebas".* CLARIA OLMEDO (Jorge A.). **Derecho Procesal**, Buenos Aires, Depalma, 1991, p.p.168-169.

través del juicio de verosimilitud, el cual no excluye el error judicial.

Procedamos a analizar pautas para una correcta técnica y estrategia del primer de esos momentos: la demanda.

4.- Ejercicios del Cálculo Probático Preinstructorio

4.1.- Ejercicio del Plan General de Pruebas (PGP)

Caso Hipotético

Usted, es un abogado (a) en materia familiar y a su bufete acude en su auxilio un caballero y le declara lo siguiente:

> *"Tenemos 3 meses de casados y una relación de 7 años, nos hemos separado dos veces. Hace una semana ella me echó mediante mensajes de texto y para evitar problemas me fui de la casa a donde mis papás. Me ha amenazado de muerte, sus amenazas son constantes, me dice "ojalá estés muerto", que no sirvo para nada, "muerto de hambre, mantenido" y me pasaba echando. Dependo económicamente de ella, esto hacía que se empoderara y ello hacía que fueran constantes sus groserías. En ocasiones me ha agredido físicamente, con bofetadas, aruñazos. Una vez en un restaurante de un amigo en común ella estaba muy ebria y me tiró 3 tragos en la cara. En otra ocasión me arrastró con el vehículo de ella cuando intentaba bajar ya que me agredía dentro del mismo. De esto hace ya tres años. Psicológicamente eso me ha afectado mucho y más cuando en una ocasión me dijo: "Mirá h… por qué no te vas a … a tu mamá?" Ella trataba muy mal a mi hijo de mi primer matrimonio e inclusive me dijo una vez que mi hijo iba a crecer para ser un muerto de hambre como yo."*

De acuerdo a la declaración hipotética anterior, confeccione un Plan General de Pruebas (PGP) con todos aquellos medios de prueba que considere idóneos, pertinentes, útiles y lícitos para ganar el caso. Presuponga que tiene a su disposición todas las fuentes de pruebas necesarias.

4.2.- Formulación de la Teoría del Caso y la Fórmula Probática

Siguiendo el caso hipotético expuesto en el ejercicio anterior, confeccione su teoría del caso y la fórmula probática con el esquema que se le presenta a continuación. Asimismo, trate de visualizar la posible contraprueba que pueda presentar el adversario, en caso de que niegue algunos de los nueve hechos.

TEORIA DEL CASO

CONTRAPARTE

HECHOS	FORMULA PROBATICA	PRETENSION ¿qué pido?	CONTRAPRUEBA

¿qué debo probar?	**¿con qué pruebo?**		
1.			
2.			
3.			
4.			
5.			
6.			
7.			
8.			
9.			

Dentro de lo que es una verdadera y adecuada estrategia procesal, el abogado del actor –no el juez- debe establecer los hechos jurídicamente relevantes, convirtiendo el ***conflicto*** jurídico –surgida en el campo de la realidad social de las partes, en cual una sostiene una pretensión que no se ve satisfecha a raíz de una correlativa resistencia opuesta por el otro - en ***litigio,*** a través de la demanda –trasladada al plano jurídico del proceso- y si hay resistencia del demandado, el abogado de éste –insistimos, no el juez- los convertirá en ***controversia***.

El conflicto jurídico sucede cuando dos personas entran en un conflicto intersubjetivo de intereses sobre un mismo bien de la vida. Al encontrar una –pretendiente- una resistencia de la otra sobre una prestación, se da un estado de insatisfacción.

De la acuciosidad del litigante, su virtud de leer el caso y encontrar el contexto o trasfondo jurídico que se va a desarrollar en la contienda dependerá del éxito de su gestión. El abogado transforma el *conflicto* en litigio a través de la *demanda.*

5.- Concepto de demanda

Por obvio que pareciera, es menester profundizar en lo que constituye una *demanda*. La tesis doctrinaria radica en conceptualizarla como la declaración de voluntad de una persona, formalmente expresada en un escrito dirigido a un órgano jurisdiccional, solicitando que se inicie un proceso, comience su tramitación y culmine en una decisión que recoja la petición de derecho formulada en dicho escrito. Constituye el más significado acto de incoación del proceso.

Se harán constar en ella los elementos que determinan la competencia del órgano jurisdiccional al que se dirige la demanda, y la capacidad y legitimación del actor y del demandado. La demanda debe reunir unos requisitos mínimos que se concentran en los hechos alegados, la base legal de la petición y la expresión clara de ésta. Los datos identificadores del proceso, del órgano jurisdiccional, de la reclamación y de las partes litigantes se hacen en el llamado encabezamiento de la demanda o parte introductoria de ésta.

En ella, el administrado que clama por la tutela jurisdiccional formaliza sus pretensiones procesales, es decir, los intereses legalmente fundamentados por los que la parte demandante quiere que el juez le imponga, coactivamente, a otra persona su cumplimiento por medio de una sentencia condenatoria.

La demanda no es otra cosa que el acto procesal en que la parte expresa sus pretensiones procesales, entendidas éstas como aquella "manifestación de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta al autor de la declaración"[163], basándose para tal fin en el ordenamiento jurídico. En la petitoria el actor indica sus pretensiones materiales, las cuales son en sí, lo que desea concretamente que el Juez le conceda mediante sentencia *(causa petendi)*. Esta diferenciación será básica, cuando se analice, más adelante, los problemas que acarrea la mala formulación de las pretensiones materiales.

Es por ello que el derecho de acción se ejecuta por solicitud de parte, y en este aspecto radica el principio dispositivo[164].

---

[163] ARGUEDAS, Comentarios... (Op.Cit.), p.70.

[164] *"El principio dispositivo establece que las partes son libres para iniciar, proseguir y terminar el proceso correspondiente. El principio de aportación de parte, que es consecuencia del anterior, lo reafirma estableciendo que son las partes las que aportan los hechos al proceso para configurar su objeto. El principio de audiencia, aplicado a la parte demandada, es una prolongación del principio procesal general: nadie puede ser condenado sin ser oído. El principio de impulso oficial prevé que, iniciado un proceso, la mecánica procedimental actuará sin necesidad de instancia de parte. El principio de inmediación asegura la presencia judicial en cada una de las fases del proceso, especialmente en la de la prueba."* RIBO DURAN (Luis). Diccionario de Derecho Multimedia, Barcelona, Bosch, voz: "principio dispositivo".

Se tiende a confundir los conceptos de demanda, pretensión y acción procesal. La **acción procesal** es la única instancia bilateralizada cuyo objeto es formar un **proceso** –entendido éste como *un método* pacífico bilateral dialéctico de debate para resolver controversias judiciales instaurado por un *pretendiente* en pos de lograr la satisfacción de una **pretensión** (actor), contra un eventual *resistente* (demandado), y que será resuelto por un *tercero imparcial, impartial e independiente* (juez)-. Tal y como lo visualiza Alvarado Velloso[165] en el siguiente esquema:

La pretensión tiene como objeto lograr la emisión de una sentencia favorable y la demanda es *"el documento cuya presentación a la autoridad (juez o árbitro) tiene como objeto lograr de ésta la iniciación de un procedimiento para sustanciar en él tantos procesos como pretensiones tenga el demandante para ser satisfechas por persona distinta a dicha autoridad. Así, se trata de la materialización del ejercicio de la instancia conocida como acción procesal y que, dándose necesariamente con una pretensión aneja, tiene por objeto lograr la formación de un proceso (...) De tal modo,*

[165] ALVARADO VELLOSO, Sistema… Ob.cit. Tomo I, p.89.

se advertirá que no concibo racionalmente una demanda que no contenga por lo menos una pretensión a satisfacer por un tercer sujeto (distinto del demandante y de la autoridad)."[166]

6.- Pasos en la estrategia de la demanda del abogado litigante

Debemos desechar, de una vez por todas, la cultura del "modelo" o "machote". Hacer demandas no es como hacer escrituras públicas de un notario o escribano. Es la triste herencia del sistema escrito: abogados que no estudian el caso, no construyen una teoría, no tienen estrategia y se limitan a utilizar fórmulas escritas donde apenas cambian el nombre de las partes y del Juzgado respectivo.

Concretamente, se debe partir de la teoría del caso, utilizando el sistema de cuadros expuesto en el capítulo anterior, conforme al cálculo probático esbozado.

6.1.- Exposición del cuadro fáctico (thema decidendum):

6.1.1.- ¿Qué son los hechos de la demanda?

Resulta fundamental para el juez y las partes, saber definir lo que se está discutiendo en el litigio (thema decidendum) y de éste, una vez que esté trabada la litis, delimitar lo que ha de probarse (thema probandum) [167]. Con la primera expresión se define el *"conjunto de hechos que, enlazados entre sí, forman la unidad fáctica sobre la que se apoya la reclamación del actor. Al acudir al órgano jurisdiccional, el reclamante tiene que proporcionar hechos para que el tribunal le reconozca derechos; como se ha dicho desde antiguo "da mihi*

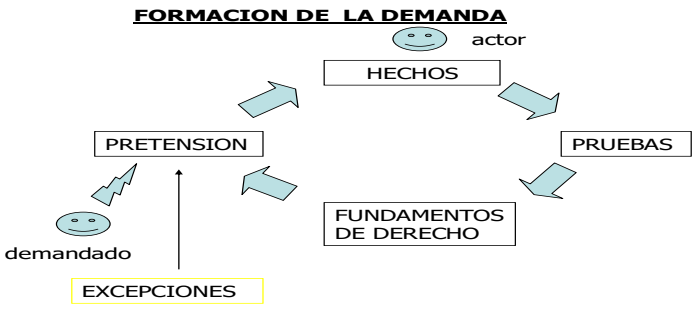
[166] ALVARADO VELLOSO, Sistema… Ob.cit. Tomo I, p.578.

[167] ARTAVIA BARRANTES (Sergio) **Derecho procesal civil**, Tomo III, San José, Dupas, 2004, p.8

factual, dabo tibi ius" (dame hecho y te daré derecho), como expresión de la esencia de la actividad jurisdiccional."[168]

A la hora de presentar su demanda, es precisamente con este acto procesal que empieza a delimitarse los hechos que van a ser objeto de prueba y con ello, se delinea el cálculo probático del actor como fundamento de su estrategia en el proceso y se materializa su estrategia.

Si visualizamos la formación de un conflicto en litigio, como si fue la ruta de un tren, encontraríamos que el abogado del actor se sube al tren que parte del conflicto hasta el litigio en la parada de los hechos, los convierte en hechos de la demanda –determinándolos en hechos jurídicos- y sobre ellos, prepara las pruebas, los fundamentos de derecho y las pretensiones. Tal como en el siguiente gráfico:



El Juez, en un segundo momento, al tener la demanda en sus manos, se incorpora al "tren" en la estación de las pretensiones, pues con ellas requiere saber de la naturaleza jurídica del litigio, luego accede a los hechos y posteriormente

[168] RIBO DURAN (Luis) **Diccionario de Derecho Multimedia** Madrid, Bosch, 1999.

a las pruebas. Le da curso a la demanda, bilateralizando la instancia y el abogado del demandado inicia el mismo peregrinaje: se entera de las pretensiones del actor, y las examina de acuerdo a los hechos afirmados por el actor –a fin de eventualmente negarlos-, analiza las pruebas aportadas y de esta manera, negará lo conveniente, contraprobará lo pertinente e invocará su resistencia mediante las excepciones.

6.1.2.- Expóngalos cronológicamente

Algunas leyes procesales indican que los hechos deben ser expuestos en forma cronológica: no trate de hacer una novela propia del género literario del realismo mágico al estilo de García Márquez. La idea es que el cuadro fáctico sea claro. De lo contrario, sufrirá de serias consecuencias en la etapa de prueba: el juez no entenderá a qué época se refieren determinados hechos, los testigos tendrán problemas al declarar y serán proclives a contradecirse y su adversario hará fiesta con su teoría del caso.

Se parte del criterio de que, ante todo, la exposición de los hechos es ante todo una narración en la que primeramente debe ubicarse al actor y al demandado y la relación jurídica que los une, y luego, *"pasaremos a la segunda parte, al nudo de la historia. Aquí se encuentra el desarrollo de la relación, es decir, cómo se van conformando o desarrollando las circunstancias que integran el cuadro originalmente presentado, ya sea por las modificaciones que se producen en las relaciones por las integraciones de nuevos elementos, por desenvolvimiento de las*

mismas, etcétera, que se agregan, que constituyen, la premisa donde se asientan las conclusiones."[169]

6.1.3.- Evite hechos compuestos o polifácticos

Debe evitarse hacer hechos polifácticos, pues, además de llamar a confusión al juez y la contraparte, puede traer como consecuencia un incorrecto ofrecimiento de prueba testimonial. Un hecho polifáctico o compuesto es aquel que es individualizado en la demanda como único, cuando en realidad expone situaciones independientes en términos de tiempo, modo y lugar.

Ejemplo: se narra como un solo hecho acontecimientos que sucedieron en diferente momento y lugar, se ofrecen dos o más testigos de los cuales solo conocen unos y no todos los acontecimientos, y por virtud las normas de admisión de testigos se reducen a tres quedando los testigos "sobrevivientes" en la difícil posición de atestiguar sobre aspectos que realmente no conocen. Es preferible "desacumular" el hecho polifáctico en varios y ofrecer un testigo específico para cada hecho.

Téngase en cuenta, como lo veremos en el capítulo referente a la técnica y estrategia del interrogatorio a testigos, que las preguntas polifácticas son prohibidas ya que se debe hacer una pregunta por hecho. Prevenga complicaciones de la fase demostrativa.

[169] FALCON (Enrique M.) Cómo hacer una demanda, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p.60.

6.1.4.- Relaciónelos con la prueba

Es preciso entonces, que el actor, como tiene que ofrecer su prueba en la misma demanda, describa los hechos en los que fundamenta no sólo su pretensión, sino que los relacione con el material probatorio que utilizará para hacer valer sus intereses: *"Igualmente, el abogado está obligado a apreciar la prueba desde el comienzo (tanto en cuestiones penales como civiles). Fiel a su posición de parte, destacará los puntos débiles de la eventual prueba adversaria."*[170]

Una deficiente exposición de hechos, sin ninguna relación con la prueba ofrecida, dará al traste con la admisión de ésta. Debemos seguir entonces, la teoría de la individualización cuyo precursor era el maestro Chiovenda,[171] según la cual la formulación del cuadro fáctico debe limitarse a lo estrictamente necesario para que dicha narración sea capaz de individualizar e identificar la pretensión que se ejercite y poder "conectar" el objeto del litigio (thema decidendum) con el objeto de las pruebas (thema probandum).

Esta exigencia de individualizar hechos, prueba y pretensiones es básica en caso de que exista una condenatoria en rebeldía, máxime si hubiese pluralidad de demandados, y pluralidad de pretensiones. Por ello, la demanda debe contener los datos no sólo delimitadores sino de cualquiera que sea *jurídicamente relevante* para lo discutido, ya que han de servir al Juez para hacer el análisis técnico de legalidad y admisibilidad de las pruebas ofrecidas con la naturaleza de

[170] DÖRING (Erich). **La Prueba, su práctica y apreciación**, Buenos Aires, El Foro, 1996, p.17.

[171] CHIOVENDA (Guiseppe). **Instituciones...(Op.Cit).**, p.9.

todos los hechos que, una vez trabada la litis, sean controvertidos y conducentes, a fin de que la prueba ofrecida sea pertinente, idónea y útil con lo que se interesa demostrar. La delimitación del cuadro fáctico es *"determinante de la pretensión principal y no necesita ser indefectiblemente completo, pero en todo caso debe ser mencionado con suficiente alcance, para que el complejo de hechos pueda ser delimitado de otros fundamentos de la demanda, ya que sólo así el tribunal y el demandado pueden saber qué objeto litigioso debe ser sustanciado"*.[172]

Tener esto aclarado en el inicio del proceso es básico para la posterior admisión o rechazo de los medios de prueba. Veamos un caso práctico: si de un libelo de demanda interdictal de veinte hechos, doce son irrelevantes, tres son impertinentes (quizás porque se refiere a la calidad de propietario del actor) y el resto sí versan sobre la posesión del actor, del acto perturbatorio y de la fecha en que ésta se produjo, y por cada hecho el actor ofreció un testigo específico para cada hecho, esos quince testigos muy posiblemente serán rechazados por resultar medios de prueba inconducentes o impertinentes, para la resolución del caso o de lo que se esté discutiendo.

El artículo 290 inciso segundo del Código Procesal Civil costarricense consagra esta técnica como requisito esencial de admisibilidad no sólo de la prueba sino de la demanda en sí. Se parte del criterio de que, ante todo, la exposición de los hechos es ante todo una narración en la que primeramente debe ubicarse al actor y al demandado y la relación jurídica que los une, y luego, *"pasaremos a la segunda parte, al nudo de la historia. Aquí se encuentra el desarrollo de la relación, es decir,*

[172] LEIBLE (Stefan). **Proceso Civil Alemán**, Bogotá, Diké, 1999, p.188.

cómo se van conformando o desarrollando las circunstancias que integran el cuadro originalmente presentado, ya sea por las modificaciones que se producen en las relaciones por las integraciones de nuevos elementos, por desenvolvimiento de las mismas, etcétera, que se agregan, que constituyen, la premisa donde se asientan las conclusiones."[173]

En buena técnica de ofrecimiento de pruebas, todo el elenco de hechos alegados debe corresponder a lo que se pretende en el proceso. Y para ello cada hecho debe tener su medio de prueba.

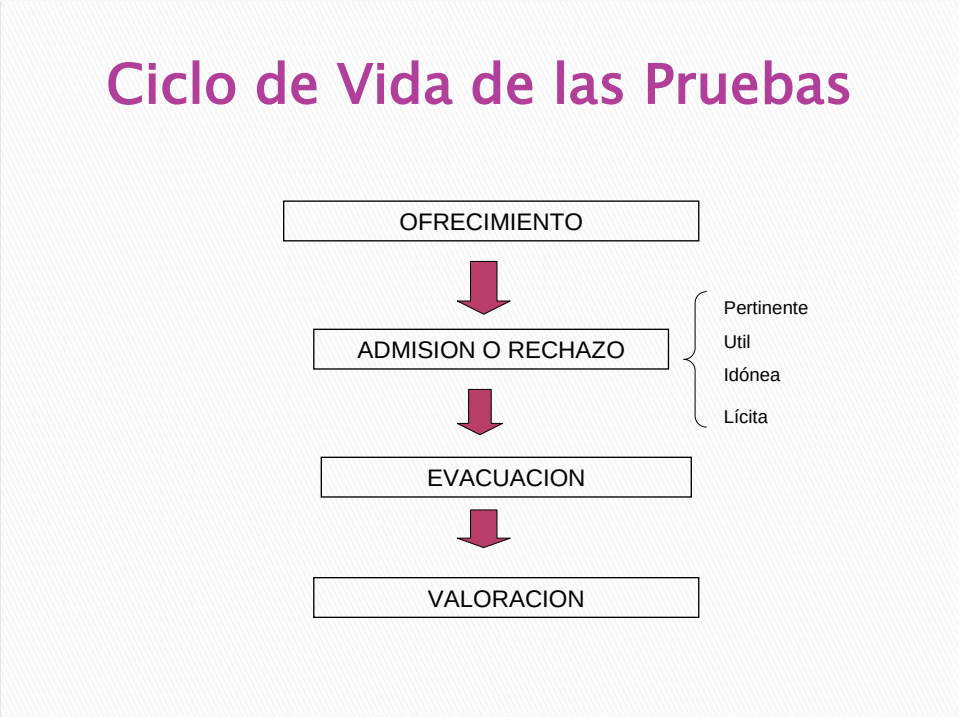
Para ello, pasaremos al siguiente acápite.

6.2.- Determinación del fundamento probatorio

El "ciclo de vida" procesal de la prueba consiste en cuatro fases de la actividad probatoria, perfectamente delimitadas en el proceso, tal cual son el ofrecimiento de prueba (fase de demanda o afirmación), admisión (inicio de fase demostrativa), su práctica o confirmación (audiencia de pruebas) y su apreciación (sentencia).

Veamos el siguiente gráfico:

[173] FALCON (Enrique M.) **Cómo hacer una demanda**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p.60.



En rigor, debemos recordar que existen límites temporales a este ofrecimiento, ya que la ley establece, bajo pena de aplicación del principio de preclusión, que el ofrecimiento pueda ser extemporáneo, lo que conduce a su rechazo. Por ello, los momentos procesales para ofrecer prueba son, básicamente, la demanda, la contestación, la réplica y la dúplica[174]; y su cumplimiento influirán necesariamente en el grado de certeza final del juzgador, a través del juicio de verosimilitud de las alegaciones –hechos afirmados y negados- de las partes.

A la hora de presentar su demanda, es precisamente con este acto procesal que empieza a delimitarse los hechos que

[174] *"La tendencia moderna es la de imponer como regla el ofrecimiento de la prueba junto con los actos introductivos de las alegaciones, es decir, el actor en la demanda y el demandado en la contestación a ella, sin perjuicio de la ampliación con respecto a alegaciones posteriores, imponiendo la presentación de documentos en esa misma oportunidad aun en el ordinario. En esto entra en función el principio de eventualidad, a lo menos como regla en el ordenamiento de las pruebas".* CLARIA OLMEDO (Jorge A.). Derecho Procesal, Buenos Aires, Depalma, 1991, p.p.168-169.

van a ser objeto de prueba y con ello, se delinea el cálculo probático del actor como fundamento de su estrategia en el proceso y se materializa su estrategia.

Es preciso entonces, que el actor, como tiene que ofrecer su prueba en la misma demanda, describa los hechos en los que fundamenta no sólo su pretensión, sino que los relacione con el material probatorio que utilizará para hacer valer sus intereses: *"Igualmente, el abogado está obligado a apreciar la prueba desde el comienzo (tanto en cuestiones penales como civiles). Fiel a su posición de parte, destacará los puntos débiles de la eventual prueba adversaria."*[175]

Una deficiente exposición de hechos, sin ninguna relación con la prueba ofrecida, dará al traste con la admisión de ésta.

Esta exigencia de individualizar hechos, prueba y pretensiones es básica en caso de que exista una condenatoria en rebeldía, máxime si hubiese pluralidad de demandados, y pluralidad de pretensiones. Por ello, la demanda debe contener los datos no sólo delimitadores sino de cualquiera que sea *jurídicamente relevante* para lo discutido, ya que han de servir al Juez para hacer el análisis técnico de legalidad y admisibilidad de las pruebas ofrecidas con la naturaleza de todos los hechos que, una vez trabada la litis, sean controvertidos y conducentes, a fin de que la prueba ofrecida sea pertinente, idónea y útil con lo que se interesa demostrar.

[175] DÖRING (Erich). La Prueba, su práctica y apreciación, Buenos Aires, El Foro, 1996, p.17.

Todas las leyes procesales consagran esta técnica como requisito esencial de admisibilidad no sólo de la prueba sino de la demanda en sí.

En buena técnica de ofrecimiento de pruebas, todo el elenco de hechos alegados debe corresponder a lo que se pretende en el proceso. Y para ello cada hecho debe tener su medio de prueba.

Cuando el abogado –no el juez-[176] redacta los hechos en que se fundamenta la demanda, debe analizar -y en esto es precisa una buena técnica de narración- y determinar cuáles hechos debe probar, cuáles le conviene probar y cuáles están exentos de prueba (como por ejemplo los hechos notorios).

Una vez que tenemos claro eso, debe avocarse a la tarea de analizar la naturaleza de cada hecho a fin de que el medio de prueba ofrecida sea el más idóneo para poder llegar al convencimiento del Juez de que los hechos alegados son relevantes para su decisión y que los medios ofrecidos son idóneos y pertinentes.[177] Esto por cuanto si el medio de prueba ofrecido obedece a un hecho superfluo o que lleve a confusión, será rechazado por impertinente.[178]

---

[176] "*El Juez es quien decide sobre la admisibilidad de la prueba. Puede rechazar la impertinente o abundante pero no puede ordenar otras, ni siquiera para mejor proveer, pues esa es una característica de los sistemas procesales autoritarios*". ZELEDON ZELEDON (Ricardo). Sistemática del Derecho Agrario, San José, Porvenir, 2002, p.113.

[177] "Si la prueba es sólo demostración de unas afirmaciones, ello presupone que previamente se ha seguido algún método o desarrollado alguna labor para alcanzar el conocimiento de eso que luego se afirma como cierto" MUÑOZ SABATE, (Luis), La prueba de la simulación, Bogotá, Temis, 1991, p. 4.

[178] MUÑOZ SABATE (Luis) Fundamentos de Prueba Judicial Civil (LEC), Barcelona, Bosch, 2001, p.234.

Ejemplos:

"Pericial en una acción reivindicatoria. Solicito se nombre perito topógrafo a fin de que indique si el plano del demandado traslapa con el plano de la finca propiedad del suscrito, que es la que se describe en el hecho primero de la demanda."

O por ejemplo, en un interdicto:

"Testimonial. Ofrezco el testimonio de X, (calidades) a fin de que declare sobre lo relativo al acto perturbatorio, descrito en el hecho sexto de la demanda. Ofrezco el testimonio de Y, (calidades) quien declarará sobre el hecho de mi posesión, cuyos actos posesorios se describen en el hecho segundo de libelo demanda".

Sin embargo, el ofrecimiento de pruebas no debe hacerlo el actor sólo pensando en el actuar del Juez, sino también en la de su contraparte, pues perfectamente (y es algo que debe tener muy en cuenta el actor) el demandado puede no discutir uno de sus hechos (lo cual equivaldría a su confesión de ese elemento fáctico) cuando incluso quizás para ese hecho el actor carecía de prueba preconstituida, convirtiéndose ese hecho exento de prueba cuando originalmente no lo era.

El abogado del actor hace, mediante su cálculo probático preinstructorio, una determinación de cuáles pruebas debe ofrecer de acuerdo a las reglas de admisión de los medios probatorios, a manera de un diagnóstico de admisibilidad de lo que el juez posteriormente, en el inicio de la fase probatoria, hará.

6.3.- Relevancia de los hechos con las pretensiones materiales:

El acto de formular pretensiones materiales corresponde exclusivamente a la persona que acciona el aparato jurisdiccional contra otro, ya sea la parte actora o reconventora, debe hacer pretensiones que sean admisibles; que conlleven imposición a la demandada de una obligación de dar, hacer o no hacer a favor de la actora. Esto es fundamental para las partes, el Juez y la justicia misma el delimitarse el objeto del proceso y de no hacerlo sería imposible continuar el proceso en la forma debida.

Ahora bien, el principio dispositivo en cuanto a las pretensiones materiales nos indica que ese derecho fundamental a entablar la acción ante los tribunales es de parte y que el Juez debe respetar la *causa petendi* y el *thema decidendum*[179] de las demandas, es decir, que debe ajustarse a los hechos que la parte invoca en su demanda y a las pretensiones materiales que solicita se ordenen en una futura sentencia.

Por ello, es fundamental para los litigantes, saber identificar cuándo ***la causa petendi*** está erróneamente planteada. Con esta expresión, que literalmente significa causa de pedir, se alude al "título o fundamento de la pretensión procesal que se formula en la demanda y que constituye uno de los elementos básicos de la reclamación judicial que formula el demandante. Este debe describir al tribunal el conjunto de hechos que, enlazados entre sí, forman la unidad fáctica sobre la que se apoya la reclamación del

[179] *"El Juez no puede proveer si antes no ha habido alguien que se lo haya pedido, sino que debe, al proveer, mantenerse dentro del tema planteado por las partes: si existen condiciones para aceptar la demanda, debe tomar en consideración solamente los hechos alegados por las partes, y debe, además, limitarse a conceder o denegar a base de ellos, la providencia pedida".* CALAMANDREI Instituciones...(Op.Cit)., p.403.

actor. Al acudir al órgano jurisdiccional, el reclamante tiene que proporcionar hechos para que el tribunal le reconozca derechos; como se ha dicho desde antiguo, *"da mihi factum, dabo tibi ius"* (dame hecho, y te daré derecho), como expresión de la esencia de la actividad jurisdiccional. La causa de pedir o reclamar a un tribunal está en una zona de la actividad humana de la que, hasta el momento de formularse la pretensión, no tenía noticia el tribunal"[180].

Muchas veces se formulan en forma incorrecta las pretensiones, perdiendo coherencia con los hechos alegados y las pruebas que se ofrecen, de diversas maneras: ya sea colocando y enumerando **dentro** de la petitoria hechos, o incluso solicitando prueba dentro de las pretensiones (especialmente sucede cuando se solicita pruebas anticipadas). Esas NO son pretensiones. También se incurre en el error de formular dentro de las pretensiones hechos irrelevantes, notorios e incluso valoraciones subjetivas.

Ejemplos:

"Que se declare que el derecho le asiste a mi representada y al aquí demandado no".

"Que se declare que el demandado ha violado descaradamente el artículo 45 de la Constitución Política que consagra el derecho de propiedad".

"Que se ordene inmediatamente la realización de un reconocimiento judicial en el lugar de los hechos".

Ahora bien, cuando hablamos del sistema dispositivo, el formular pretensiones corresponde exclusivamente al actor y

[180] RIBO, ob.cit., voz: "pretensión".

al reconventor y es un límite para el Juez no otorgar más de lo que se pide.[181] La relación entre las pretensiones materiales de la acción que se ejercita tiene relación directa con las pruebas que se ofrecen y los hechos que se aleguen.

El artículo 317 del CPC costarricense dispone, siguiendo a Leo Rosemberg, la carga de la prueba no sólo incumbe a quien afirma, sino a quien ejercita la acción, es decir, que de sus pretensiones el actor es el encargado de probar los presupuestos básicos (legitimación activa y pasiva e interés) para que su pretensión sea acogida en la futura sentencia.

Esto implica también un correcto manejo del derecho sustantivo, en el sentido de que los hechos deben ser narrados de acuerdo a la finalidad de la pretensión y por ende, las pruebas deben estar perfectamente conectadas con los hechos y las pretensiones.

Asimismo, de una buena delimitación de hechos y pretensiones se permitirá que el objeto litigioso quede plenamente identificado para el Juez y las partes, facilitando y aclarando al Juzgador la admisibilidad de las pruebas ofrecidas.

6.4.- Exposición de la necesidad de las pruebas:

Cuando redactamos los hechos en que se fundamenta nuestra demanda, debemos analizar -y en esto es precisa una buena técnica de narración- y determinar cuáles hechos debemos probar, cuáles nos conviene probar y cuáles están exentos de prueba (como por ejemplo los hechos notorios).

[181] CALAMANDREI (Piero). **Instituciones...(Op.Cit.)**, p.403.

Una vez que tenemos claro eso, debemos avocarnos a la tarea de analizar la naturaleza de cada hecho a fin de que el medio de prueba ofrecida sea el más idóneo para poder llegar al convencimiento del Juez de que nuestros hechos alegados son relevantes para su decisión y que los medios ofrecidos son idóneos y pertinentes. Esto por cuanto si el medio de prueba ofrecido obedece a un hecho superfluo o que lleve a confusión, será rechazado por impertinente.[182]

Es vital que el ofrecimiento de pruebas no sea simplemente enunciarlas. Una buena técnica es motivar, en forma muy precisa y breve, junto con la indicación del medio de prueba que se trate, el objeto de prueba específico, indicando incluso el hecho del libelo de demanda en concreto.

Pero a la vez, esa necesidad de la prueba implica también establecer no sólo la necesidad del objeto de la prueba, sino la idoneidad y utilidad del medio ofrecido con lo que se prueba, verbigracia, un hecho técnico-científico en tesis de principio debe ser probado con un medio científico, como la pericial, no la testimonial.

6.5.- Administración de la prueba ofrecida ("racionar" la prueba): la prueba ad eventum

El actor dentro de su técnica de ofrecimiento debe también prever lo que puede suceder después del emplazamiento. Puede dejarse reservados medios de prueba que tal vez sean necesarios en la réplica, para atacar los alegatos y contraprueba del demandado (principalmente si éste aduce hechos negativos), que le conviene mejor reservar

[182] MUÑOZ SABATE (Luis) **Fundamentos de Prueba Judicial Civil (LEC)**, Barcelona, Bosch, 2001, p.234.

para dicho momento posterior. O puede suceder que el medio de prueba preconstituido no esté a su alcance en dicho momento.

También una técnica constituye reservarse el derecho a llamar a declaración de parte a su contrincante, de acuerdo a como se va desarrollando la litis, pues éste medio de prueba tiene la particularidad de poder ser ofrecido en cualquier momento antes de sentencia de primera instancia, de acuerdo con el numeral 333 del CPC costarricense.

Aquí cabe la gran diferencia en la etapa de ofrecimiento de prueba: en la demanda se ofrece tanto prueba para ser producida (prueba no documental: testimonial, confesional, pericial, etc,) como prueba preconstituida por las partes (prueba documental esencialmente).

Sin embargo, el ofrecimiento de pruebas no debe hacerlo el actor sólo pensando en el actuar del Juez, sino también en la de su contraparte, pues perfectamente (y es algo que debe tener muy en cuenta el actor) el demandado puede no discutir uno de sus hechos (lo cual equivaldría a su confesión de ese elemento fáctico) cuando incluso quizás para ese hecho el actor carecía de prueba preconstituida, convirtiéndose ese hecho exento de prueba cuando originalmente no lo era.

En cuanto a la prueba que no se encuentra en poder del actor, es preciso ofrecerla indicando el lugar donde esta se encuentre (una institución pública, por ejemplo), y debe solicitarse al Juez que ordene su incorporación al proceso, por supuesto acompañado de una buena motivación de su necesidad.

Se le ha criticado a la teoría dinámica de la carga de la prueba, acotamos que una de sus desventajas es que las partes no saben con anterioridad qué prueba puede ser ordenada por el Juez en determinado momento. Lo mismo sucede con la prueba para mejor resolver. Es el tema de la prueba eventual. El cálculo de probabilidad no puede dejar de lado esta variable, un tanto incierta, que puede acontecer en forma sorpresiva en el iter procesalis.

Una buena técnica de ofrecimiento de prueba es la de ofrecer aquella en caso de eventual necesidad, como contraprueba a la prueba de descargo ofrecida por el demandado o incluso, contra una eventual prueba para mejor resolver del Juez. Esto por cuanto pueden surgir -a través del actuar del demandado claro está y no del Juez que siempre estará extralimitado al thema decidendum- hechos por las alegaciones y probanzas del accionado.

6.6.- Determinación de su fundamento jurídico

Las leyes procesales contemplan que se debe cumplir con el requisito de la fundamentación jurídica de la demanda, invocando los artículos en que se fundamenta la pretensión, aplicando analógicamente el artículo 290 del Código Procesal Civil.

Esta fundamentación jurídica es sucinta y no es vinculante para el juez que ha de sentenciar la controversia, por el principio del *iurit novit curiae.*

Implica la calificación de los hechos de la demanda con respecto a la pretensión, es decir, la causa petendi de la acción (el por qué y para qué se litiga).

Esto es un ámbito –como toda la demanda en sí- exclusivísimo de la parte actora.

Otro aspecto muy importante es el abstenerse de exponer en este apartado de la demanda jurisprudencia o doctrina aplicable al caso. Guárdelas para su alegato de conclusiones. No le enseñe el juego a su rival.

7.- Prepárese para las posibles reacciones del demandado

Un buen ajedrecista debe presupuestar las formas en que su adversario va a responder al primer movimiento de apertura. De igual modo, un buen litigante debe prever qué rumbo toma la litis de acuerdo a la forma en que va a actuar el demandado en el proceso.

Las posibilidades de reacción del demandado son: allanamiento, allanamiento parcial, rebeldía, oposición y reconvención.

7.1.- El allanamiento: el mejor de los casos

Procesalmente, la sumisión del demandado se designa con la denominación de *allanamiento* que, como tal, es realizable en cualquier momento del proceso. Pero para que éste pueda operar es menester que la relación jurídica litigiosa verse acerca de un derecho que sea *disponible* (transigible) para las partes.

Pero, para efecto de exención de costas, el allanamiento debe ser *oportuno* (debe presentarse sólo en la fase de la contestación, al tiempo de estar vigente el plazo para contestar la demanda), *real* (debe surgir inequívocamente de la actuación respectiva la voluntad de no litigar), *incondicionado* (debe ser puro y simple, no formulado

subsidiariamente o con reservas o condiciones) y *total* (debe comprender la totalidad de la pretensión actora). Solo en este supuesto, al demandado se le exime de cargar con el pago de las costas devengadas en el proceso.

Si el demandado se muestra conforme con la pretensión del actor, y acepta tanto las afirmaciones de éste (hechos) como sus pretensiones, en buena técnica procesal, se debe producir el instituto del *allanamiento.* Con sus efectos naturales del dictado de una sentencia estimatoria.[183]

En este caso, no hay controversia y por ende, este allanamiento puede verse, perfectamente, como la rendición del demandado ante un excelente planteamiento de demanda gracias a nuestro cálculo probático preinstructorio.

Pero, el allanamiento no es, generalmente, la reacción común en la contraparte. Por ende, lo invitamos a seguir leyendo este libro.

7.2.- La rebeldía del demandado convierte en las pruebas ofrecidas por actor en admitidas y a los hechos alegados por no controvertidos:

Si no contesta del todo, al demandado se le debe declarar en estado de *rebeldía*, teniéndose por aceptados los hechos y debiendo tomar el proceso en el estado en que se encuentre.[184]

Obviamente, esta no es una técnica de ofrecimiento de pruebas del demandado, sino todo lo contrario. Esto no quiere decir que todos estemos en la obligación de contestar

[183] CARBONELL TABENI (Joaquín). Tratamiento procesal del allanamiento en el proceso civil. Barcelona, Bosch, 2008, p.85.

[184] GONZALEZ (Atilio Carlos). Silencio y rebeldía en el proceso civil, Buenos Aires, Astrea, segunda edición, 1995, p.127.

una demanda pero sí es preciso hacer hincapié en sus consecuencias.

Cuando lo que se produce es la no contestación de la parte demandada se sanciona con la declaratoria en rebeldía, la cual consiste en la falta de personación del demandado en el proceso dentro del término previsto en el emplazamiento. El Juez civil deberá tener por aceptada la demanda en cuanto al thema decidendum o cuadro fáctico expuesto por el actor en su demanda.

Recordemos que lo que se sanciona es la incomparecencia o ausencia inicial en el juicio, con la correspondiente inactividad del rebelde en el litigio cuestionado. Toda vez que la comparecencia es un derecho y no una obligación, la incomparecencia en juicio no se sanciona; pero hay preclusión de las etapas procesales tramitadas mientras dura la rebeldía. El rebelde puede personarse en cualquier estado del juicio, pero éste no retrocederá su procedimiento, sino que proseguirá la marcha procesal, si bien teniéndole ya por parte.

El estado jurídico de rebeldía, que es independiente de la voluntariedad del demandado para incurrir en aquélla, no influirá en la falta de defensa; pero no significa que la sentencia tenga que ser favorable a la demanda. El rebelde será notificado en estrados de las actuaciones procesales.

Esto es importante pues influirá en las pruebas ofrecidas por el actor, las cuales no se podrán tener por refutadas ni tendrán que ser sometidas al examen de admisión, aunque deberán pasar siempre por el procedimiento de apreciación del Juez a la hora de dictar el fallo.

7.3.- La reconvención o contrademanda: el panorama se complica

Puede darse la situación que, al contestar la demanda contradiciendo la pretensión del actor, el demandado proponga una propia demanda contra éste, utilizando el mismo procedimiento ya pendiente para tramitar en él otro proceso (por eso es que la doctrina afirma que éste es un típico caso de *acumulación de acciones).*

A esta actitud se le da la denominación de *reconvención* y, cuando ocurre, el demandado originario adquiere la calidad de *reconventor*, en tanto que el actor originario la de *reconvenido.* Si el reconventor decide demandar a alguien más que al reconvenido, éste se denomina *reconvenido no actor.*

En caso de una reconvención, el abogado de la contraparte deberá no solo construir la antítesis del caso (contestación); sino su propia contrateoría del caso a través de la reconvención. Podría hacerlo negando por completo los hechos afirmados por Usted en su demanda e invocando otros excluyentes; o por e contrario, armar su contrateoría del caso admitiendo hechos suyos.

Para la admisibilidad de la reconvención se requiere imprescindiblemente que la pretensión hecha valer sea conexa por la causa con la deducida por el actor. La reconvención debe reunir los requisitos de toda demanda.

Tome nota de la posible contrademanda a la cual su cliente, eventualmente, pueda ser sometido. Determine las posibles pretensiones de la reconvención y la conexidad con las suyas, para estar preparado y gestionar su rechazo de plano.

TEORÍA DEL CASO Y AUDIENCIA PRELIMINAR: CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL NCPC, CPCA Y RPL

MSc. Nohelia Vega Carvajal[185]

"El enemigo que actúa aisladamente, que carece de estrategia y que toma a la ligera a sus adversarios, inevitablemente acabará siendo derrotado." El Arte de la Guerra. Sun Tzu

Sumario: I. Introducción. II. La teoría del caso: un diseño estratégico. III. La audiencia preliminar en el NCPC, CPCA y RPL. IV. Amalgama de la teoría del caso en la audiencia preliminar. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

[185] Máster en Derecho por la Universidad de Chile/ Graduate Certificate in International Contracts and Business Law del American University Washington College of Law. Estudiante del Máster en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona/Universidad de Génova. Especialista en Derecho Notarial y Registral, Universidad de Costa Rica. Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica. Miembro fundador del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Capítulo Costa Rica. Abogada litigante. E-mail: nvegacabogada@hotmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

En la práctica es frecuente que ante el planteamiento de un caso se acuda a una suerte de "intuición jurídica" para su tratamiento, no obstante, un estudio científico del derecho nos invita a la construcción de un esquema estratégico con la planeación de una serie de tácticas sobre la base de la teoría del caso, sin embargo, la gran interrogante es ¿Cómo lo hacemos?

La teoría del caso busca construir metodológicamente su propia versión de los hechos con respaldado en cierto material probatorio, a través del diseño de una estrategia procesal, de tal manera que logre de una forma eficiente obtener el resultado deseado a través del convencimiento del juez de su posición.

Esta teoría ha tenido un gran desarrollo en materia penal, sin embargo, en el ámbito civil ha tenido poco tratamiento e incluso se ha cuestionado si es posible su aplicación a esta rama del derecho, de ahí que existe poca referencia a este tema en material civil.

Los cambios normativos recientes dirigidos hacia un sistema prominentemente oral y el principio de inmediación como piedra angular, plantea para los abogados litigantes un desafío importante en la forma de diseñar y materializar la estrategia procesal que sea capaz de generar un grado de convencimiento en el juez que permita acoger su pretensión.

En ese sentido, el nuevo diseño de la estructura de los procesos a la luz de las últimas reformas impone un nuevo

reto para los abogados litigantes a fin sacar el mayor provecho en esta etapa.

II. LA TEORÍA DEL CASO: UN DISEÑO ESTRATÉGICO

Cada día los abogados nos enfrentamos al planteamiento de casos jurídicos, por lo que la labor del abogado litigante dista de la improvisación, por el contrario, implica el deber y responsabilidad de prepararse debidamente para enfrentar un problema jurídico, que trasciende la simple lectura de las normas adjetivas aplicables, sino que conlleva el diseño de cómo presentar el caso y cómo traduce su posición maximizando los recursos y herramientas legales en las distintas etapas procesales, incluyendo la audiencia preliminar.

En ese sentido ¿es suficiente conocer las normas procesales para ser un buen litigante? La respuesta contundente es no. De ahí la necesidad de la construcción de la teoría del caso y el diseño de una estrategia procesal.

Para la autora Calderón Sumarriva, la teoría del caso puede definirse como la "construcción efectuada por las partes con el fin de generar una tesis respecto de lo que realmente sucedió en el contexto de ciertos hechos".[186] Es decir, es un planteamiento para proporcionar de significado los hechos, normas y prueba que invocará la parte en el proceso.

[186] Picado Vargas, Carlos y Calderón Sumarriva, Ana Cecilia. ***Técnica y Estrategia Procesal – Cómo Litigar -.*** Investigaciones Jurídicas S.A. San José. 2015. Pág. 84.

Sin lugar a duda, es indispensable definir cuál es la importancia de la construcción de la teoría del caso, es decir, ¿para qué sirve?. En ese sentido, podemos señalar que a partir de dicha teoría es posible establecer la estrategia procesal que guiará al abogado litigante a lo largo de todo el proceso cual faro.

Como bien señalan los autores Baytelman y Duce, la teoría del caso permite responder los planteamientos sobre qué pruebas necesito y cuáles teorías jurídicas son útiles para mi tesis de una forma armónica, lógica y coherente.

Aplicando analógicamente las palabras del estratega militar prusiano Von Clausewitz, *"la estrategia determina el lugar donde habrá de emplearse la fuerza militar en el combate, el tiempo en que ésta será utilizada y la magnitud que tendrá que adquirir. Esa triple determinación asume una influencia fundamental en el resultado del encuentro."*[187]

Características de la teoría del caso:

Tal como hemos indicado, el desarrollo de la teoría del caso fue enmarcada en el derecho penal, no obstante, en cuanto a sus características resultan plenamente aplicables a la materia civil, por lo que deben ser consideradas las siguientes:

- Sencillez y claridad: La idea es que la teoría del caso pueda ser fácilmente comprendida por el juzgador, evitando oscuridades y abstracciones, de forma tal que se baste por sí misma para ser comprendida.

[187] Von Clausewitz, Karl. ***De la guerra***. http://www.biblioteca.org.ar/libros/153741.pdf

- Lógica: Debe contener argumentos de los cuales se pueda deducir o inferir las consecuencias jurídicas de los hechos alegados de forma natural.
- Coherencia: Los hechos deben tener relación entre sí y en relación con lo pretendido.
- Credibilidad: Debe contener elementos verosímiles o probables para lograr persuadir al juzgador.
- Suficiencia jurídica: La teoría del caso debe tener como asidero el amparo normativo, en el cual sea posible subsumir los hechos en la *fattispecie* de la cual derivan los efectos jurídicos alegados en la pretensión.
- Flexibilidad: Si bien es cierto el cambio de posición en la teoría del caso puede debilitar la posición, lo siento es que debe existir la previsión o un cierto margen de acción que permita realizar ciertas variaciones en caso de ser necesarias para dar respuesta oportuna y armónica a los cambios que puedan darse a lo largo del proceso.
- Completitud: Debe comprender todos los hechos, prueba y normas de posible aplicación, inclusive las que resulten contrarias a la tesis, lo que permite tener un panorama completo y evitar sorpresas negativas durante el proceso.

Momento para el diseño de la teoría del caso

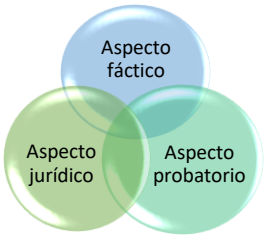
Desde un plano ideal, la teoría del caso debe construirse desde que se toma el caso y antes de la interposición de la demanda, sin embargo, en la práctica es habitual que muchos abogados tomen un caso iniciado por otro colega. Este segundo supuesto, lleva inmersas una serie de aristas dentro de la que destaca la labor que debe realizar el nuevo litigante para colocarse en la lógica y visión del colega anterior en

cuanto al diseño, para buscar mantener la armonía y coherencia mencionada en las características de la teoría del caso.

En ese sentido, en caso de ser necesario enderezar algún aspecto, la incursión de una nueva teoría del caso debe ser evaluada con cautela a fin de no debilitar el caso con cambios abruptos y, sin duda, mucho dependerá de la etapa procesal en que nos encontremos.

Elementos de la teoría del caso:

Toda teoría del caso se estructura sobre la base de 3 elementos o componentes esenciales e indispensables, los cuales deben conformar una triada perfecta que permita la congruencia de nuestra tesis:



- Aspecto fáctico:

Los hechos otorgan la base sobre la cual se realizará la reconstrucción de lo ocurrido. En ese sentido, la Sala Primera ha reiterado que los hechos constituyen la base de la pretensión. Al respecto ha señalado: *"la exposición de los hechos, (..) marca el radio de acción dentro del cual ha de moverse el Juez al resolver sobre la procedencia o improcedencia de los extremos petitorios sometidos a su consideración. (..)los hechos de la demanda, pues justifican y explican la naturaleza y alcances de lo pedido."*[188]

[188] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 345 a las 09:50 horas del 19/03/2015.

Es importante la identificación y redacción correcta de los hechos relevantes según la tesis jurídica, excluyendo todos aquellos que no aporten y, de alguna manera, puedan generar confusión.

- Aspecto jurídico:

Este aspecto refiere a la teoría jurídica elegida por el litigante, es decir, la elección de las normas aplicables al caso concreto. Para lo anterior es necesaria la subsunción de los hechos previamente identificados y relevantes en la norma aplicable. Ello debe apoyarse no solo en el conocimiento y correcta elección normativa que haga el litigante, sino también en la doctrina y la jurisprudencia vigente sobre la interpretación y alcances de dicha norma a fin de tener el panorama jurídico lo más completo posible.

- Aspecto probatorio:

El litigante debe tener claridad sobre los medios de prueba con que cuenta para acreditar los hechos relevantes. Esto nos lleva inevitablemente al desarrollo de la teoría del cálculo probático la cual se analiza a la luz de los hechos y pretensión. Necesariamente nuestra petición debe tener una base normativa donde la realidad fáctica se encuadra de forma perfecta según la prueba que se trae al proceso. En cuanto a la prueba, el litigante debe estar atento a los posibles movimientos de su adversario que debiliten su tesis a lo largo del proceso.

Tal como se ha afirmado en la doctrina, el tema probatorio se analiza no a la luz de la verdad sino bajo criterios de probabilidad de lograr la certeza en el juzgador, sea un estado de convencimiento sobre los hechos que sostiene la parte. Lo

anterior tiene un impacto especial a la luz de las últimas reformas procesales donde se busca la verdad real, no obstante, dicha verdad no puede ser entendida como un estado de conocimiento absoluto, sino como una aproximación cercana a esta, debido a los límites procesales particularmente la igualdad procesal e imparcialidad del juzgador.

En ese sentido, el cálculo probático es un método que permite desarrollar una estrategia dentro de la teoría del caso a fin de determinar de forma previa si nuestro cuadro factico sobre el que se plantea una pretensión cuenta con prueba suficiente e idónea que permita tenerlo por acreditado o, por el contrario, tenemos debilidades probatorias en algún punto, con lo que podemos anticipar y fortalecer.

Tal como señala con total claridad el jurista Picado Vargas, "para elaborar una estrategia procesal eficiente, el litigante debe poder ser capaz de formular una estrategia probática idónea en cada etapa, para lo cual resulta esencial que domine las reglas de admisión de la prueba". (Picado Vargas, Carlos y Calderón Sumarriva, Ana Cecilia. Técnica y Estrategia Procesal – Cómo Litigar -. Investigaciones Jurídicas S.A. San José. 2015. Pág.123).

Así por ejemplo, en materia civil serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. De esta forma, se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos, amparados a una presunción absoluta, prueba sobre hechos

evidentes o notorios, así como la prueba impertinente, excesiva, inconducente o ilegal[189].

En resumen, la Teoría del caso es el resultado de nuestra hipótesis fáctica, jurídica y probatoria sobre el caso bajo estudio, que nos permite de una forma lógica y coherente relatar lo ocurrido que sirve de sustento a nuestra pretensión.

¿Cómo se determinada la teoría del caso?

En términos generales se han establecido diferentes pasos en la elaboración de la teoría del caso, no obstante, propongo las siguientes etapas para su determinación:

1) Recepción y sistematización de la información relevante: En esta fase se da, en principio, cuando se recibe la información sobre los hechos, las pretensiones del cliente, así como el acopio de las pruebas y expectativas de posibilidades de éxito.
2) Determinación de los hechos jurídicos relevantes: proceso de selección de los acontecimientos fácticos relevantes según la teoría jurídica.
3) Realización del cálculo probático
4) Determinación de la teoría jurídica aplicable: este punto, tal como hemos indicado implica análisis además de la doctrina y jurisprudencia.
5) Evaluación de los hechos, la prueba con que se cuenta y la teoría jurídica, así como la identificación de las debilidades del caso que permite corrección o reajuste de sus elementos.
6) Definir la estrategia activa o pasiva: una estrategia pasiva en la que se espera que la contraparte demuestre su tesis,

[189] Art.41.3 NCPC.

en contraposición con una estrategia activa donde la propia parte plantea desde el inicio un relato distinto. No obstante, la elección de una u otra dependerá del análisis del caso concreto. El diseño de la estrategia procesal (activa-ofensiva o pasiva-defensiva) debe guardar plena congruencia con la construcción fáctica, probatoria y jurídica de su caso y posibles contingencias que pueda poner en evidencia la contraparte.

7) Elaboración de las proposiciones fácticas: Es la tarea de la redacción de los hechos de la demanda o contestación.
8) Selección y clasificación de los medios de pruebas: los cuales se dan según el cálculo probático previo realizado por el abogado según su teoría.
9) Identificaciones de las debilidades y fortalezas propias, así como las de la parte contraria, para evitar sorpresas en medio del proceso y contar con una posible contraofensiva en caso de ser necesario.
10) Estrategia de negociación o conciliación: un aspecto que suele ser menospreciado por muchos litigantes es el de las diferentes formas de resolución alterna de conflictos. En muchas ocasiones se sobrepone el "orgullo profesional" o los honorarios profesionales ante las realidades del caso y necesidades del cliente. Esta actitud además de contraria a la ética, indispone a las partes y evita que sea precisamente los actores (en sentido amplio) del proceso quienes puedan diseñar la mejor solución a su controversia. Inclusive, algunos colegas miran como muestra de debilidad procesal quien realice el primer acercamiento a una posible conciliación. Es por ello que, como parte de nuestros deberes como profesionales en derecho, debemos incorporar dentro del

diseño procesal la viabilidad y términos de un posible acuerdo entre las partes, como resultado de un análisis serio del caso donde se valore más allá de solo las probabilidades de éxito, sino además el costo económico y de tiempo que implica someterse a un proceso, judicial o arbitral.

Toda teoría del caso debe llevar implícito un diagnóstico propio y ajeno, es decir, la construcción de una correcta teoría del caso no sólo contiene un diseño de los elementos de nuestra teoría, sino que debe necesariamente evaluarse en conjunto con las fortalezas, debilidades y amenazas de la contraparte, permitiendo prever los posibles ataques sea para evitarlos, anticiparlos o, en definitiva, contar con contraprueba y argumentos que permitan desvirtuar su dicho.

La finalidad última de la teoría del caso es que el abogado convenza al juez de la certeza de sus pretensiones. Una deficiente teoría del caso queda en evidencia con mayor realce en las audiencias orales, tanto preliminar como de juicio. En ese sentido, es necesario una participación más proactiva por parte del abogado litigando donde evite seguir los famosos "machotes" ya que en ellos se pierde el diseño estratégico que debe tener cada caso, así como la incorrecta práctica de acudir a las audiencias sin el debido estudio del caso a profundidad.

III. LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL NCPC, CPCA Y RPL.

En el derecho procesal moderno, el juicio oral ha venido evolucionando desde el siglo pasado hacia un proceso por audiencias orales, como respuesta a la necesidad de realizar

antes de pasar a la audiencia de juicio de recepción de pruebas y conclusiones, una audiencia previa donde se pudieran resolver aquellos aspectos preparatorios y de saneamiento, tales como son lo referente a actividad defectuosa, nulidades, conciliación, excepciones procesales, admisión o rechaza de prueba, entre otros[190].

De esta forma la audiencia preliminar busca evitar la realización de procesos inútiles o actos de prueba innecesarios, acrisolar el proceso de vicios procesales que impidan al juez pronunciarse sobre el fondo y delimita los términos del debate, con un elemento esencial cual es la presencia física y directa de los protagonistas del proceso, permitiendo así resolver con mayor celeridad dichos aspectos por la intervención directa y facilitando la comprensión.

Este aspecto en definitiva constituye un avance procesal importante en miras de una justicia pronta y cumplida, donde se evitar que ante algún aspecto que deba ser saneado, las partes deban someterse al tortuoso viacrucis en el trámite donde la parte presenta un escrito, se le da traslado a la otra y finalmente el juez resuelve, pueden pasar varios meses, mientras que con la audiencia preliminar todos estos aspectos quedan concentrados para ser planteados y dirimidos en la audiencia.

En la legislación nacional, nuestro país optó por un sistema por audiencias con su incorporación por primera vez en el Código Procesal Penal de 1998 [191], lo cual fue seguido en

[190] Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. ***Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil***. Tomo III. Editorial Faro. San José. 2017. Pág.250-251.

[191] Esta legislación contiene 2 audiencias: a) audiencia preliminar regulada en el art.318 CPP y b) juicio oral y público en el art.324 CPP.

el Código Procesal Contencioso Administrativo del 2006[192]. Por su parte, la Ley de Cobro Judicial, así como la Ley de Monitorio Arrendaticio (ambas derogadas por el NCPC), debido a la naturaleza de dichos procesos, unificó la audiencia preliminar y juicio oral en una "audiencia única"[193]. El Nuevo Código Procesal Civil siguió este sistema en el proceso ordinario[194]. La reciente Reforma Laboral réplica este sistema y distinguen 2 fases: una preliminar y otra complementaria.

En ese sentido procedemos a analizar comparativamente la regulación de la audiencia preliminar en el NCPC, CPCA y RPL.

A. Nuevo Código Procesal Civil (NCPC)

Según el NCPC – Art.102.3 NCPC - tras la contestación de demanda o reconvención y no habiendo actos procesales que requieran resolución interlocutoria, en caso de ser necesario se convocará a las partes a la celebración de la audiencia preliminar. Nótese que dicha normativa reafirma el carácter de necesidad para la aplicación de la audiencia preliminar[195], con lo que podemos concluir que dicha audiencia es excepcional y sólo en caso de ser "necesario" se señalará la

[192] Regula la audiencia preliminar en el art.89 CPCA, mientras que el juicio oral y público en el art.99.

[193] En el NCPC los procesos monitorios de cobro y arrendamiento, mantienen la audiencia única (Art.103.3 y 110.4 NCPC).

[194] En el art.102.3 se establece la audiencia preliminar, mientras que en el art.102.5 NCPC se regula la audiencia complementaria.

[195] En el art.102.2 NCPC faculta al juez a prescindir de la audiencia, sea por la naturaleza o circunstancias del proceso, porque no existe prueba que practicar o por cualquier otra razón a criterio del tribunal. De igual manera, se puede establecer una única audiencia. Por su parte, el art.102.3 indica que se señalará audiencia preliminar cuando sea necesario.

misma. Por otra parte, en caso de celebrarse, esta audiencia la realizará uno de los jueces del tribunal del lugar donde esté radicado el proceso.

¿Cuándo no se señala momentáneamente a audiencia preliminar[196]?

- Cuando por la naturaleza o circunstancias del proceso, porque no existe prueba que practicar o por cualquier otra razón a criterio del tribunal, no se justifica el señalamiento para audiencia (art.102.2 NCPC)
- En los supuestos del artículo 39 NCPC[197].
- Cuando existen aspectos procesales que ameriten resolución interlocutoria.
- Existencia de actividad procesal defectuosa que no haya podido subsanarse o no se haya convalidado o cumplido su finalidad.
- Solicitud fundada de caducidad.
- Existencia de apelación (no suspende, pero si impide la continuación del proceso).
- Se deniegue el procedimiento elegido por la parte.
- Se ponga fin al proceso.
- Se decrete la suspensión o interrupción del proceso

[196] Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. ***Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil***. Tomo III. Editorial Faro. San José. 2017. Pág.257 y 258.

[197] *"Falta de contestación y allanamiento. La falta de contestación del demandado permitirá tener por acreditados los hechos, en cuanto no resulten contradichos por la prueba que conste en el expediente. (…) Si el demandado se allanara a lo pretendido en la demanda u omite contestarla, o la contesta extemporáneamente, se dictará sentencia anticipada sin más trámite, salvo si hubiera indicios de fraude procesal, si la cuestión planteada fuera de orden público, se tratara de derechos indisponibles o fuera indispensable recibir prueba para resolver, en cuyo caso se continuará con el procedimiento. Si el allanamiento fuera parcial se dictará sin más trámite sentencia anticipada sobre los extremos aceptados y podrá ser ejecutada de inmediato (…)".*

- Se pronuncien sobre la medida cautelar
- Se Rechace la representación de alguna de las partes
- Se declare con lugar excepciones procesales resueltas fuera de audiencia
- Se resuelva la acumulación/desacumulación de procesos
- Decidan sobre la intervención de sucesores procesales o terceros
- Resuelvan sobre desistimiento o transacción
- Decreten nulidad de actuaciones
- Resuelvan por el fondo un incidente, salvo que denieguen la nulidad

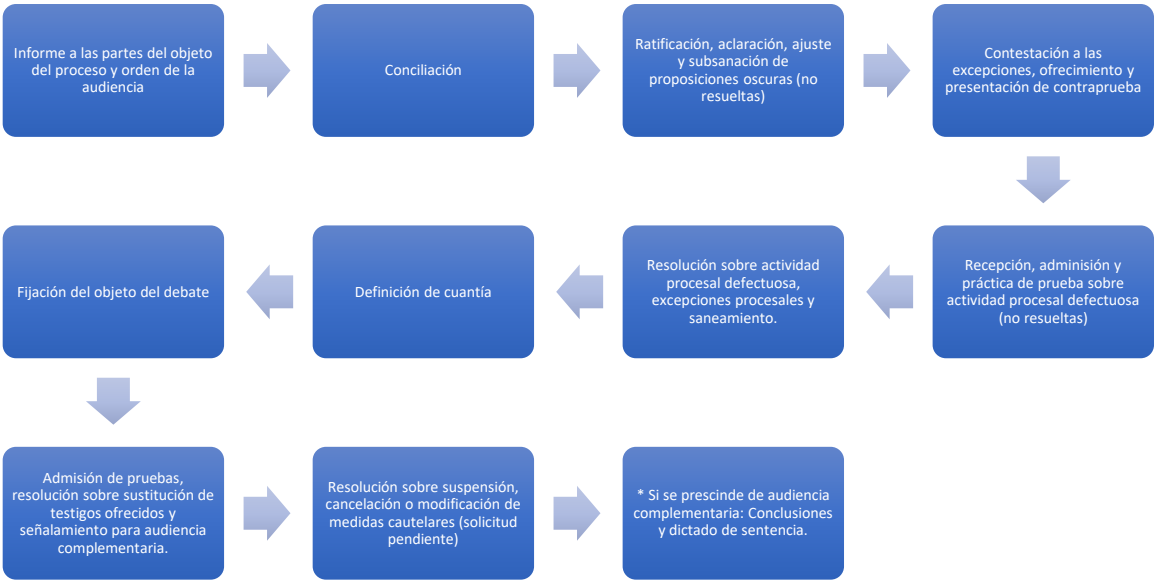
Asistencia a la audiencia preliminar[198]:

- Inasistencia del actor: desistida la demanda o reconvención y se le condenará en costas + daños y perjuicios causados, pero podrá continuarse el proceso sea por la naturaleza de lo debatido o porque una parte alegue interés legítimo.
- Inasistencia del demandado: dictado de sentencia inmediata, salvo que sea necesaria practicar la prueba del actor.
- Inasistencia de actor y demandado: desistimiento del proceso sin condenatoria alguna.

Fases y actos procesales de la audiencia preliminar:

El artículo 102.3 NCPC enumera los actos procesales a realizarse en dicha audiencia, los cuales tienen un carácter taxativo, por lo que deben cumplirse, so pena de nulidad de la audiencia.

[198] Ver art. 50.2.2 NCPC.



1) Sobre el objeto y orden del proceso:

El objeto del proceso -no de la audiencia-, refiere a lo que se pretende con el proceso, es decir, cual es el tema objeto de controversia, ¿qué es lo que se reclama?, para ello debe analizarse la pretensión y su causa, sean los hechos jurídicos que dan fundamento.

Esta innovación exige del juzgador una mayor preparación donde necesariamente debe leer y estudiar previamente el proceso, con lo que se evita el error de muchos jueces de creer que se debe llegar en un estado de virginidad o pureza al proceso. En definitiva, no se trata de una lectura de la demanda como muchas veces ocurre en la práctica judicial, sino de una deducción que realiza el juzgador tras haber analizado la demanda y contestación, lo que le permitirá tener una mejor comprensión del caso para efecto del desarrollo de los actos procesales siguientes y a su vez, a las partes les permite verificar que la misma es conforme con su tesis del caso.

Por su parte el orden en que se conocerán y realizarán los diferentes actos procesales según el art.103 NCPC. En principio podríamos considerar como innecesario ya que la propia norma establecer las etapas de la audiencia preliminar, sin embargo, nada obsta que en la práctica los jueces realicen un orden distinto del establecido - como efectivamente ocurre en muchas ocasiones – por lo que considero que no está demás definir claramente el orden a seguir.

2) Conciliación:

Algunas particularidad del NCPC son:

- La conciliación es una etapa dentro de la audiencia preliminar – igual como sucede en la RPL -. En contraposición con lo que ocurre en el CPCA donde la conciliación se tramita como una audiencia independiente y de previo a la audiencia preliminar.
- A diferencia del CPCA y la RPL donde la conciliación es, prioritariamente, llevada a cabo por un profesional distinto del juzgador que resuelve el caso.

3) Ratificación, aclaración, ajuste y subsanación de proposiciones oscuras, imprecisas u omisas.

Según los autores ARTAVIA y PICADO, por "proposiciones" debemos entender por lo relativo a los hechos y la pretensión[199]. Ahora bien, la posibilidad de ratificación, aclaración, ajuste y subsanación resulta aplicable únicamente en aquellos casos donde efectivamente las proposiciones tengan las características de obscuras, imprecisas u omisas y su aplicación debe ser observada con

[199] Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. ***Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil***. Tomo III. Editorial Faro. San José. 2017. Pág.279.

especial cautela y de forma absolutamente restrictiva, ya que a criterio de la autora puede constituir una violación del debido proceso, concretamente el derecho de defesa e igualdad de las partes, así como al principio de estrategia procesal y la preclusión. Inclusive, algunos actores consideran a esta faculta del juez de modificar los extremos de la demanda como un adelanto de criterio[200].

> *"La norma se refiere a una facultad concedida al juez – criterio del tribunal – cuando estime alguna situación oscura, imprecisa u omisa, necesaria para las partes o para el propio despacho. Supondría aspectos de tipo complementario, aclaratorio o interpretativo, referidos a extremos secundarios de sus pretensiones, sin alterar éstas ni su fundamento. Además del valladar descrito, referido a una facultad – ex officio -, en modo alguno podrían dar lugar las aclaraciones a una modificación sustancial a la causa de pedir, pues no sería lícito modificarla con presupuestos de hecho o derecho diferentes a los formulados ab initio en la demanda. La presentación de la demanda, una vez admitida – en estos casos cursada - produce, entre otros, el efecto de delimitar objetivamente la cuestión deducida en el juicio. La causa de pedir – o conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión – delimitada en el escrito de demanda – no puede ser alterada en el proceso por el demandante, a quien se prohíbe la "mutalio libeli – (modificación de la petición) para garantizar el principio de contradicción y el derecho de*

[200] Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. ***Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil***. Tomo III. Editorial Faro. San José. 2017. Pág.275.

defensa, cifrado en la posibilidad de alegar y probar los hechos relevantes aducidos"[201].

Una diferencia importante en cuanto a esta etapa refiere a que el CPCA fue mucho más abierto que el NCPC, donde además de prever la ratificación, aclaración, ajuste y subsanación, utiliza el verbo ampliar con mayor amplitud de modificación, incluso de las pretensiones. Lo cierto es que, en ambos casos, es después de trabada la litis que se puede dar la modificación de los extremos de la demanda, violenta el debido proceso y la lealtad procesal, inclusive contraviene el artículo 35.6 NCPC que señala que *"la demanda podrá ser modificada o ampliada en cuanto a las partes, hechos, pretensiones y pruebas antes de la contestación o de que haya vencido el plazo para contestar"*.

Finalmente debemos indicar como distinción que en el caso de CPCA se previó expresamente la posibilidad de las partes para ofrecer contraprueba e inclusive la de suspender la audiencia para equilibrar y tratar de garantizar el derecho de defensa de la contra parte, no obstante, esta previsión no fue considerada en el NCPC por lo que únicamente cabría dar audiencia a la contraparte pudiendo aceptar u oponerse a la aclaración o ajuste.

4) Contestación del actor/reconventor a las excepciones y contraprueba:

De forma correcta el NCPC establece en la misma audiencia preliminar la posibilidad de réplica del actor o reconventor para referirse a la oposición y excepciones procesales interpuestas por el demandado, así como ofrecer y presentar

[201] Tribunal Primero Civil. Sentencia 91-ZU de las 08:00 horas del 26/01/2017.

en ese acto la contraprueba que considere pertinente, buscando la dialéctica en el proceso concentrado, evitándose sucesivos escritos como ocurre en el modelo anterior a la reforma. Lamentablemente esta etapa no fue considerada en la RPL como analizaremos más adelante.

Esta réplica debe sustentarse en fundamentos fácticos (debida adecuación de la excepción en los hechos del caso), jurídicos (subsunción de los hechos en la fattispecie de la norma al caso concreto) y, finalmente, probatorios donde se acrediten los hechos alegados. En este punto, es posible ofrecer y presentar prueba para atacar las excepciones. Esto implica un gran trabajo del abogado litigante en preparar oportunamente su caso y estrategia procesal, ya que en ese acto deberá aportar la prueba documental pertinente y en el caso de declaraciones, deberá haber preparado su línea de interrogatorio, incluyendo el de la contraparte y en su caso, llevar al testigo para en la siguiente etapa y tras su admisión, se evacue su prueba, de lo contrario la misma será rechazada por extemporánea.

5) Recepción, admisión y práctica de la prueba: actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento.

En este espacio el juez resolverá la admisión de la prueba sobre la réplica a las excepciones, admitiendo las pruebas que sean pertinentes, útiles, admisibles, necesarias y conducentes[202], se procederá con su evacuación en el acto y se resolverán las mismas. Igual sucede con la actividad defectuosa no resueltas con anterioridad.

[202] Art.41.1 NCPC.

Es importante señalar que dicha prueba refiere a cuestiones procesales de saneamiento (excepciones procesales o nulidad por vicios) y en ese sentido de ser orientada.

6) Resolución sobre actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento.

En el supuesto de acogerse una excepción que haga imposible la continuación del proceso se suspenderá la audiencia. De lo contrario en caso de rechazo de dichas gestiones, aun cuando las partes impugnen –oralmente y en ese momento- esa resolución, la audiencia continuará en virtud de la apelación diferida[203].

7) Definición de la cuantía

Una de las innovaciones del NCPC es que elimina el incidente de objeción a la cuantía, por lo que la parte demandada deberá realizar su objeción, en caso de tenerla, en el mismo escrito de contestación de la demanda. En la audiencia preliminar, el actor contará con espacio para réplica y de inmediato el juez resolverá el punto.

Una crítica importante al orden de esta fase dentro de la audiencia preliminar, refiere al caso en que se declararse con lugar alguna de las excepciones dándose por terminado el proceso, siendo este un acto previo a la fijación de la cuantía, existe incertidumbre y un problema práctico sobre cómo deberán fijarse las costas que fueron controvertidas[204].

[203] Art.67.4 NCPC.

[204] Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. ***Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil***. Tomo III. Editorial Faro. San José. 2017. Pág.290 y 291.

8) Fijación del objeto del debate:

Es a partir de este punto donde se delimita el tema de discusión (tema decidendi) y los hechos que han de ser objeto de prueba (tema probandi). En esta fase de fija preliminarmente el punto medular de fondo sobre lo que se a debatir, probar y, finalmente, resolver. De ahí la importancia de esta fase que, lejos de ser un acto legal exigido, será el que definirá los actos subsiguientes del proceso, no solo para las alegaciones y recursos, sino también para la admisión, recepción e incluso valoración de las pruebas.

9) Admisión de pruebas:

Tal como se anticipó, la admisión de las pruebas dependerá necesariamente del objeto del debate que se haya fijado, permitiendo así el rechazo de pruebas que resulten impertinente, inidóneas, inútiles, ilícitas o excesivas para tales fines. Es por ello que deba tenerse claridad sobre el objeto de prueba que refiere precisamente a los hechos que resultan controvertidos, con interés e injerencia en el proceso. Debemos recordar que la finalidad de la actividad probatoria es lograr en el juez un estado de convencimiento sobre los hechos según la teoría del caso esbozada.

Sobre la admisibilidad de la prueba, debemos remitirnos al artículo 41.3 NCPC que en lo que interesa señala:

> *"Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. Se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción*

absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal."

Tras el análisis de las pruebas el juez emitirá la resolución admisión o rechazo de las mismas, contra el que únicamente cabe recurso de revocatoria[205], aunque sin perjuicio de un ulterior recurso de casación[206]. Otro aspecto a considerar refiere a la posibilidad del juez de proponer a las partes prueba o bien, ordenarlas de oficio[207], no obstante, este tema debe mirarse restrictivamente ya que tal facultad del juez no puede constituir una suplencia a la negligencia probatoria de una parte, de lo contrario, no solo se viola el principio de estrategia procesal de las partes, sino además, se pone en entredicho la propia parcialidad del juez así como la igualdad procesal que integran el debido proceso.

Sobre la sustitución de testigos[208], el NCPC finalmente regular de forma expresa este aspecto que tanto debate ha traído en la práctica y concluye:

- Sustitución de testigo ofrecido: se resolverá en la audiencia preliminar.
- Sustitución de testigo admitido: es excepcional. Se podrá solicitar y resolver hasta en la audiencia de práctica de prueba.

10) Resolución sobre suspensión, cancelación o modificación de medidas cautelares

En el caso de existir oposición a la adopción de medidas cautelares respecto de su suspensión, modificación o

[205] Art.66.2 NCPC.
[206] Art.69.2.1 NCPC.
[207] Art.41.3 NCPC.
[208] Ver el artículo 43.3 NCPC.

cancelación, cuando exista solicitud pendiente[209]. De lo resuelto al respecto en la audiencia, cabe recurso de apelación diferida en efecto devolutivo[210].

11) Otras actividades dentro de la audiencia preliminar.

Antes de que concluya la audiencia preliminar, la demanda podrá modificarse o ampliarse de común acuerdo, en cuanto a las partes, hechos, pretensiones o pruebas (Art.35.6 NCPC).

Finalmente, en cuanto al señalamiento para la audiencia complementaria debemos indicar que la misma será excepcional y únicamente aplica para procesos ordinarios de mayor cuantía. En ese sentido, el art.102.4 NCPC se prescindirá de la audiencia complementaria cuando:

- Por la naturaleza o circunstancias del proceso
- Porque no existe prueba que practicar
- Por cualquier otra razón que a criterio del juez no se justifica el señalamiento para dicha audiencia.
- Los supuestos del art.39 NCPC donde se dictará sentencia anticipada sin más trámite.
- Supuesto del artículo 40 NCPC.

B. <u>Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA)</u>

En el proceso contencioso administrativo, una vez contestada la demanda o la contrademanda, el juez dicta una resolución en la cual da traslado a la parte actora por 3 días para que se refiera a esta y ofrezca contraprueba, asimismo,

[209] Lo anterior debe ser analizado en concordancia con los artículos 94, 95 y 96 NCPC.

[210] Art.65.4, 67.3.4 y 67.4 NCPC.

señala hora y fecha para celebrar la audiencia de conciliación. El CPCA excluyó la fase de conciliación de la audiencia preliminar como una etapa independiente y previa, tramitada por un juez distinto del que tramita y del que resuelve el caso, sea un juez conciliador. No obstante, en caso de que las partes manifiesten con antelación y por escrito, la renuncia a la audiencia de conciliación, se procederá con el señalamiento de la audiencia preliminar[211].

1) Fases de la audiencia preliminar:

2) Sobre la aclaración y ajuste de los extremos:

Según el jurista Jinesta esta fase puede comprender el ajuste de cualquiera los extremos, es decir, hechos, fundamento de derecho, objeto o pretensión.[212] A pesar de que el artículo

[211] Art. 70 CPCA.

[212] Jinesta Lobo, Ernesto. ***La oralidad en el proceso contencioso-administrativo (Costa Rica).*** **Pág.16.**

90.1.b) CPCA habla únicamente de aclaración y ajuste, el artículo 95.1 CPCA[213] agrega además ampliación y adaptación de dichos extremos cuando se refieran a hechos nuevos o rectificaciones, con lo que sin duda alguna se ve atenuado el principio dispositivo, sin perjuicio de las demás criticas indicas supra sobre estas facultades en cuanto al NCPC. De igual manera en este supuesto, el juez dará la posibilidad a las partes de ofrecer los medios de prueba necesarios y la audiencia puede excepcionalmente suspenderse por un máximo de 5 días hábiles para realizar el ajuste, aclaración, ampliación o adaptación de las pretensiones o fundamentos (Art.90.2 y 95.2 CPCA).

No obstante dichas facultad dada por el legislador, la jurisprudencia ha señalado que: *"Si bien el CPCA le otorga tanto al juez tramitador como al de juicio amplias facultades en torno a la aclaración de las pretensiones, el alcance de estas se encuentra subordinado a una función aclaratoria, y no de innovación".*[214] Asimismo ha indicado:

> *"Se considera pertinente hacer esta reflexión a la luz de lo dispuesto en los artículos del Código Procesal Contencioso Administrativo relacionados arriba, toda vez que como se advirtió líneas atrás, los accionantes introdujeron elementos novedosos en la causa de pedir, tanto como en el fundamento de la demanda al instante de esgrimir sus alegatos de conclusiones, cuando el momento para ello se*

http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/ORALIDAD%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVO%20(COSTA%20RICA).PDF

[213] Concordar con los artículos 46 y 68 CPCA.

[214] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 200-F-S1-2012 de las 09:40 horas del 16/02/2012.

encontraba a todas luces precluido, (ver artículos 46, 55 y 68, relacionados con una adecuada lectura sistemática del 90 y 95, todos del Código Procesal Contencioso Administrativo). El accionante tiene la oportunidad, pero también la obligación de expresar entre otros aspectos formales del escrito de demanda, los hechos (causa de pedir) y el fundamento de la misma al momento de presentarla. Esos aspectos en concurso con lo que se pretende en juicio, constituyen el eje lógico de la acción y por tanto, toda capacidad de reacción de la contraparte en el ejercicio de su defensa habría de girar en torno a ese eje. Por otra parte, suponen las reglas del debido proceso que frente a los alegatos de quien demanda, el demandado tenga no solo la oportunidad de ejercer su defensa, sino además un plazo para prepararla, por lo que tomarle por sorpresa, con una causa de pedir o fundamento de la demanda diverso de aquel, que sí tuvo oportunidad de conocer y rebatir, importa de entrada un grave estado de indefensión. De este modo, se insiste en que con alguna falta de rigor en técnica jurídica procesal, durante la audiencia preliminar y una vez que conforme lo ordenado por el juez Tramitador los actores se encontraron esbozando oralmente sus conclusiones, introdujeron una causa de pedir y fundamentación diversa a la planteada en la demanda, al haber afirmado que la nulidad del reglamento que erigieron como pretensión principal, habría también de prosperar debido a que en su criterio, los importes o tasas dispuestas por la vía del reglamento cuestionado resultan irracionales, tanto como desproporcionadas; que fueron establecidas sin haberse contado con estudios técnicos que les diesen fundamento y justificación, así como que en su criterio, la naturaleza de

esa fijación de montos, corresponde con la constitución o creación de impuestos -por lo que se trata de materia tributaria- y que por ello su implementación viola el principio de reserva de ley que en ese tanto priva. Se advierte de lo así actuado, una maniobra procesal que no puede encontrar amparo por parte de la Autoridad Judicial, principalmente en observancia de los principios procesales de preclusión equilibrio procesal y debido proceso, por lo que no serán ponderados estos hechos ni argumentos de derecho expresados únicamente en la fase de expresión de alegatos de conclusiones, que en su oportunidad no fueron esgrimidos por quienes accionan y sobre los que a las partes contrarias por esa razón, nunca han tenido la oportunidad para ejercer su defensa. De otra parte, nótese que ni la parte invocó, ni el juez de trámite aplicó en forma alguna la disposición comprendida en el artículo 95, que de todas maneras habría impuesto que fuese razonada y justificada su implementación, en aras de no patrocinar un uso abusivo o antisocial del derecho (artículos 21 y 22 del Código Civil)."[215]

3) Sobre la intervención de coadyuvancia

En el caso de existir coadyuvancias, se puede realizar la oposición en la audiencia preliminar y será resuelta en la misma audiencia[216].

[215] Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sétima. Sentencia 76-2013 de las 14:45 horas del 07/11/2013.

[216] Art.13.3 CPCA.

4) Sobre las defensas previas[217]

El juez tramitador conocerá y resolverá las defensas previas o que provocan la terminación anticipada del proceso. La resolución de las defensas previas opuestas en la contestación de demanda o contrademanda será en la audiencia preliminar. No obstante, en el caso de las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción o caducidad:

- Si se oponen antes de concluida la audiencia preliminar, serán resueltas interlocutoriamente.
- Si se oponen después de la audiencia preliminar, serán resueltas en sentencia.

5) Sobre determinación de hechos controvertidos

Este tema es vital ya que permite definir cuál es el objeto del proceso y cuáles serán los medios de pruebas que guardan relación directa con ello y sobre la que dependerá su admisión.

6) Sobre la admisión de elementos probatorios

En la audiencia preliminar se resolverá de la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes y se señalará la fecha para su diligenciamiento. Serán rechazadas aquellos medios de prueba que sean evidentemente impertinentes o inconducentes. Asimismo, debe analizarse esta etapa con el artículo 82 y 93 del CPCA,

Por su parte, sobre la presentación extemporánea de documentos, derivados de hechos ocurridos posterior a los escritos de demanda y contestación, los que no haya sido posible aportar con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada y los que, no siendo

[217] Ver el art.66 y 67 CPCA.

fundamento de la demanda, sirvan para combatir excepciones del demandado o constituyan una prueba complementaria se resolverá en sentencia su admisibilidad[218].

7) Señalamiento a juicio oral y público o conclusiones según sea el caso

Una vez concluidas las etapas indicadas en el artículo 90 CPCA, se señalará inmediatamente a las partes para el juicio oral y público. Si el asunto es de puro derecho o no existe prueba que evacuar, las partes deberán rendir conclusiones con lo que se da por terminada dicha audiencia preliminar y se remite el expediente al Tribunal para el dictado de sentencia (art.98 CPCA).

8) Otros aspectos relacionados con la audiencia preliminar:

En los casos de desistimiento, allanamiento o satisfacción extraprocesal de la pretensión[219] en relación con la condena de costas debemos distinguir:

- Si el desistimiento, allanamiento o satisfacción extraprocesal se da antes o durante la audiencia preliminar no genera condenatoria en costas.
- Si es posterior a la realización de la audiencia preliminar: si la parte lo reclama dentro de los 3 días hábiles del auto de terminación del proceso, se impondrá por adición el pago de costas.

[218] Art.50 CPCA.

[219] Art.197 CPCA.

9) <u>Supuestos de suspensión de la audiencia:</u>

- Opuesta las defensas previas de (i) falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando proceda, (ii) que haya sido interpuesta por persona incapaz o no este debidamente representada, (iii) el escrito de la demanda tenga defectos no subsanados oportunamente, que impidan verter pronunciamiento sobre el fondo, el juez concederá 5 días hábiles para corrección, so pena de inadmisibilidad de la demanda y de la corrección, se dará audiencia por 3 días a la demandada. Cumplido se resolverá sobre la continuación o no del proceso[220].
- Cuando se acojan las defensas previas cosa juzgada, litis pendencia, prescripción o caducidad del derecho, cuando sean evidentes y manifiestas, transacción o que la pretensión se deduzca contra alguno de los actos no susceptibles de impugnación, se suspenderá por la interposición de la casación[221].

El modelo instaurado en el CPCA no ha escapado de algunas críticas y problemas prácticos. Una importante refiere a las contradicciones referentes a la admisión de prueba de la audiencia preliminar y la audiencia de juicio, ya que en muchos casos dentro de la audiencia de juicio se admite prueba que fue rechaza en la audiencia preliminar. Asimismo, se ha criticado la regla de que las manifestaciones y resoluciones de la audiencia preliminar, no prejuzga ni podrán constituir motivo de impedimento, excusa o recusación, esto último por cuanto un juez tramitador puede llegar a integrar el tribunal de juicio[222].

[220] Art.92 incisos 1,2,3,4 y 5 CPCA.

[221] Art.92.6 CPCA.

[222] Art.96 CPCA.

C. Reforma Procesal Laboral (RPL)

Con la reforma procesal laboral del 2017 se introduce un cambio estructural en esta materia con la incorporación de un sistema por audiencias. La regla general refiere al señalamiento de una audiencia oral en el proceso ordinario, la cual cuenta con 2 fases[223]: preliminar y complementaria, esta primera regulada en el artículo 517. Por su parte y como excepción, en los casos de evidente complejidad[224] se podrán realizar 2 audiencias independientes, una preliminar y otra audiencia complementaria.

- Procesos de audiencia única con 2 fases:
  Se dictará una resolución poniéndose en conocimiento de la parte contraria la contestación de la demanda o reconvención, se pronunciará sobre la admisibilidad[225] de las pruebas a evacuarse en la audiencia, se fijarán los honorarios de peritos no oficiales y se señalará fecha y para la audiencia. (aplicación del artículo 513).
- Procesos de 2 audiencias:
  En la misma resolución de señalamiento para la audiencia preliminar se pronunciará sobre la admisibilidad[226] únicamente de las pruebas a evacuarse

[223] Art.512 RPL.

[224] Según la Circular No.140-2017 referente a las "Reglas prácticas sobre la Reforma Procesal Laboral", sección III "Normas prácticas para la realización de las audiencias orales", en su apartado h) "Reglas especiales para el desarrollo de la audiencia oral en asuntos de evidente complejidad", para determinar la complejidad se considerará: (i) naturaleza de las pretensiones, (ii) cantidad de intervinientes, (iii) abundancia de prueba útil y necesaria, (iv) cantidad y naturaleza de las excepciones opuestas, (v) cualquier otra causa objetiva y razonable que lo amerite.

[225] Al respecto, ver artículo 480 RPL.

[226] Al respecto, ver artículo 480 RPL.

en esa audiencia. Al concluirse la audiencia preliminar el juez se pronunciará sobre las pruebas de fondo, se fijarán los honorarios de los peritos no oficiales, se dará traslado sumarísimo sobre las pruebas allegadas al proceso, el juez podrá ordenar la prueba para mejor proveer y se señalará fecha para la audiencia complementaria (aplicación de los artículo 521 y 522 RPL).

Momento para señalar la audiencia preliminar:

Contestada la demanda o la reconvención en caso existir, sin que exista ninguna cuestión que requiera resolución previa, se convocará a las partes a la celebración de la audiencia preliminar. En ese sentido, la norma no concreta cuales son las cuestiones de previa resolución necesarias antes del señalamiento de la audiencia preliminar, sin embargo, podemos mencionar como ejemplos, la excepción de incompetencia deberá ser resuelta antes de la etapa de audiencias[227], casos de litisconsorcio necesario e improcedencia de la vía.

Inasistencia a la audiencia preliminar:

La audiencia se va a celebrar con la asistencia de al menos 1 de las partes con su abogado en todas sus etapas posibles. Si falta demandada o reconvenida, se tendrá desistidas las excepciones o cuestiones formales, pero si verdad sobre defectos que impidan resolver el fondo, el juzgado dispondrá de oficio la corrección o integración necesarias[228].

Si faltan ambas partes tanto a ambas fases de la audiencia, el juez resolverá con los elementos probatorios que

[227] Ver artículos 503, 438 y 440 RPL.

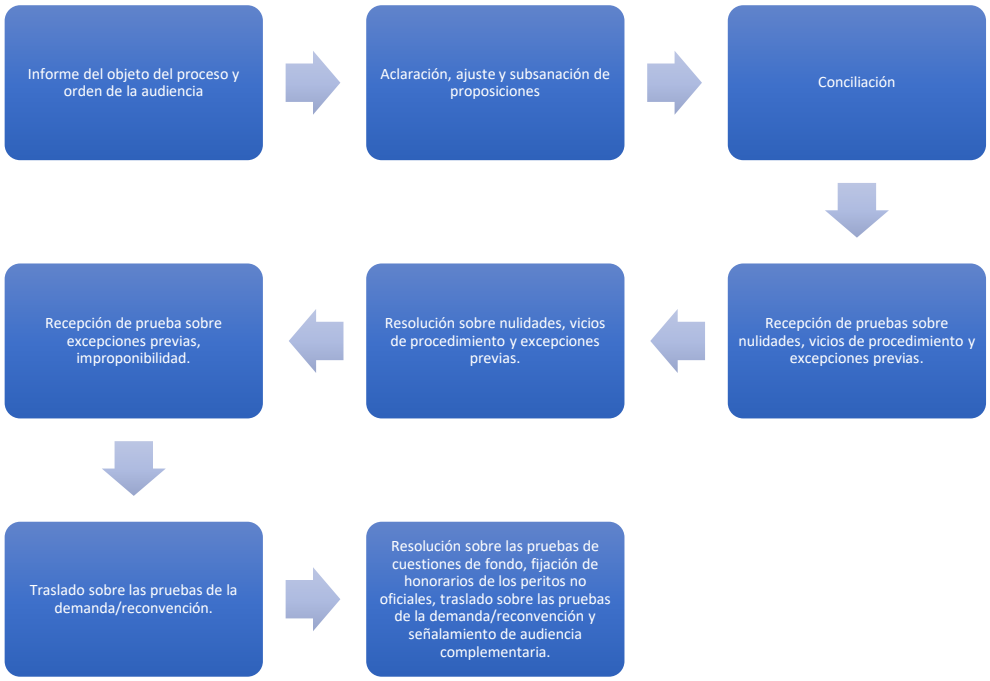
[228] Art.527 RPL.

consten en autos, las reglas de las cargas probatorias y reglas de valoración aplicables a esta materia, pudiendo en todo caso, ordenar pruebas complementarias y de mejor proveer que considere indispensables[229].

Sobre otras cuestiones a resolver: Cuantía.

En caso de que exista oposición a la cuantía del proceso, el juzgador al momento de señalar para la audiencia o, en su caso, en la audiencia preliminar resolverá la cuantía[230].

Fases de la audiencia preliminar



1) Informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver.

[229] Art.528 RPL.

[230] Circular No.140-2017 "Reglas prácticas sobre la Reforma Procesal Laboral" del 07 de septiembre de 2017, Sección II. Reglas sobre la determinación de la cuantía y la complejidad del caso.

Se definirá el objeto del proceso con las implicaciones en la teoría del caso que hemos analizado anteriormente. Asimismo, se deberá establecer el programa de la audiencia definiéndose el orden en el cual se van a realizar los diferentes actos procesales establecidos por el legislador y con carácter taxativo e imprescindibles cuando se den los supuestos de su aplicación – ver comentarios de esta etapa en el NCPC -.

2) **Aclaración, ajuste y subsanación de las proposiciones oscuras, imprecisas u omisas respecto de derechos irrenunciables, tanto en extremos principales o accesorios, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo.**

Este inciso se encuentra cargado de gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados. Según el autor Artavia Barrantes, por proposiciones debe entenderse hechos y pretensiones, tesis sostenida también por el profesor Olaso[231]. En ese sentido, la aclaración por hechos o pretensiones oscuras, imprecisas u omisivas procede, al igual que ocurre en el NCPC (Art.102.3.3) y CPCA (90.1.b)), ante un error material o contradicción siempre y cuando no se altere con su corrección la *causa petendi* u objeto de controversia ni se introduzca una innovación[232]. No obstante, se reiteran las críticas que se han realizado sobre la posibilidad de ajustar y subsanar las proposiciones por considerar podrían llegar a

[231] Olaso Álvarez, Jorge. El proceso de audiencias previsto en la reforma laboral. https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N14/contenido/pdfs/02-procesoaudiencias.pdf

[232] Artavia Barrantes, Sergio. Las audiencias preliminar y complementaria en los procesos ordinarios laborales. Citado en el libro de Memorias VII Congreso de Derecho Procesal Reforma Procesal Laboral. Editorial Jurídica Faro. San José. 2017. Pág.160.

violentar los derechos al debido proceso, preclusión e igualdad entre las partes.

Ahora bien, en materia laboral la pretensión se encuentra limitada por los derechos irrenunciables. En ese sentido, el legislador dispuso como supuesto de demanda defectuosa la omisión de extremos irrenunciables, para lo cual ordenará su incorporación – art.496 RPL-. Asimismo, se estableció que los jueces deberán ajustar en sentencia los montos referentes a estos derechos a los parámetros legales que correspondan con independencia de la pretensión misma, pudiendo inclusive sobrepasarlos – Art.432 RPL -. En razón de lo anterior, por norma expresa la aclaración, ajuste y subsanación de proposiciones debe ser para los extremos referentes a derechos irrenunciables.

Finalmente, debemos mencionar que la contestación de la demanda y reconvención deberá exponer con claridad si se rechazan los hechos o si se admiten con variantes o rectificaciones, de lo contrario, se le tendrá por allanada en cuanto a esos hechos no contestados o imprecisos, salvo que en el expediente existan elementos probatorios que los desvirtúen[233]. En ese sentido, tratándose de una contestación que no se ajuste a lo señalado, debe mirarse con cautela la actuación del juzgador sobre la solicitud de aclarar, ajustar o subsanar tales aspectos limitándose únicamente a los referidos a derechos irrenunciables a fin de no dejar sin aplicación la sanción procesal indicada y afectar la teoría del caso que pueda tener el actor o reconventor al respecto.

3) Intento de conciliación.

[233] Art.497 y 498 RPL.

La reforma procesal laboral busca fomentar la conciliación como forma de resolución alterna de conflictos, incentivando la utilización prioritaria de estas figuras, respetando los derechos irrenunciables de los trabajadores e incluso con la previsión expresa de conciliación aun en el caso de que una de las partes refiere a la Administración Pública[234].

En ese sentido, una de las más importantes novedades introducidas por la RPL refiere a que procura que la fase de conciliación dentro de la audiencia preliminar sea dirigida por una persona distinta de quien decidirá el caso y preferentemente será llevada a cabo por un conciliador judicial, si existiera en el juzgado y si estuviera disponible, quien asumirá y dirigirá la audiencia para esa única actividad. De no haberlo la llevará a cabo otro juez del despacho o por quien esté juzgando el caso. Con esta innovación, se busca proteger el principio de imparcialidad que puede verse afectado en caso de no darse la conciliación y pasarse a fase complementaria.

No obstante lo anterior, debemos criticar el orden que se dispuso para la audiencia preliminar ya que además de resultar omisivo en ciertos actos procesales importantes, la estructura dispuesta resulta ilógica e implicará la devolución de fases ya concluidas, violentando así el principio de preclusión. Concretamente en este punto debemos indicar que el disponerse la aclaración, ajuste y subsanación de proposiciones antes de la conciliación, tornaría absolutamente estéril toda su discusión en caso de que las partes lleguen a una conciliación y se ponga fin al proceso, sea de forma parcial o total, ya que aun en el primer supuesto

[234] Al respecto ver artículo 456, 457 y 458 RPL.

puede darse que se concilien los extremos precisamente que el juzgador consideró oscuros o ambiguos, implicando un uso de recursos innecesarios y resultar contrario al principio de celeridad procesal.

4) **Recepción de prueba sobre: nulidades no resueltas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones previas no resueltas con anterioridad**.

Sobre el tema de las nulidades procesales, actividad procesal defectuosa y en general saneamiento, deberá remitirse a los artículos 471 y 472 RPL. En ese sentido, las nulidades que surjan en la audiencia se deberán tramitar como incidentes orales[235] del cual se debe dar audiencia a la parte contraria e inmediata resolución.

Por su parte, en cuanto a las excepciones mal denominadas "previas"[236] enunciadas en este inciso, debemos remitirnos al artículo 503 RPL y dispone:

- Compromiso arbitral.
- Falta de capacidad de la parte, inexistencia o insuficiencia de la representación.
- Existencia de defectos en el escrito de demanda o contrademanda que impiden verter pronunciamiento válido sobre el fondo.
- Indebida acumulación de pretensiones.

[235] Contemplados en el artículo 114.1 NCPC.

[236] Sobre las excepciones, en el derecho procesal moderno ha quedado superado la distinción de excepciones previas, sino que por el contrario se ha optado por la denominación de excepciones procesales, toda vez que ya no requiere una presentación de previo a la contestación de la demanda.

- Indebida integración de la litis.
- Litispendencia.
- Improcedencia del proceso elegido.
- Falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando la parte hubiera optado por ese trámite.[237]

La RPL establece un sistema dual de resolución de cuestiones procesales, ya que algunas excepciones previas se resuelven antes a la audiencia como es la falta de competencia[238] y las restantes en las que no deba recibirse prueba de declaración, de lo contrario deberá ser resueltas en la audiencia preliminar, tal como ocurre en el NCPC. No obstante lo anterior, el artículo 517 establece que en los casos donde la prueba de la excepción previa está ligada con el fondo del asunto, la resolución se reservará para la sentencia final.

Debemos indicar que en relación con la admisibilidad de dicha prueba, se realiza desde la resolución que señala a la audiencia preliminar, aunque no se da formalmente audiencia a las partes de la misma y a diferencia del NCPC que el rechazo de la prueba no tiene apelación, en la materia laboral sí tiene dicho recurso.

El artículo 513 RPL expresamente indica que en dicha resolución de apertura a audiencia se pondrá en conocimiento de la contraparte la contestación y/o reconvención, no obstante, como se evidencia en las etapas de la audiencia preliminar, la normativa es omisa sobre cuando se dará

[237] Art. 460 RPL.

[238] La normativa define además como excepción previa la falta de competencia, no obstante, tal como se indicó supra, esta excepción requiere previa resolución al señalamiento de la audiencia preliminar.

audiencia al actor o reconventor tanto de las excepciones procesales interpuestas, nulidades interpuestas y, en general, vicios procesales. Asimismo, tampoco indica la oportunidad de ofrecer y presentar contraprueba de las anteriores, como si lo hace el artículo 102.3.4 del NCPC. En ese sentido, se observa deberá interpretarse que con la audiencia de la contestación/reconvención, la parte deberá presentar por escrito su réplica, así como ofrecer y aportar en su caso la contra prueba pertinente.

Finalmente, tal como anticipamos supra, la inasistencia de la parte demandada o reconvenida a la audiencia o fase preliminar, tendrá la consecuencia jurídica de tener por desistidas las excepciones o cuestiones previas, salvo que versen sobre defectos que impidan resolver el fondo – Art.527 párrafo 2 RPL-.

5) Discusión y resolución sobre nulidades no resueltas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones previas no resueltas con anterioridad.

En mi criterio este inciso pone en evidencia una incorrecta técnica jurídica por cuanto en realizar corresponde a la una sola etapa con la establecida en el inciso 4 anterior, haciéndose una separación innecesaria y que se presta para confusiones.

La resolución que acoge una excepción previa en audiencia tiene recurso de apelación (art.583.1 y 583.2 RPL). Solo si se acoge una excepción procesal que torne imposible la continuación del proceso, se suspenderá.

Si se acoge temas de nulidades, vicios en el procedimiento o actividad procesal defectuosa, se ordenará la

subsanación en el mismo acto o, de ser necesario, se dará un plazo prudencial. Si no se cumplen se declarará inadmisible la demanda/contrademanda y procederá su archivo.

Contra el rechazo de nulidades, vicios en el procedimiento, actividad procesal defectuosa o excepciones previas cabe apelación diferida por lo que deberá alegarlo y expresar agravios en al impugnar la sentencia definitiva[239].

6) Recepción de las pruebas sobre excepciones previas o cuestiones de improponibilidad reservadas y sentencia anticipada, admitidas al convocarse la audiencia. Si las mismas probanzas están ligadas, además de la cuestión que se puede resolver de forma anticipada, con el fondo del asunto, la resolución del punto se reservará para la sentencia final.

La lectura de los incisos 4), 5) y 6) es bastante imprecisa en cuanto al tema de las excepciones "previas" concretamente, presentándose como un claro error al reiterar dicha actuación. En ese sentido, deberá hacerse caso omiso a lo relativo como excepciones previas, ya que tal como fue analizado es en el inciso 4 y 5 anterior cuando se conocen y resuelven las mismas.

Esta etapa resulta aplicable para cuando tratándose de supuestos de sentencia anticipada, sea necesario evacuar pruebas, con lo que la resolución se postergará para la etapa de la audiencia (Artículo 510 RPL).

La sentencia anticipada procede cuando:

[239] Art.582, 584 y 585 RPL.

- Si la parte demandada se allanara a las pretensiones del actor, no contestara oportunamente la demanda o no hubiera respondido todos los hechos de la demanda (según artículo 498 RPL), siempre que no se hayan opuesto excepciones que, con independencia de la contestación, requieran ser debatidas en audiencia (Art.506 RPL).
- Casos de demanda improponible (Art.508 RPL):
  i. Excepción de cosa juzgada, de modo que el nuevo proceso sea reiteración del anterior.
  ii. Excepción de transacción.
  iii. Cuando haya evidencia de demanda simulada o el fin perseguido en el proceso sea ilícito o prohibido.
- La prescripción y la caducidad de los derechos pretendidos en juicio (Art.509 RPL).

7) Traslado sumarísimo sobre las pruebas de fondo y orden de pruebas complementarias o para mejor proveer sobre los hechos introducidos legalmente a debate en el proceso.

Este inciso debe leerse a la luz de los artículos 513, 522[240] y 523 de la RPL. Al respecto, debe distinguirse entre los

[240] El artículo 522 RPL señala*: "Al concluirse la audiencia preliminar se emitirá pronunciamiento sobre las pruebas ofrecidas por las partes, respecto de las cuestiones de fondo debatidas; se fijarán los honorarios de los peritos no oficiales; se dará traslado sumarísimo sobre las pruebas allegadas al expediente que se hubieran dispuesto al cursarse la demanda o reconvención y, en su caso, se ordenarán las pruebas que el tribunal juzgue indispensables como complementarias o para mejor proveer, a indicación de las partes o por propia iniciativa, siempre y cuando versen sobre los hechos introducidos legalmente a debate en el proceso, y se hará señalamiento de la hora y fecha*

procesos de audiencia única con 2 fases y los procesos evidentemente complejos los cuales se tramitarán en 2 audiencias.

En el primer caso, desde la resolución donde se señaló a audiencia se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas a evacuarse en la audiencia y se fijaron los honorarios de peritos no oficiales. En ese sentido, la última etapa dentro de la audiencia preliminar refiere al traslado sumarísimo de las partes sobre las pruebas allegadas al expediente y la posibilidad del tribunal para ordenar prueba para mejor proveer sobre los hechos introducidos legalmente a debate en el proceso.

En el caso de procesos evidentemente complejos con 2 audiencias, previo a la conclusión de la audiencia preliminar se dará traslado sumarísimo sobre las pruebas allegadas al proceso, el juez se pronunciará sobre la admisibilidad de la prueba para la audiencia complementaria, se fijarán los honorarios de los peritos no oficiales, el juez podrá ordenar la prueba para mejor proveer y se señalará fecha para la audiencia complementaria.[241]

No obstante lo anterior, en atención a las fases propias establecidas por la fase complementaria, a pesar de que el artículo 522 habla de que todas esas actuaciones se realizarán al concluirse la audiencia preliminar, las mismas se deben realizar dentro de la fase preliminar como su última etapa, antes de iniciar la complementaria.

para la audiencia complementaria o de juicio, cuando así se requiera, la cual necesariamente deberá llevarse a cabo dentro del mes siguiente".

[241] Artículo 521 y 522 RPL.

En esta fase no puede aportarse ni ofrecerse prueba distinta de la indicada en los escritos de demanda, contestación, reconvención y réplica, en atención al principio de preclusión procesal – art.421 RPL-, de manera que, si la parte omitió dicha carga en estos estadios, no podrá ser suplida su negligencia en esta fase. De esta forma el juez deberá proceder a declarar la admisibilidad o rechazo de la prueba ofrecida en los momentos procesales oportunos por la normativa.

IV. AMALGAMA ENTRE LA TEORÍA DEL CASO Y LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Sin duda alguna, la audiencia preliminar es el primer acto procesal en el que las partes se encuentran en una verdadera inmediación con el juez por lo que es una excelente oportunidad para proyectar y poner en prácticas las tácticas diseñadas en la estrategia procesal según nuestra teoría del caso.

Con esa finalidad, el abogado debe desarrollar habilidades de oralidad y argumentación que le permitan exponer su caso de la forma más eficiente, concisa, sin perder la atención del juez y que le permita obtener un resultado favorable. Para ello, resulta indispensable tanto un adecuado lenguaje verbal como no verbal, así como un dominio y conocimiento pleno del caso concreto y previsión de los posibles ataques de su contraparte.

La conciliación debe ser considerada en nuestro diseño de la teoría del caso, ya no solo relacionada con una perspectiva de probabilidades de éxito, sino porque realmente puede permitir a las partes diseñar por sí mismas

la forma que mejor les permita resolver la controversia, con las ventajas asociadas de ahorro de tiempo y recursos económicos.

En caso de que la conciliación no de frutos, el diseño oportuno y planificado de nuestro caso nos permitirá y facilitará las labores propias a desarrollar en la audiencia preliminar. En ese sentido, el abogado litigante es el principal protagonista a fin de abocar el desarrollo del proceso en los hechos verdaderamente controvertidos, así como para excluir pruebas innecesarias.

Asimismo, la teoría del caso facilita la posibilidad de preparar los interrogatorios, contrainterrogatorios y objeciones necesarias según el análisis previo que realizamos, así como vigilar el adecuado desahogo, permitiendo llevar el pulso real y exacto del proceso. De ahí la importancia de que el litigante sea hábil al establecer el esquema de objeciones e impugnaciones dentro de la audiencia, sin incurrir en excesos de intervenciones innecesarias e inútiles en la audiencia, que afecta la continuidad e indisponen al juzgador.

La definición del objeto del debate definirá el tema objeto de controversia, es decir, se delimita el tema de discusión (tema *decidendi)* y los hechos que han de ser objeto de prueba (tema *probandi*). Para ello debe analizarse la pretensión y su causa (los hechos jurídicos que dan fundamento). De ahí la importancia de una teoría del caso debidamente expuesta, sencilla y fácil de comprender ya que como vimos tiene incidencia en el resto de actos procesales.

Tal como se anticipó, la admisión de las pruebas dependerá necesariamente del objeto del debate que se haya

fijado, permitiendo así el rechazo de pruebas que resulten impertinente, inútiles o innecesarias para tales fines. Es por ello que deba tenerse claridad sobre el objeto de prueba (hechos controvertidos), así como las pretensiones ya que ellas serán las que determinan el ámbito posible de actividad probatoria.

En la réplica de las nulidades, actividad procesal defectuosa, vicios procesales y excepciones procesales, es importante la valoración debida según nuestra teoría y el diseño estratégico elegido ya que de ellos dependerá nuestra actitud y nivel de participación en tales etapas, sin incurrir en una renuncia al derecho de objeción que luego nos impida acudir a la vía recursiva claro está, o una intervención excesiva de impugnaciones que no van a tener impacto alguno en el éxito del caso.

La réplica debe sustentarse en fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios. Nuevamente, ello exige claridad de la teoría del caso y una estrategia bien definida, lo que implica un gran trabajo del abogado litigante en preparar oportunamente su caso y estrategia procesal, ya que en ese acto deberá aportar la prueba documental pertinente y en el caso de declaraciones, deberá haber preparado su línea de interrogatorio así como prever la presentación del testigo en su caso de que sea admitido en el acto y se deba evacue su prueba. Estas pautas deben encontrarse debidamente sustentadas en su cálculo probático a efectos de verificar la pertinencia o no de ofrecer prueba y sobre que línea trabajará la misma, así como el nivel de exposición que ello puede implicar según el desarrollo mismo de la audiencia, pudiendo

representar un golpe efectivo a causa del factor sorpresa y una mala preparación de la contraparte.

V. CONCLUSIONES

Tal como observamos, en el derecho procesal moderno no basta limitarnos únicamente los supuestos clásicos de la teoría del caso (jurídico, probatorio y fáctico), sino que también deben analizarse el comportamiento de los otros agentes en el proceso (contraparte y juez), ya que como lo ha expuesto la teoría de juegos - también aplicable al proceso judicial – nuestro comportamiento se configura y determina en cierto grado según las decisiones y comportamiento de los otros agentes intervinientes y factores en juego. En ese sentido, como abogados litigantes adoptamos, consciente o inconscientemente, un comportamiento estratégico teniendo en cuenta la influencia de las decisiones propias y de la contraparte.

En la audiencia preliminar, permite a las partes desarrollar con mayor nivel de inmediación la teoría del caso a la luz de los diseños procesales en materia laboral, civil y contenciosa-administrativa por lo que analizamos algunos aspectos relevantes.

- En cuanto a la conciliación:
- El CPCA excluye de la audiencia preliminar la conciliación, en su lugar corresponde a una audiencia independiente, a diferencia del NCPC y RPL que si la incluye.

- El CPCA y RPL buscan la independencia del conciliador y el juez de fondo a diferencia del NCPC donde lo desarrolla el mismo juez de toda la audiencia preliminar.
- Sobre la aclaración, ajuste y subsanación de proposiciones en caso de que las mismas sean consideradas oscuras, ambiguas e imprecisas, el NCPC además de los anteriores agregar el verbo ratificar, lo cual es innecesario. Mientras que en el CPCA es mucho más extensa al agregar los verbos ampliar y adaptar las proposiciones.
- Una innovación del NCPC es que regula la sustitución de testigos.
- Sobre la contraprueba de excepciones previas, el NCPC contempla expresamente una etapa para conocer de la réplica a la contestación de la demanda y ofrecer contraprueba contra las excepciones, a diferencia de la RPL dicha réplica deberá realizarse por escrito y de previo a la celebración de la audiencia preliminar.
- Sobre la admisibilidad de la prueba, en el NCPC y el CPCA se realiza en la propia audiencia preliminar, mientras la RPL la admisión se hace en la resolución donde se hace el señalamiento para la audiencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Código Procesal Civil, Ley 9342.
- Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 8508.
- Reforma Procesal Laboral, Ley 9343.
- Circular No.140-2017 “Reglas prácticas sobre la Reforma Procesal Laboral” del 07 de septiembre de 2017.

- Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. ***Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil***. Tomo III. Editorial Faro. San José. 2017.
- Artavia Barrantes, Sergio. Las audiencias preliminar y complementaria en los procesos ordinarios laborales. Citado en el libro de Memorias VII Congreso de Derecho Procesal Reforma Procesal Laboral. Editorial Jurídica Faro. San José. 2017.
- Picado Vargas, Carlos y Calderón Sumarriva, Ana Cecilia. ***Técnica y Estrategia Procesal – Cómo Litigar -***. Investigaciones Jurídicas S.A. San José. 2015.
- Varela, Julia et al. Manual de los procesos laborales. Editorial Faro. San José. 2017.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 345 a las 09:50 horas del 19/03/2015.
- Tribunal Primero Civil. Sentencia 91-ZU de las 08:00 horas del 26/01/2017.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 200-F-S1-2012 de las 09:40 horas del 16/02/2012.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sétima. Sentencia 76-2013 de las 14:45 horas del 07/11/2013.
- Casarez Zazueta, Olga Fernanda y Guillén López, Germán. Teoría del caso en el sistema penal acusatorio. http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ_OLGA_Y_GERMAN_GUILLEN.pdf
- Jinesta Lobo, Ernesto. **La oralidad en el proceso contencioso-administrativo (Costa Rica). Pág.16. http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/ORALIDAD%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20CON**

TENCIOSO%20ADMINISTRATIVO%20(COSTA%20RICA).PDF)

- Olaso Álvarez, Jorge. El proceso de audiencias previsto en la reforma laboral. https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N14/contenido/pdfs/02-procesoaudiencias.pdf
- Teoría del caso. http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/127_teoria_caso_general.pdf
- Von Clausewitz, Karl. ***De la guerra***. http://www.biblioteca.org.ar/libros/153741.pdf

AUDIENCIAS EN MATERIA LABORAL

EL PROCESO DE AUDIENCIAS PREVISTO EN LA REFORMA LABORAL

Dr. Jorge Olaso[242]

A través de este estudio pretendo esbozar las grandes características innovadoras que integra la reforma procesal en el sistema de audiencias. Desde antes de la promulgación y discusión de la misma, el Código de Trabajo fue diseñado para implementar un sistema oral como un instrumento para aplicar los principios de celeridad y de contradictorio. Ya en un anterior texto, hice referencia a que, el principio de oralidad –para una parte de la doctrina-, se manifiesta como la necesidad de las partes de sustentar su actuación a viva voz(Lieble, 2000, p.34). Wach(1998), discrepa de esta posición, porque para él la verdadera definición de este principio no radica en que toda actuación procesal debe ser efectuada en forma oral, sino que consiste en determinadas etapas del proceso, en donde las partes puedan, en forma oral, alegar sus pretensiones, las defensas en contra de esas pretensiones y puedan ofrecer sus pruebas y practicarlas, dentro de un ambiente donde se permita el ejercicio del derecho al contradictorio[243]. Este principio siempre se ha manifestado en contraposición con el principio de escritura, en virtud que este

---

[242] Magistrado Suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de Derecho Procesal Civil y Laboral. Juez en materia civil y laboral. Autor de varias obras en materia procesal.

[243] Zeledón, Ricardo. (1998). Salvemos La Justicia (Humanización y Oralidad para el Siglo XXI). San José, Costa Rica.

último se fundamenta en toda manifestación de las partes hacia la persona llamada a juzgar, debe constar por escrito[244]. Además el principio de oralidad tiene una amplia aplicación en el derecho procesal laboral, debido a la situación especial que se presenta por la coexistencia de otros principios procesales de esta materia, como lo son: el principio protector y el de informalidad que buscan, por un lado, equilibrar la posición donde se encuentra la persona trabajadora subordinada con respecto a la empleadora y, por otro lado, tratan de eliminar toda ritualidad excesiva que limite el derecho de la parte trabajadora a tener acceso a los órganos jurisdiccionales para la tutela de sus pretensiones[245]. Desde esta perspectiva, la aplicación del principio de oralidad, permite a su vez que el trámite de los procesos se desarrolle con una mayor celeridad, producto de que la persona juzgadora recibe directamente en un debate oral, tanto las probanzas como las pretensiones de las partes. Esto elimina la lentitud de tener que resolver cada una de las gestiones escritas que se le formulen (Lieble, Stefan, 2000, p. 52). Al respecto, Stefan Leible, comentando las ventajas de la aplicación de este principio, indica que el desarrollo eficaz del mismo se encuentra aparejado a otro principio procesal, como lo es la unidad de las actuaciones procesales, puesto quelo ideal es reunir en una audiencia única, tanto la recepción de prueba como el dictado del fallo (Lieble, Stefan, 2000, p. 55).

[244] "*La contraposición expresada en el binomio oralidad o escritura ha adquirido un significado polémico y programático, considerándose a la oralidad como la directiva en la cual debería inspirarse el proceso del futuro y la prevalencia de la escritura como la típica expresión de aquel proceso anticuado que la reforma debía abolir".* (Calamandrei, Piero) Romero Montes, Francisco Javier. (1998). Derecho Procesal del Trabajo (2da ed.) Lima: Editorial San Marcos.

LA ORALIDAD EN LA REFORMA PROCESAL LABORAL

En esa normativa, el proceso se potencializa hacia el desarrollo de este sistema, a través de un trámite de audiencias, como lo explicaré a continuación. En principio, el numeral 421 de la misma establece que, dentro de los principios procesales básicos, se encuentra el hecho de que las actuaciones deben ser realizadas en forma prioritariamente oral. Esta situación se infiere de varias disposiciones del proceso ordinario. Específicamente, después de la demanda y de la contestación y, eventualmente, la reconvención y la réplica que necesariamente deben ser realizadas por escrito (artículos 495, 497 y 498), la reforma plantea un procedimiento de audiencias orales para potencializar los principios de celeridad y de concentración. Al respecto, el numeral 512 dispone que, el proceso ordinario, se sustanciará en una audiencia oral, que se dividirá en dos fases: una preliminar y otra complementaria o de juicio.

Existen requisitos legales o etapas que deben cumplirse para poder acceder a esa audiencia, que se extraen del artículo 513. Primeramente, no estar en la hipótesis de dictar sentencia anticipada, la cual se puede efectuar ante el allanamiento de las pretensiones, en el supuesto de no contestación de la demanda y también ante la no contestación de la reconvención, ya que en este caso, en principio, no se requeriría efectuar audiencias. No obstante, la norma también dispone que, en el supuesto de que no se hubieran respondidos TODOS LOS HECHOS DE LA DEMANDA en la forma prevista, también se dictará sentencia anticipada, y es aquí donde se pueden plantear una serie de dudas, en torno a

la aplicación de este instituto. La pregunta sería ¿cuál es la forma prevista para contestar los hechos de la demanda? El numeral 497dispone que la parte demandada debe exponer con claridad **si se admiten con variantes o rectificaciones**, de igual el artículo 498dispone la parte accionada será prevenida que, en caso de no contestar en forma clara, se le tendrá por allanada en cuanto a los hechos no contestados o no respondidos "según queda dicho", los que tendrán por ciertos en sentencia, salvo que en el expediente existan elementos probatorios que los desvirtúen. Ya la sola lectura nos lleva a concluir que no existe la posibilidad de solicitar la corrección de la contestación de los hechos de la demanda, que en materia laboral se aplicaba de acuerdo al numeral 305, párrafo 2° del Código Procesal Civil actual y al 452 del Código de Trabajo, de la norma anterior a la reforma laboral[246]. Entonces, en casos en los que esa contestación contiene hechos correctamente contestados y otros no, cabe preguntarse cómo solucionar esto, si es a través de una sentencia anticipada, como sanción ante dicha contestación parcial o bien si la sentencia se dictará únicamente en cuanto a los hechos incorrectamente contestados, partiendo de la hipótesis de que sería una especie de allanamiento. En otras palabras, si la demanda contiene 10 hechos y se contestan 5 correctamente, pero 5 en forma incorrecta, la norma no es clara en cuanto a si procede una sentencia anticipada, teniendo por contestados

[246] El numeral 305, en su párrafo 2° señala si no se contestan los hechos con claridad, exponiendo si son inexactos o si los admite como ciertos o con variantes o rectificaciones, indicando las razones para su negativa y los fundamentos legales en que se apoye, el juez o la jueza le prevendrá a la parte accionada, con indicación de los defectos, que deberá corregirlos dentro de tercero día y, solo si el demandado incumple esa prevención, se tendrán por admitidos los hechos sobre los que no haya dado en la forma expresada.

afirmativamente todos los hechos de la demanda, o bien una sentencia de este tipo, pero únicamente con respecto a pretensiones vinculadas con los hechos no contestados de forma correcta. En mi criterio, esta sería la solución más adecuada, ya que lo contrario se estaría sancionando a la parte demandada, a pesar de que dio contestación correcta a ciertos hechos. Vale destacar que, aun en estos supuestos de contestación incorrecta o no contestación en tiempo, el numeral 506 *ibídem*dispone que en esa sentencia anticipada, se tomarán en cuenta las pruebas que existan en el expediente, que impidan tener por ciertos los hechos en la forma expuesta en la demanda. Esto, salvo en casos de allanamiento, que considero yo sería un allanamiento de hechos y de pretensiones. Estas pruebas del expediente, serían aquellas ofrecidas en la demanda y que contradigan las propias pretensiones del actor, ya que recordemos que, al no haber contestado en tiempo o contestar defectuosamente la demanda, no habría prueba que practicar ofrecida por la parte accionada. Esta situación guarda relación con lo dispuesto por el numeral 507, que regula que, cuando la certeza de los hechos de la demanda solo puede establecerse parcialmente, o está referida únicamente a los hechos de la contrademanda, **las cuestiones inciertas se debatirán mediante audiencia, en esta última se ventilarán los hechos admitidos o que deben tenerse por ciertos.** Según mi opinión, dicha certeza de los hechos debe surgir también de la aplicación concreta de la carga de la prueba como regla de juicio que deriva de los supuestos concretos del numeral 478 del Código de Trabajo[247].

[247]Lo que pretendo dar a entender, es que la posibilidad de recibir o no prueba ante una contestación extemporánea, incorrecta de los hechos o bien cuando no haya contestación, depende de que el juzgador o la juzgadora aplique la carga

Además del supuesto antes explicado, para poder arribar al sistema de audiencias del numeral 512, es necesario que exista contestación CORRECTA de la demanda y, en su caso de la contrademanda, así como que no exista ***ninguna cuestión que requiera solución previa.*** La norma hace referencia a esta condición previa que no permite realizar la audiencia, pero no concreta a qué supuestos se basa. En mi opinión, podría ser cualquier situación que no permite la realización de las actuaciones previstas en esas audiencias. Por ejemplo, un aspecto que requiera solución previa podría ser la resolución definitiva de una excepción previa de falta de competencia objetiva o subjetiva (numerales 430 a 442 y 503), compromiso arbitral, falta de capacidad de la parte, litispendencia o agotamiento previo de la vía administrativa (artículos 460 y 461).

Ahora bien, la resolución que convoque a la audiencia preliminar se da una vez que la parte accionada ha contestado la demanda, pero el mismo 513 dispone que, en el auto que señala para esa audiencia se pondrán en conocimiento las contestaciones dadas a la demanda, a más tardar dentro del mes siguiente de que la demanda fue contestada. Lo interesante es que, en esa misma resolución que señala para esa audiencia, deberá resolverse en torno a la admisibilidad de las pruebas a practicarse en las mismas. Esta condición implica que, el juzgador o la juzgadora deberá decidir sobre la admisión o no de las pruebas ofrecidas en los escritos de

de la prueba como una regla de juicio, sobre todo en los supuestos del numeral 478, en la que, como lo indica la norma a la parte empleadora le corresponde acreditar todos los hechos que tiene la obligación de mantener debidamente documentados o registrados, aunado a todas las hipótesis concretas de esa norma.

demanda y de contestación, el problema es que la parte accionante tendría la posibilidad de ofrecer contraprueba para oponerse a la de la contestación únicamente en la audiencia respectiva. O sea, la admisión o no de las pruebas respectivas a la audiencia única o a la complementaria se encuentra limitados a los escritos de demanda y contestación y será dentro del desarrollo de las mismas que se deberá resolver sobre la contra prueba respectiva. Esa solución le derivó de los numerales 517, inciso 7° y 518. La primera dispone que, dentro de la audiencia preliminar, se dará traslado sumarísimo sobre las probanzas allegadas al expediente y que se hubieran dispuesto al cursarse la demanda o la reconvención (aquí también se incluirían las ofrecidas en la contestación). Ahora bien, ese traslado implicaría para mí una puesta en conocimiento de pruebas que ya consten en el expediente, debido a que se entiende que, en el auto de señalamiento para la audiencia se tiene que haber admitido prueba de otra naturaleza (testimonial, interrogatorio de parte, pericial, etcétera), ofrecida en la demanda o contestación. Lo criticable es que es una audiencia reiterada, ya que las probanzas que indicó la parte actora en su demanda fueron puestas en conocimiento de la accionada al dar traslado de las mismas. Sucede lo contrario con la prueba de la demandada, pues esa parte las ofrece y no es hasta la audiencia respectiva que son puestas en conocimiento del actor o de la actora. Es después de esa audiencia, propia de la preliminar, que se debe admitir o denegar otras pruebas y son aquellas que la parte demandante o reconventora ofrece en la misma, ello unido a las probanzas complementarias o de mejor proveer que las partes indiquen o que la persona juzgadora considere necesarias. En otros términos, la

audiencia de fase preliminar, en mi criterio, se convierte también en una faceta propia para admitir o denegar probanzas. Puesto que, del artículo 518 se infiere que en la etapa complementaria de la audiencia se inicia con la práctica de la prueba, dado que el procedimiento de leer las pruebas anticipadas e irrepetibles se hace para incorporar por esa vía al debate. O sea, pasamos de una etapa de admisión (preliminar) a una de práctica (propia de la complementaria), que se inicia por una incorporación de pruebas de especial naturaleza (anticipadas e irrepetibles), lo cual, en principio, entiendo yo, deben ser aquellas practicadas después de la demanda y de la contestación, pero antes de la preliminar. Procedo a explicar esto, si se trata de pruebas gestionadas antes de la interposición de la demanda (por ejemplo, una confesional o testimonial anticipada), no se ve la razón de incorporarlas al debate, pues si se gestionaron en este estadio previo, es evidente que se tienen que haber ofrecido junto con la demanda y se le dio audiencia de ellas al conferir el emplazamiento, por lo que no veo razón en tener que incorporarlas al contradictorio en la fase complementaria.

Debemos recordar que estamos en materia laboral, y la nueva normativa potencializa la sencillez, el informalismo y la celeridad como principios procesales básicos (artículos 421, 422 y 424) y es por esto que la persona juzgadora debe diseñar todas las normas procedimentales que, sin violentar el debido proceso, permitan la ejecución práctica de tales principios. Bajo esta disyuntiva, dicha persona puede solventar toda la problemática, previa a la audiencia, para que esta llegue a buen término, lo que implica en realizarla sin someterla a suspensiones innecesarias. Así, por ejemplo, una vez que el

señalamiento para audiencia ya está efectuado, puede ser que alguna de las partes ofrezca por escrito prueba complementaria o contraprueba y, ella sea prueba documental extensa (tres tomos de un expediente), por lo que, es evidente que, si ésta se pone en conocimiento de la parte contraria, en el momento de la audiencia, esa parte solicite la suspensión, a efecto de poder referirse a la prueba. Por ende, en ese diseño tendiente a integrar esos principios, resulta totalmente posible que el juez o la jueza, de previo a la audiencia, de traslado previo de esos documentos o probanzas, para así facilitar que la audiencia se efectúe de una manera más rápida y sin suspensiones.

Dentro de los criterios para discernir qué prueba admitir o denegar, el numeral 480nos señala que no requiere prueba:

a) Las normas de derecho internacional o interno debidamente publicadas. Esta premisa parte de qué el derecho no se prueba. No obstante, debemos aclarar que se trata de tratados o convenidos que, al ser ratificados ya forma parte de la normativa nacional. Claro está, la situación distinta ocurre con la prueba del derecho extranjero. Tal y como lo analizo en mi texto de la prueba laboral. En ese documento previo se indicó: "…Otra situación ocurre en el caso de la prueba del derecho extranjero. Aquí también es evidente que el principio de que "*el juez conoce el derecho*" no es aplicable, puesto que los juzgadores y las juzgadoras no están obligados a conocer las disposiciones existentes en otro país[248]. Analicemos otro

[248]*"El fundamento legal o alegación normativa no hay que probarla, ello en virtud del principio universal denominado "iura novit curia", que significa que el juez conoce el derecho. Sin embargo, dado que, por razones fundamentalmente operativas y de comodidad, ese principio solo opera respecto a las normas de derecho escrito, interno y*

ejemplo: Ana fue contratada en Costa Rica por un Banco panameño para laborar como auditora en la sucursal ubicada en Miami. En el clausulado del contrato se estableció que la interpretación y la ejecución debían efectuarse de acuerdo con la legislación del estado de Florida. Después de diez años de laborar, se le comunicó a Ana que iba a ser despedida por una reorganización de personal. Ante esto, ella formuló una demanda ante los Tribunales costarricenses, en la cual adujo que le correspondían los derechos laborales devenidos de la aplicación de nuestra legislación nacional. B) La parte accionada argumentó que los Tribunales costarricenses no eran competentes para conocer esta pretensión, aunado a que es aplicable la legislación del Estado de Florida, la cual no otorga ningún tipo de indemnización cuando existe voluntad unilateral del empleador para dar por finalizada la relación. Es evidente que en este caso, al juzgador o a la juzgadora no se le puede exigir un conocimiento específico de la legislación extranjera, por lo que le corresponde a la parte interesada, acreditar su autenticidad y vigencia. C) Se debe destacar que este asunto –tal y como fue planteado– fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el voto número 294-98. Los magistrados Fernández Silva, Muñoz Quesada y la magistrada Villanueva Monge, determinaron que la legislación nacional debía amparar a la parte actora, puesto

general, será necesario probar en determinadas ocasiones alegaciones normativas que no entran dentro de esas coordenadas generales. En razón de lo anteriormente dicho habrá que probar en el proceso la existencia y vigencia de las normas jurídicas extranjeras y consuetudinarias que se aleguen como fundamento de derecho".
Parajeles Vindas, Gerardo. La Prueba en Materia Civil. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José.

que el contrato había sido pactado en Costa Rica. En cambio, los magistrados Van derLaat Echeverría y Rojas Sánchez, concluyeron que los Tribunales costarricenses no eran competentes para conocer esta demanda, dado que el contrato se había ejecutado en otro país y las partes se habían sometido a la legislación de uno de los estados de esa nación. D) A pesar de la solución que se le dio a este asunto, no se puede afirmar que el tema se encuentra resuelto definitivamente por nuestra jurisprudencia. Es evidente que en un mercado laboral, cada vez más afectado por los fenómenos de la globalización y de la flexibilidad, se nos presentarán situaciones donde las personas juzgadoras, tendremos que analizar diversas variables donde se discutirán aspectos; por ejemplo; cuál es la legislación que se debe aplicar, cuando la parte trabajadora preste sus servicios en distintos países y pretenda la tutela de sus derechos al amparo de varias normativas laborales. E) Pensemos en un caso en que una persona trabajadora –de origen costarricense– labora diez años en Nicaragua; cinco años en Guatemala y uno en Costa Rica para una empresa transnacional domiciliada en Bélgica. En el supuesto de que la parte actora pretendiera la aplicación de las distintas legislaciones para la obtención de sus derechos laborales, ¿cómo resolveríamos el proceso? F) No pretendo aquí dar la solución a este tipo de casos, puesto que no es la finalidad de este curso. Pero sí quiero indicar que, dependiendo de las condiciones que rodeen un supuesto específico, así será la decisión de los juzgadores y las juzgadoras acerca de las legislaciones aplicables, ya sea la nacional o la extranjera. Lo trascendental es que para que esta última sea valorada –tan solo para efecto de

determinar su procedencia o no– debe demostrársele su vigencia al juzgador o a la juzgadora nacional. G) En consecuencia, el principio de que "*el juez conoce el derecho*", solo se aplica al derecho escrito, interno y general. Por esta razón, cuando se trate de normas jurídicas extranjeras, deben demostrarse su existencia y vigencia, y también el modo en que es entendido, interpretado y aplicado un determinado precepto. H) El artículo 30 del Código Civil, se limita a indicar que quien funde su derecho en leyes extranjeras, debe acreditar la existencia de estas. I) La Convención de Derecho Internacional Privado –conocido como "Código Bustamante"– regula en el Título VII Capítulo II, todo lo relativo a las reglas especiales sobre la prueba de las leyes extranjeras. Específicamente, el artículo 409 de esa convención establece que: " *La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada."* J) En relación con esta norma, el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil denominado "Normas de Derecho Internacional Privado", establece una serie de supuestos donde se hace necesario demostrar la existencia del derecho extranjero. K) Entre los supuestos que le podríamos aplicar al campo laboral, tenemos los siguientes: a) Para la interpretación de un contrato y para establecer sus efectos mediatos e inmediatos, se debe recurrir a las leyes del lugar donde se hubiera celebrado el contrato, salvo que las personas contratantes tengan una misma nacionalidad, y en este caso se recurrirá a las leyes de su país. L) Según las formas y

solemnidades externas de un contrato o acto jurídico que deba tener efecto en nuestro país, la persona otorgante o las otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país, donde el acto o contrato se ejecute o celebre[249]. En consecuencia, existen casos donde es necesaria la prueba de la existencia del derecho extranjero…"[250].

b) Tampoco deben ser acreditados los hechos notorios, por "notoriedad "se entiende: "…La notoriedad no es sinónima de generalidad, puesto que un hecho puede ser conocido para un grupo de personas y totalmente desconocido para otros. Un hecho notorio es aquel que es de conocimiento normal de un grupo de personas de un determinado lugar, en una época específica, que precisamente coincide con el momento en que el juez o la jueza admite la prueba o bien cuando dictan el fallo[251] (Arguedas Salazar, Olman, p.51). Un ejemplo de esto puede ser la circunstancia de que, en Costa Rica, el 8 de diciembre se les concede asueto a los funcionarios y las funcionarias del Poder Judicial, debido a que se celebra el día de las personas que laboran para dicha institución. Este hecho no es de conocimiento de la generalidad, sino que es conocido a lo sumo por los servidores y las servidoras judiciales y las personas profesionales en derecho…" (Olaso Álvarez, Jorge, 2008).

[249]Artículos 27 y 28 del Código Civil. Costa Rica.

[250]Olaso Álvarez, Jorge. (2008) La prueba en materia laboral. Editorial Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica.

[251] Arguedas Salazar, Olman. La crisis de la motivación. Lectura compilada por ARDÓN ACOSTA, Víctor. En "La prueba en materia laboral".

c) Las presunciones legales y los hechos ya probados, admitidos o confesados. Por las primeras se entiende "…un mandato legislativo, mediante el cual se ordena tener por demostrado un hecho, siempre que el hecho "indicador" o base se compruebe (Alsina, Hugo, p.532).Por tanto, nuestra legislación establece que quien invoca este tipo de presunción, se encuentra eximido de demostrar el hecho presunto (artículo 414 del Código Procesal Civil). Pero sí debe acreditar siempre la existencia de los hechos que sirven de fundamento al hecho presunto (párrafo 2° del artículo 414 ibíd.). Al incorporar este tipo de presunciones en una norma jurídica, la Asamblea Legislativa toma en cuenta algunos hechos que, de acuerdo con una máxima de laexperiencia, se derivan ciertos efectos (Alsina, Hugo, p.532). Citemos unos ejemplos a fin de aclarar este punto. El artículo 18, párrafo 2° del Código de Trabajo establece que se presume la existencia del contrato de trabajo entre la persona trabajadora que presta sus servicios y aquella que los recibe. Para que surja esa presunción, es necesario demostrar la existencia de una prestación personal de servicios a favor de la parte empleadora. Si se demuestra ese hecho, se da una presunción legal, como lo es que existe una relación entre la persona que presta su servicio y aquel que lo recibe, por lo que no se requiere demostrar ese hecho presunto. Será la parte contraria, por el principio de "redistribución" de la carga de la prueba, quien debe aportar hechos para destruir esa presunción, como por ejemplo, la circunstancia de que no existió una prestación personal de servicios, dado que las labores eran realizadas por terceras personas que fueron contratadas por el supuesto trabajador o trabajadora o bien

que, a pesar de la prestación personal, el vínculo era de naturaleza civil o comercial…"(Olaso Álvarez, Jorge, 2008).

En cuanto a los ya probados, en mi criterio, se refiere a aquellos que ya están acreditados en un proceso previo y que se incorporan como prueba trasladada (artículo 480, párrafo 2° de la reforma laboral). Los admitidos son los no controvertidos. Con respecto a los confesados, serían aquellos que derivan de confesión espontánea (numeral 341 del Código Procesal Civil actual), o bien cuando y entre en vigencia la nueva normativa civil, de acuerdo al artículo 42.2. Esa disposición reza: "…**42.2. Efectos de la declaración de parte.** La admisión de hechos propios, en forma expresa o tácita, permite presumirlos como ciertos y constituye prueba contra la parte declarante, salvo que se trate de derechos indisponibles, que el declarante no tenga facultades para confesar en representación o se contradiga con las demás pruebas. ***El mismo efecto tendrán las afirmaciones espontáneas contenidas en los escritos judiciales presentados al proceso.***

ACTUACIONES DE LA FASE PRELIMINAR

Adentrándonos en esa fase, el numeral 517 de la reforma, establece una serie actuaciones que deben practicarse. La primera consiste en informar a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver.

- Si no se estuviera en un supuesto de sentencia anticipada, contestada la demanda o la reconvención en su caso, y no hubiera ninguna cuestión que requiera solución previa, en una sola resolución se pondrán esas contestaciones a

conocimiento de la parte contraria y se señalará hora y fecha para la celebración de la audiencia, a más tardar dentro del mes siguiente. En esa misma resolución se emitirá pronunciamiento acerca de la admisibilidad de las pruebas a evacuarse en la audiencia y, en su caso, se fijarán los honorarios de los peritos no oficiales».

Este principio se desarrolla parcialmente en nuestra legislación. El artículo 436 del Código de Trabajo establece que el procedimiento se desarrolla, fundamentalmente, en forma verbal. Sin embargo, existen otras actuaciones que, necesariamente, deben ser efectuadas de forma escrita, como por ejemplo, la contestación de la demanda (artículo 464).

Asimismo, en contraposición con la aplicación de la oralidad, el numeral 437 también les otorga a las partes la posibilidad de gestionar por escrito, sin necesidad de fotocopias. Otra manifestación de oralidad parcial, se extrae del numeral 467, en donde se permite a la parte accionante efectuar la réplica en forma oral u escrita.

Esta injerencia de un proceso escrito y de uno oral en el ámbito de una misma legislación, ocurre también en otros países[252]. Con lo que se llega a concluir que aquellos rasgos propios de un procedimiento escrito, vienen a ser

[252] El numeral 305, en su párrafo 2° señala si no se contestan los hechos con claridad, exponiendo si son inexactos o si los admite como ciertos o con variantes o rectificaciones, indicando las razones para su negativa y los fundamentos legales en que se apoye, el juez o la jueza le prevendrá a la parte accionada, con indicación de los defectos, que deberá corregirlos dentro de tercero día y, solo si el demandado incumple esa prevención, se tendrán por admitidos.

complementos necesarios para el desarrollo eficaz de las etapas esencialmente orales del proceso[253].

La manifestación más cercana de este principio, se presenta en la Ley del Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía (n.° 4284 del 16 de diciembre de 1968), la cual prevé la realización de una diligencia oral y pública que culmina con el dictado de la resolución final[254].

[253] Vargas Hidalgo, Ricardo. (1999). Celeridad de los Juicios Laborales. Ponencia De Costa Rica. Poder Judicial, San José, Costa Rica.

[254] En este sentido, el artículo 8 de ley del citado Tribunal establece: "*Artículo 8º.- Contestadas negativamente la demanda y la reconvención y resueltas las excepciones de forma y las cuestiones incidentales que se hubieren incoado, el instructor pondrá el expediente en conocimiento del Tribunal, y éste señalará día y hora para la audiencia oral y pública, que deberá celebrarse dentro de un plazo no mayor de diez días .El Tribunal fijará los hechos que a su juicio deben ser probados y dispondrá la evacuación de la prueba que considere pertinente. Para la celebración de dicha audiencia, así como para el trámite de estos asuntos, el Tribunal gozará de las más amplias facultades para idear y adoptar las formas procedimentales que mejor convengan a la buena y pronta resolución del negocio. Evacuada la prueba, el Tribunal entrará de inmediato a dictar su fallo, consignándolo en un acta lacónica. Dicha resolución se tomará por mayoría, pero si ésta no se produjere, ello se hará constar en el expediente y el asunto quedará fallado conforme al voto del Presidente del Tribunal, quedando los otros miembros exonerados de cualquier responsabilidad civil o penal, por motivo del fallo referido*".

CAPÍTULO III

CONTENCIOSO Y FAMILIA

LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA

Lic. Iván Vincenti Rojas

I. Esquema:

- Finalidad
- ¿Cuándo se va a realizar?
- Preparación – cuadro de prueba
- Los jueces tramitadores
- El expediente digital
- Las etapas

a. Saneamiento
b. Pretensiones
c. Defensas Previas
d. Hechos controvertidos
e. Admisión de prueba
f. Asuntos de puro Derecho

- La reserva de casación
- La grabación de la audiencia y la minuta que se levanta de manera escrita

II. Desarrollo:

Las ideas que quiero compartir con Uds. son el resultado de haber litigado bajo las regulaciones del Código Procesal Contencioso Administrativo desde su fecha de

promulgación, precisamente hace diez años. Algunos de ellos desde la posición de representante legal del Estado, en condición de Procurador; otros desde el ejercicio privado de la profesión, asumiendo la condición en la mayoría de los casos de parte actora. En estas ideas trataré de hacer un balance objetivo de los aspectos que producen incerteza, de aquellos otros que producen temor, y en general, de las enseñanzas que día a día se van acumulando producto de la asistencia, de manera regular, a esta fase oral.

No puedo dejar de admitir que al momento de la entrada en vigencia del CPCA se tenía la creencia generalizada que la nueva regulación había otorgado mayores opciones para litigar a la parte actora, tanto por el informalismo que se pregonaba en aquel momento, como por la marcada tendencia de considerar que el Código vendría a suponer una "nivelación de armas" frente a las Administraciones Públicas. Igualmente, existía una propensión a estimar que las demandas debían alcanzar, en la mayoría de los casos, la etapa de emisión de sentencia, eliminando prácticas derivadas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que ponían cuesta arriba las pretensiones esbozadas ante una serie de regulaciones procesales que llevaban al traste la intención de alcanzar una solución final mediante sentencia que se pronunciara sobre el fondo del debate. Sin embargo, esos temores, a la vuelta de un decenio, se muestran como infundados, si nos amparamos a las estadísticas de asuntos declarados con lugar por las Secciones del Tribunal, así como por la Sala Primera (advierto que hablo de estadísticas relacionadas con el accionar del Estado a través de la

Procuraduría General de la República, lo cual supone admitir que desconozco el porcentaje de asuntos que son fallados en contra de Administraciones Públicas descentralizadas). Sin embargo, siendo la Administración Central la mayor "usuaria" de la jurisdicción, creo que es un dato confiable para medir el verdadero impacto y transformación que ha traído el Código.

La primera fase oral del proceso contencioso administrativo es precisamente la audiencia preliminar, de la cual se nos ha repetido de manera uniforme que cumple una finalidad saneadora, ordenadora y de facilitación para la posterior fase de emisión de la sentencia, ya sea que el asunto pase directamente a resolución cuando se emiten las conclusiones del proceso al final de la misma; ya cuando por la necesidad de evacuar prueba, se difiere la resolución del asunto a una fase de juicio oral y público. Igualmente, se sostiene que es una fase en la que se evitará tocar aspectos de fondo, lo cual puede llamar a engaño en cuanto a la debida preparación con la que se debe acudir a ella. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en que la parte demandada ha hecho abundante uso de las defensas previas, dentro de las cuales la cosa juzgada, la prescripción, el acto consentido, necesariamente llevan a que sus discusiones en audiencia hagan relucir aspectos de la teoría del caso. De suerte tal que, en la práctica, es dable opinar que atender esta audiencia es más complicado que la audiencia de juicio oral, pues la preparación del litigante no puede quedarse en el nivel de que el asunto "pasará" necesariamente a la fase de juicio oral, pues factores de variada índole podrían traerse abajo esa posición del litigante. En algunos de los siguientes numerales veremos cómo ello puede suceder.

Independientemente de las fases previas (demanda, contestación, audiencia del artículo 70), un factor que la realidad nos ha enseñado a tomar en cuenta es el período de tiempo que media entre la conclusión de esta fase escrita y el señalamiento para celebrar la audiencia oral. La tendencia en este sentido es que pueda estar alcanzándose una media de seis meses, ello provocado por el aumento exponencial de asuntos (algunos que ni siquiera estaban originalmente contemplados en el CPCA) pero que han sido "direccionados" a la nueva jurisdicción. Pese a que no es el tema de estas ideas, no puedo dejar de advertir que es absolutamente incuestionable que esos nuevos procesos (v.g., amparos de legalidad, los asuntos laborales de función pública), tienen una marcada incidencia negativa en la celeridad del proceso, siendo que es un aspecto que en nada se puede achacar a los funcionarios del Tribunal. Es una "herencia" que definitivamente no creo que haya estado en la mente de los redactores del Código, y mucho menos en la de la mayoría de los litigantes, que apreciamos un verdadero proceso célere durante los primeros cinco años de vigencia del CPCA. Pero por más que tengamos cada uno nuestra opinión sobre la pertinencia y bondad de esas decisiones, la realidad nos enfrenta a una muy dilatada distancia entre la "audiencia del 70" y la celebración de la preliminar, lo cual es un aspecto que se debe tomar en cuenta para los aspectos de prueba, como posteriormente se indicará.

Entrando propiamente a la preparación de la audiencia preliminar, reitero mi opinión en el sentido de que es la más complicada de las audiencias orales que introdujo el CPCA. Solo por mencionar algunos factores que inciden en esta

percepción detallo: se debe tener toda la prueba analizada y "ubicada" para efectos de una eventual aplicación del instituto de "asunto de puro derecho" y la consecuente emisión de las conclusiones finales del caso. Además, se debe estar preparado para atender las defensas previas, y, en caso de ofrecer prueba testimonial (sea experta, testimonial corriente o participación de funcionario público) para cada caso hay que llevar sólidamente fundamentada la necesidad de que la misma se evacúe en la fase de audiencia de juicio oral. La pertinencia de que esta prueba testimonial, incluso la confesional en los casos que proceda, involucra que su debida ponderación pase necesariamente por el grado de involucramiento que tenga el juez tramitador en el caso, lo cual creo que depende fundamentalmente de si realmente se le está dando el tiempo suficiente -desde el punto de vista de comprensión plena- para preparar -al igual que las partes- la audiencia preliminar. Todos estos factores llevan a la conclusión de que la preparación de la preliminar es, en buena medida, el momento de mayor esfuerzo intelectual (a la par de la elaboración del recurso de casación) que se pueda tener en el contencioso administrativo actual.

La petición que algunos jueces tramitadores formulan al momento de señalar la celebración de la audiencia preliminar en el sentido de aportar un cuadro de prueba útil, debidamente referenciada con el expediente administrativo u otra documentación aportada, me genera sentimientos encontrados. Si bien es cierto no existe regulación de ella en el CPCA, tampoco puede negarse que representa una importante herramienta para agilizar y facilitar la labor de ubicación y análisis de la "pertinencia" del documento que se solicita admitir dentro del elenco probatorio. Sin embargo,

también es atendible que, hacer el cuadro, refleja un adelantamiento de la estrategia de la parte, pues de atender a pie juntillas la prevención que en algunos casos se hace de este cuadro, implica que la contraparte podrá contar con una copia de él, lo cual le permite reforzar su posición para el día de la audiencia preliminar, ya sea teniendo más tiempo para justificar la pertinencia o impertinencia de los medios probatorios. Me decanto por la posición que beneficie al litigante, es decir, la que omite la presentación de este cuadro, obligando a la contraparte a llevar muy bien preparada la audiencia, pues las múltiples vicisitudes en que puede irse desarrollando ésta, aconsejan a tener siempre algún elemento "sorpresa" que balanceé realmente esta fase oral. Adicionalmente, y como lo señalé, la distancia entre el señalamiento de la audiencia preliminar y la fecha efectiva de su realización, lleva a que en la práctica, la entrega de este documento represente para el litigante una doble preparación de la audiencia preliminar, tiempo que no todos los litigantes tenemos y no todos los clientes pueden pagar.

El elemento que podría destacar como "principal" de la audiencia lo ubico en el Juez Tramitador. El grado de estudio que éste haya dado a la demanda, y a los documentos aportados con ella, y obviamente a las defensas previas y contestación de la demanda, inciden de manera proporcional y directa en la celebración de audiencias preliminares fluidas y efectivamente respetuosas de la línea que los redactores del Código tuvieron en mente para su introducción en el sistema de justicia administrativa. Además, me atrevo a destacar un tema espinoso: podría considerarse ofensivo o que se menosprecia la importancia de todas las labores que

desarrolla la Jurisdicción cuando la realidad es que un juez tramitador no se enfrenta a una homogeneidad de asuntos, de forma tal que resulte iluso pensar que pueda programar su tiempo en función simplemente del circulante que tramita. Por el contrario, ciertos procesos (piénsese en aquellos que involucran aspectos de contratación administrativa, responsabilidad objetiva del Estado, nulidad de actuaciones en materia de registro de marcas, libre competencia y tributario) por lo general presentan una complejidad especial, tanto del derecho de fondo aplicable, como de la misma documentación que los acompaña -expedientes administrativos más que voluminosos- que bajo ningún parámetro lógico y razonable se puede comparar con otros procesos que podemos calificar de rutinarios (v.g., los de función pública). Para completar el cuadro, agreguemos la tramitación y resolución de las peticiones cautelares. Ahora bien, el cumplimiento de agendas y cuotas de trabajo no pueden homogenizar esa realidad, pretendiendo que un juez tramitador logre, en una semana, pasar de ver un asunto de los destacados, una medida cautelar con alto impacto en el funcionamiento del aparato estatal, y de paso, por ejemplo, dos ordinarios, sin que ello, material y humanamente, lleve a un límite innecesariamente peligroso su capacidad cognitiva. Hablar de "complejidad" de ciertas áreas del Derecho Público no es un ejercicio de hedonismo profesional, ni una descalificación ad initio de la importancia de los otros asuntos, sino sencillamente que una audiencia preliminar eficaz depende de cuánto tiempo ha tenido el juez para su preparación. Ese es un dato incontrovertible.

El segundo tema que me parece de trascendental importancia en lo que atañe a los jueces tramitadores, es su

"permutabilidad", no siendo extraño a los litigantes ver que la resolución escrita mediante la cual se convoca a la audiencia es firmada por un juez y, cuando finalmente llega el día señalado, se encuentra dirigiendo a otro juez. Las razones para que ello suceda, insisto, son propias de la dinámica interna del Tribunal, y en ello creo que poco se puede pedir adicionalmente, atendiendo a la cantidad de recursos que se provén a la Jurisdicción. Pero ello no es obstáculo para afirmar que estos cambios son nocivos para la tranquilidad y preparación de la audiencia, pues es un hecho que, con el tiempo, los litigantes van conociendo la "interpretación" que de las disposiciones del artículo 90 del CPCA hacen ciertos jueces, aspecto que también está en la lógica de la especialización de cada uno de los intervinientes en el proceso. Por demás, nótese que si el juez tramitador que ve el caso por primera vez, estima que la demanda está bien formulada, y le da curso; de alguna manera otro juez tramitador que venga a resolver una defensa previa de defectos de la demanda se verá de alguna forma "atado" por las actuaciones de su predecesor. Y, por último, no deja de ser deseable que exista un cuerpo relativamente estable de jueces tramitadores, pues las divergencias internas en cuanto al alcance de sus competencias y de la propia dirección de la audiencia viene definida, en un grado nada despreciable, por la "personalidad" del tramitador. Es mi opinión que aquellos jueces tramitadores que han tenido mayor tiempo en la celebración de audiencias preliminares llegan a desarrollar un importante "expertise" que facilita tanto su labor, como la misma intervención de las partes, pues una buena y clara dirección de parte del Tramitador brinda seguridad a las partes, y en especial al litigante, quien necesariamente debe

tomar en cuenta el factor de la "identificación" del juez tramitador para preparar su estrategia de defensa de los intereses de su mandante.

El otro elemento indispensable para el mejor desarrollo de las audiencias preliminares es la definición y resolución de las defensas previas. Ello pasa por dos matices: uno ya comentado, relacionado con la posibilidad real de que el Juez Tramitador haya estudiado el expediente para poder adoptar una decisión en la audiencia preliminar sobre las defensas interpuestas, y un segundo matiz, relacionado con la posibilidad de "reacción" del Juez tramitador ante las defensas previas interpuestas durante la audiencia preliminar, estrategia que se ha convertido en común entre algunos de los abogados litigantes. Ello obliga no sólo a que el Juez Tramitador pueda resolver efectivamente las defensas previas -sea rechazando por el fondo o acogiendo la defensa previa- sino a que pueda recomponer su guion de audiencia para conocer la que sorpresivamente se presente en ella. La experiencia nos ha señalado que esta capacidad de reacción se adquiere con la experiencia, pero que requiere de un nivel de preparación que se ve afectada por la movilidad de los funcionarios que ocupan estos cargos. El resultado es que la mayoría de estas defensas se difieren para ser resueltas en la etapa de juicio oral, o en conjunto con la sentencia final, con lo cual se desnaturaliza la audiencia preliminar como una fase ordenadora del proceso.

A nivel del litigante, el nuevo factor de preparación adecuada de la audiencia preliminar lo es el expediente digital que se ha implementado en la tramitación del contencioso administrativo. Como toda práctica forense

novedosa, creo que las críticas e incomodidades que puede presentar el mecanismo están fundadas, parcialmente, en la natural resistencia al cambio, y una muy entrañable costumbre por el expediente físico y su correlativo respaldo que los litigantes tenían del expediente que obraba en el Despacho. Por el lado de las ventajas, claramente la posibilidad de acceso remoto que ofrece el sistema le permite al litigante estar al tanto, en tiempo real, de las vicisitudes que se van dando a lo largo del proceso. Esto sin lugar a dudas redunda en una mayor tranquilidad a la hora de preparar la audiencia preliminar, pues hasta el último momento se puede estar enterado de lo que contiene el expediente, al menos en lo que toca a documentos presentados y resoluciones adoptadas por el Juez tramitador. Lo cierto del caso es que ya es una práctica consolidada que el expediente digital sea el que se utiliza para la ubicación de la prueba que se pretende sea aceptada para las subsiguientes etapas, deviniendo en un instrumento indispensable para los litigantes. Solo dejo advertido que, pese a la gran cobertura de las tecnologías de información en el campo del derecho, podría hacerse una salvedad que, en estos casos, la utilización generalizada del mecanismo del expediente digital puede estar creando una brecha de accesibilidad para ante la Jurisdicción, realizando una especie de "selección natural" entre los litigantes que dispongan de más y mejores medios tecnológicos frente a aquellos que estaban acostumbrados -y aún lo practican- al expediente judicial físico. Por último, no está de más resaltar la importancia de revisar que el escrito y documentos presentados a la oficina de recepción de documentos hayan sido escaneados en forma completa, pues los errores que puedan darse en ese procedimiento acarrean que la audiencia

preliminar pueda verse suspendida para reponer trámites de debida audiencia y conocimiento pleno de las partes sobre el contenido del juicio. Obviamente, obtener una "copia" del expediente a pocos días de la celebración de la audiencia se revela como la obligación más sensata que debe cumplir el litigante.

Una breve digresión sobre el tema del expediente digital. Si bien la adopción del expediente digital ha representado un avance, existen todavía grandes problemas que resolver: los escritos que no han sido debidamente escaneados, lo que incluso en algunos casos ha llevado a que los documentos se pierdan recargando al litigante la labor de vigilancia sobre la correcta tramitación del expediente, obligación que antes recaía en el Despacho Judicial. Adicionalmente, no es raro que las audiencias preliminares sufran grandes atrasos por la diferencia que existe entre el manejo del expediente digital del Despacho Judicial y el acceso que tienen los litigantes. Para todos es conocido que el expediente que "ve" el Juez no es el mismo expediente que "ven" las partes, esto obliga a que la copia del expediente digital se deba recoger en el Tribunal como si se tratara de una copia física, aspecto que en realidad no representa ninguna mejora para la posición del litigante Por otra parte, existe el riesgo de que el expediente que se ha copiado haya sido modificado por algún movimiento, por lo que no concuerdan las imágenes del expediente que tiene el Juez y las que tiene la parte. Todos estos aspectos deberían ser mejorados, pues a pesar de ser aspectos procedimentales, afectan en demasía el fluir de la audiencia preliminar.

La etapa de saneamiento es la que revela, en primera instancia, el grado de involucramiento y papel preponderante del Juez Tramitador en la audiencia preliminar. De hecho, en aquellos casos en donde el propio Juez arranca la audiencia advirtiendo lo que él o ella considera son aspectos del procedimiento que ameritan de atención para subsanar yerros procesales suelen ser las más ágiles y productivas. Igualmente, en atención al principio de litigio de buena fe, las partes deben encontrar en este momento procesal la forma de inmunizar el procedimiento ante defectos de tramitación que, a la larga, lo único que propician es un atraso en la consecución de la sentencia de fondo.

Aclaración y ajuste de las pretensiones. Sin lugar a dudas, la fase más escabrosa de la audiencia preliminar. Retomando una discusión que ya se había suscitado hace muchos años (y ello a pesar de la juventud del Código), la línea divisoria entre lo que es "aclarar" "ajustar" y "formular una nueva pretensión" es tenue y ajena a encasillarse en un único modelo de solución para la pluralidad de asuntos que conoce la Jurisdicción. Es claro que en esta fase se encuentran posiciones que van desde la mayor apertura a que el ajuste en la demanda sea campo propicio para formular una nueva teoría del caso, aunque se presente como una pretensión subsidiaria, hasta aquella que se apega a una lectura estricta de la frase que resalta que el ajuste o aclaración dependen de que los extremos de las pretensiones originales *"… resulten oscuros o imprecisos,…"* Obviamente el alegato del litigante de la parte actora buscará encontrar un punto de conexión entre su postura original y el extremo o extremos que pretenda ajustar; mientras que para el abogado que defiende, su

estrategia debe considerar que, lejos de resultar necesario, es en ocasiones más conveniente que la pretensión resulte en tal extremo complicada que las posibilidades de éxito en sentencia se ven disminuidas precisamente por ser esa complejidad. Lo cierto del caso es que sea necesario destacar un reciente criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que ha sentado alguna claridad en cuanto al alcance de los conceptos jurídicos que destacamos, sea el que realmente se configure una extremo oscuro o impreciso. En la sentencia 280-F-S1-2017 indicó ese Tribunal:

"El numeral 95.1 del CPCA dispone: " Si la jueza, el juez tramitador o el Tribunal, de oficio o a gestión de parte, estima que las pretensiones o los fundamentos alegados pueden ser objeto de ampliación, adaptación, ajuste o aclaración, dará a los interesados la palabra para formular los respectivos alegatos y conclusiones " (el subrayado es suplido). Esta facultad es reafirmada en el inciso 8 del artículo 73 del Reglamento de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, el que incluye dentro de las funciones propias de los jueces de juicio lo siguiente: "Inmediatamente después de abierto el juicio oral, ampliar, adaptar, ajustar o aclarar las pretensiones y alegatos contenidos en la demanda, contrademanda, contestación y réplica. Con ese fin dará la palabra a los interesados, a efecto de que formulen los alegatos correspondientes […] Para la aplicación de cualquiera de los supuestos consignados en este apartado, deberá respetarse siempre los principios del debido proceso, la defensa, el contradictorio y la bilateralidad de la audiencia. " Como se colige de las anteriores disposiciones, el CPCA prevé expresamente la posibilidad de ajustar, no solo las pretensiones, sino también los fundamentos jurídicos incluso en la etapa de juicio, siempre y cuando se respete el debido proceso. Esto último implica, por una

parte, el respeto de los límites que se derivan del principio dispositivo (de aplicación matizada en el CPCA como consecuencia de los pronunciamientos oficiosos que los juzgadores están habilitados a realizar) y de imparcialidad, cuyos postulados configuran el marco de actuación de los juzgadores, y en virtud de los cuales se encuentran vedados de sustituir a cualquiera de las partes en litigio. Si bien el CPCA le otorga tanto al juez tramitador como al de juicio amplias facultades en torno a la aclaración de las pretensiones, el alcance de estas se encuentra subordinado a una función aclaratoria, y no de innovación. Por otra, supone la posibilidad de que la contraparte pueda ofrecer pruebas que tengan por objeto desacreditar las modificaciones incorporadas. En este sentido, nótese que incluso las normas citadas dan la posibilidad de suspender hasta por cinco días la audiencia. Ahora bien, en el caso concreto, ni la Jueza Tramitadora ni el Tribunal, estaban facultados para sugerir a la parte actora ampliar su petitoria con una pretensión anulatoria o de disconformidad sustancial del acto final adjudicatorio cuestionado con el ordenamiento jurídico, pues eso comportaría una innovación y no una mera aclaración del petitum de la demanda, lo cual conlleva infracción del principio dispositivo y del de imparcialidad. Todo lo anterior permite descartar la existencia de una indefensión, en los términos expuesto por el recurrente. En consecuencia, deberá rechazarse el reproche."

De mantenerse la tendencia que se deriva con total claridad de lo fijado por la Sala Primera, ciertamente esta fase de la audiencia preliminar se verá menos abierta a la discusión sobre la posibilidad de modificar la pretensión original. Sin embargo, tampoco puede dejar de advertirse que lo anterior no implica -a mi criterio- que la pretensión originalmente expuesta en la demanda pueda verse precisada

con la audiencia del artículo 70, momento que sí podría considerarse el final para la debida precisión de lo que será el objeto del proceso, atendiendo a que ya para ese momento se tiene plenamente trabada la litis. Por demás, la realización inadecuada de esta etapa termina traduciéndose en algunas oportunidades, en una nueva etapa de ajuste y aclaración de pretensiones al inicio de la audiencia complementaria o de juicio, posición que en mi criterio resulta inadecuada pues la pretensión debería corregirse desde la audiencia preliminar, para asegurar así el fluir correcto del iter procesal, y por qué no, hasta el derecho de defensa de la parte demandada.

Y, a modo de cierre sobre este aparte, recordemos que no menos importante es la competencia otorgada al Juez Tramitador por vía del artículo 95, la cual evidentemente sí contiene una valoración en cuanto al fondo del asunto que puede realizar el funcionario. Nótese que, a diferencia del artículo 90, inciso 1, letra a), acá la autoridad judicial valora si las pretensiones pueden ser "ampliadas, adaptadas, ajustadas o aclaradas" y de estimar procedente cualquiera de esas alternativas, otorgar un plazo para que la parte demandada pueda ejercitar el derecho de defensa. En mi opinión, es evidente que el Juez Tramitador no está atado a las obligaciones que sí pesan sobre la parte a la hora de formular una demanda clara y entendible, y más bien, revela que el involucramiento del juez en el conocimiento del proceso es indispensable para hacer efectiva esta competencia. Y se insiste, so pena de parecer reiterativo, que sólo con el debido espacio de tiempo para el estudio y análisis de los casos puestos a su conocimiento es lo que permite un uso ponderado de la facultad de participar activamente en el

proceso, sin que ello pueda calificarse de parcialidad o exceso de discrecionalidad judicial.

En cuanto a las defensas previas, igualmente su trascendencia como medio de agilizar procesos que pueden fallarse anticipadamente recae en el Juez Tramitador. Un ponderado estudio de la demanda y su contestación dan lugar a que el Juez tenga una base suficiente para analizar las defensas previas que se hayan alegado por la parte demandada. Ciertamente, en el caso de la prescripción y/o caducidad, el propio Código introduce la calificación de que éstas deberán ser "evidentes y manifiestas", lo cual deja un apreciable margen de acción para que el Juez Tramitador pondere dejar al Tribunal de Juicio la valoración, precisamente en casos límite o zona gris. Sin embargo, en lo que atañe al resto de las defensas previas, esa valoración implica una mayor labor de diagnosis jurídica.

Me interesa resaltar dos de ellas: la posición que ha venido adoptando la Sala Constitucional en cuanto al alcance de sus propias sentencias conlleva a una revaloración y precisión de la defensa previa de cosa juzgada. En este sentido, es común que los accionantes hayan acudido, por similares motivos a los que constituyen el objeto de la pretensión, a solicitar la tutela del Tribunal Constitucional. Cuando la sentencia de este último tribunal es denegatoria, el análisis de los hechos que se han discutido en la vía de amparo tiene una innegable trascendencia para el contencioso administrativo, al punto de que sea válida la interpretación de que ha operado la cosa juzgada. Sin embargo, como la propia Sala Constitucional lo ha advertido, cuando a pesar de que exista un rechazo del amparo, la denegantoria se da por

involucrar aspectos de legalidad, el asunto debe necesariamente ser residenciado y analizado en el Tribunal Constitucional. El esclarecimiento de este aspecto es, sin lugar a dudas, un campo que en el futuro deberá tener en cuenta el litigante para ponderar la vía a escoger al plantear la acción jurisdiccional, precisamente por las consecuencias que para esta específica defensa previa pueda tener esa decisión.

En lo que atañe a la defensa previa de defectos no subsanados oportunamente, me inclino por sostener que ésta solo es posible de ejercitarse si el Juez Tramitador ha hecho uso de su competencia ordenadora del artículo 61, es decir que a su criterio la demanda no reúne los requisitos mínimos de admisibilidad. Cuando la demanda sea imprecisa, o carente de una adecuada técnica, u omisa en la fundamentación jurídica, ello no es fundamento para que el Juez "rescate" la deficiente actuación de la parte actora. Aquí es oportuno retomar la posición de la Sala Primera que hemos destacado líneas atrás: si la demanda se entiende y ha sido contestada sin mayores observaciones o dificultades por la parte contraria, las posibilidades de que no se alcance una sentencia favorable por la omisión de requisitos fundamentales no puede ni debe ser subsanada por la intervención "milagrosa" del Juez o la contraparte. Antes bien, la sentencia denegatoria de la instancia es el precio que se debe pagar por la falta de diligencia profesional.

En la determinación de los Hechos controvertidos, ciertamente puede indicarse que es cada vez más común que sea el Juez Tramitador el que tome la iniciativa en esta fase de la audiencia preliminar. Ello obviamente conlleva a que el

abogado litigante haya preparado la audiencia, a efecto de confrontar su valoración con la que formula el Juez Tramitador. Esta tendencia agiliza sin lugar a dudas la audiencia preliminar. Incluso, igualmente puede considerarse tendencia la posición de que aquellos casos en que la contestación de un hecho se ha tenido como parcialmente cierta, igualmente lleva a que el hecho se tenga por controvertido, sin mayor discusión, precisamente porque se sobreentiende que será sobre la parte no aceptada o rechazada que deberá versar la prueba pertinente y útil. Y en la línea de sostener la seriedad en la formulación de la demanda y la oportunidad que brinda el artículo 70 del CPCA, pareciera que la posibilidad de que la partes varíen la forma en que han formulado/contestado los hechos deviene proscrita.

En cuanto a la prueba testimonial, pareciera que la tendencia está más del lado a asumir posiciones restrictivas para su admisión. Sin embargo, creo que se trata de una posición peligrosa porque está delimitando la opción de valoración que tendría la Sección que asuma la emisión de la sentencia. En este sentido, pareciera que mantener una posición rígida en el sentido de que el testimonio no es pertinente si la persona ha tenido participación en el expediente administrativo (caso del funcionario testigo), como si el testigo no ha tenido esa participación (caso del testigo común), no pueden ser asumidas de manera tajante. Antes bien, la confrontación en vivo del testigo, con respecto a su participación en el expediente administrativo, solo abona a una mejor satisfacción del principio de búsqueda la verdad real. Igual predicado podemos hacer del testigo experto, en

especial en aquellos casos que se involucran aspectos técnicos en la pretensión y teoría del caso. Además, la figura del testigo experto fue introducida de manera expresa en el CPCA, lo cual abona a que su participación sea la norma y no la excepción. Esta tendencia al parecer, nos lleva a hacer una valoración "de fondo" del testimonio ofrecido, y no a una valoración "adjetiva" en relación con la admisión o no del testigo. En mi criterio, no es posible que pueda trasladarse la decisión de los elementos probatorios sobre los que deba emitirse la sentencia a un juez unipersonal, frente a la ponderación que el Tribunal pueda hacer en juicio de audiencia oral de las manifestaciones del testigo, intensión que definitivamente no fue la que propugnó el Código.

Viene de lo expuesto que la opción de que el asunto sea declarado de puro derecho no debería convertirse en la tendencia mayoritaria, máxime cuando ello atente contra la admisión de prueba testimonial, en cualquiera de sus opciones. Pero independientemente del tema de la prueba, desde el punto de vista de esta exposición, deviene absolutamente procedente el afirmar que, en una gran cantidad de casos, el abogado litigante debe estar preparado para realizar las conclusiones, con una detallada guía de la prueba que amerita debe ser destacada en ese momento procesal. Pretender que la prueba a admitirse va a provocar necesariamente la audiencia de juicio oral puede ser una arriesgada, por no decir suicida, posición del litigante.

La necesaria gestión de reserva de casación que prescribe el artículo 137 inciso 2 del CPCA, no puede verse como una falta de respeto al Juez Tramitador, sino como lo que prescribe el Código: un requisito de admisibilidad del

recurso extraordinario. En algunos casos, se percibe cierta molestia del Juez Tramitador por el ejercicio del recurso de revocatoria ante alguna decisión relacionada con la prueba (especialmente la testimonial), y en ello no puede verse una oposición per se a la decisión del órgano, sino precisamente la previsión que el mismo Código, y reiteradamente la Sala Primera, exige para la admisibilidad del recurso de casación por razones procesales.

La grabación del audio o del video de la audiencia preliminar es esencial para las etapas posteriores. En este sentido, no se recomienda bajo ninguna circunstancia confiar en la transcripción que se hace en forma de minuta de la audiencia, pues no necesariamente se registran las incidencias efectivamente sucedidas durante la etapa. Luego, la revisión (reproducir previamente esa audiencia y apuntar los datos de minutos y segundos en que se han adoptado decisiones importantes) es del todo recomendable. De especial relevancia para este tema lo es si la admisión de la prueba testimonial ha sido en condición común o solo de parte, pues de ello podrá tenerse una mejor idea para la elaboración de la estrategia para la audiencia de juicio oral. Además, se convierte en un medio de defensa para aclarar, en conjunto con el Tribunal de Juicio, el alcance efectivo de la participación de los testigos que se hayan logrado admitir para la siguiente fase oral del proceso.

EL ABOGADO
EN LA AUDIENCIA COMPLEMENTARIA CONTENCIOSA

LUIS A. ORTÍZ ZAMORA[255]

I. INTRODUCCIÓN

La audiencia complementaria tiene su origen en el artículo 303 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.[256]

La anormal duración del proceso, que comporta una denegación de justicia, hizo que el Código Modelo se decantara por implantar un proceso por audiencias como la

---

[255] Ponencia al VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal "Las audiencias orales en material Civil, CPCA, RPL y Penal. Convergencias y divergencias". El autor es especialista en Derecho Público, Regulación Económica y Servicios Públicos. Abogado recomendado por Chambers and Partners en las áreas de Derecho Público, Litigio y Project Finance. Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho y Miembro del Jurado Examinador de la Maestría en Derecho Público del Instituto de Enseñanza de Posgrado e Investigación de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Profesor invitado de los Cursos de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca y de los Cursos de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid. Secretario de Junta Directiva de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Co-coordinador de la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Asesor legal de la Cámara de Bancos e Instituciones Financieras de Costa Rica y Fiscal de la Cámara de Fondos de Inversión. Socio de la Práctica de Derecho Público, Contratación Administrativa y Regulación Económica de BLP Abogados. lortiz@blplegal.com

[256] Vescovi, E. (1997). *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Historia-Antecedentes-Exposición de Motivos*. Montevideo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

solución más eficaz contra su excesiva duración. De esta forma, el núcleo del proceso se desarrolla a través de las audiencias: una preliminar y otra complementaria para la evacuación de las pruebas, alegatos, conclusiones y sentencia.

Adicionalmente, la audiencia complementaria contenciosa se nutre de manera importante del Código Procesal Penal (CPP) costarricense.[257] Es por ello que, a diferencia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en su numeral 103 expresamente establecía que en lo no previsto regirían, como supletorios, el Código de Procedimiento Civiles y las disposiciones orgánicas generales del Poder Judicial, en el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) no se remite de manera supletoria a ley alguna, sino a los principios del Derecho público y procesal, en general.

Y es que, la materia penal evidentemente tiene más experiencia que cualquier otra jurisdicción en la aplicación de la oralidad, pues esta se venía gestando en nuestro país desde el Código de Procedimientos Penales de 1973, con un proceso penal inspirado en el de la provincia de Córdoba, Argentina, mismo que, en su momento y según la connotada opinión del profesor Niceto Alcalá Zamora y Castillo representaba "…para Latinoamérica un modelo inigualable, a la altura de los mejores del mundo…".[258]

Aunado a ello, el 28 de marzo de 1996 la Asamblea Legislativa aprobó un nuevo CPP con rige a partir del 1 de enero 1998,

[257] Artavia, S. & Picado, C. (2016). *Nuevo Código Procesal Civil. Comentarios.* San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

[258] Maier, J. (1977, julio-diciembre). *La reforma del procedimiento penal en Costa Rica*. Revista Doctrina Penal, 0, 103.

que se ajusta a los principios del Movimiento de Reforma Procesal en América Latina, fortaleciéndose así la aplicación y práctica de los principios procesales ya instaurados en el Código anterior. De ahí que, cuando menos al momento en que se aprobó el CPCA, se previó que la normativa procesal penal quizás sería, en lo atinente al juicio oral y a la oralidad en general, el faro supletorio al que, de manera más reiterada habría que recurrir; empero, esta premisa habría que ponerla ahora en tela de duda ante la aprobación del nuevo Código Procesal Civil (NCPC) que sí regula expresamente la audiencia complementaria y que, además, se ha lanzado decididamente a la oralidad adoptando sus últimas tendencias.

Ahora, si bien el capítulo V del CPCA se denomina "Disposiciones Generales Aplicables a La Audiencia Preliminar y Complementaria", este último término se pierde en el camino y no vuelve a utilizarse en todo el Código, pasando a denominarse, en el Capítulo VII, juicio oral y público. Con esa denominación, pues, se regula en los artículos 99 a 111, con el objetivo de acercar la justicia administrativa al administrado e imprimirles dinamismo a los procedimientos.[259]

Nos ocuparemos, pues, de describir las principales actuaciones de un abogado en la audiencia complementaria contenciosa, procurando brindar algunas recomendaciones y puntualizaciones sobre aspectos polémicos, para finalizar con un análisis de las disyuntivas más importantes que se dan entre la audiencia complementaria contenciosa, la civil y la

[259]Sánchez, I. (2008). *El Juicio Oral y Público*. En Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado (365-388). San José: Juritexto, pp. 370-371.

laboral, que son, estas dos últimas, las grandes novedades. Dejamos para el final, unas recomendaciones muy simpáticas, pero increíblemente sabias a la vez.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL JUICIO ORAL

Se dice que el juicio oral tiene su origen en la antigua Grecia. En la *Heliaia* o Tribunal de los Heliastas, que era el Tribunal Supremo de la Antigua Atenas, se conocía de los asuntos criminales no reservados al Areópago o al Tribunal de los Esphetas. El juicio comenzaba cuando el presidente del tribunal tomaba juramento a las partes y se daba lectura a la demanda y a la declaración que oponía la defensa. Acto seguido, se le concedía la palabra al demandante y al demandado; cada uno debía exponer sus razones personalmente. Como explica Platón en su Apología de Sócrates[260], el encausado comparecía ante el tribunal y de viva voz debía exponer su caso.

Apenas terminada la exposición, se votaba. Los jueces emitían el voto sin deliberación previa y en forma secreta. Cada juez recibía un guijarro que depositaba, según votase a favor o en contra, en una de las dos urnas ante las cuales desfilaba. Contados los votos, el presidente proclamaba el fallo, que era inapelable.[261]

Pero también tiene raíces en la República Romana. En efecto, durante la época del Imperio, se mantuvo la forma oral de la *questio* o *accusatio* consistente en el ejercicio de la acción ante el magistrado (*nomen referre*), quien tenía el deber de recibirla

[260] de Azcárate, P. (1871). *Platón, Obras Completas*. Madrid: Medina y Navarro Editores.

[261] Pottstock, E. (1974, marzo). *Estudio crítico del sistema procesal penal chileno*. Revista de Derecho Procesal, 7, 33-34.

(*nomen recipere*) e instaurar el *iudicium publicum*. Una vez que el actor hacía la denuncia y escribía el nombre del demandado en el protocolo judicial, se iniciaba el proceso.

El procedimiento probatorio era oral y comenzaba con una breve exposición de los cargos por parte del actor, los cuales normalmente eran rechazados por el inculpado. Acto seguido se ofrecían pruebas e intervenían los abogados, quienes realizaban una exposición del caso y llamaban a declarar a los testigos, así como también presentaban la prueba documental. La etapa probatoria solía llevar varios días.

Asimismo, si examinamos los principales procedimientos civiles romanos, es posible comprobar que la forma oral era esencial en ellos. En efecto, en el procedimiento de acciones de ley, el sistema era netamente oral, pues se tenían que recitar las fórmulas de manera verbal por medio de un *advocatus*, siendo, no obstante, la declaración de la parte lo trascendental. Por su parte, en el sistema denominado formulario coexistieron dos sistemas: uno verbal y el otro escrito, elegibles por las partes con aprobación del magistrado. Finalmente, el sistema extraordinario también estaba basado en los principios del juicio oral.[262]

En la Edad Media el enjuiciamiento dejó de ser oral y adoptó la forma escrita o inquisitiva, gracias a un Decreto del Papa Inocencio III en el año 1216, mediante el cual se estableció que todo lo actuado ante el juez debía quedar por

[262] Rodríguez, R. (2013, abril 30). *La oralidad civil y el perfil del nuevo juez*. Ex Lege, 17. 2018, febrero 6, http://bajio.delasalle.edu.mx/delasalle/revistas/derecho2013/numero_17/m_laoralidad.php Base de datos.

escrito, bajo pena de que, todo aquello que no constara en actas no tendría valor: *quod non estin actis non est in mundo*. Fue así como, tanto el interrogatorio del imputado como las pruebas ofrecidas por los testigos, se comenzaron a recoger por escrito.

El apogeo del sistema escrito o inquisitivo predominó en los tiempos más oscuros de las monarquías absolutistas de los nacientes Estados nacionales. Sin embargo, después de la Revolución Francesa, la Ilustración rescató el juicio oral e influyó para que los principios de publicidad y de inmediación quedaran consagrados en los diversos decretos que se emitieron entre los años de 1789 a 1791, los cuales estuvieron vigentes hasta la publicación del Código napoleónico de 1808, que introdujo el llamado procedimiento mixto.

Italia, por su parte, tuvo en Chiovenda al máximo exponente del proceso oral civil con influencia en gran parte de los sistemas jurídicos latinos, pues desarrolló y defendió la oralidad como la forma funcional, practica, eficaz e inmediata de impartir justicia por los tribunales.

La cercanía de España con Francia e Italia y la extensión del Imperio Francés por la península Ibérica, influyeron en la inclusión – siquiera tímida – del juicio oral en sus procesos, en los que, si bien predominaba el sistema escrito, se dejaba a la oralidad la evacuación de las pruebas y las vistas, todo lo cual quedó así plasmado en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español de 1881.

III. LA AUDIENCIA COMPLEMENTARIA

a. NATURALEZA Y FUNCIÓN

Se dice que, a diferencia de la audiencia preliminar, la audiencia complementaria o juicio oral, tiene una función bastante más concreta.[263] En efecto, su objetivo específico consiste en permitir la fundamentación de la sentencia, lo cual se realiza, de forma exclusiva, mediante el material probatorio que se genera oralmente a partir de la celebración del juicio.[264] Es hasta este momento "donde realmente existe y se resuelve el litigio, pues tanto la demanda, como la contestación y la audiencia preliminar sólo han sido la preparación del marco de referencia y de las partes para asistir a este debate en igualdad de condiciones, cuyo fin es resolver el caso."[265]

En este estadio, el tribunal de juicio debe resolver de conformidad con lo que vea y oiga en la audiencia, con los documentos que se verbalicen, los hechos que se constaten y las conclusiones que se discutan, mas no con sustento en los alegatos escritos ni la prueba documental que obre en el expediente de papel, hoy digital. En este sentido, la doctrina atinadamente ha señalado:

> "…el juez nutrirá su posición a partir de un encuentro "en vivo" con los destinatarios de su actividad. Podrá apreciar los estados de ánimo, actitudes, gestos y otra serie de mensajes que en la

[263]Milano, A. (2008). *La actividad procesal en el Código Procesal Contencioso Administrativo*. En El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo (249-362). San José: Poder Judicial, pp. 333-334.

[264]Sánchez, Op. cit., pp. 373-374.

[265] Villalobos, J. (2008). *Guía para litigar en el proceso contencioso administrativo*. San José: Investigaciones Jurídica S.A., p. 134.

> comunicación directa e inmediata se dan. Ello permitirá al juez ponderar el elemento probatorio con mejor acierto que si estuviera leyendo una abundante cantidad de narraciones hechas por escrito, sin vida y carentes de todo factor humano. La oralidad se requiere para formar el criterio más objetivo y real y prevenir el tomar una decisión de "papel". Creemos que nada puede ser más aventurado y difícil que tener que emitir una sentencia sin haber conocido a sus destinatarios. A su vez, nada más inhumano que ser destinatario de un juicio elaborado sin el derecho de la audiencia "viva" en donde queda negado el principio del contradictorio en su verdadero significado, pues las audiencias tampoco pueden ser de papel."[266]

b. TEMPORALIDAD

Normalmente, el juicio oral se celebra con posterioridad a la audiencia preliminar. De suerte que, si el objetivo de la audiencia preliminar ha sido bien cumplido por el juez tramitador y las partes, el proceso debería llegar al tribunal de juicio, libre de cualquier vicio o defecto, con las pretensiones perfectamente delimitadas, resueltas las defensas previas, decidida la intervención de los coadyuvantes, determinados los hechos controvertidos y no controvertidos, así como definidas las pruebas; en suma: saneado y ordenado.[267] Todo

[266] Sáenz, M. A. (2000). *Los principios de los procesos y la oralidad*. San José: Poder Judicial, p.225.

[267] Cfr: Villalobos, J. (2012). *Manual de técnicas de oralidad en el juicio contencioso administrativo*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

el trámite anterior a este momento no ha sido sino tan solo la preparación de esta etapa.[268]

Con todo, existen tres excepciones a esta regla, a saber: i) trámite preferente, previsto en el numeral 60 del CPCA; ii) fallo directo, previsto en el numeral 69 del CPCA; y iii) puro derecho. En el primer supuesto, una vez contestada la demanda, el tribunal de juicio dispone celebrar una única audiencia en la que se entra a conocer y resolver sobre los extremos que corresponden a la audiencia preliminar, además de la evacuación de la prueba y las conclusiones de las partes para pasar de inmediato a la deliberación y dictado de sentencia. En este escenario - por demás bastante excepcional – no hay preparación para llegar al juicio oral, sino que, con el fin de acelerar el proceso, se condensan en una sola audiencia, tanto los extremos de la preliminar, como de la complementaria. Por su parte, el fallo directo le permite al actor o reconventor solicitar que, una vez contestada la demanda o contrademanda y si la contraparte no se opone, se falle el proceso sin la celebración de audiencia alguna. Finalmente, en los casos de puro derecho, sea en aquellos casos que no haya prueba que evacuar, está previsto que el juez de trámite prescinda del juicio oral y confiera a las partes, al finalizar la audiencia preliminar, la posibilidad de formular sus conclusiones para pasar de inmediato el asunto al tribunal de juicio para que sea resuelto.

[268] Ibid, p. 133.

c. Principios Generales De La Oralidad Aplicables A La Audiencia Complementaria

El capítulo V del CPCA, que va de los artículos 85 a 89, establece las reglas generales que deben observarse en las audiencias orales, sea preliminar o complementaria (juicio oral).

Lo primero que nos recuerda el CPCA es que las audiencias son orales, por lo que a tales principios deben atenerse las partes y sus abogados, así como también asegurarlo los jueces. Por tanto, resulta esencial entender lo que en realidad es la oralidad, pues:

> "Cuando hablamos de oralidad no estamos diciendo simplemente las actuaciones de roles escénicos en un espacio más o menos majestuoso. De lo que se trata es de lograr pasar de un modelo de administración de justicia basada en el trámite, en la petición (que es el modelo de las peticiones administrativas), a una administración de justicia basada en el litigio."[269]

Para tal fin, qué mejor que valernos de la magnífica explicación de VILLALOBOS SOTO en su obra Manual de Técnicas de Oralidad en el Proceso Contencioso Administrativo, quien desarrolla ocho principios cardinales de la oralidad[270]:

[269] Citado en Picado, C. & Calderón, Ana. (2015). La oralidad como uno de los retos de las reformas procesales criminales. En Técnica & estrategia procesal - Cómo litigar - (57-76). San José: Investigaciones Jurídicas S.A., p. 57.

[270] Consúltese también: Jinesta, E. (2009). *La oralidad en el nuevo proceso contencioso-administrativo (Costa Rica)*. En Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina (327-359). México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung.

i. **Publicidad:** Es el concepto democrático de que la comunidad puede llegar a ver un juicio y vigilar no solo a los jueces sino a todos los que participan en él.

ii. **Inmediación:** Se trata de una relación personal, directa y dinámica entre el juez, los abogados y las partes; ya no se trata de nombres en un documento, de situaciones humanas alegadas por escrito de manera impersonal, sino de un conocimiento directo de todos los participantes en el proceso.

iii. **Contradictoriedad:** Las cuestiones del juicio se deben discutir "en vivo y en directo". Los argumentos presentados por escrito no son los que deben fundamentar por sí solos la resolución del juez, quien está obligado a resolver de conformidad con los argumentos y las pruebas que se exponen en la audiencia. Es la posibilidad de discutir y presentar argumentos contra la posición de la parte contraria ante el juzgador, es el elemento esencial de la oralidad, convencer a quien dicta la resolución de la posición que se defiende. En este sentido, PICADO Y CALDERÓN desarrollan la lógica de la competencia, que determina un proceso dialéctico que consiste en una actuación estratégica, desconfianza de la información ingresada por el oponente, estudio de las fortalezas y debilidades y presencia de la contradictoriedad.[271]

iv. **Identidad de los jueces:** Es el juzgador que oye los alegatos de las partes y recibe la prueba el que resuelve

[271] Ibid., pp. 69-71.

la acción, en el acto, antes los interesados y con base en lo que escuchó y vio.

v. **Humanización:** El juez tiene la oportunidad de conocer a las partes involucradas, ver que se trata de un conflicto humano en el que se discute, no solo el patrimonio de alguna persona, sino también el esfuerzo y el producto de años de esfuerzo y de metas; también que puede considerar el respeto fundamental que el honor de cada individuo se merece, el derecho a ser considerado como un ciudadano con derechos, con dignidad, con sueños y con padecimientos si es del caso.

vi. **Concentración:** Toda la trama de alegato y corrección de errores formales, definición del objeto de la demanda, admisión de pruebas y cualquier aspecto formal se debe concentrar en una audiencia oral, en la siguiente se evacúa la prueba y se hacen las conclusiones; los recursos de revocatoria se resuelven en el acto, sólo en casos de excepción hay apelación; además, se elimina el uso y abuso del "incidente" como un proceso paralelo subsidiario. Por tanto, ya no tiene sentido ni propósito estar presentando escritos innecesarios o de manera periódica, haciendo constantes gestiones para enderezar el procedimiento, o alegatos de fondo con la intención de que el juez tenga que resolverlos o, en el peor de los casos, de atrasar el proceso.

vii. **Celeridad:** Exigencia de poca duración. El proceso está diseñado para que dure un año o menos para la sentencia de primera instancia, pero para que ello dé resultado, es esencial que cada una de las partes que participan sepan cuál es su cometido y lo cumplan.

viii. **Objetivo:** La finalidad de las audiencias es dar la oportunidad a las partes de ofrecer información de calidad, para que los jueces tomen una decisión. Por ende, el litigante debe tener claro que la "mera alegación" de hechos sin fundamento, o de doctrinas jurídicas, no es en sí información de calidad, como sí lo es el manejo de los hechos reales en los que se basa su posición litigiosa, el de su prueba y el la ley aplicable al caso.

d. DEBATE

i. APERTURA

El primer acto de la obra consiste en la constitución del Tribunal de Juicio en la sala de audiencias respectiva, el día y hora señalados para tal fin. Como primera providencia el Tribunal debe acordar cuál de sus tres miembros presidirá y comunicárselo así a las partes y demás asistentes a la audiencia. Seguidamente, quien preside debe verificar la presencia de las partes y sus representantes y, cuando corresponda, de los testigos, coadyuvantes, peritos e intérpretes. De no encontrarse presente alguna de las partes, sus representantes o abogados por justa causa, o bien si no comparecen testigos, peritos o intérpretes cuya intervención

sea indispensable, se verifica entonces una de las causales de suspensión de la audiencia.

Ahora bien, una vez constatada la presencia de las partes y demás sujetos procesales y si el Tribunal encuentra que todo está en orden, entonces declara abierta la audiencia y advierte a los presentes sobre su importancia y significado. Es a partir de este momento y no antes que técnicamente se considera que el debate inicia[272], asumiendo en ese momento el Tribunal y específicamente quien presida el debate, el poder de dirección. Para tales efectos, debe dirigir la audiencia, ordenar las lecturas necesarias, hacer las advertencias legales, recibir los juramentos y las declaraciones, ejercer el poder de disciplina y moderar la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes e injustificadamente prolongadas y rechazar las solicitudes notoriamente improcedentes o dilatorias. Con todo, quien presida el debate y el Tribunal en pleno deben comportarse – valga el símil - como un buen relojero (de aquellos antiguos relojes suizos que requerían limpiezas periódicas y comprobación de la hora, de vez en cuando, con el meridiano correspondiente)[273], pues, así como deben mantenerse firmes para ordenar el debate, también deben respetar e incluso promover el derecho de defensa de las partes en aras de desentrañar la verdad real de los hechos. De manera que, el Tribunal y quien preside el debate no pueden ser, ni tan permisivos que se entorpezca el debate y se incline

[272] Véase: Sala Tercero de la Corte Suprema de Justicia, Res. No. 2000-00709 de las diez horas con veinte minutos del veintitrés de junio de dos mil.

[273] La comparación es respecto de los órganos reguladores, mas, en todo caso, resulta plenamente extrapolable al Tribunal de Juicio y a quien preside la audiencia complementaria o juicio oral. Vid: Ariño, Gaspar. (2012). *Regulación Económica. Lecturas Escogidas.* Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

la balanza a favor o en contra de una de las partes, ni tan rígidos y autoritarios que se impida el derecho de acción y defensa de las partes. Bien ha señalado la Sala Tercera que:

> *No obstante que, para velar por el desarrollo normal de la discusión, el Presidente podrá ejercer el poder disciplinario, llamando a la partes al orden y rechazando las preguntas que resulten impertinentes, capciosas o sugestivas, tales atribuciones deberá ejercerlas con suma prudencia, pero sin olvidar que como juez es contralor del debate y que en tal condición no puede asumir funciones reservas a otros sujetos procesales, ni incursionar de manera tal en el interrogatorio, que obstaculice, imposible o niegue "…el ejercicio de la acusación o la amplitud de la defensa…" (artículos 2, 6, párrafo tercero, 12, 128 y 335 del Código Procesal Penal.) Entonces, debe quedar suficientemente claro, que es el Tribunal quien dirige el debate, pero en el ejercicio de esa atribución, debe ser oportuno, prudente y respetuoso, evitando intervenciones prepotentes o meramente autoritarias, es decir que no se vinculen especialmente con la regularidad que cabe esperar en cada juicio. Un protagonismo excesivo del Tribunal, tanto cuando asume por sí mismo el interrogatorio sin dejar posibilidades de cuestionamiento para las partes, como cuando impide que éstas interroguen sobre cuestiones relevantes, compromete la imparcialidad del juzgador y lesiona severamente el principio del debido*

proceso, en especial el derecho de defensa y su corolario al derecho de audiencia."[274]

ii. CONCENTRACIÓN Y CONTINUIDAD

Uno de los objetivos de los juicios por audiencias es la concentración. Se pretende evitar la dispersión y consiguiente dilapidación de la actividad procesal. Se procura con ello reducir el desgaste de la actividad y energía de cada una de las etapas procesales, no solo juntando en una misma audiencia varios sub-actos, sino también, previendo que la consumación de los distintos actos y diligencias procesales sean próximos entre sí.[275]

Es por ello que, una vez abierto el debate, el Tribunal de Juicio debe asegurar su continuidad, a fin de lograr la concentración e inmediatez, que le son consustanciales. Así lo prevé el artículo 100.1 del CPCA cuando determina la regla de que la audiencia debe realizarse sin interrupción, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación.

Pero, además, ello queda así resguardado en la misma norma que establece de manera taxativa las causales de suspensión y los plazos exactos de suspensión bajo pena de nulidad de lo actuado. Es así como, solamente se permite la suspensión de la audiencia:

i) cuando deba resolverse alguna gestión que, por su naturaleza, no pueda decidirse inmediatamente;

[274] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Res. 2000-00140 de las nueve horas con cinco minutos del once de febrero del dos mil.

[275] Artavia S. & Picado C. (2016). Curso de Procesal Civil. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., p. 457.

ii) cuando sea necesario, a fin de practicar, fuera del lugar de la audiencia, algún acto que no pueda cumplirse en el intervalo entre una sesión y otra;

iii) si no comparecen testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la Fuerza Pública;

iv) en caso de que algún juez, alguna de las partes, sus representantes o abogados estén impedidos por justa causa, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados en ese mismo acto;

v) cuando alguna manifestación o circunstancia inesperada produzca en el proceso alteraciones sustanciales y por ello, haga indispensable una prueba extraordinaria.

Sobre el particular, resulta interesante resaltar lo que concluyó la Sala Constitucional ante la impugnación del numeral 100.1) al considerar el accionante que dicha norma lesiona el debido proceso porque permite que el juzgador deje en estado de indefensión absoluta a la parte que, aun citando debidamente a su testigo, no cuenta con la posibilidad de la suspensión de la audiencia para presentarlo:

> *Sin embargo, la norma en comentario que da la potestad al Juez de valorar si el testigo ausente es indispensable, o no, no resulta inconstitucional. En este punto, es importante citar las sentencias número 1550-99, de las 15:15 horas del 3 de marzo de 1999,2001-9136, de las 14:47 horas del 12 de setiembre del 2001 y 2005-12200 de las 15:41 horas del 7 de setiembre del 2005, en las que*

la Sala estimó que la limitación impuesta en el artículo 320 del Código Procesal Penal es conforme con el Derecho de la Constitución, en cuanto la parte puede promover los mecanismos procesales que el ordenamiento le concede, en el supuesto de que se rechace un medio de prueba sin que el Tribunal conceda motivación alguna, además de que mediante el recurso de revocatoria puede solicitarle al Órgano Jurisdiccional que rectifique su decisión, suministrando, con ese fin, los elementos probatorios que considere pertinentes para la defensa de sus intereses. Así, las posibles infracciones que se produzcan en la tramitación del proceso pueden ser alegadas por la parte en el recurso de casación; lo cual evidencia que no se infringen los derechos del debido proceso y de defensa.

Por tanto, fuera de los anteriores supuestos, en virtud del principio de legalidad procesal que resulta aplicable en la especie, el Tribunal está impedido de suspender la audiencia. De igual forma, en virtud de dicho principio cardinal, la suspensión no debe superar el plazo máximo de cinco días que el inciso 3) del mismo numeral 100 dispone, salvo que, a criterio del Tribunal – que en todo caso deberá ser motivado, razonable y proporcionado – exista motivo para una suspensión mayor. Tan esencial resulta la concentración, continuidad e inmediación al proceso por audiencias, que el numeral 100 cierra la regulación de las suspensiones con una medida tajante, cual es la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado y resuelto, si las circunstancias que originan la suspensión hacen imposible continuar la audiencia después de transcurrido el plazo de quince días, salvo los actos o las

actuaciones probatorias irreproducibles, los cuales mantendrán su validez en la nueva audiencia convocada.[276]

iii. ACTA

El artículo 102 del CPCA determina la necesidad de levantar un acta de la audiencia. Como es lo propio de los procesos por audiencias, si bien es aplicable el principio de registración, el acta no debe corresponder a la letra de lo acontecido durante el debate, sino a un simple resumen que deberá contener:

i) el lugar y la fecha de la vista, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y las reanudaciones;
ii) el nombre completo de los jueces;
iii) los datos de las partes, sus abogados y representantes;
iv) un breve resumen del desarrollo de la audiencia, con indicación, cuando participen en esta, del nombre de los peritos, testigos, testigos-peritos e intérpretes, así como la referencia de los documentos leídos y de los otros elementos probatorios reproducidos, con mención de las conclusiones de las partes;
v) las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la audiencia y las objeciones de las partes; la observancia de las formalidades esenciales;
vi) las otras menciones prescritas por ley que el Tribunal ordene hacer; las que soliciten las partes, cuando les

[276] En alguna resolución de la Sala Constitucional, sin embargo, se ha señalado que el plazo máximo de suspensión de la audiencia oral podría transgredirse sin que por ello se produzca la nulidad de la audiencia, siempre y cuando las partes alcancen un acuerdo al respecto. Res. No. 5541-97 de las diez horas doce minutos del 12 de setiembre de 1997.

interese dejar constancia inmediata de algún acontecimiento o del contenido de algún elemento esencial de la prueba y las revocatorias o protestas de recurrir;

vii) cuando así corresponda, la constancia de la lectura de la sentencia; y finalmente

viii) la firma de las partes o de sus representantes y de los integrantes del Tribunal.

Precisamente, en virtud de lo anterior es que la jurisprudencia ha mantenido la tesis de que un vicio en el acta no puede ocasionar la nulidad de la sentencia. En este sentido, en la Res. 07687-98 de las nueve horas del treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho la Sala Constitucional estableció:

> *La omisión de las actas del debate, al no consignarse las manifestaciones más relevantes de todas las personas que intervinieron en los juicios constituye una alegación que realmente no tiene fundamento jurídico, en tanto, uno de los principios que rigen el proceso penal es precisamente la oralidad, en virtud del cual en las actas del debate no se registra ninguna manifestación dada por las partes que intervienen en él.*

En similar sentido, huelga resaltar también lo que sobre la irrupción de las nuevas tecnologías de la información en la oralidad ha establecido la misma Sala Constitucional:

> *"IV.- (…) Cabe advertir que la oralidad en los procesos ante la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se ve, aún más, potenciada y reforzada puesto que, basta con levantar un acta lacónica que indique, grosso*

modo, las vicisitudes de la audiencia, dado que, es gravada y respaldada en un DVD, del cual pueden las partes solicitar copia para ejercer el derecho de defensa. Por su parte, cualquier otra instancia que deba verificar la motivación o fundamentación de las resoluciones orales adoptadas, también puede acudir a ese medio. Estas nuevas herramientas tecnológicas le permiten al órgano jurisdiccional ocuparse de la audiencia y las resoluciones que dicte verbalmente, más que de su respaldo escrito.[277]

Con todo, la norma sí prevé que, en los casos de prueba compleja, el Tribunal pueda ordenar la transcripción literal de la audiencia, lo cual, en todo caso resulta muy excepcional y, en todo caso, debe realizarse una grabación del debate, mediante cualquier mecanismo técnico, cuya grabación deberá conservarse hasta la firmeza de la sentencia.

iv. El Discurso De Apertura

El acto procesal que describe el canon 104, siempre del CPCA, es lo que se conoce en la jerga forense como el discurso de apertura. Esta es la oportunidad para que el litigante introduzca al tribunal en un marco de referencia para que posteriormente tome su decisión; es la introducción a nuestra tesis, de forma que los jueces tengan una lente para observar lo que se desarrollará en el juicio[278].

Ahora bien, para tales efectos, debe proponerse la teoría del caso, mediante la promesa de los hechos que se van a probar y la fundamentación del derecho aplicable a la

[277] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. No. 17955-07 de las 14:35 hrs. del 12 de diciembre de 2007.

[278] Quirós J. (2008). *Manual de Oralidad.* San José: Investigaciones Jurídicas S.A., pp. 80-81

pretensión de nuestra demanda, o en su caso a nuestras defensas y excepciones. Como explican PICADO y CALDERÓN, toda teoría del caso está compuesta por tres elementos: i) componente fáctico; ii) componente jurídico; y iii) demostración. El primero representa la base estructural sobre la que se apoyará nuestra tesis, el segundo consiste en la subsunción de los hechos previamente identificados dentro de las disposiciones legales aplicables y el tercero se conecta con los otros previamente expuestos.[279]

No es este el momento de formular conclusiones, sino tan solo de sentar las bases y credibilidad de nuestro caso[280]. Así, de lo que se trata es de realizar una presentación coherente del caso, a fin de que los jueces obtengan una imagen –siquiera preliminar y borrascosa en este momento procesal– de lo ocurrido, para lo cual, lo usual es que el Tribunal conceda un espacio de 10 a 15 minutos, sin permitir divagaciones ni desviaciones.

v. EVACUACIÓN DE LA PRUEBA

Una vez realizado el discurso de apertura sigue la etapa de evacuación de la prueba. Si bien el artículo 104.2 dice que el orden no es imperativo, sino que puede ser ajustado discrecionalmente por el Tribunal, lo normal es que se reciba, primero los informes periciales, luego los testigos y testigos-peritos y finalmente la confesional aunque, si la parte va a presenciar el debate oral, lo lógico sería que se reciba primero su confesión para que luego pueda mantenerse en la sala de juicio sin temor a que dicha prueba se pueda ver viciada por

[279] Picado, C. & Calderón, Ana. Op. cit. pp. 87-93.

[280] Villalobos, J. (2008). *Manual de técnicas de oralidad en el juicio contencioso administrativo*. Op. cit. pp. 80-81.

la presencia del confesante en el juicio de previo a su deposición.

i. INFORMES PERICIALES

Resulta importante iniciar mencionando que, en virtud de los principios de la oralidad aplicables al proceso contencioso administrativo, la prueba no es el informe escrito que se presentó al expediente, sino la declaración del perito durante la audiencia de juicio.[281] Ello es en virtud de que, no solo el artículo 94.6 del CPCA dispone que el informe será presentado por escrito, pero sin perjuicio del informe oral en las audiencias, sino que el 105.1 y 105.2 *ibídem* disponen, no solamente la discusión de los informes periciales, sino además el llamado a los peritos y su obligación de responder a las preguntas que se le formulen, así como el derecho de las partes de pedir, en ese momento y no antes, la adiciones y aclaraciones verbales.[282]

Otro aspecto que merece comentario en relación con la prueba pericial es la posibilidad que brinda el CPCA a las partes de, en principio, solicitarle al Tribunal la asistencia de un consultor en una ciencia, arte o técnica. En la práctica, sin embargo, no ha sido este supuesto que ha venido ocurriendo, sino que las partes, *motu proprio,* traen a sus consultores sin previo aviso. De igual forma, el Tribunal tiene la potestad de hacerse acompañar por un consultor técnico. Esta figura de nuevo cuño viene a cuento porque, es precisamente frente a la evacuación de peritajes técnicos complejos que el consultor técnico adquiere mayor relevancia, pues pueden coadyuvar a las partes a dirigir los interrogatorios, tanto de peritos como

[281] Ibid, pp. 110-111.

[282] Milano. Op. cit., p. 346.

de testigos-peritos, así como de encontrar fallas en sus declaraciones para luego explotarlas durante las conclusiones. Lo normal es que los consultores técnicos tan solo "le hablen al oído" a los litigantes y sean estos los que formulen las preguntas, sin embargo, en algunos casos técnicamente complejos se ha permitido que el consultor técnico formule directamente el interrogatorio, ya sea al perito o al testigo-perito a fin de que puedan hablar en el "mismo idioma".

ii. Testigos y Testigos-Peritos

El artículo 106 del CPCA regula lo atinente a los testigos y testigos peritos, y se complementa, asimismo, con lo que al efecto establece el 107.

En primer término, debe señalarse que, como es usual en los otros procesos con fases orales, también en el contencioso administrativo los testigos están impedidos de ser informados de lo que sucede en la sala de juicio antes de su declaración. Para ello, se les debe aislar en alguna otra sala, oficina o instalación independiente del lugar donde se desarrolla la audiencia de juicio. De igual forma, una vez que el testigo ya ha declarado y si existiera la posibilidad de que vuelva a ser interrogado, el tribunal debe disponer que se le mantenga incomunicado; en caso contrario, puede quedarse en la sala o bien retirarse a su elección.

En cuanto al orden en que deben ser llamados los testigos y testigos-peritos, el CPCA dispone que los primeros han de ser los ofrecidos por el actor y con posterioridad los propuestos por el demandado. En ambos casos, evidentemente, se comienza por el interrogatorio de la parte

que lo ha ofrecido, para luego abrir la posibilidad a la contraparte de contrainterrogar. Finalmente, como es deber de los jueces es buscar la verdad real de los hechos, en materia contenciosa se les permite indagar todo cuanto les parezca necesario.

Ahora bien, aunque tanto el testigo como el testigo-perito son testigos, lo cierto es que entre uno y otro existen diferencias. El primero declara sobre hechos puros y simples, por lo cual, no resulta apropiado realizarle preguntas que impliquen algún juicio de valor derivados a partir de esos hechos. Los testigos peritos, por su parte, son aquellas personas que, por una circunstancia no prevista, además de haber presenciado o participado en los hechos que interesan en un proceso judicial, tienen un conocimiento especializado en determinada materia que los habilita para emitir opiniones o conclusiones en una declaración en juicio, inadmisibles en un testigo normal.[283]

En cuanto a las preguntas y repreguntas que se pueden formular, es importante tener en cuenta los tipos de preguntas que el CPCA determina como objetables. El artículo 107.3) determina el deber de los jueces de evitar que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Las primeras son aquellas en las que se trata de confundir al testigo proveyéndole en la pregunta de información falsa o hechos aún no probados para hacerlo incurrir en una respuesta incorrecta; en las segundas se sugiere al testigo en

[283] Villalobos, J. (2008). *Manual de técnicas de oralidad en el juicio contencioso administrativo*. Op. cit. p. 120.

la misma pregunta la respuesta; mientras que las terceras son aquellos que no tienen relación con los hechos controvertidos.

iii. CONFESIÓN

Finalmente, en cuanto a la prueba confesional, esta viene permitida por el canon 108 del CPCA. En sus contextos generales mantiene la misma lógica del proceso civil, pero tiene una particularidad en materia contenciosa cual es que, por disposición del artículo 301 de la Ley General de la Administración Pública, se prohíbe la confesión de las administraciones públicas, de manera tal que las declaraciones de sus funcionarios únicamente pueden tener carácter de testimonios. Con todo, aun y cuando se mantiene este privilegio para las administraciones públicas, el numeral 83.1 del CPCA sí ha modificado, respecto de la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la disposición según la cual las declaraciones de los funcionarios públicos solamente podían darse vía informes escritos dados bajo la fe de juramento y no de manera oral. Ello así, hoy es perfectamente posible que las partes o el Tribunal requieran la declaración testimonial de la persona funcionaria o de las personas funcionarias que hayan tenido participación, directa o indirecta, en la conducta administrativa objeto del proceso.

vi. ALEGATO DE CONCLUSIONES

Dispone el CPCA que, una vez evacuada la prueba, las partes deberán formular sus conclusiones hasta por el tiempo máximo otorgado por el Tribunal.

Al igual que sucede con el alegato de apertura, es muy importante que los litigantes tengan claro cuál es la función y

objeto de esta etapa procesal para que puedan sacar el mayor provecho de ella.

Para este momento los jueces ya tendrán una visión bastante clara de los hechos, de manera que ahora nuestro objetivo debe ser convencer a los jueces de que nuestras proposiciones fácticas fueron demostradas[284] y que el derecho alegado no solo regula esos hechos demostrados, sino que además sustenta nuestras pretensiones. De acuerdo con ARTAVIA y PICADO, la utilidad del alegato de conclusiones está en la recapitulación sintética y metódica que, de los hechos, la prueba, la jurisprudencia, la doctrina y la normativa realizan las partes para fundamentar la admisión de sus respectivas tesis.[285] Para ello, los mismos autores recomiendan estructurar las conclusiones sobre la base de los siguientes pilares:

i) Síntesis de aspectos fácticos relevantes que se demostraron o no se demostraron; una especie de proyecto de sentencia.
ii) Análisis de conclusiones jurídicas que justifique el acogimiento de las pretensiones o bien su rechazo.
iii) Indicación de los elementos de prueba evacuados que fundamenten y demuestren la conclusión, con indicación del tipo de prueba de que se trate y los folios donde conste.
iv) Las razones para rechazar los argumentos de la contraparte.
v) Una síntesis de las los hechos y pruebas relevantes evacuadas y aportadas.
vi) Alegato breve, preciso y veraz.

[284] Quirós. Op. cit., p. 123.
[285] Artavia S. & Picado C. Op. cit., p. 501.

vii) Por un tiempo prudencial; ni tan poco que solo permita el suspiro de arranque, ni tan largo que se vuelva tedioso y reiterativo.

Finalmente, debe advertirse que en el alegato de conclusiones no es admisible formular nuevas pretensiones, reformular o ampliar las existentes ni ofrecer prueba nueva, aunque lo cierto es que el tribunal mantiene siempre su potestad de ordenar prueba para mejor resolver hasta antes de dictar sentencia.

e. Deliberación y Dictado De La Sentencia

Dispone el numeral 111 del CPCA que, transcurrida la audiencia, el tribunal deliberará inmediatamente y procederá a dictar sentencia. Se emitirá oralmente en ese acto; para tal efecto, el tribunal podrá ordenar un receso. La sentencia dictada oralmente quedará notificada con su dictado, pero el tribunal tendrá la obligación de entregar a las partes, en ese mismo acto, una reproducción escrita de la sentencia. A partir de esta norma es posible interpretar que la intención del legislador fue que la regla fuera el dictado inmediato y oral de la sentencia, al terminar la audiencia complementaria o juicio oral, precisamente en aras de poner en práctica los principios de inmediatez y concentración.

El legislador, sin embargo, previó supuestos – claramente de excepción – en los que no fuera posible emitirla en el acto oralmente. Para tales efectos, igualmente en aras de respetar la inmediatez y concentración, dispuso reglas rígidas en cuanto a los plazos para dictarla, siendo la regla general que la sentencia debe dictarse por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes y en casos muy complejos, según lo

determine el juez, dentro del plazo máximo de quince días hábiles siguientes a la terminación del juicio oral y público. Asimismo, con el fin de que no se mal interpretara que los plazos son ordenatorios, se estableció también que, vencidos los plazos, lo actuado y resuelto será nulo, por lo que el juicio oral y público deberá repetirse ante otro tribunal, que será el encargado de dictar la sentencia, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes; lo anterior, salvo en el caso de los actos o las actuaciones probatorias irreproducibles, que mantendrán su validez en la nueva audiencia convocada. Esto ha dado lugar, justamente, a anulaciones por parte del Tribunal de Casación y de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la que se ha condenado a los jueces integrantes del tribunal de juicio respectivo a correr con los gastos incurridos por su inacción.

Lamentablemente, lo que el legislador previó como la que debía ser la regla, se ha convertido en una excepción cada vez más rara: la sentencia oral dictada inmediatamente después de concluir la audiencia complementaria o juicio oral.

IV. Principales Divergencias De La Audiencia Complementaria Contenciosa Con El Proceso Civil y Laboral

Analizada que ha sido la audiencia complementaria contenciosa, en relación con las actuaciones del abogado que tienen mayor repercusión en ésta, se estima ahora necesario realizar, si quiera de manera breve y únicamente en lo que resulta relevante, una comparación entre el CPCA, el NCPC y el Código Procesal Laboral (CPL) – estos dos últimos por su novedad - a fin de desentrañar sus puntos de disociación.

En efecto, respecto del NCPC, encontramos que su principal punto de desencuentro radica en que, mientras para aquél el señalamiento para audiencia complementaria es la excepción, en el CPCA esta constituye la regla, únicamente quebrantada por los casos de fallo directo y puro derecho, no así por los casos de tramitación privilegiada que no eliminan la audiencia complementaria, sino que solo la subsumen, junto a la preliminar, en una sola. En el caso del NCPC, se trata de la excepción por tres razones: la primera porque la audiencia complementaria solo procede para procesos ordinarios de mayor cuantía, y segundo porque, antes de hacer el señalamiento, el juez debe examinar si se está en alguno de los supuestos del artículo 102.3 ó 39 NCPC que permiten prescindir de la audiencia complementaria y tercero porque el numero 102.4 NCPC establece que, si por la naturaleza o circunstancias del proceso, porque no existe prueba que practicar o por cualquier otra razón, a criterio del juez, no se justifica el señalamiento para la audiencia complementaria, se omitirá la realización de esa actividad".[286]

Con respecto del CPL, se observan dos grandes diferencias. Primero, que la regla general en este es que los procesos se ventilen en una sola audiencia, pero dividida en dos partes: una preliminar y una complementaria. Sobre el particular OLASO explica que "el numeral 512 dispone que, el proceso ordinario, se sustanciará en una audiencia oral, que se dividirá en dos fases: una preliminar y otra complementaria o de juicio."[287] Y segundo, que, a diferencia de la regla general

[286] Artavia, S. & Picado, C. (2016). *Nuevo Código Procesal Civil. Comentarios*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., p. 189.

[287] Olaso, J. (2017, enero). *El proceso de audiencias previsto en la reforma laboral*. Revista de la Sala Segunda, 14, 21-30.

establecida en el CPC, mas no respetada en la práctica, de que el fallo debe ser oral, se determina en el 518.4) del propio CPL que el fallo debe ser necesariamente escrito.

V. CONCLUSIÓN

Luego de haber repasado las principales actuaciones de un abogado en la audiencia complementaria contenciosa y haberla comparado con los procesos civiles y labores, conviene ahora recordar que, por más trucos de magia que utilicemos para sacar de la chistera judicial el conejo de la victoria, ésta siempre va a depender de muchos factores exógenos sobre los que no tenemos control.[288] Viene por ello al caso el comentario del célebre Calamandrei, sobre la confesión frívola que le efectuó un alto magistrado amigo suyo próximo a jubilarse:

> *"Puede ser que, si se hace un cálculo de probabilidades, una mitad de las sentencias sean injustas y que por consiguiente una mitad de los condenados que están en la cárcel sean inocentes; pero, por la misma razón, una mitad de los que han sido absueltos y han quedado en libertad, eran en realidad culpables y deberían estar en la cárcel. No hay que conmoverse por un solo caso singular; hay que considerar el fenómeno del error judicial en los grandes números y entonces se echa de ver que, de acuerdo con la estadística, hay compensación entre los errores de uno y otro sentido. Así, la balanza de la justicia queda en equilibrio, y nosotros los jueces, podemos dormir tranquilos".*

[288] Para ampliar puede consultarse: Posner, R. (2008). *How Judges Think*. Harvard University Press.

Por tanto, el mejor consejo con el que puedo concluir es: seguir al pie de la letra los vericuetos del CPCA, estar al día en la jurisprudencia y la doctrina, sentarse – como decía Newton - sobre los hombros de gigantes[289], pero, sobre todo, seguir las veinte reglas de oro que nos brinda con mucho humor, pero también sabiduría, el Magistrado del Tribunal Superior de Asturias, José Ramón Chaves García ("Sevach")[290], a los litigantes administrativas para ganar un contencioso:

"1. Honradez. Una retirada a tiempo es una victoria. Explicar al cliente lo atinado de no embarcarse en un pleito largo y costoso, puede dar lugar a una minuta menor pero una mayor satisfacción para cliente y abogado. Un cliente puede entender una derrota, pero es difícil digerir además la decepción o el engaño de su abogado. Una cosa es que un asunto sea defendible y otra muy diferente que esté ganado. Como dicen los aficionados a la tauromaquia "hasta el rabo, todo es toro".

2. Sensibilidad. El abogado tipo "House" no es un modelo a imitar. Aunque el cliente sea un empresario creso, un rudo trabajador, un quejoso funcionario o un ciudadano rebelde, todo cliente necesita en su fuero interno que su abogado crea en él, que valore lo que el valora, y que

[289] Isaac Newton (1643-1727) escribió esa frase en una carta a Robert Hooke (1635-1703) con fecha 15 de febrero de 1676 en la que hacía mención a sus predecesores aludiendo a los hombros de los gigantes. En esa carta Newton daba muestras de humildad, al menos aparentemente, al confesarle a Hooke: *Si he visto más lejos es porque estoy sentado sobre los hombros de gigantes*.

[290] Chaves, J.R. (octubre, 6, 2010). Cómo ganar un juicio contencioso: veinte reglas de oro. febrero, 11, 2018, Sitio web: https://delajusticia.com/

humanice los vericuetos procesales para explicárselos. El abogado moderno ha de ser un cruce entre letrado y psiquiatra, pues un proceso contencioso-administrativo es parecido al descenso de Dante a los infiernos, donde el atribulado cliente tendrá que soportar minutas, gastos procesales, esperas interminables, incertidumbres y posiblemente decepciones, y para ese viaje, bien viene que el piloto procesal encarnado por el abogado, lo haga más llevadero.

3. Modestia. Nadie tiene todo el Derecho Público en la cabeza, ni nadie es capaz de contar con una bola de cristal infalible sobre el avatar judicial. Hoy día en que hay bases de datos completas y actualizadas de jurisprudencia, buena parte de los abogados se han convertido en sabuesos de sentencias. Buscan la sentencia similar, el precedente o el caso ya resuelto que permita extraer el fragmento o doctrina que avale su tesis. Y eso está muy bien, pero no basta. El Derecho Administrativo no puede encerrarse en un Manual ni en una sentencia. Es dinámico y poliédrico. Y, sobre todo, no puede improvisarse. Hay que conocer el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal. No basta con ser un buen civilista, laboralista o penalista, o un administrativista armado solamente con la calificación universitaria. Al igual que por saber mover las piezas de ajedrez no se garantiza el triunfo, el jaque mate en un proceso contencioso-pasa por estudiar muchas "aperturas, estrategias" y practicar, practicar mucho.

Y en todo caso, por mucha experiencia que se atesore, por mucho que nos elogien, en Derecho Administrativo nadie lo sabe todo, y hay que esperar sorpresas de toda índole, ya que

como decía un amigo, **"es una disciplina similar a un saco de cristales: si metes la mano, te cortarás".**

4. Tenacidad. Hay que zambullirse en el litigio con el interés de quien presiente que esa sentencia será histórica. No basta con leer transversalmente el expediente, o con recordar algún caso similar o con asumir el comentario de un colega en el café sobre el desenlace de cuestiones similares. Hay que estudiar el asunto y entrar "en trance". Hay un momento del letrado, entre papeles y bajo el flexo, en que se da cuenta, como tan a menudo ocurre a los místicos, que su mente se abre de forma aparentemente inexplicable y se capta la clave del enfoque jurídico. Ahí está la llave sobre la que construir la demanda o la contestación, pero es una musa que sólo acude con el estudio y la reflexión.

5. Pasión. El letrado no debe convertir su bufete en una máquina de *vending*, ni un *McDonald´s*. No todo es la minuta y despachar escritos hacia ese remolino que son los Tribunales. El abogado ha de implicarse en el asunto y luchar tanto lo pequeño como lo grande, con el mismo énfasis y rigor. Es cierto que hay asuntos de mayor calado y otros de ínfima cuantía o entidad, pero lo que no puede ignorarse es que para el cliente su asunto es vital, y esa perspectiva subjetiva merece un respeto. Además, el éxito del letrado no proporciona solamente dinero y elogios, sino que le dota de seguridad en sí mismo. Con cada éxito, el abogado aprende a arriesgar más, a minorar el temor reverencial de los juicios, y se vuelve más exigente. Y con ello, se ganan más y más juicios…

6. Minuciosidad. El abogado debe escudriñar el expediente administrativo como un piel roja, buscando

huellas, incongruencias, problemas de actos propios, un funcionario que se extralimita, una notificación defectuosa, un certificado sin firma, etc… Una mirada serena al expediente posiblemente cosechará los ases del triunfo. Y a veces para pescar unos pocos peces hay que pasar muchas horas en el río…

7. Pulcritud. Si se trata de una vista oral, nada de verborrea ni chorros argumentales difíciles de seguir; y si se facilita minuta escrita de la exposición vertida oralmente, pues mucho mejor (si la acepta el juez, beneficia, y si la rechaza, nada perjudica).

8. Brevedad. Lo breve, si bueno dos veces bueno. Las demandas y oposiciones no son examinadas por los jueces "al peso".

9. Exactitud. Si se quiere vencer, hay que convencer… al juez. Un escrito procesal claro y ordenado tiene mucho ganado. El letrado no debe divagar ni refugiarse en la cita de "notoria jurisprudencia" sin precisarla. En el ámbito contencioso-administrativo, es fundamental distribuir los hechos, y los fundamentos para desembocar en un "Suplico, bien clarito". La prueba debe "apostillarse", aunque la norma procesal no lo imponga ya que tampoco lo prohíbe, y, por tanto, si se propone un grupo de testigos, no está de más explicar mínimamente la posición o quién es ese testigo, para facilitar su admisión. Las conclusiones jamás deben ser la repetición "corta y pega" de demanda y contestación. Es una ocasión de oro para resumir y centrar el litigio, y demostrar que no se trata de un asunto rutinario.

El abogado que plantea una demanda gloriosa e impecable y que "se echa a dormir" en el trámite de prueba o en el escrito de conclusiones, bien haría en tener presente la fábula de la tortuga y la liebre.

10. Elocuencia. Hasta para dirigirse a Dios, Jesús recomendó el sencillo Padrenuestro. Con mayor razón, un escrito dirigido a un juez puede ser sencillo y eficaz, si incorpora una buena argumentación, que además suplirá la falta de jurisprudencia o normas favorables. Hay que presumir que el juez está agobiado de tiempo, por lo que ser didáctico y con lenguaje accesible, bajo una argumentación impecable y amena, posiblemente conseguirá captar la atención y comprensión del juzgador.

11. Respeto. No abusar de la adulación al juez ni denigrar a la otra parte. No insultar. En un mundo donde la solución al litigio (bien por dudas de derecho, o bien por discutirse la prueba de hechos), es dudosa, bien está no provocar la animadversión judicial por las malas formas. La frontera entre la imposición de costas procesales o su exoneración puede venir dada por una frase descortés o vejatoria hacia la parte contraria. Y no digamos hacia el propio juez… que será una esfinge con balanza, pero tiene su corazoncito.

12. Autenticidad. Además de contar con el apoyo de la norma, hay que intentar demostrar al juez que se actúa por convicción personal y por confianza en la Justicia. Demuéstrese que el pleito no es por capricho ni para fastidiar a nadie. Buena fe.

Y si se busca la razón, no es buena idea atascarse en formalismos. Es más, llegado el caso, no hay que vacilar en solicitar un perito judicial y confiar en lo que depare su ciencia como tercero imparcial. Demuestra una confianza en la ciencia y la objetividad que resulta del agrado de los jueces.

13. Evitar rodeos. El atajo es el camino más corto. En el mundo contencioso-administrativo pueden obtenerse victorias pírricas con sentencias que no satisfacen al cliente, y hay ocasiones en que hay que sacrificar esas pequeñas conquistas parciales. Es el caso de algunos defectos de motivación en resoluciones administrativas que sólo conducen a una sentencia favorable pero que condena a la Administración a retrotraer el procedimiento con lo que todas las partes vuelven a estar en la "casilla de salida". O el caso de algunos motivos de inadmisión (ej. Falta de postulación) que provocan la demora del proceso hasta uno nuevo que los subsane. En la tesitura de esgrimir esos motivos impugnatorios que son puros rodeos, quizás hay que recordar que a veces ceder un poco sirve para ganar mucho.

14. No citar doctrina como regla general. El juez está sometido al imperio de la Ley, y bien está la doctrina que ilustra la interpretación de aquélla, pero jamás debe convertirse la demanda en una invocación de autoridades académicas, ni un "corta y pega" de citas bibliográficas. Las demandas no son tesis doctorales, y si se trata de acompañar un dictamen de un Catedrático – aunque revela seriedad del demandante- mejor será que ese dictamen se reconvierta en demanda o contestación y en boca de abogado (el propio profesor, en su caso).

15. Autocrítica. Los escritos procesales reflejan el impulso de su autor, y ya que los tratamientos de textos actuales permiten corregir, ampliar o reducir para un "*photoshop* jurídico", hay que releer los escritos principales (demanda y contestación). Las segundas lecturas, con un intervalo temporal, arrojan nuevas perspectivas. Lo ideal es que un compañero de bufete o un tercero lo lean y efectúen observaciones, pero en su defecto, el propio autor ha de buscar los defectos de sus propios escritos, y revisarlo detenidamente hasta que cree en ellos, y si se da cuenta de que ha dicho algo estúpido deberá tener la valentía de suprimirlo.

16. Perspicacia. El letrado debe conocer al juez y la otra parte. Los jueces suelen tener un perfil psicológico (pro administración o pro ciudadano; reacio o proclive a las cautelares; generoso o rígido para admitir pruebas, etc.). También hay que explotar las debilidades del contrario: hay abogados agresivos y benévolos; abogados rigurosos y frívolos; abogados de sustancia y de formas, etc. Y la mejor manera de conocer la "fauna forense" es cambiar impresiones y anécdotas con los compañeros. Los retrato-robot psicológicos siempre ayudan.

17. Nada es insignificante. Ni el cliente, ni la cuestión litigiosa, ni el trámite procesal. Por una herradura se perdió una batalla, y por un defecto en el escrito de interposición puede recibirse el varapalo de la desviación procesal; por una prueba omitida recibir el chorro frío de hechos probados que no se ajustan a la realidad; y por una dejadez puede tropezarse el letrado con esa horrible pesadilla que es la

"inadmisibilidad", la "preclusión", la "caducidad" o demonios similares que abortan el proceso ya iniciado.

18. Administrar el tiempo. Camarón que se duerme, se lo lleva la corriente. Los plazos no deben agotarse, ni es buena técnica el consabido hábito de apurarlos al máximo. El tiempo del letrado y el tiempo del juez requieren atención. Hay un tiempo para explicarse el letrado y un tiempo para convencerse el juez.

19. Explotar el impulso o dejadez del contrario. Al igual que en los deportes de lucha libre y judo, hay que saben aprovechar el impulso del oponente, el abogado debe sacar ventaja de la acción u omisión del contrario. Si es demandante tendrá que aprovechar la carga de la prueba de la Administración (cuando es quien tiene archivos y documentos, o cuando sanciona o impone actos de gravamen) y si es demandado examinará con lupa el escrito de interposición y la demanda para ver desajustes. Cada parte ha de rastrear el escrito de la contraparte para encontrar la valiosa incongruencia, el error u omisión, la pista definitiva, etc.

20. Contar con paracaídas. El letrado, para el caso de reveses judiciales ha de contar con un plan B, y C, y D… Sin perder la perspectiva realista, frente a la sentencia o auto desfavorable hay que barajar desde el inicio la posibilidad de apelación, la casación, la nulidad de actuaciones, el Tribunal Constitucional, e incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc. Y si la sentencia favorable para el particular se queda corta en el fallo, habrá que intentar forzarla en el incidente de ejecución, de igual manera que si es desfavorable

para la Administración, ésta intentará la inejecución, más o menos disimulada.

Lo importante para el abogado es explicar al cliente, sin tremendismo, pero con realismo, el vía crucis posible y las distintas opciones a corto, medio y largo plazo."

Y finalmente, si nada de lo anterior funciona, decirle al cliente cuando se le comunica la mala noticia de una sentencia en contra: "Si lee usted con detenimiento la sentencia, al final el propio juez dice: "Fallo…", o sea, que si el mismo lo reconoce… ¿qué voy a añadir yo?"

ASPECTOS PROCESALES Y AUDIENCIA DE LA EXPROPIACIÓN Y JURISPRUDENCIA VIGENTE

Daniel Rojas Pochet[291]

I.- La Expropiación

Es importante destacar la naturaleza jurídica de la expropiación, a efectos de entender los alcances y finalidades del procedimiento. El fundamento del proceso de expropiación en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra en el artículo 45 de la Constitución Política, el cual preceptúa el Principio de la inviolabilidad de la Propiedad Privada. Mediante esta norma constitucional, se consagra la protección a la propiedad privada de los ciudadanos, en la defensa del ejercicio, goce y disfrute exclusivo de los atributos del derecho de propiedad. No obstante, este mismo artículo dispone como excepción al principio, la Expropiación, teniendo dos elementos esenciales para su procedencia, el primero, la existencia de un Interés Público legalmente comprobado; y como segundo requisito, una previa indemnización en favor del expropiado. Ambos requisitos fungen como limitaciones fundamentales a la Potestad de Imperio de la Administración,

---

[291] Abogado Litigante del Bufete Facio Abogados (*Litigante con la mayor cantidad de procesos expropiatorias activos*). Socio fundador Graduado de la Universidad Libre de Derecho con especialización técnica en materia Contenciosa administrativa y Derecho Regulatorio en la UCR. Consultor externo Asamblea Legislativa en revisión de proyecto legislativos en Derecho Público (Contratación Administrativa y Expropiaciones)´. Entre sus publicaciones Expropiación Forzosa –Compendio de Leyes. Manual de Expropiaciones en la Legislación Costarricense

para efectuar una intromisión al derecho de propiedad de los administrados. En otras palabras, se puede observar que el origen constitucional del proceso de expropiación tiene como objetivo la tutela y protección del Derecho de Propiedad, ante las Potestades de Imperio del Estado.

Al respecto, el Máximo Tribunal Constitucional, mediante el Voto N°0565-94 de las 18:21hrs del 26 de enero de 1994, enmarca la relación entre el derecho de propiedad y la expropiación de la siguiente manera:

> "*En nuestro Estado Democrático de Derecho, la Constitución Política en su artículo 45 establece que la propiedad es inviolable, y que nadie podrá ser privado de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, siendo que el término inviolable no significa que sea absoluta, ni exenta de función social, significa solamente que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla. De este modo,* ***al elevarse a nivel constitucional el derecho de propiedad, la inviolabilidad de la misma en concordancia con la indemnización que se debe otorgar en caso de expropiación, permite la proyección de un principio general de nuestro derecho constitucional, según el cual cuando existe un interés público debidamente demostrado, el derecho patrimonial individual debe ceder frente a aquel que tiene mayor fuerza, previa indemnización concedida al propieta****rio".*(Demarcado no corresponde al original)

En consecuencia, el derecho de propiedad al verse afectado por la expropiación en aras de satisfacer el interés público legalmente comprobado y ocasiona un fuero de protección al derecho, mediante la previa indemnización del

propietario. De tal manera, que por mandato constitucional dota de un procedimiento especial de expropiación en el cual se tutelan los intereses y derechos de la parte expropiada, versus el control jurídico del ejercicio de la potestad expropiatoria ejercido sobre el derecho de propiedad, otorgando una garantía de equilibrio del poder de imperio y el derecho afecto, mediante un debido proceso.

En esta línea, el maestro García de Enterría (1988, p.182) define a la expropiación como: "*una actuación administrativa directamente dirigida al despojo patrimonial (privación acordada "imperativamente"), a la que, para ser legítima, se somete a un procedimiento formal… cuya observancia el particular afectado puede imponer eficazmente con la faculta explícita que… la ley reconoce*"[292]. Es decir, la expropiación no es producto de una desposesión, sino que por el contrario, es una limitación al titular de un bien o un derecho, de ejercer sus facultades de disponer plenamente de su derecho de propiedad, que obliga al propietario a ver afectado de forma total, parcial o con restricciones ,su derecho de propiedad, según sea necesario para la satisfacción de una necesidad pública legalmente acreditada, siempre y cuando exista previo pago de un precio equitativo por concepto de indemnización por la afectación en la esfera privada del ciudadano.

La expropiación implica la transformación del derecho de propiedad afectado a convertirse en una indemnización integral, producto del daño, intromisión en la esfera privada, molestia e inconvenientes ocasionados al ciudadano, en

[292] **García de Enterría, (Eduardo) y Ramón Fernández, (Tomás).** "*Curso de Derecho Administrativo"* Editorial Civitas, 2da Edición, Tomo II. Madrid. España. 1988. Pág. 182.

virtud de la utilidad pública para la colectividad. Por lo cual, del precepto constitucional numeral 45 (Derecho de la Propiedad Privada Inviolable) y en armonía con el 39 (Debido Proceso) constitucional, la expropiación responde como garantía máxima constitucional del expropiado ante la afectación por declaratoria de interés público, dándole la seguridad jurídica, tranquilidad y confianza legítima que ante la afectación del derecho en la esfera privada, tendrá la garantía absoluta, a un procedimiento donde se determine una previa indemnización, y la misma que puede ser revisada en Estrados Judiciales, en aras de conseguir una correcta y justa indemnización, por el extinto o limitado uso del derecho de propiedad del cual era titular el administrado.

II.- Procedimiento Administrativo Expropiatorio

1.- Declaratoria de Interés Público:

La declaratoria de interés público es el elemento inicial e indefectible en toda expropiación, su omisión deviene en la nulidad absoluta so pena de incurrir en expropiación de hecho. Se define como el acto administrativo motivado e indispensable del Estado, donde se individualiza la *causa expropiandi*, y avala el ejercicio de la potestad de imperio sobre el derecho de propiedad del ciudadano.

Es aquí que la Ley de Expropiaciones, les confiere al Ente Expropiante, dos opciones, a saber: 1) Declaratoria de Interés Público, que responde a una un acto administrativo unilateral sobre un derecho de propiedad en específico, donde establece la necesidad de establecer la expropiación del mismo, que se encuentra regulado en el artículo 18 de la Ley de Expropiaciones; 2) Declaratoria Genérica de Interés Público,

regulada en el numeral 19 de la Ley de Expropiaciones, consistente en que procederá cuando la ley base que motivó el interés público legalmente comprobado, faculta realizar una declaratoria genérica de necesidad de los derechos afectos a la expropiación, es decir, a diferencia de la primera, no es necesario efectuar la declaratoria individualizada y motivada de cada uno de los derechos por expropiar, sino que dicha declaratoria de interés público se plasma en una única declaratoria general que abarca todos los posibles derechos afectados por la utilidad pública.

En este sentido, la ley le impone al Estado la obligación notificarle la declaratoria de interés público al expropiado y publicarla en diario Oficial La Gaceta. Este acto motivado declarativo constituye el elemento que da la legitimación al Estado para poder realizar la expropiación forzosa. Es decir, la propia ley prohíbe la ausencia de la declaratoria, so pena de nulidad absoluta de la expropiación, ya que la pretensión expropiatoria estaría mutando en una vía de hecho, -vía de hecho-, por ende, resulta ineludible e infaltable individualizar el poder expropiatorio mediante la declaratoria de utilidad pública, para resguardar la seguridad jurídica.

2.-Estudios Previos

En virtud de que la potestad expropiatoria tiene una indisoluble vinculación con el cumplimiento de fines de interés público que motivan la expropiación, según el artículo 45 de la Constitución Política y los numerales 1 y 5 de la Ley Expropiaciones, derivan la faculta de la Administración para realizar los estudios pertinentes y necesarios para la individualización de la *causa expropiandi* que motiva la expropiación forzosa. Es por ello, que los estudios previos

tienen la finalidad de verificación y recabar la información base para el cumplimiento de los requisitos legales necesarios previo al inicio de las diligencias expropiatorias, conforme lo regula el numeral 3 de la Ley de Expropiaciones.

Para la realización de los estudios previos, la Ley de Expropiaciones, dispone que es necesario la existencia de un interés público previamente declarado (artículo 18 L.E.), en ese mismo sentido, se garantiza al administrado una certeza de la procedencia de la eventual expropiación. Así también, se destaca, del artículo 3 In Fine, resultan ser previsora de eventuales consecuencias, afectaciones o daños al patrimonio del derecho del expropiado, objeto de la utilidad pública; de ocasionarse, remite al procedimiento establecido en el Capítulo IV Sección II Indemnización por Ocupación temporal y otros daños de la Ley de Expropiaciones.

Por otro lado, el numeral 3 In Fine, brinda una solución procesal, en caso de que el propietario, una vez informado del interés por parte del Ente Expropiante de realizar el estudio previo, se negará a avalar o permitir el ingreso de los funcionarios. La Ley de Expropiaciones dispone de un mecanismo vía incidental ante el Juzgado Contencioso Administrativo, quien resolverá imponer el cumplimiento y acatamiento de la declaratoria de interés público y permitiría la realización de los estudios previos de la Administración.

3.-Anotación Provisional

La finalidad de dicha anotación provisional viene a dar publicidad registral de la futura expropiación forzosa por establecerse contra el derecho de propiedad con el fin de informar a cualquier tercero interesado. Al dictarse la

declaratoria de interés público la Ley de Expropiaciones dispone que el Ente Expropiante deberá anotar provisionalmente el mandamiento administrativo de expropiación en el Registro Nacional.

En este sentido, debemos traer a colación, que la anotación de la expropiación en las expropiaciones del I.C.E. se encuentra regulado en el numeral 7 de la Ley N°6313 Ley de Adquisiciones, Expropiaciones y Constitución de Servidumbres del I.C.E., donde establece las mismas condiciones y requisitos a los contemplados en el artículo 20 de la Ley de Expropiaciones.

Además, el mandamiento provisional tiene un plazo de caducidad de un año, si dentro de dicho plazo no se expide el mandamiento de anotación definitivo confeccionado por el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda –según el artículo 30 L.E.- o por interpretación también se levantará la anotación provisional en los casos de no otorgarse la escritura de traspaso a favor del Estado, esto en los casos de haberse dado por parte del expropiado un avenimiento o aceptación del monto indemnizatorio en sede administrativa.

4.- Solicitud del Avalúo Administrativo

La Administración expropiante, una vez publicado la declaratoria de interés público, solicita la confección del avalúo administrativo a la dependencia especializada en valoración.

El artículo en mención nos permite inferir, que la Dirección General de Tributación Directa resulta competente para confeccionar y elaborar los avalúos administrativos, única y exclusivamente cuando el Ente Expropiante carezca

de departamentos especializados en materia valorativa dentro de su estructura administrativa.

El Legislador al promulgar mediante la Ley de Expropiaciones N°7495, reformada por la Ley N°7757 del 10 de marzo del 1998, al constituirla como ley especial en la materia de expropiaciones, fue claro y congruente al establecer que la Administración Expropiante debe recurrir a su *dependencia especializada respectiva* para elaborar los avalúos administrativos o en su defecto o inopia, que éste fuese confeccionado por la Dirección General de Tributación Directa.

Dicha línea de pensamiento, quedó plasmada en el numeral 21 *In Fine;* curiosamente y en igual sentido se debe retomar lo dispuesto por la propia Procuraduría General de la República mediante su dictamen C-230-99 de fecha 10 de noviembre del 1999, que, en lo anterior expresó: *"**No puede la Secretaría Técnica arrogarse la facultad que no le está dada previamente por ley, es decir, la de contratar servicios de peritos particulares para que realicen los correspondientes avalúos administrativos. Ello por cuanto esa situación hipotética vulneraría el contenido del artículo 21 de la Ley de Expropiaciones…**El artículo 21 referido, es claro en cuanto dispone que la administración debe solicitar a la dependencia especializada respectiva el avalúo administrativo, regulándose la posibilidad - además -, de que si esa oficina especializada no existiere dentro de la estructura administrativa, deberá solicitarlo a la Dirección General de la Tributación Directa. Como vemos la norma ordena, mediante un imperativo legal que el avalúo necesario sea realizado por una oficina especializada, oficina que obviamente - atendiendo al espíritu del legislador, al momento de crear la norma*

*- debe entenderse como experta en valoraciones, en sede administrativa" (*El subrayado y negrita es propio)

Por ende es notorio, entonces, que el espíritu del Legislador fue la de conferir una atribución legal específica a los dependencias técnicas administrativas especializadas en valoración, para la adquisición de los bienes, derechos, pudiese contar con una infraestructura administrativa (recursos materiales y personal técnico calificado) que se especializara en la confección de los avalúos administrativo en materia expropiatoria, ante un caso de inopia de la dependencia técnica en la rama de la tasación, la ley establece que se deberá recurrir a la Dirección General de Tributación Directa para efectos de confeccionar el avalúo administrativo solicitado.

5.- Confección del Avalúo Administrativo

El avalúo administrativo dentro de las expropiaciones se encuentra regulado en el artículo 22 de la Ley de Expropiaciones, donde el legislador establece los elementos conforman todo dictamen administrativo. Dichos ítems valorativos resultan de venal importancia, en aras, que el expropiado aprecie de manera detallada los parámetros valorativos contemplados en la indemnización de su derecho; así también, en casos, de acudir a la vía judicial, las partes, los peritos judiciales y el juez puedan observar las condiciones utilizadas en la valoración si se contienen los requisitos mínimos legales, para determinar si corresponde como una justa indemnización por justiprecio.

El artículo 22 de la Ley de Expropiaciones constituye en uno de los ejes medulares del proceso de expropiación, por

ser el avalúo administrativo un acto administrativo preparatorio que desplegará sus efectos, ya sea con el avenimiento (aceptación del avalúo administrativo) o sentencia expropiatoria (sentencia judicial en firme), al versar el objeto de la expropiación en la revisión del avalúo administrativo, en aras de la correcta fijación de la indemnización por concepto de justiprecio, obliga al examen de los requisitos mínimos que contendrá todo avalúo administrativo en una expropiación, conforme con el principio plasmado en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública.

El legislador dispuso dentro los elementos que debe contener el avalúo administrativo en una expropiación los siguientes:

a) Descripción topográfica del terreno;
b) El estado y uso actual de las construcciones;
c) El uso actual del terreno;
d) Los derechos de inquilinos o arrendatarios;
e) Las licencias o derechos comerciales existentes, si procedieren conforme a la ley, incluidos, entro otros, todos los costos de producción, directos e indirectos, impuestos nacionales, municipales y seguros;
f) Los permisos, licencias o concesiones para la explotación de yacimientos debidamente aprobados y vigentes conforme a la ley, tomando en cuenta, entre otros, los costos de producción, directos e indirectos, el pago de las cargas sociales, los impuestos nacionales, municipales y los seguros;
g) El precio estimado de las propiedades colindantes y otras propiedades de la zona o el de las ventas efectuadas en

el área, sobre todo si se tratare de una carretera u otro proyecto similar al de la parte de la propiedad valorada, para comparar los precios del entorno con el de la propiedad que se expropia, así como para obtener un valor homogéneo y usual conforme a la zona.

h) Los gravámenes que pesan sobre la propiedad y el valor del bien, fijado por el propietario para estas transacciones;
i) Cualquier otro elemento o derecho susceptibles de valoración e indemnización.

Cabe destacar que el numeral 22 In Fine, establece que dentro de las expropiaciones los peritos sólo considerarán los daños reales permanentes producto del establecimiento de la expropiación; tampoco pueden considerar los hechos futuros ni expectativas de derecho; y no se reconocerán las plusvalías derivadas del proyecto expropiatorio que originó la expropiación. En los casos de tratarse de expropiaciones de bienes muebles, se valorarán separadamente e indicando las características que influyen en su valoración.

6.- Notificación del Avalúo Administrativo

La notificación del avalúo administrativo deriva de la garantía constitucional del debido proceso, se caracteriza por su naturaleza ineludible e infaltable en toda expropiación. Las reglas y condiciones para realizar la notificación del avalúo administrativo dentro del procedimiento expropiatorio se encuentran regulado en el numeral 25 de la Ley de Expropiaciones.

En este sentido, el avalúo administrativo se notificará al expropiado, y se le otorgará un plazo de cinco días

hábiles para manifestar su conformidad o disconformidad con el precio asignado por concepto de justiprecio del derecho por expropiar. En casos de guardar silencio y vencido el plazo concedido, dicho silencio se considerará como aceptación del avalúo administrativo.

De conformidad con el 25 In Fine, tenemos que en la notificación del avalúo existen tres supuestos: el primero, son los casos de avenimiento o aceptación del monto indemnizatorio por parte del expropiado ofrecido por el Estado. Es decir, es un acto consentido contra el cual no cabrá oposición alguna en sede judicial. Por ende, resta acudir a la Notaría del Estado para efectuar la escritura de traspaso del bien, y pago previamente aceptado como justiprecio.

En este caso, con la aceptación, expresa o tácita al guardar silencio, veda su posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional a solicitar la revisión de los montos (artículo 38.1. Código Procesal Contencioso Administrativo –C.P.C.A.-), las diligencias concluirían en la etapa administrativa, al haberse aceptado se convierte en el justiprecio de la expropiación.

En segundo lugar, la Administración expropiante procederá a interponer las diligencias de expropiación, ante el rechazo o disconformidad con el monto del avalúo administrativo. El objeto del proceso expropiatoria versará sobre la revisión del avalúo administrativo rechazada, en aras de la correcta fijación del precio justo por la afectación ocasionada por la expropiación.

En tercer lugar, se presenta en el supuesto de darse un rechazo inicial del avalúo administrativo en sede administrativa, y después de inicio del proceso expropiatorio a nivel judicial, el expropiado cambia de parecer y acepta el avalúo administrativo, esta posibilidad de cambiar de criterio, es única y exclusivamente en los casos de rechazo inicial, no procederá, conforme lo indicamos anteriormente, en los casos de darse el avenimiento. Al presentarse la aceptación, por cambio de criterio, el expropiado en ese acto puede solicitar la actualización del valor del avalúo administrativo según los índices de inflación registrados por el Banco Central de Costa Rica.

7.- Decreto Expropiatorio

Después de la notificación del avalúo administrativo, y de presentarse alguno de los cuatro supuestos tácitos establecidos en el artículo 27 de la Ley de Expropiaciones, obliga a elevar el procedimiento de expropiación en Estrados Judiciales. En estos casos, el Ente Expropiante deberá dictar el Decreto Expropiatorio, como requisito previo para la interposición de la demanda judicial de expropiación.

Como se observa, en este numeral se definen los cuatros supuestos que obligatoriamente las expropiaciones serán elevadas a la vía judicial. El primero, cuando exista rechazo o disconformidad del expropiado con el monto asignado en el avalúo administrativo. Se eleva el proceso expropiatorio ante la Autoridad Judicial, para solucionar y dirimir la controversia, única y exclusivamente en torno a la revisión del avalúo administrativo y fijación del quantum indemnizatorio por justiprecio.

Como segundo presupuesto, se encuentra en el inciso B, indistintamente de haberse dado la aceptación o rechazo del avalúo administrativo, y si sobre el derecho por expropiar existen alguna limitación, gravamen, exacciones o estuviere en litigio, esto obliga al establecimiento del proceso de expropiación a nivel judicial. Como tercer presupuesto, corresponde con los expropiados que carecen de capacidad para actuar y de un representante legal o de ausencia de éste, lo cual obliga la interposición de las diligencias judiciales. Acorde al numeral 9 de la Ley de Expropiaciones, la Procuraduría General de la República se tendrá como parte dentro del proceso.

Como cuarto presupuesto, según el inciso d), corresponderá en los casos, cuando haya mediado una aceptación del avalúo administrativo por parte del expropiado, ya sea expresa o tácitamente, pero ante la eventualidad de negarse a comparecer a otorgar la escritura de traspaso, se faculta la posibilidad al Estado de solicitar el auxilio del Juez para que comparezca en sustitución del expropiado, y firme la escritura de la expropiación.

El Decreto Expropiatorio es el requisito para elevar los procedimientos expropiatorios en los estrados jurisdiccionales, por lo que es un requisito necesario e infaltable para la interposición del contencioso expropiatorio. Con la promulgación del Decreto Expropiatorio, se da por finalizada la vía administrativa.

III.- Proceso Especial Judicial de Expropiación

Con la publicación del Decreto Expropiatorio y con la interposición de la demanda de expropiación por parte del

Ente Expropiante ante la Juzgado Contencioso Administrativo. Conforme lo dispone el numeral 29 de la Ley de Expropiaciones, el objeto del proceso es la revisión del avalúo administrativo (Artículo 22 In Fine) para la correcta fijación del justiprecio.

A.- Resolución Inicial

La resolución inicial dentro de las diligencias de expropiación se encuentra regulado en el artículo 30 de la Ley de Expropiaciones. Una vez, publicado el Decreto Expropiatorio y presentado el escrito de demanda de inicio de la expropiación ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, se da el inicio del proceso judicial de expropiación.

De la lectura del artículo 30 de la Ley de Expropiaciones, se establece un plazo de CINCO días hábiles, después de recibido el escrito de demanda inicial, para expedir la resolución inicial que deberá contener, a saber: el mandamiento de anotación definitivo sobre el bien sujeto a expropiación al Registro Público correspondiente; también se nombrará el perito judicial dentro de la lista del Poder Judicial; se fijan prudencial de los emolumentos del perito judicial y se señala fecha para la diligencia judicial de puesta en posesión y desalojo de la propiedad.

Con las reformas legislativas introducidas mediante las leyes N°9286 y N°9462, se han efectuado variaciones procesales, que lejos de beneficiar, viene a sumergir el proceso expropiatorio en absurdos o incertidumbres procesales, prueba de ello, es el propio numeral 30 In Fine.

Como se desprende de su lectura, se establece que la resolución inicial en lo que respecta al nombramiento del perito, las partes pueden interponer el recurso de apelación, según el quinto párrafo y 43 inciso 1 de la Ley de Expropiaciones. La redacción del artículo producto de la reforma resulta contradictoria porque prohíbe la interposición de recursos contra la resolución inicial. Esta contradicción se da porque, en virtud: primero, porque acorde a su redacción permite la interposición del recurso de apelación contra el nombramiento del perito judicial. En segundo término, el contenido de la resolución inicial del proceso de expropiación se encuentra susceptible del recurso de apelación, según el artículo 43 inciso b), por la fijación de los honorarios de los peritos. No obstante, la contradicción procesal surge en el último párrafo del 30, al indicar *Contra esta resolución no procederá recurso alguno*. Así pues, que la redacción del artículo producto de las reformas, que no guardan ninguna procedencia jurídica o lógica en general, el mismo artículo permite la interposición de recurso de apelación, y, por otro lado, viene a prohibir la presentación de cualquier recurso, lo cual, a todas luces, evidencia un vicio de constitucionalidad al debido proceso.

Vale la pena indicar que el nombramiento del perito judicial corresponderá solo cuando nos encontremos ante uno de los supuestos expropiatorios contemplados en el numeral 27 inciso a) de la Ley de Expropiaciones, a saber, por rechazo del avalúo administrativo. En los demás casos, no será necesario el nombramiento de perito judicial dentro de las diligencias.

B.- Entrada en Posesión

Como lo dispone la resolución inicial, se deberá conceder el plazo para el desalojo del derecho por expropiar será de QUINCE DÍAS en los casos de tratarse de habitación familiar, se concederá un plazo de DOS MESES para efectuarse la entrada en posesión.

Además, para llevarse a cabo la entrada en posesión a favor del Estado, deberá efectuarse la notificación al expropiado y haberse depositado el avalúo administrativo en la cuenta bancaria creada para el efecto por parte del Juzgado Contencioso Administrativo, por los requisitos mínimos conforme al 45 constitucional.

Por otro lado, como el proceso versa sobre la revisión del avalúo administrativo, derivado de la garantía constitucional del justiprecio del 45 constitucional, el proceso de expropiación se debe entender como una garantía al expropiado, en aras de evitar un despojo injusto o enajenación forzosa producto de arbitrariedades del Estado, por lo cual, el impulso debe encaminarse hacia el cumplimiento de la garantía constitucional de la previa indemnización del expropiado, con lo que se reserva el resto del proceso para revisar y acreditar si la indemnización está acorde al justiprecio.

C.- Aceptación y Presentación del Informe Judicial

Como se expuso anteriormente, en la resolución inicial dentro del proceso de expropiación, se deberá nombrar al primer perito judicial. A partir del nombramiento del perito, conforme lo establece el artículo 34 de la Ley de Expropiaciones, contará con el plazo improrrogable de 8 días hábiles para aceptar el cargo dentro de las diligencias. En caso

de no constar la aceptación dentro del cómputo, y no de mediar causa de justificación, se procederá con la sanción administrativa de excluirlo de la lista de peritos elegibles del Poder Judicial.

Dicho artículo otorga al perito un plazo improrrogable de UN MES contado a partir de la aceptación para rendir el informe judicial, junto con dos juegos de copias para las partes. Si el perito no cumple el plazo conferido, procede la remoción y sustitución del perito nombrado en autos y se le aplica la sanción contenida en el artículo que consiste en la exclusión de la lista de peritos del Poder Judicial por el lapso de un año, para ello, se informará a la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, para que proceda conforme.

La labor pericial encomendada a los peritos, conforme lo ordena el artículo 29 de la Ley de Expropiaciones, versará sobre la revisión del avalúo administrativo, dicha labor se realizará en observancia a lo dispuesto en los numerales 22 y 35 In Fine.

Con ello, el Legislador centra la discusión del proceso, en la revisión del dictamen estatal, en aras de determinar acorde a la ciencia y la técnica (artículo 16 LGAP) si los montos valorativos consignados como indemnización, responden y resultan acorde con un justo precio. Razón por lo cual, la labor pericial debe centrarse única y exclusivamente en revisar el dictamen administrativo, y en caso, de existir otros elementos valorativos o derechos por indemnizar ausentes (artículo 22 inciso i). El perito judicial al separarse del contenido del avalúo estatal, deberá brindar una explicación pormenorizadamente justificando las razones por las que

difiere su criterio profesional y que motivan la asignación de un valor distinto.

D.- Audiencia Informe pericial

Una vez que se haya presentado el informe judicial dentro de las diligencias de expropiación, el Juez de la Expropiación, conforme lo ordena 38 de la Ley de Expropiaciones, concederá a las partes la audiencia de rigor –audiencia escrita- para que se pronuncien sobre este, por el plazo de 10 días hábiles.

Al evacuar la audiencia las partes, pueden formular solicitudes de adición y aclaración al informe pericial rendido en autos; o interponer recursos e incidencias de nulidad de las actuaciones periciales, acorde con lo dispuesto por el numeral 43 inciso f) de la Ley de Expropiaciones. Cuando se trate de la adiciones y aclaraciones el Juez emplaza al perito para que atienda los puntos sometidos a adición y/o aclaraciones; y si el perito no cumple dentro del plazo, se procede con la remoción y sustitución y la exclusión de la lista de peritos judiciales, por el plazo de un año, como sanción.

Al conferir la audiencia para la evacuación del informe pericial, el Juez también conferirá audiencia sobre readecuaciones de honorarios, siempre y cuando si lo hubiera solicitado el perito judicial en el momento de entregar el informe judicial. Los honorarios del primer perito judicial correrán por cuenta del Ente Expropiante, conforme lo prevé el 36 de la Ley de Expropiaciones.

E.- Perito Tercero en Discordia y la Valoración de la Prueba

Dentro del proceso de expropiación, una vez evacuado y otorgadas las audiencias sobre el primer peritaje judicial, de conformidad con el numeral 37 de la Ley de Expropiaciones, las partes puede solicitar el nombramiento de un perito tercero en discordia. Para lo cual, se encomendarán las mismas labores, plazos y requisitos del primer perito judicial, según las normas anteriores.

Resulta necesario indicar, en lo que respecta a los honorarios, que existe una diferencia -como vimos en el primer perito judicial-, sus honorarios los cubre el Ente Expropiante, en cambio, los honorarios deben ser cubiertos por la parte que solicita su nombramiento, ya sea el Ente Expropiante o el expropiado.

Sobre la presentación y valoración de la prueba, estas se encuentran establecidas en el artículo 39 de la Ley de Expropiaciones, en el cual establece una lista de medios probatorios, que puede emplear las partes dentro del proceso, pero también se indicó: "… las partes podrán aportar al proceso otros elementos de prueba, como por ejemplo…. G) Cualesquiera otros que permitan la valoración del inmueble", por lo que el Legislador dispuso en las expropiaciones un sistema probatorio abierto, y concedió un amplio abanico de posibilidades probatorias para la determinación del valor del derecho por expropiar.

Dicho numeral dispone que una vez se encuentren vencidas las audiencias sobre los dictámenes periciales y sin

existir otra prueba por evacuar, el Juez procederá a dictar la sentencia final dentro de los quince días hábiles siguientes.

F.- Sentencia

Toda sentencia según lo dispuesto en el artículo 155 del Código Procesal Civil, debe cumplir con una serie de requisitos ineludibles y necesarios para que sea válida, dentro de los límites fijados en la demanda, con el debido análisis de la prueba en su conjunto según a la sana crítica. También hará estricto pronunciamiento a los elementos traídos por las partes durante el trámite del contradictorio, sobre cuestiones de fondo y conforme con las probanzas. Es por esto, que la sentencia es el acto final de culminación del proceso, por lo cual, requiere que exista una debida identificación de las partes; resumen de las pretensiones del proceso; los resultandos; las consideraciones de fondo; y la parte dispositiva en el Por Tanto.

En las expropiaciones la sentencia efectuará un análisis de los hechos probados, no probados, de las pruebas periciales rendidas en el proceso, y cualquier otro elemento probatorio traído a la Litis, así como los agravios de fondo sobre la expropiación.

Respecto de la evacuación, valoración y los alcances de los dictámenes judiciales en relación con el avalúo administrativo objeto de la expropiación. Se ponderarán las explicaciones y fundamentos empleados por los peritos judiciales como justificación que los motivo a separarse del avalúo estatal.

En esta línea de principios se debe rescatar, que lo primordial en la valoración de las pruebas periciales, es la

solidez de la línea argumentativa, técnica y científica empleada por el perito que lo llevo a emitir sus conclusiones en la pericia. Por otro lado, la necesaria armonía de las conclusiones contenidas en los informes periciales con el resto de elementos probatorios del caso, cuales puedan ser, entre otros las diversas pruebas documentales recabadas en el proceso. Esto en enmarca dentro de las garantías profesionales de imparcialidad y objetividad que deben conlleva el informe pericial.

Aparte de lo anterior, es necesario traer a colación el principio de Vinculación del Juez a Máximos y Mínimos Periciales, según el artículo 39 de la Ley de Expropiaciones, al indicar: "En ningún caso, el monto de la indemnización podrá exceder de la suma mayor estimada en los avalúos.", en aras de quebrantar el principio general sobre la congruencia entre las peticiones y la resolución, debe mantenerse entre los límites máximos y mínimos admitidos por las partes intervinientes, por lo que el Juez Sentenciador no puede conceder menos de lo admitido por el Ente Expropiante en el avalúo administrativo y no conceder más de lo interesado por el expropiado, mediante los informes judiciales.

La determinación del monto indemnizatorio se fijará dentro de esos parámetros valorativos o montos predeterminados por el avalúo administrativo e informes judiciales, so pena de incurrir en incongruencia (*ultra petita partium o extra petitum*).

G. - Recursos e Incidencias

El tema recursivo responde a una observancia al principio del debido proceso entre las partes, esto dentro de

la lucha antagónica del interés público versus el interés individual en pro de la defensa del derecho de propiedad, para lograr la correcta determinación del justo precio en la expropiación.

En este sentido, las partes ostentan los mecanismos procesales para ejercer correctamente el derecho de defensa. Por lo cual, el legislador confirió una serie de recursos para el uso efectivo de dichas garantías que confluyen dentro de la expropiación forzosa, que se encuentran regulado en el numeral 43 de la Ley de Expropiaciones, que procedemos a analizar.

1.- Recurso de Revocatoria

El recurso de revocatoria lo encontramos estipulado en el último párrafo del artículo 43 de la Ley de Expropiaciones, al indicar: "En los demás casos, los autos solo tendrán recurso de revocatoria, que deberá ser interpuesto en el plazo de tres días hábiles". Así pues, vemos que el recurso de revocatoria resulta procedente, en los casos, que la resolución recurrible, no se encuentre dentro de los autos susceptibles de interposición del recurso de apelación. Es decir, cabrá el recurso de revocatoria contra todos aquellos autos, que no están sujetos al recurso de apelación dentro de las diligencias de expropiación, su interposición será en el plazo de tres días hábiles posteriores a la notificación.

2.- Recurso de Apelación

El recurso de apelación lo encontramos regulado en los numerales 40 y 43 de la Ley de Expropiaciones, donde plasma autos recurribles por medio del recurso de apelación, cabrá el

recurso de apelación ante el superior, en lo cual, se procederá a elevar a una instancia rogada en alzada, que se limitará a conocer en el objeto de la apelación delimitada conforme a su procedencia y los agravios del recurrente. Este recurso de apelación en las expropiaciones tiene efectos devolutivos no suspensivos, es decir, la interposición del recurso de apelación, suspende la resolución recurrida ni mucho menos el trámite ante el Juzgado de origen.

El recurso de apelación se deberá interponer dentro de los CINCO días hábiles siguientes ante el Superior. Vale la pena indicar, en este punto, que existe un serio y grave problema procesal, introducido por la reforma legislativa realizada en el año 2015, mediante la Ley N°9286, en los numerales 42 y 43 In Fine.

El numeral 42 modificó el conocimiento de la apelación al remitirlo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, cuando anteriormente con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo se indicó que era competente el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, competencia que venía siendo ejercida por el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso, mediante las reglas de la oralidad en audiencias públicas.

La reforma revive el conocimiento de la apelación, en estricta teoría, al Tribunal Contencioso escrito, acorde con la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por lo que se desconoce si las apelaciones volverán a un sistema escrito o se mantendrá la oralidad que ha venido predominando en la práctica con resultados tan favorables y céleres, por lo que la reforma en este sentido,

atenta contra los principios de celeridad y, justicia pronta y cumplida plasmados en el nuevo Código Procesal Contencioso. Caso contrario, remite el conocimiento al Tribunal Contencioso Administrativo, quien desde la promulgación del C.P.C.A., ejerce el conocimiento procesal de las demandas ordinarias de conocimiento, es decir, el recurso de apelación dentro de las expropiaciones, deja de ser horizontal, para convertirse en un recurso apelación vertical, ya que el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo no tiene funciones de doble instancias, conforme lo prevé la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sobre dicha problemática existen consultas de constitucionalidad judicial interpuestas por el Tribunal de Apelaciones ante la Sala Constitucional, así como, sendos conflictos de competencia, declinada por el propio Tribunal Contencioso Administrativo, ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Por ende, la reforma introducida a la Ley de Expropiaciones, deviene en un retroceso procedimental y abandono a la oralidad que profesa la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, producto de la impericia y negligencia legislativa, al efectuar reformas procesales, por desconocimiento de la expropiación forzosa.

Cabe resaltar, que en la reforma del artículo 43, se eliminó la posibilidad de interponer apelación contra la Entrada en Posesión del inmueble, dicha situación emula lo plasmado en el artículo 21 de la Ley N°6313, Ley de Adquisiciones, Expropiaciones y constitución de Servidumbres del I.C.E. que permite solamente apelación contra la sentencia. En la práctica judicial se ha evidenciado la importancia de dicho recurso, en determinados supuestos, los

propios jueces han acreditados en los casos de inmuebles la existencia de otros derechos patrimoniales, comerciales o intereses legítimos sobre los terrenos, que responde a otras garantías plasmadas en otras leyes conexas, siendo susceptibles de una previa indemnización. Por lo que hace imposible permitir la entrada en posesión hasta tanto no se haya cumplido con la garantía constitucional de la previa indemnización, según el artículo 45 de la Constitución Política y el numeral 1, 6, 7 y 22 inciso d) de la Ley de Expropiaciones.

Ahora bien, veremos los autos apelables dentro de la expropiación: **1)** la designación de peritos, contra toda resolución que nombre a un perito judicial, cabe recurso de apelación. Aparte el artículo 30 párrafo cuarto –resolución inicial-, reconoce la posibilidad de interponer recurso de apelación ante el Superior, aparte del inciso a) del 43 In Fine. Es decir, la resolución inicial de la expropiación puede ser objeto de recurso de apelación, aquí vuelve la incertidumbre procesal, producto del último párrafo del 30 In Fine dispone que no cabe recurso alguno contra la resolución inicial, esto, producto de una pobre reforma legal introducida por las leyes N°9286 y N°9462, que coloca a las partes y a los jueces en una incerteza e inseguridad jurídica de procedimiento a seguir en las expropiaciones; **2)** en la fijación de los honorarios de los peritos, cabe el recurso de apelación, dentro de la expropiación existen dos fijaciones de honorarios: la prudencial, es la fijación prudencial definida por el Juez en la resolución inicial; y la segunda, que es la definitiva; cuando el perito solicita una readecuación de honorarios, es decir, contra ambos autos donde se fija de los honorarios periciales,

prudencial y definitiva son susceptibles del recurso de apelación.

Nuevamente, tenemos que la resolución inicial, dentro de sus elementos, cuenta con la fijación prudencial de los honorarios, por lo que se rompe el espíritu del Legislador de negar cualquier recurso contra la resolución inicial. **3)** en lo concerniente al retiro, el monto y la distribución del avalúo, los autos que resuelvan aspectos del avalúo administrativo, ya sea la orden de giro, o la negatoria, o retiro parcial, acorde al 12 In Fine, cabrá el recurso de apelación ante el Superior, mediante apelación; **4)** en los autos que resuelven sobre incidentes de nulidad de las actuaciones y resoluciones, conforme con la actuación impugnada dentro de las expropiaciones, procede el recurso de revocatoria o apelación, concomitantemente se podrán plantear incidencias de nulidad de determinadas actuaciones, en el auto o resolución que resuelva dicha incidencia de nulidad, también cabrá el recurso de apelación ante el Superior. **5)** los autos que resuelvan sobre incidentes de nulidades de actuaciones periciales, en el momento de evacuar las actuaciones periciales, las partes pueden cuestionar o formular gestiones de adición y aclaración del informe pericial puesto bajo conocimiento, concomitantemente, se puede plantear incidencias de nulidades de las actuaciones periciales dentro del proceso, la resolución o auto que resuelve esta incidencia, procederá recurso de apelación ante el Superior.

Por último, tenemos el supuesto contemplado en los artículos 40 y 42 referente a la apelación a la sentencia final de la expropiación, y a la garantía de segunda instancia respectivamente.

Contra la resolución final del proceso expropiatorio, que viene a establecer los montos indemnizatorios ocasionados por la expropiación, las partes pueden interponer el recurso de apelación. Conforme se venía tramitando las apelaciones en las expropiaciones, con anterioridad a las deformas legislativa del año 2015 y siguientes, para el trámite de las apelaciones se llevaban a cabo, ante el Tribunal de Apelaciones, quien que, convocada a la audiencia oral y pública, para expresar agravios y los alegatos oportunos de forma oral, así como presentar prueba para mejor resolver en el proceso.

Esto responde a una garantía procesal de las partes (El Estado y ciudadano) para enriquecer el debate, para la correcta determinación del justiprecio se acorde al daño ocasionado por la utilidad pública.

3.- Incidentes

A lo largo de la Ley de Expropiaciones, existen una serie de incidentes procesales que pueden suscitarse dentro de las diligencias expropiatorias. Dentro de los cuales podemos mencionar:

a) Incidente de Estudios Previos

Tal y como lo indicamos al inicio, en la etapa del procedimiento administrativo expropiatorio, dentro de las diligencias de expropiación se pueden presentar incidentes de estudios previos. Estos consisten en que cuando en una etapa temprana del procedimiento expropiatorio, el Ente Expropiante, topa con dificultades con el expropiado, que impide o imposibilita la realización de ciertas actuaciones

preparatorias a los funcionarios públicos. Por ejemplo, el impedir el ingreso a la propiedad, al perito administrativo valuador, para que confeccione el avalúo administrativo.

De presentarse esta situación, se posibilita al Ente Expropiante, para que presente la gestión incidental ante el Juzgado Contencioso Administrativo, para que ampare y autorice el ingreso al inmueble, y cesar las actuaciones obstructivas o prohibitivas que entorpecen el avance del procedimiento de expropiación.

Este incidente responde a un cumplimiento de un principio de ejecución expropiatorio, que permea de un especial fuero de impulso procesal, los procedimientos expropiatorios, en caminados, a lograr de forma pronta y eficiente la satisfacción de la *causa expropiandi* (objeto de la expropiación).

b) Incidente de Actuaciones y Resoluciones Judiciales

Este tipo de incidente responde a una garantía del debido proceso, que busca someter a conocimiento y a discusión actuaciones o resoluciones que pueden encontrarse viciada de nulidad absoluta. Su procedencia responderá acorde con el agravio formulado y con la etapa procesal pertinente, lo cual, seguirá las reglas del Código Procesal Civil.

c) Incidente de Actuaciones Periciales

Dentro de un proceso de expropiación, al encontrarse en la etapa de evacuación de prueba pericial, las partes plantearán sus objeciones, consultas o agravios contra el informe judicial puesto bajo conocimiento. De detectarse alguna violación u omisión, de las reglas o condiciones en que se encuentra inmerso la labor pericial, las partes pueden

acceder al incidente de actuaciones periciales, para solicitar la ilegalidad e inadmisibilidad del informe judicial, siempre que no reúna los requisitos mínimos según lo dispone los numerales 22 y 35 de la Ley de Expropiaciones.

d) Incidente de Levantamiento de Anotaciones

Este tipo de incidente de levantamiento de anotaciones, resulta procedente, cuando el objeto de la expropiación conlleva la constitución de servidumbres administrativas o imposición de alguna restricción o anotación registral sobre el inmueble objeto de la expropiación.

Para mayor claridad, al encontrarse ante expropiación de constitución de servidumbres administrativas (eléctricas o de agua, etc.), no se dará un efecto traslativo del dominio por la *causa expropiandi*, sino por el contrario, se da un efecto constitutivo de restricción al contenido del derecho de propiedad. Es decir, la servidumbre administrativa pesará a perpetuidad sobre la totalidad del derecho de propiedad. De darse en un futuro sobre el inmueble, alguna segregación o traspaso, el área segregada o traspasada, arrastrará la anotación de la expropiación por servidumbre administrativa, aunque dicha área segregada o traspasada no se encuentre afectada por la servidumbre.

En estos casos, conforme con la práctica judicial, se ha reconocido el establecimiento del incidente de levantamiento de anotación, para cuando el titular de esas áreas segregadas o traspasadas, que no se encuentran afectadas por la

servidumbre, gestionen el levantamiento de esa anotación arrastrada en el momento de su nacimiento. El trámite del incidente dependerá de la instancia que se encuentra la expropiación propiamente dicha, ya que si las diligencias de expropiación se encuentra en etapa judicial, y el Juzgado expidió el mandamiento de anotación definitivo, deberá ser el Juez de lo Contencioso quien podrá ordenar su levantamiento; pero si la expropiación se finalizó en la etapa administrativo, producto de un avenimiento o aceptación del avalúo administrativo, le corresponderá al Ente Expropiante, tramitar y resolver la anotación administrativa provisional expedida sobre el inmueble.

Una vez presentado el incidente dentro de las diligencias de expropiación, se le dará traslado y audiencia al Ente Expropiante, quien deberá pronunciarse expresamente, si esa área segregada y traspasada se encuentra afectada por la servidumbre administrativa constituida. Para lo cual, en caso de no darse ninguna afectación o traslape, el Juez procederá a resolver el incidente y ordenará el levantamiento de la anotación, sobre esa área segregada y traspasada, ajena y extraña a las diligencias de expropiación. En su defecto, de existir una afectación o traslape, se procederá a denegar el incidente manteniendo la anotación sobre el inmueble, producto del interés público existente sobre el fundo.

IV. Jurisprudencia Vigente

La Sección II del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo ha mantenido una postura jurisprudencial sobre la no inclusión de la indemnización por justiprecio de los derechos comerciales dentro de las expropiación forzosa y criterio discriminatorio en la

determinación del expropiado contrario al artículo 1 de la Ley de Expropiaciones y 45 de la Constitución. Al respecto, esta tesis jurisprudencial es visible en los siguientes votos: el voto 348-2016 del 30 de agosto del 2016, el voto N° 414-2016-II, de las 10:35 horas del 20 de octubre del 2016, y el voto N°10-2017-II de las 15:15 horas del 18 de enero del 2017. Al respecto, se procede a hacer referencia a cada una de las anteriores resoluciones.

En primer lugar, el voto 324-2016-II del 17 de agosto de 2016, hace una directa diferenciación en cuanto ante la afectación de derechos comerciales debe ser conocida en el proceso ordinario. Al respecto, el mencionado voto señala: que en lo que interesa señala:

> "Estamos ante un proceso Especial de Expropiaciones y no ante un proceso ordinario donde se reclame la Responsabilidad Civil extracontractual de la Administración Pública, son cosas diferentes. **Este proceso no tiene el objeto de resarcir rubros que, aunque puedan resultar de la expropiación**, son más propios de ser conocidos en un reclamo de responsabilidad civil-ordinario. Este Tribunal considera, que ya desde el avalúo administrativo, existe el reconocimiento de una serie de rubros que desde un inicio no deberían haber sido previstos como parte de la fijación del justiprecio del derecho de expropiación. En este caso se trata de un derecho intangible (inmaterial) lucro cesante, gastos de traslado, papelería y publicidad, estos son rubros que forman parte de un reclamo de daños y perjuicios o de responsabilidad civil de la Administración Pública y

> tendrá que haber sido planteado en la sede correspondiente (ordinario) y no en la expropiación. (Demarcado es propio)".

En segundo término, en relación con la sentencia número 414-2016-II de las 10:35 horas del 20 de octubre del 2016, reitera que la afectación a los derechos comerciales corresponde a una discusión de daños que debe ser ventilada dentro del proceso ordinario. En palabras del Tribunal de Apelaciones, al indicar:

> "No existe un acto de despojo con respecto a la parte que ha sido traída en calidad de expropiada, sino que el tema pareciera que se reconduce a simplemente una discusión de daños..", Daños que tiene la particularidad de ser descritos en el Avalúo Administrativo y que podrían o no ser discutibles, si estos siete elementos o rubros de los daños que así se describen, eran o no susceptibles de un proceso expropiatorio o de un proceso ordinario" (…)"Se hace esa indicación para poder ver la especial particularidad que reviste éste proceso que se ha denominado Expropiación, sin que haya un acto que implique por parte de la administración un despojo en perjuicio de quien se le denomina expropiado (…)". (Demarcado es propio)

Como tercer voto, la sentencia número 10-2017 de las 15:15 horas del 18 de enero del 2017, en concordancia con el voto anteriormente citado, mantiene la postura en cuanto que los derechos comerciales no deben ser indemnizados dentro del proceso especial de expropiación, por no constituir un despojo. El mencionado voto señala:

> "Lo ha intitulado desde sede administrativa, como una indemnización de daños lo que considera derechos comerciales, pero aquí no hay un ejercicio de una potestad dirigida a que un administrado sufra una extinción de un derecho de propiedad, además, lo indicado expresamente, que el inmueble donde se ejercía esta actividad comercial, el inmueble que, si expropio para sí, para utilizarlo para una construcción de una carretera, le fue indemnizado a su legítimo dueño. Es de indicar también, que en el proceso actual que estamos conociendo, el Estado no está adquiriendo forzosamente un establecimiento comercial, en los términos del artículo 478 del Código de Comercio, esto es cuando el Estado, facultado esta para hacerlo, puede expropiar, no un inmueble, sino una actividad economía que ejerce un particular en un establecimiento en y esto es importante para los efectos de la definición del artículo 478 del Código de Comercio y dice: Son elementos integrantes de un establecimiento comercial, ara los efectos de su transmisión por cualquier título, las instalaciones eléctricas (…) La vena de un establecimiento comercial e industrial, comprende todos sus elementos y cuando formen activo y pasivo, salvo pacto expreso en contrario, para efectos de una expropiación también comprendería todos estos elementos"

En consecuencia, la presente línea jurisprudencial de la Sección II del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, impide conocer, discutir y revisar en instancia de alzada recursiva, elementos fundamentales

acorde a lo dispone el artículo 29 de la Ley de Expropiaciones, siendo el objeto revisar el avalúo administrativo en aras de la fijación del justiprecio por la afectación del derecho comercial perjudicado en aras de la utilidad pública, según lo dispone la función social.

En la tesis del Tribunal, el titular de un actividad comercial, no es considerado como expropiado, por no darse una enajenación o despojo material de la propiedad, ante dicha la ausencia de la desposesión, no puede considerarse como expropiado, ergo, las diligencias de expropiación especial de expropiación no es la vía correcta para conocer la indemnización de los derechos comerciales, ya que es una responsabilidad extracontractual, y en su lugar se debe de optar por la vía ordinaria declarativa, con reversión de la carga probatoria, que asume el administrado afectado por el interés público para probar y determinar la compensación del daño ocasionado a la actividad por la *causa expropiandi* que motivo la expropiación. Como consecuencia de esta línea interpretativa, los derechos comerciales no forman parte del proceso especial de expropiación, los administrados titulares de una actividad comercial no son sujetos de expropiación, y no tienen la tutela y la garantía constitucional del artículo 45 de la Constitución Política, artículo 1 de la Ley de Expropiaciones y Artículo 77 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, ya que según tesis de la cámara de Apelaciones de lo Contencioso no deben considerarse como acreedores de una indemnización del justiprecio, teniendo como implicación que el mismo no sea valorado mediante un proceso de expropiación. Por lo cual, si desean obtener una indemnización por la afectación del interés público de la expropiación a los derechos comerciales deben ser ventilados

en un ordinario, lesionando la garantía de justicia pronta y cumplida del asiento constitucional 49 de la Constitución.

Igualmente, el Tribunal de Apelaciones interpreta que la indemnización de derechos comerciales en el proceso de expropiación, es un acto de liberalidad de la Administración. En palabras del Tribunal:

> "Aquí no está en discusión un justiprecio en los términos de la ley de expropiaciones, para efectos tales, sino que aquí lo que está discutiendo es a final de cuentas, es si la suma que dispuso la administración como un acto de liberalidad, es o no de conformidad para el beneficiario como un acto de liberalidad, es o no de conformidad para el beneficiario de esa suma o caso contario si el beneficiario de esa suma considera que debería ser titular de sumas mayores o incluso de sumas que no le fueron reconocidas en sede administrativa dentro de esa liberalidad, pero esos elementos son propios de un proceso ordinario, donde el Estado es el demandado y donde quien reclama es quien se siente afectado por esa conducta de la administración que usualmente pudiese ser de responsabilidad extracontractual en ciertos supuestos y aquí deberá ser asunto que deberá ser discutido por las partes(…)"

Con motivo de dichas interpretaciones dadas por el Tribunal de Apelaciones, se está incurriendo en el error de no entrar a discutir el precio de los derechos comerciales en la instancia de apelación, acogiendo simplemente el avalúo administrativo porque según el Tribunal, no tiene otra opción al respecto.

Por otra parte, para el presente caso se debe destacar que esta línea jurisprudencial del Tribunal de Apelaciones ha llegado a interpretar de forma gravosa que la indemnización por derechos comerciales no puede incluir el Derecho de Llave y el Lucro Cesante. Esto se encuentra reflejado en el voto Nº 348-2016. Este voto excluyo de la indemnización de derechos comerciales, el derecho de llave y el lucro cesante, argumentando que existe una extralimitación que soslaya el derecho contenido en el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública, que en su argumentación el artículo expresamente prohíbe la indemnización de lucro cesante para el caso de reclamos de daños por conducta lícita de la Administración Pública. En lo que interesa, indica el mencionado voto:

> "Se debe hacer la acotación, es lo cierto que el artículo 22 de la Ley de Expropiaciones en su penúltimo párrafo, para fijar el valor del bien, se concedieran los daños permanentes, pero no los daños futuros o expectativas de derecho. El Tribunal no desconoce la norma establecida o el tema establecido en las expropiaciones en el inciso e del párrafo tercero a la luz de los derechos comerciales, para el tribunal se ha llegado a extrapolar y extralimitar el tema del hecho futuro o la expectativa del derecho y se ha llegada por parte del Estado soslayar la disposición del artículo 194 de la LGAP es más que claro, el tema de que la responsabilidad por conducta licita solo cubre los daños y no el lucro cesante. Para el tribunal es claro el hecho, quien titular, lucro cesante, utilizar derecho de llave, podría llegar a una especie de engloba miento del inciso e del párrafo tercero. El inciso e) los delimita y

dice que se establecen por ejemplo que se debe indemnizar del derecho de llave, lo que pasa es que esta norma en tesis de unanimidad del Tribunal no da para dar a una indemnización que soslaye la tesis general del 194 p 2 de la LGAP, no es que el Tribunal desconoce que se puede tener como derecho comercial algo que en los peritajes erróneamente se tituló como derecho de llave o erróneamente como lucro cesante, puede ser que intitular derecho de llave o le otro no sean derecho de llave, puede ser que a pesar de titular así, sea un verdadero daño. Aquí se ha extrapolado al punto de sobre pasado el límite de utilizar la nomenclatura y también de darle un contenido sustantivo a una nomenclatura impropia, sino también en su sustantividad, asignarle un monto económico a expectativas futuros, como el lucro cesante, si el estado sucumbe en una relación inquilinaria, debe pagar, la pregunta es que debe pagar, hay relaciones que son propias del contrato inter partes y hay responsabilidad del estado en sucumbir en esa relación inquilina ría, pero el Estado, en su potestad, no puede desconocer ante ello la tesis de la responsabilidad por conducta licita, si se concatena el 22 párrafo penúltimo con el 194, es más que claro que se debe indemnizar el daño real permanente, o actual".

Por tanto, existen vicios de inconstitucionalidad en los votos indicados anteriormente, se puede observar que la Sección Segunda del Tribunal de Apelaciones, tiene el criterio jurídico enmarcado sobre la indemnización de los derechos comerciales, en los siguientes puntos:

1. Que las afectaciones de derechos comerciales que se pueden suscitar en un proceso de expropiación debe ser ventilada en el proceso ordinario, no en el proceso especial de expropiación.
2. Que no se debe realizar un avalúo administrativo que valore los derechos comerciales. En caso de hacerlo, es un acto de mera liberalidad de la Administración.
3. Que cualquier daño que se acontezca a un derecho comercial producto de una expropiación, es un daño en que responde la Responsabilidad Civil de la Administración.
4. Que cuando la Administración expropia un bien inmueble determinado donde se ejercen actividades comerciales, únicamente existe un despojo al propietario del bien inmueble, no así de los derechos comerciales, ya que estos no se ven extinguidos y la Administración no adquiere un Establecimiento Comercial.

IV.1.- Vicios de Inconstitucionalidad en la interpretación jurisprudencial

Previo a individualizar los vicios de constitucionalidad de la interpretación jurisprudencial aquí estudiada, es menester determinar la naturaleza jurídica, para que poder confrontarlo con el criterio jurisprudencia aquí debatido, en aras de la correcta ponderación de la constitucionalidad del Alto Tribunal Constitucional, que debe entrar a efectuar el estudio encomendado. El Máximo Tribunal Constitucional, mediante el Voto N°2016006327 de las 09:05hrs del 11 de mayo del 2016, define el derecho de propiedad, a saber:

"El artículo 45 de la Constitución Política consagra el derecho de propiedad. En el párrafo primero señala su carácter de "inviolable" y establece la obligación por parte del Estado de indemnizar al propietario previamente, cuando deba suprimirla por razones de "interés público legalmente comprobado". En el párrafo segundo establece la posibilidad de establecer limitaciones de interés social a la propiedad, mediante ley aprobada por votación calificada. Esta Sala se ha referido, en diversas oportunidades, al contenido del artículo 45 de la Constitución Política y lo ha conceptualizado en los siguientes términos:

"Doctrinariamente se ha definido el derecho de propiedad como aquel derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por voluntad del propietario. En nuestro Estado Democrático de Derecho, la Constitución Política en su artículo 45 establece que la propiedad es inviolable, y que nadie podrá ser privado de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, siendo que el término inviolable no significa que sea absoluta, ni exenta de función social, significa solamente que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla. De este modo, al elevarse a nivel constitucional el derecho de propiedad, la inviolabilidad de la misma en concordancia con la indemnización que se debe otorgar en caso de expropiación, permite la proyección de un principio general de nuestro derecho constitucional, según el cual cuando existe un interés público debidamente demostrado, el derecho patrimonial individual debe ceder frente a aquel que tiene mayor fuerza, previa indemnización concedida al

propietario" (Sentencia No. 00565-94, de las 18:21 hrs. del 26 de enero de 1994).”(Negrita y subrayado es propia)

Dicha posición jurisprudencial, concuerda en un todo, con lo expuesto a nivel doctrinario por el maestro García de Enterría (1988, p. 182) define a la expropiación como: “una actuación administrativa directamente dirigida al despojo patrimonial (privación acordada “imperativamente”), a la que, para ser legítima, se somete a un procedimiento formal… cuya observancia el particular afectado puede imponer eficazmente con la faculta explícita que… la ley reconoce”. Es decir, tenemos que la expropiación no es producto de la desposesión, sino por el contrario limitación al titular de las facultades de disponer, plenamente de su derecho de la propiedad, que obliga al dueño de una cosa a perderla total, parcial o con restricciones según sea necesario para la satisfacción de una necesidad pública legalmente acreditada, siempre y cuando exista previo pago de un precio equitativo por concepto de indemnización por la afectación en la esfera privada del ciudadano.

Por ejemplo, Adolfo Carretero Pérez (1966. p,13) define el concepto de la expropiación, al decir: “la Expropiación supone la alteración de una situación jurídica sobre bienes económicos en favor de otro sujeto distinto al antiguo titular, debido a la satisfacción del Interés Público que el afectado por ella no pudo conseguir por la *causa expropiandi* y la compensación al expropiado de una indemnización previa, a la medida adecuada al sacrificio económico impuesto”. Esto confirma que la expropiación es la herramienta del Estado, ante una necesidad de interés público por el cual se ve en la

obligación de adquirir para responder a una necesidad de utilidad pública.

Podemos afirmar que la expropiación implica la transformación de derecho sometido a convertirse en indemnización, producto del daño, molestia e inconvenientes soportados por el administrado, en virtud del beneficio de la colectividad. Esto así lo confirma Marienhoff (1992. p,123), al decir: "La expropiación es un medio de solucionar y armonizar la situación antagónica entre dos intereses: el público y el privado…Puede definirse la expropiación como el medio jurídico en cuyo mérito el Estado obtiene que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública, previa indemnización". Por lo cual, del precepto constitucional numeral 45 (Derecho de la Propiedad Privada Inviolable) y en armonía con el 39 (Debido Proceso) de la Constitución Política, la expropiación responde como garantía máxima constitucional del expropiado ante la afectación ocasionada por la Administración motivada por una declaratoria de interés público legalmente comprobado, dándole la seguridad jurídica, tranquilidad y confianza legítima que ante la afectación del derecho en la esfera privada, tendrá la garantía absoluta, acorde al 45 de la Constitución a un procedimiento donde se asigne una previa indemnización, y misma que puede ser revisable en Estrados Judiciales, en aras de lograr una correcta indemnización, por el extinto o limitado uso del derecho de propiedad del cual era titular el administrado.

La expropiación se caracteriza por la potestad expropiatoria, siendo el elemento diferenciador e ineludible, en los casos de enajenación o limitación invasiva del derecho

de la propiedad privada, misma que ha sido definida por la Sala Constitucional mediante el Voto N°2016006327 de las 09:05hrs del 11 de mayo del 2016, como:

> **"SOBRE LA POTESTAD EXPROPIATORIA.** - El Estado tiene la potestad de privar a alguna persona de su propiedad por razones de interés público, siempre que medie una indemnización. Dicha potestad debe ser enfocada, tanto como un instrumento para el logro de los fines socioeconómicos del Estado y la plena realización del interés público (satisfacción de las necesidades colectivas), así como una garantía en beneficio del administrado. La expropiación conlleva la transferencia coactiva, de la esfera privada a la pública, del derecho de propiedad o alguno de sus atributos, e igualmente de derechos o intereses patrimoniales legítimos. De otra parte, es importante tener presente que, de conformidad con el texto constitucional, la potestad expropiatoria, únicamente, puede ejercerse en el tanto se cumplan dos condiciones: a) la existencia de un interés público legalmente comprobado y, b) se realice el pago previo de la indemnización correspondiente. La expropiación solamente puede ser decretada en el tanto el bien que constituye su objeto resulte imprescindible para la consecución de determinado fin público o de los intereses de la colectividad *-causa expropiandi-*, lo que, obviamente, constituye el motivo del acto declaratorio -elemento sustancial objetivo-. Asimismo, la expropiación, como supuesto de responsabilidad administrativa por sacrificio especial, lleva aparejado, necesariamente, en función de la responsabilidad del Estado -artículos 9 y 41 de la Constitución Política- y del

> principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas -artículos 18 y 33 de la Constitución Política-, el pago previo de la indemnización respectiva -Ubi expropriatio ibi indemnitas-. Por último, cabe destacar que el artículo 45 constitucional no establece cuál es el procedimiento que debe seguirse para una expropiación, sino que deja esos aspectos, así como la calificación provisional de cuando se está ante supuestos de utilidad pública, a la Ley. Es por esto que el legislador puede, entonces, regular el procedimiento de expropiación y los elementos necesarios para que este instituto opere, dentro de los límites fijados por la Constitución Política. Para esos efectos, el legislador creó la Ley de Expropiaciones -como marco general- y las leyes especiales, como la Ley de Adquisiciones, Expropiaciones y Constitución de Servidumbres del Instituto Costarricense de Electricidad para regular el trámite de expropiación (Sentencia No. 2010-005220, de las 16:29 hrs. del 16 de marzo de 2010).”

Ante el ejercicio de dicha potestad de imperio, que conforme a los numerales 59 y 66 de la Ley General de la Administración Pública, la ley prevé en este caso la remisión al procedimiento de la Ley de Expropiaciones, y normas conexas acorde a la especialidad. Por lo que se delimita la forma en que el Estado ejercerá dicha potestad en detrimento del derecho de propiedad y la esfera privada del ciudadano, con la única finalidad de satisfacer una necesidad pública. Siendo esto confirmado por el autor Pera Verdaguert (1970. p, 29), al indicar: “la expropiación forzosa constituye un sistema ideado para adquirir en beneficio de la comunidad de bienes

privativos de los ciudadanos que desean conservarlos y que para alejar las más mínima sospecha de abuso o de confiscación, se han excogitado profusas normas conducentes de abuso a averiguar y establecer el verdadero valor de aquéllos, siempre con la mira puesta en el empeño de aminorar en lo posible el detrimento de los propietarios privados del dominio contra su voluntad". La expropiación es el procedimiento en el que se obliga a una persona privada, a ceder al Ente Estatal la propiedad o derecho o interés patrimonial legítimo del cual es titular, en virtud de las exigencias del interés público –función social- mediante el previo pago de una justa indemnización.

Una inmersión en la esfera privada que no puede darse sino es por interés público legalmente comprobado, siendo la utilidad pública lo que justifica que una persona privada, sea despojada, limitada o expropiada, contra su voluntad, de su derecho de propiedad. Por lo cual la expropiación responde a las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico, al ser una un medio de garantías constitucionales en beneficio y protección del administrado, así como, un medio que facilita y permite de manera armoniosa el desarrollo Estatal en la prestación de sus servicios.

Nuestro Constituyente reconoció la propiedad privada y su característica de inviolabilidad, en el numeral 45 In Fine, le impone una serie de limitaciones a la propiedad al decir:

> "Artículo 45. —La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea

previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social."

En efecto, el ámbito de acción de la expropiación descansa en el derecho constitucional de la propiedad privada, que posee el carácter de inviolable y privada, por lo cual la expropiación vendría siendo el único supuesto legal, para vulnerar dicho derecho constitucional, en el tanto responda a un interés público legalmente comprobado y efectuada su previa indemnización. Esto ha sido confirmado en un todo por la propia Procuraduría General de la República en su dictamen número C-165-91 de 14 de octubre de 1991, que indicó:

"Cuando algún ente público no puede obtener voluntariamente el concurso de los particulares en la provisión de bienes muebles o inmuebles, se abre la vía para el mecanismo de expropiación. El artículo 45 de la Constitución Política declara el carácter inviolable de la propiedad privada. Esta inviolabilidad cede ante la expropiación por interés público legalmente demostrado, con la necesaria indemnización previa. Este postulado de rango constitucional impide tajantemente que el Estado o alguno de sus entes puedan apropiarse de bienes de inmueble (sic) de particulares sin respeto del trámite previo de expropiación. La desposesión de hecho de la

propiedad inmueble de un particular, sin fundamento en ninguna norma jurídica, no puede ser bajo ningún supuesto el antecedente para la adquisición legítima de bienes por parte de la Administración. El mandato constitucional descarta por completo esta posibilidad y cualquier interpretación jurisprudencial contraria podría ser eventualmente considerada inconstitucional. "

Siendo la expropiación consecuencia directa de la función social de la propiedad privada, dicha función se encaminada a determinar que la propiedad no es absoluta e irrestricta, sino que casos de existir un interés legalmente comprobado de utilidad pública, dicho derecho individual cede ante en el interés superior de la colectividad, dicha afectación se constituye en la obligación que tiene el Estado expropiante de reconocer e indemnizar el justiprecio por dicha afectación a la esfera patrimonial privada del ciudadano, y así lo ha reconocido nuestra Sala Constitucional, en el voto en mención líneas atrás, lo siguiente:

"SOBRE LA INDEMNIZACIÓN. - Resulta necesario señalar que la cancelación de la indemnización no representa ganancia alguna para el afectado, sino una restauración o compensación de valores por la intromisión que se vio obligado a soportar en su esfera jurídica, sin estar obligado a esto. La ausencia de la indemnización hace que el acto deje de ser expropiatorio, y entre en la esfera de la expropiación de hecho o la confiscación, ambos, aprovechamientos ilegítimos. Este Tribunal -sentencia No. 2002-04878, de las 14:53 hrs. del 22 de mayo de 2002- se refirió a la

indemnización, como elemento esencial de todo acto expropiatorio efectuado por la Administración, en los siguientes términos:

"Otro aspecto a considerar es que la potestad estatal para expropiar un bien - para que sea constitucionalmente válida- está condicionada a que el patrimonio de su propietario quede indemne, es decir sin daño, de ahí la especial protección que el legislador dispuso al establecer el juicio sumario sobre el justo precio. La indemnización es una compensación económica debida por el sacrificio impuesto al propietario en el interés público, e importa restituir íntegramente al propietario el mismo valor económico de que se le priva y cubrir además los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación. Esta debe ser justa y previa, por ello debe de comprender el pago del valor objetivo del bien expropiado, los daños y perjuicios causados directa o indirectamente por el desapoderamiento, manteniendo económicamente incólume el patrimonio del expropiado. En protección al propietario y de acorde al numeral 45 de la Constitución Política el numeral 30 de la Ley Expropiaciones regula acerca un proceso especial de expropiación en el que sólo se discutirá asuntos relacionados con la revisión del avalúo administrativo del bien expropiado, para fijar el monto de la indemnización y en cual en este tipo de diligencias lo único que es posible discutir es el justiprecio del bien objeto de la limitación y mediante el cual el juez competente nombra un perito judicial para que realice

> el estudio; incluso se puede nombrar a petición de alguna de las partes un perito tercero en discordia para que realice el avalúo correspondiente " (En el mismo sentido sentencia No. 2004-08015, de las 16:25 hrs. del 21 de julio de 2004).

Por consiguiente, al ser la indemnización motivada producto de la Función Social, que en palabras de don Eduardo Ortiz Ortiz (1978. p,120), al abordar el tema de la función social de la propiedad, reconoció: "La idea de función implica el servicio a un interés extraño a quien, sirve, propio de la sociedad cuando se trata de uno que se califica como público. Lo que se quiere es que la misma debe estar subordinada o, al menos, coordinada a la sociedad, en beneficio de los demás. Puede entenderse que, …el propietario tiene un derecho con prohibiciones de dañar a terceros o, todavía más, con el deber de promover, a través de la propiedad, el bien común, eventualmente hasta quedar obligado para con los demás o con la Administración Pública a no hacer, dar o hacer algo.". Por lo tanto, nos lleva a entender que la función social se puede expresar por medio de prohibiciones, como en deberes que soporta el propietario para con la sociedad civil o con la Administración Pública. Por consiguiente, dicho numeral constitucional, no sólo viene a establecer el derecho de la inviolabilidad de la propiedad, sino también que en aras de satisfacer ese interés público, y surge la obligación del Estado de que para lograr el fin común respetando el 45 constitucional, se debe fijar una previa indemnización acorde al justiprecio, respetando el debido proceso a todos aquellos titulares de la propiedad, derechos, e intereses patrimoniales legítimos, según lo dispone el artículo 1 de la Ley de Expropiaciones.

A) Violación a la garantía del artículo 45 de la Constitución Política, el derecho de la propiedad privada y el Principio de Inviolabilidad de la Propiedad Privada

La tesis jurisprudencial plasmada en los fallos bajo estudio sostiene que la indemnización de los derechos comerciales debería ser conocida en un proceso ordinario, y no dentro del proceso especial de expropiación, basado en la inexistencia del despojo de los derechos comerciales y cualquier indemnización a este rubro se interpreta como daños por conducta lícita de la Administración. Al respecto, el Principio de Inviolabilidad de la Propiedad Privada se ve transgredido por tres motivos principales, que se exponen a continuación:

a.1) Se elimina la garantía de previa indemnización en la expropiación de derechos comerciales:

Al respecto, es importante considerar que el proceso de expropiación tiene su origen en el artículo 45 de la Constitución Política, como una excepción al Principio de Inviolabilidad de la Propiedad Privada, de tal manera que el mismo artículo establece dos requisitos previos para efectuar este tipo de diligencias, los cuales son: la existencia de un interés público legalmente comprobado (*causa expropiandi*) y la previa indemnización conforme a la ley (*Principio de Indemnidad*). Estas limitaciones fueron impuestas en nuestra Carta Magna, como límites regulatorios a la potestad de imperio de la Administración que le faculta realizar una intromisión a la esfera patrimonial de los administrados.

Sobre el requisito de la indemnización previa, la Sala Constitucional ya ha definido la importancia y alcances que

tiene este elemento dentro del proceso de expropiación. Al respecto, en el voto 4878 – 2002, ha abarcado el tema en los siguientes términos:

> ***"Sobre la indemnización. -*** *Otro aspecto a considerar es que la potestad estatal para expropiar un bien - para que sea constitucionalmente válida- está condicionada a que el* ***patrimonio de su propietario quede indemne, es decir sin daño****, de ahí la especial protección que el legislador dispuso* ***al establecer el juicio sumario sobre el justo precio****. La indemnización es una compensación económica debida por el sacrificio impuesto al propietario en el interés público, e importa restituir íntegramente al propietario el mismo valor económico de que se le priva y cubrir además los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación. Esta debe ser justa y previa,* ***por ello debe de comprender el pago del valor objetivo del bien expropiado, los daños y perjuicios causados directa o indirectamente por el desapoderamiento, manteniendo económicamente incólume el patrimonio del expropiado"*** (demarcado no es del original).

De esta manera, la Sala Constitucional indicó que el proceso de expropiación debe mantener el patrimonio del expropiado incólume, como si no hubiera existido una afectación o daño dentro de su esfera privada, de tal manera que la indemnización que es producto de esta potestad de imperio, contemple todos aquellos daños y perjuicios causados de forma directa o indirecta.

Es necesario traer a colación, lo expresado por Jose Canasi (1952. p, 23) en su obra "El Justiprecio en la Expropiación Pública", al señalar:

"El derecho de expropiar es necesario al Estado moderno para cumplir sus fines. De todo esto se infiere:

1) que el bien expropiado debe indemnizarse;
2) Que ya sea por necesidad, por utilidad pública, interés general, etc., nunca puede la expropiación traducirse en fuente de lucro para el expropiado;
3) que el expropiante no puede ni debe empobrecer a una persona arbitrariamente en beneficio de los demás;
4) que en definitiva todos los ciudadanos deben cargar por igual con el peso de la obra pública, desde luego entendiéndose la igualdad en el moderno concepto de proporcionalidad impositiva, en el cual al expropiado le corresponde una porción, pero nunca el mayor de los perjuicios económicos."

Es en este sentido la propia Ley de Expropiaciones en su artículo 1 In Fine, dispuso como parte del objeto que regula la ley, la indemnización previa del expropiado, en cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos. Al respecto, el mencionado artículo dispone:

"Artículo 1.- Objeto. La presente ley regula la expropiación forzosa por causa de interés público legalmente comprobado. La expropiación se acuerda en ejercicio del poder de imperio de la Administración Pública y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado".

De acuerdo con esta norma anterior, en concordancia con el artículo 45 constitucional, es claro que el objeto del proceso de expropiación es la protección de cualquier forma de privación del patrimonio de los administrados, ante las potestades de imperio de la Administración en incidir directamente en el derecho de propiedad de los particulares. Por consiguiente, toda afectación de derechos del administrado tiene como origen estas potestades de imperio, debe ser ventilada en el proceso expropiatorio donde se discutirán todos los asuntos relacionados con la revisión del avalúo administrativo en aras de la correcta fijación del justiprecio. Considérese que el artículo 45 constitucional consagra el carácter excepcional de este proceso en defensa del derecho de propiedad de los administrados y también la garantía a un debido proceso de garantía y tutela efectiva del ejercicio del Poder de Imperio.

Dicha línea de pensamiento se confirma con lo dispuesto en la Ley de Expropiaciones, al indicar:

> "Artículo 6.- Sujetos Pasivos. Las diligencias de expropiación se tramitarán en tantos expedientes separados cuantos sean los titulares de los inmuebles y los derechos por expropiar; pero en el caso de los copropietarios, se tramitarán en un solo.
>
> Si el inmueble, mueble o derecho, afecto a la expropiación está en litigio, como partes de las diligencias de expropiación se tendrán a quienes aparezcan en el expediente directamente interesados, a los propietarios o los titulares de la cosas o derechos a quienes figuren, con derechos sobre la cosa, en el registro público correspondiente."

Ante la afectación en aras de la utilidad pública, tanto ordinal 45 de la Constitución Política; así también, el 1 de la Ley de Expropiaciones, reconocen la condición de expropiado, a ciudadano afectado directamente por el interés público, ya sea propietario del bien, titular del derecho o interés patrimonial legítimo, tanto así, que la propia legislación especial, reconoce y obliga al Estado expropiante, establecer los procedimientos administrativos y judiciales, contra cualquiera que sea el titular afectado por la expropiación. Dicha lógica legal, resulta contrapuesta, a la interpretación jurisprudencial aquí acusada de inconstitucionalidad, por otorgar un trato discriminatorio, desigual entre sujetos igualmente perjudicados por el interés público que está detrás de las diligencias de expropiación, por ende, ocasiona un vació al contenido del derecho de propiedad, y a la tutela efectiva del ejercicio de potestades imperio, plasmado mediante el uso reglado, según lo dispone la Ley de Expropiaciones.

Aunado a lo anterior, en este mismo orden de ideas, vía ley especial tenemos que las actividades comerciales desplegadas en propiedades sometidas a la expropiación forzosa, encuentra especial fuero proteccionista, vía reserva de ley, esto en virtud de que, la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos (LAURS), en su artículo 77 constata el requisito de una previa indemnización de los derechos de los arrendatarios. El artículo indica:

"ARTICULO 77.- Expropiación del bien.

Si el traspaso de dominio resulta de una expropiación por causa de utilidad pública, el contrato se extinguirá, pero antes el arrendador y el arrendatario deberán ser

indemnizados por el expropiador, conforme a la ley" (demarcado no es del original).

Por consiguiente, la indemnización previa supone por mandato constitucional un requisito esencial de validez del proceso de expropiación, el cual una vez cumplido, permite a la Administración expropiar un bien o derecho determinado del administrado. Por lo tanto, mantener la tesis cuestionada, que la indemnización de los derechos comerciales no forman parte del proceso especial de expropiación, genera una lesión a la tutela del principio de inviolabilidad de la propiedad privada, genera una distinción o discriminación legalmente no contemplada, que obliga al ciudadano comerciante titular de un derecho o interés patrimonial legítimo sometido por el Estado, lesionando groseramente la esfera privada, y el derecho que surge de la relación comercial inquilinataria, permitiendo una vía con potestades desorbitantes y discrecionales a la Administración para incidir en la esfera privada patrimonial del derecho de propiedad del administrado, a través de la potestad de imperio, si reparo del control legal de la misma, ni sometimiento al debido proceso.

Como quebranto a este principio constitucional, se pueden observar las diferentes implicaciones sobre los derechos comerciales que generar: En primer lugar, el administrado ve afectado su actividad, ese derecho comercial, acorde a su empresa en marcha, tiene un impacto directo en su rendimiento por la intromisión de la Administración, que obliga, a reinstalarse, tramitar autorizaciones, permisos y licencias de funcionamiento nacional y municipal, aunado al deber de sostener sus responsabilidades impositivas, como cargas sociales laborales con sus empleados, mientras

nuevamente, reactiva y coloca la empresa en marcha, todo esto, según tesis del Ad quo, sin una previa indemnización por dicha afectación a su derecho e intereses patrimoniales legítimos; y en segundo lugar, deberá acudir a la vía declarativa ordinaria, para reclamar, cuantificar y demostrar el daño sufrido producto del interés público que permitió al Estado afectar, enajenar y despojar del funcionamiento cotidiano de su actividad comercial, para asumir por su cuenta el proceso ordinario para obtener una indemnización de parte del Estado, esto se constituye en una indemnización posterior del justiprecio, lo cual, a todas luces, implica una lesión grave al precepto del 45 de la Constitución Política, y violación directa a la garantía del debido proceso (39) y acceso a la Justicia Pronta y Cumplida (49), ya que se aceptaría que el Estado eluda sus obligaciones definidas por ley, endilgando al ciudadano el impulso procedimental, que compete al Estado por el uso del poder de imperio, en aras de satisfacer la utilidad pública.

a.2) Interpretación del despojo de la cosa como causal de expropiación e inexistencia del deber indemnizatorio de derechos e intereses patrimoniales legítimos de los titulares de Derechos Comerciales.

En segundo término, el artículo 45 constitucional también se ve quebrantado ya que al considerar que los derechos comerciales no forman parte del proceso especial de expropiación, se está excluyendo de la protección del derecho de propiedad consagrado en el artículo 45, los derechos comerciales del expropiado. Se debe entender que los derechos comerciales se encuentran garantizados y contemplados como lo dispone el artículo 1 In Fine,

independientemente de si es propietario del inmueble o se encuentra en condición de arrendatario. Por lo cual, no es correcto, como apunta la jurisprudencia discutida, que no exista una afectación de la esfera privada de los derechos comerciales, cuando el Estado expropia inmuebles donde existen actividades lucrativas.

La tesis jurisprudencial emanada, resulta desigual y discriminatoria, ya que viene a establecer una distinción entre que sujeto es considerado expropiado, y quien no, basado única y exclusivamente en la desposesión de la cosa, cuando lo cierto es que la condición de expropiado es producto de la afectación generado por el interés público, según el artículo 6 In Fine, razón por lo cual, se parte de un hecho errado que en el ordenamiento jurídico costarricense sólo es viable la expropiación de propiedades inmuebles, cuando lo cierto es que según el propio numeral 1 de la Ley de Expropiaciones, reconoce la condición de expropiados a titulares de inmuebles, muebles, derechos e intereses patrimoniales legítimos. La tesis jurisprudencial analizada desconoce el derecho comercial o intereses patrimoniales, ya que cualquier persona titular de dichos derechos e intereses, asume que no tiene afectación o perjuicio por las diligencias de utilidad pública que motivan la expropiación que lesiona su derecho.

El criterio jurisprudencial, genera desconfianza legítima en el proceder del Estado y cuestiona la tutela efectiva del derecho de propiedad ante el poder de imperio, y por otro lado, la *causa expropiandi* detrás de todo proyecto de interés de la colectividad, se constituye en un escenario de inseguridad jurídica, ya que se deja al Estado un poder de discrecionalidad ilimitado, para determinar cuáles derechos serán

indemnizados conforme a la ley, y cuáles deberán acudir a una vía ordinaria y carga probatoria para buscar una indemnización justa, después de haberse consumado la desposesión o afectación al derecho. Motivo por el cual, negar que se efectúe un avalúo administrativo sobre los derechos comerciales, es negar la propia existencia de estos derechos en la esfera patrimonial del expropiado.

Al respecto, es importante mencionar que mediante la sentencia 8015-2004 de las 16:24 horas del 21 de julio de 2004, la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad contra la Ley 7495 de tres de mayo de mil novecientos noventa y cinco que, en nuestro interés, definió los elementos básicos que la Administración debe de contemplar en la elaboración del avalúo administrativo, en concordancia con el artículo 22 de la Ley de Expropiaciones. El mencionado voto indica:

> *"Por otra parte, la misma Ley 7495 (en el artículo 22) determina los aspectos que deben ser obligatoriamente considerados para establecer el monto de la indemnización, tales como descripción topográfica del terreno, estado y uso de las edificaciones, uso actual del terreno,* ***derechos de inquilinos o arrendatarios, licencias o derechos comerciales****, licencias o concesiones para la explotación de yacimientos, precio estimado de las propiedades colindantes para efectos de comparación, gravámenes* ***y cualesquiera otros elementos o derechos susceptibles de valoración e indemnización****" (demarcado es propio).*

En consecuencia, ya existe un precedente constitucional incuestionable sobre la necesidad de integrar al avalúo administrativo, los derechos comerciales que se ejercen en la

propiedad que está siendo objeto de expropiación. Resulta lógico e incuestionable el deber de indemnizar dichas actividades comerciales, ya que el propio artículo 293 y 1045 del Código Civil reconoce el deber de remitir al procedimiento especial de expropiación ante el interés público, sino que esto se refuerza con el numeral 77 LAURS, que condiciona la extinción del contrato de arrendamiento, a ambas partes, arrendador y arrendatario, una vez, se hayan respetado los procedimientos establecidos en la Ley de Expropiaciones, ya que dicha intromisión estatal en la esfera privada, ocasiona afectación, inconvenientes y daños, mismos de los cuales, conforme al artículo 22 In Fine, se daños reales y permanentes, ante una situación sobrevenida, indeseada e inevitable para el administrado, como es la expropiación forzosa.

A nivel doctrinario, tenemos lo expresado por el García Gómez de Mercado (1999. p, 201), en su obra: "El Justiprecio de la Expropiación Forzosa", al señalar: "Esta indemnización independiente que debe determinarse en favor del arrendatario no debe deducirse de la correspondiente al propietario, toda vez que es el beneficiario el que debe soportar el costa de las indemnizaciones y no el propietario, que sufre el perjuicio de no seguir percibiendo las rentas, al tiempo que, puesto que el derecho del arrendatario no tiene naturaleza real sino personal, no limita el dominio y el hecho que la finca tenga un ocupante no es relevante para la indemnización del propietario ya que la expropiación es causa de resolución del contrato de arrendamiento. Pero por el principio de que la expropiación no debe perjudicar ni tampoco beneficiar al expropiado, sobre todo en casos de renta antigua, debería reconocerse que el valor en venta de la propiedad es inferior al que podría alcanzar de no estar arrendada".

Por otra parte, debe observarse el impulso proteccionista y garantista plasmado en la Reforma a la Ley de Expropiaciones, mediante Ley 9462, publicada en la Gaceta del martes 18 de julio de 2017, al Alcance Nº175, ha venido ampliar la tutela efectiva de los derechos comerciales, al introducir cambios garantistas, al contemplar dos nuevas referencias al reconocimiento de los derechos comerciales en el proceso.

Primeramente, en el artículo 18 In Fine, dispuso: "Esta declaratoria será motivo suficiente para las eventuales indemnizaciones por actividades comerciales o cualquier otra afectación de derechos que en razón de esa misma expropiación deba realizar la administración", y en el artículo 22 In Fine, señala: "El avalúo administrativo deberá indicar todos los datos necesarios para valorar el bien que se expropia, tanto del inmueble como de la actividad comercial que se esté realizando". Al concordarse con el numeral 1 In Fine, la ley viene a proteger cualquier persona, que vean sus derechos afectados por la expropiación forzosa por causas de utilidad pública, entonces las reformas introducen cambios más proteccionistas, y, por el contrario, la sección II del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso, impone criterios jurisprudenciales impone criterios y tutelas restrictivas y discriminatorios a los sujetos expropiados afectados en su patrimonio privado.

Por lo cual, de aceptarse como válida la tesis jurisprudencial cuestionada, viene negar la existencia de los derechos comerciales dentro de la expropiación, como parte afectada en su esfera patrimonial y derechos, vacía totalmente de contenido el derecho de propiedad de los titulares de estos derechos, sino que legitima la amenaza al derecho en un daño

real permanente, contrario al mandato del 45 constitucional, y las recientes reformas legales, que protegen e incorporan el reconocimiento previo de este tipo de derechos.

a.3) Considerar la afectación de los derechos comerciales como un daño por responsabilidad civil, cuando son daños reales permanentes acorde al objeto del proceso de expropiación.

Resulta evidente que existe un despojo de parte de la Administración en el proceso expropiatorio sobre los derechos comerciales del expropiado. En caso de mantener la postura del Tribunal de Apelaciones sobre no considerar a los titulares de derechos comerciales, como expropiados, se les estaría negando su derecho constitucional a la inviolabilidad de la propiedad privada, que garantiza un procedimiento especial para la tutela de sus derechos. En otras palabras, se desconocería la existencia de una protección constitucional que tiene los titulares de derechos comerciales, concediéndolo facultades exorbitantes al Estado para incidir en su patrimonio, sin un procedimiento que tutele las garantías del afectado.

En esta misma línea de razonamiento, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto N°166-1992, equipara la no indemnización en el proceso de expropiación con una especie de confiscación del derecho de propiedad. Al respecto, se ha referido en los siguientes términos:

> "La indemnización constituye la piedra angular de la expropiación. El expropiado tiene derecho a la reparación integral, sea al equivalente económico comprensivo del valor real del bien o derecho expropiado, **y del daño consecuente (emergente y lucro**

cesante) de la privación de su propiedad. **Se trata de mantener así un equilibrio de valores, pues si éste fuera roto, en detrimento del expropiado, se produciría una confiscación**. **Si falta la indemnización se estará en presencia de otras instituciones** (comisos, confiscaciones, limitaciones de interés social, etc.). Se puede definir como una técnica de conversión de derechos para mantener incólume el patrimonio del propietario: el valor del bien **o derecho expropiado**, y el daño es sustituido por su valor económico o monetario. Por ello la idea rectora de la expropiación la constituye el **principio de dejar el patrimonio del expropiado en un estado igual al precedente a la privación**, mediante una conversión, conmutación o sustitución de valores (valor de los bienes expropiados por un valor equivalente en dinero). **La causa de la indemnización expropiatoria está en la necesidad de dejar el patrimonio del expropiado indemne, y no en la producción de un daño por conducta lícita**, ya que la expropiación es una actividad administrativa deliberadamente **orientada al despojo**" (demarcado es propio).

Por consiguiente, tampoco es válido indicar que la expropiación de derechos comerciales sea producto de un daño por conducta lícita, cuando el sentido del proceso expropiatorio es mantener incólume el patrimonio del expropiado hasta garantizar su reposición. Además, se debe considerar el valor real del inmueble y el daño consecuente, dentro del cual se encuentra entre otros el daño emergente y el lucro cesante.

Conforme se extrae el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública, se infiere que la Administración es responsables por sus actos lícitos y por un su funcionamiento normal cuando los mismos causen daños a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión. Dicha indemnización debe cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante. Ahora bien, vemos que la interpretación plasmada en la jurisprudencia aquí acusada de inconstitucionalidad, se basa en esa primera parte del referido numeral.

Ahora bien, se debe tomar especial atención a lo dispuesto en el inciso 3) del 194 In Fine, donde se indica: "El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo". Así pues, tenemos que la afectación especial de los daños causados en una expropiación, deviene de la aplicación de una ley especial, es decir la Ley de Expropiaciones, que regula el ejercicio del poder de imperio, mediante la potestad expropiatoria, en aras de la función social de la propiedad, motiva que se debe ceder el derecho a favor del Estado. Dicha potestad expropiatoria, sirve de elemento diferenciador de cualquier otro proceso, de responsabilidad por conducta lícita de la Administración. En virtud, que el ejercicio de poderes de imperio, se faculta mediante el sometimiento a controles determinados por la ley.

Por un lado, vemos que el numeral 194 LGAP nos indica que no se deben reconocer el lucro cesante, no obstante, vemos que dicho artículo, se somete a la especialidad de la

Ley, en estos casos, la Ley de Expropiaciones, si permite el reconocimiento de dicha lesión a esos derechos comerciales, ya que conforme a la propia al artículo 4.9.3.3. de la Guía de Valoración del Ministerio de Hacienda, Manual de Procedimientos para el Avalúo Administrativo, reconoce el lucro cesante en las indemnizaciones por concepto de derecho de llave o derechos comerciales por expropiación. Al encontrarnos ante un tema de jerarquía de la norma por su especialidad –expropiación forzosa- la aplicación del 194 LGAP, según la tesis jurisprudencial cuestionada, no es de recibo.

Por último, en aras de confirmar la validez de la tesis jurisprudencial, debemos traer a colación y llamar la atención, lo dispuesto en el artículo 367.2). a) de la LGAP, que reza así:

"Artículo 367. (…)

2.- Se exceptúa de la aplicación de esta ley, en lo relativo a procedimiento administrativo:

a) las expropiaciones;

(…)"

Por tanto, los daños que son generados a los derechos comerciales por el proceso de expropiación tienen una incidencia directa en el patrimonio del expropiado, producto de la afectación directa de la utilidad pública, que permite al Estado afectar la esfera privada del ciudadano, más no exime de la garantía constitucional de la previa y justa indemnización. La expropiación no se puede interpretar como un proceso de daños y perjuicios por conducta lícita de la Administración, vía 194 LGAP, por lo cual, por norma

especial, e inaplicación de la LGAP en procesos de expropiación, así establecido por el Legislador en el 367.2.a) In Fine, y así como remisión expresa mediante el 77 LAURS, es que la tesis cuestionada en esta acción, resulta deleznable, acorde al derecho de la constitución y el bloque de legalidad.

a.4) Violación al artículo 33 de la Constitución Política y el Principio de Igualdad

La línea jurisdiccional de la Sección Segunda del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso determina que el ciudadano titular de derechos comerciales no se tiene la condición de expropiado por el interés público legalmente comprobado, por ende, debe acudir a la vía ordinaria para obtener una indemnización de los posibles daños causados por la Administración. En consecuencia, esta interpretación es resulta groseramente violatoria al principio de igualdad, al generar una distinción o descalificación de los sujetos sometidos por la utilidad pública, al no tenerse como sujetos expropiados, y crea una desigualdad procesal, los administrados afectados por la expropiación, viene a generar diferenciación vía jurisprudencial entre los propietarios registrales y titulares de derechos comerciales e intereses patrimoniales legítimos, y por vía de ley, como impera el mandato constitucional.

Esta postura, crea distinción no conforme a lo existente en la Ley de Expropiaciones, por el contrario, que implementa una regulación de dichas afectaciones, en un primer momento, la Ley de Expropiaciones protege y tutela cualquier forma de privación de la propiedad privada, o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, siempre y cuando medie un el pago previo de una

indemnización que represente un justiprecio; esto se encuentra concordado, blindado y protegido a su vez, por el numeral 77 LAURS, que establece que el contrato de arrendamiento se tendrá por extinto por la expropiación, siempre y cuando previamente se sigan los procedimientos establecidos en la Ley de Expropiaciones, dicha ramificación regulatoria, se encuentra cubierta dentro el precepto del derecho de la propiedad del 45 de Constitución Política.

Sobre este Principio, la Sala Constitucional ha hecho referencia sobre los alcances del mismo, mediante el voto 1474-91, el cual lo definió de la siguiente manera:

> "El principio de igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. En cambio, deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea sustancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los ciudadanos. Así no hay igualdad sin dignidad y no habría dignidad sin igualdad, cuando no se trata como iguales a los iguales o como desiguales a los desiguales".

En consecuencia, este principio constitucional enmarca que se debe tener el mismo trato entre partes que se encuentran en igualdad de condiciones. Al respecto, no se observa ninguna condición en particular que permita efectuar un trato diferenciado entre los titulares de bienes inmuebles y

los titulares de derechos comerciales y, a efectos de no ser considerados estos últimos como parte dentro del proceso especial de expropiación. En su lugar, es absolutamente todo lo contrario, ya que ambos sujetos comparten la misma declaratoria de Interés Público, Administración Expropiante, y marco normativo aplicable en el proceso de expropiación.

Igualmente, es importante destacar que la propia Ley de Expropiaciones, en su artículo 6 menciona como sujetos pasivos del proceso de expropiación a los titulares de inmuebles y los derechos comerciales a expropiar. Es decir, es otro caso en que la propia Ley señaló como parte del proceso a quienes tienen derechos comerciales sobre los inmuebles, además, agrega el deber de tramitar en procesos separados. En nuestro interés, indica el mencionado artículo:

> "Artículo 6.- Sujetos pasivos. Las diligencias de expropiación se tramitarán en tantos expedientes separados cuantos sean los titulares de los inmuebles y los derechos por expropiar; pero en el caso de los copropietarios, se tramitarán en uno solo".

De conformidad con el mencionado artículo, se establece correcto proceder en cuanto al trámite del proceso de expropiación, mediante procesos separados según los derechos afectados, así como los titulares de los inmuebles y los derechos a expropiar.

De esta manera, la línea jurisprudencial del Tribunal de Apelaciones en remitir al expropiado de derechos comerciales al proceso ordinario es violatorio al Principio de Igualdad, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política. Resulta una carga grosera e injustificada que el titular de

derechos comerciales tenga que acudir a un procedimiento ordinario, cuando existe una ley especial que regula su correcta indemnización. No existe justificación para remitir por una parte a los propietarios de inmuebles al proceso especial de expropiación, y a los titulares de derechos comerciales al proceso ordinario.

Es importante enmarcar que este criterio jurisprudencial de la Sección Segunda del Tribunal de Apelaciones, en conjunto con la tesis de no indemnizar el lucro cesante y los perjuicios dentro de los derechos comerciales, al remitir al proceso ordinario de conocimiento. Por lo tanto, considerando que existe un proceso especial de expropiación concebido por el ordenamiento jurídico como garantía constitucional de la previa indemnización, está tesis jurisprudencial quebranta la Constitución y la Ley de Expropiaciones que reconocen la tutela efectiva de los derechos comerciales.

Bibliografía

- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. (1988). *Curso de Derecho Administrativo.* Tomo II. Madrid, España: Civitas.
- Procuraduría General de la República. Dictamen C-230-99.10 de noviembre del 1999.
- Carretero Pérez, Adolfo. (1966). *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*. Editorial Santillana, Madrid. España.
- Marienhoff, Miguel S. (1992). *"Tratado de Derecho Administrativo"* Abeledo. Perrot, Ediciones Glem. Tomo IV. Buenos Aires, Argentina.

- Pera Verdaguer, Francisco. (1970). *"Expropiación Forzosa"* II Edición. Editorial Bosch. Barcelona, España.
- Canasi, José. (1952). "*El Justiprecio en la Expropiación Pública*". Editorial Depalma. Buenos Aires.
- García Gómez de Mercado, Francisco. (1999). *El Justiprecio de la Expropiación Forzosa*. III Edición. Editorial Comares. Granada.

PROCESOS ACTUALES BASADOS EN ORALIDAD EN MATERIA DE FAMILIA

Dra. Shirley Víquez Vargas[293]

Notas Introductorias

En esta ocasión, el contenido del presente ensayo, tiene como finalidad exponer los procesos que, en materia de familia, actualmente se encuentran basados en oralidad o connotaciones de ésta, es decir, aquellos en los que podemos encontrar la regulación normativa de una audiencia en la que se concentra la prueba, existe inmediación e identidad física de la persona juzgadora.

Es importante destacar que, para los efectos que correspondan, la explicación se realizará tomando como fundamento la actual normativa que está vigente en nuestro país.

---

[293] La autora es Doctora en Derecho, además, es Master en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares, España. Especialista en Derecho de Familia. Jueza titular del Juzgado Primero de Familia de San José y Jueza Suplente del Tribunal de Familia. Desde el año dos mil diez es docente del Post Grado Maestría de Derecho de Familia en la Universidad Latina de Costa Rica, ha sido docente en otras universidades. Es Miembro fundadora del Instituto Costarricense de Derecho Procesal y del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Costa Rica, también forma parte del grupo facilitador en materia de familia que tiene el Colegio de Abogados y Abogadas.

1. La Oralidad y sus Principios

Se podría pensar que el juicio oral, público, contradictorio se presenta como uno de los mecanismos más idóneos para lograr el fin que pretende el derecho, en especial el civil, del cual deriva el derecho familiar, porque es la forma más eficiente para lograr el descubrimiento de la verdad real de los hechos. No vamos a filosofar si existe la verdad real, pero al menos la verdad que se extrae del proceso. Lo cual, permite un acercamiento directo de la persona administradora de justicia con las partes, la prueba y de éstas con aquélla, la posibilidad de lograr un convencimiento lógico y de expresar con mayor claridad los intereses que se persiguen, aunado al control y dirección que podría ejercer el pueblo sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que da un toque democrático al proceso y garantiza de cierta forma la justicia.

La publicidad es una consecuencia de la aplicación de la oralidad; sin embargo, en familia, no funciona igual que en otras materias. No resulta lógico que un conflicto familiar se de a conocer a puertas abiertas, en una sala de juicio o dentro de un despacho judicial, y que cualquier persona pueda entrar a escuchar y presenciar todo lo que acontecerá.[294]

Es importante tener presente que las pretensiones familiares, en su gran mayoría, son de *índole personal* y no necesariamente patrimonial. Veamos un ejemplo: la

[294] Considérese que, en la actualidad, el Poder Judicial no cuenta con una infraestructura idónea para realizar audiencias orales de índole familiar, porque las mismas se realizan dentro de la oficina del juez o jueza, quien apenas cuenta con un escritorio personal y un juego de sillones, en algunas oficinas del país no hay sillones y se cuenta únicamente con unas cuantas sillas. El espacio es muy limitado.

distribución del haber ganancial entre cónyuges o convivientes es una consecuencia de la disolución y/o terminación del vínculo o relación, pero lo principal es declarar el fin del matrimonio, o bien, el reconocimiento de la unión. Hay otro tipo de pretensiones que son meramente pecuniarias, por ejemplo, el cobro de daños y perjuicios, en las cuales, el elemento personal no es el que priva, y en éstas, la demanda debe ser estimada debido a la limitación de la pretensión que en sentencia se puede hacer.[295]

Entonces, debería resguardarse la confidencialidad del conflicto familiar únicamente para las partes, sus representantes legales (abogados litigantes o estudiantes de

[295] Desde vieja data, el Tribunal de Familia ha emitido jurisprudencia en la que analiza el llamado principio de inestimabilidad de los procesos familiares, verbigracia: "…III. Dentro de los principios fundamentales del derecho procesal de familia en el derecho comparado se tiene el llamado principio de la inestimabilidad de la demanda, según lo cual ante el hecho de que en los procesos de familia la tendencia de tutela se refiere esencialmente al ámbito de los derechos personales mas que los patrimoniales y que generalmente éstos últimos devienen de una accesoriedad de aquellas; no es necesario tomar una estimación pecuniaria en los procesos de familia, especialmente cuando no hay motivo para ello, así se ha venido considerando en el doctrina moderna del proceso familiar, como por ejemplo lo anotado por citado integrante de este Tribunal, Msc. Diego Benavides Santos, quién en su artículo "*Los principios especiales del derecho procesal de familia*" (Revista Escuela Judicial # e Diciembre 2004 Páginas 47 a 53), esbozando incluso que "*aún dentro de las pretensiones patrimoniales de familia, el tema de una cuantía o una trascendencia económica está lejos de ser pivote en la materia*", lo que denota una corriente moderna de apreciar los procesos familiares desde un ángulo enteramente personal y no económico, con lo cual el juzgador, como dice las autoras argentinas M. y An., centra al atención de litigio en los caracteres mas importantes de tipo persona que delimitan la esencia de la familia." Voto No. 1718 dictado el 17 de noviembre de 2009 a las 09:50 horas.

derecho autorizados por consultorio jurídico) y peritos que puedan intervenir auxiliando la justicia.[296]

El artículo 64 del texto sustitutivo, recientemente aprobado en primer debate por la Asamblea Legislativa el pasado 8 de febrero de 2018, al proyecto de ley Código Procesal de Familia No. 19455 dice: "Préstamo de expedientes judiciales. Los expedientes judiciales serán de conocimiento únicamente de las partes y quienes las representen o dirijan profesionalmente; por ningún motivo los despachos judiciales podrán facilitar la sumaria a otras personas ajenas al proceso, salvo autorización expresa y por escrito de la parte o su representante legal o que la autoridad judicial lo autorice

[296] La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 243 dice: "Con excepción de otros supuestos establecidos expresamente por ley, sólo los abogados podrán representar a las partes ante los Tribunales Judiciales de la República. Los universitarios que se identifiquen como estudiantes de una Facultad o Escuela de Derecho, los asistentes de los abogados, debidamente autorizados, y los bachilleres en derecho, podrán concurrir a las oficinas y los despachos judiciales, para solicitar datos y examinar expedientes, documentos y otras piezas, así como para obtener fotocopias. Para esos efectos, los estudiantes y egresados deberán contar con la autorización del profesor o del abogado director del procedimiento. Los bachilleres en derecho deberán demostrar su condición, con documento auténtico emanado de la respectiva Universidad." También existe la circular No. 41-2006 que dice: "El Consejo Superior, en sesión N° 12-06, celebrada el 23 de febrero de 2006, artículo XXXII, dispuso aclarar la circular N° 157-02, sobre "Dejar sin efecto la Circular N° 144-02, sobre la prohibición brindar a particulares información de expedientes", publicada en el Boletín Judicial N° 19 del 28 de enero de 2003, en el sentido de que además de las personas que son parte en el proceso, los abogados, asistentes de abogados; también los estudiantes de derecho debidamente identificados como tales –carné vigente-, tendrán acceso a los expedientes judiciales." Asimismo, la circular No. 2-2007 del Consejo Superior, en sesión N° 93-06, celebrada el 7 de diciembre de 2006, artículo LVII, dispuso aclarar la citada Circular 41-2006, en el sentido que no limita el derecho que tienen las partes para acceder a los expedientes que la ley autorice.

debiendo constar en el expediente si dicho préstamo conlleva reproducción del mismo con firma de la persona autorizada".

Otra manifestación de la privacidad, fue la decisión institucional de eliminar los nombres de las partes en la jurisprudencia que es de consulta pública en el Digesto y a través de la internet, lo que se considera bastante atinado y acorde con los principios procesales familiares.

Para Wach,[297] la oralidad pura es la forma en la que, manifestándose de modo más claro posible el contenido del proceso en el momento de su percepción, no se tolera muchas postergaciones, ni la dilación del dictado de la sentencia, ni una instancia de apelación, pues con cada día que se interpone entre la percepción y la sentencia, aquella evidencia disminuye, y la inmediata percepción sensible por parte del Juez que decide, no puede reproducirse ante el Juez de apelación.

Precisamente por lo apuntado por el autor, se considera que la oralidad es bastante funcional en la primera instancia, no así en la segunda instancia, ya que los jueces de apelación no fueron quienes estuvieron en contacto con las partes y con las fuentes de prueba.

Siguiendo a Ricardo Zeledón,[298] la oralidad entraña la posibilidad de expresarse en la forma más amplia, ser

[297] LOPEZ GONZALEZ, Jorge Alberto. *Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil.* San José, Costa Rica, 2001, p. 28, citando a Adolf Wach, Conferencias sobre la ordenanza civil alemana. (traducción de Ernesto Krotoschi, Argentina, 1958, p. 4-5.

[298] ZELEDON ZELEDON, Ricardo. *Por un Código General del Proceso (Basado en la Oralidad y la Conciliación).* Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1998, p. 15.

percibido por el juzgador así como las otras partes a través de todos los sentidos, con la seguridad de ubicarse en un ámbito de comunicación amplio donde la interacción es la regla.

De lo que trata, es una comunicación basada en la utilización de la palabra hablada,[299] eso no quiere decir que se eliminan los actos procesales escritos, porque no hay un sistema procesal completamente oral, normalmente la demanda y la contestación serán escritas, y la sentencia también puede serlo en asuntos complicados.[300]

Se trata también de erradicar de nuestros pensamientos que por el hecho de grabar o documentar una audiencia en audio y/o video, el proceso es oral. No, eso es un error. El tipo de sistema procesal por audiencia tendrá que ser debidamente regulado junto a sus viscicitudes, y en forma

[299] El art. 2.6 del nuevo Código Procesal Civil (NCPC) dispone que la expresión oral será el medio fundamental de comunicación.

[300] Al respecto, puede verse ARGUEDAS SALAZAR, Olman. "Principios del proceso civil". Revista Judicial. Año V (18):22, diciembre, 1980. En ese ensayo el autor indica:

"La escritura es necesaria en el proceso oral para preparar el tratamiento del proceso; así, la demanda es acto procesal que debe constar por escrito pues en ella se fija la pretensión del actor y los medios de prueba, garantizando en esta forma la defensa de ambas partes. A su vez, el demandado debe enunciar sus excepciones, sus fundamentos de hecho y su contrapretensión si la formulare. Todo ello es lo que se llama escritos preparatorios."

También puede verse PICADO VARGAS, Carlos y ARTAVIA BARRANTES, Sergio. Los principios procesales del nuevo Código Procesal Civil. Transversalidad con el proceso por audiencias. *Revista Judicial*. Junio, Año 2017 (*121*), 117-145. En ese ensayo, los autores indicaron:

"… se conservan en el sistema oral, algunos escritos: la fase inicial siempre será escrita –demanda, traslado, contestación-, el dictado de las resoluciones-incluyendo la sentencia documento- que no sean dictadas oralmente en la audiencia, en cuyo caso si son orales y la interposición del recurso contra la resolución final, excepto los que se interpongan en las audiencias, que se deben formular y fundamentar oralmente."

integral. Dentro de la audiencia o comparecencia, lo que utilizamos para comunicarnos es la palabra hablada, de manera que verbalizamos, y eso se documenta en un soporte apto para perpetuar lo ocurrido, con el fin de garantizar su autenticidad e integridad.[301]

La oralidad tiene principios que son inseparables como la concentración, la inmediación y la identidad física del juez.[302] A continuación, se definirán los conceptos.

Inmediación: es el contacto directo de la persona juzgadora con las partes, y de éstas con la probanza.[303]

Concentración: es concentrar la práctica de los medios de prueba, y cualquier otra actividad procesal, en la menor cantidad de audiencias, de ser posible solamente una, para

[301] El artículo 68 del texto sustitutivo, recientemente aprobado en primer debate por la Asamblea Legislativa el pasado 8 de febrero de 2018, al proyecto de ley Código Procesal de Familia No. 19455 dice: "Documentación de actuaciones. Las actuaciones judiciales podrán ser documentadas por los medios tecnológicos que disponga la autoridad judicial. Las partes podrán solicitar al despacho copia electrónica de esa documentación siempre y cuando existan condiciones para asegurar la privacidad."

[302] El artículo 4 del texto sustitutivo, recientemente aprobado en primer debate por la Asamblea Legislativa el pasado 8 de febrero de 2018, al proyecto de ley Código Procesal de Familia No. 19455 dice: "Preferencia del sistema procesal de oralidad. Salvo disposición en contrario los procedimientos que regula este Código se regirán por el sistema procesal de oralidad con aplicación del principio de privacidad dentro de él."

[303] El art. 2.7 del NCPC dispone que "todas las audiencias serán realizadas por el tribunal que conoce del proceso, salvo disposición legal en contrario. Las sentencias deberán dictarse por el tribunal ante el cual se practicaron todas las pruebas. La utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso no implica ruptura del principio de inmediación."

evitar que se olviden o pierdan las impresiones que la persona juzgadora obtendrá.[304]

Identidad física del juez (a): la misma persona juzgadora que estuvo presente en la audiencia, donde se resolvieron situaciones procesales y se practicó prueba, debe ser quien se avoque al dictado de la sentencia.

De seguido, se realizará un pequeño desarrollo sobre los cuatro tipos de procesos familiares que, con la actual normativa vigente, se caracterizan por tener connotaciones de oralidad.

2. Procesos Familiares donde existen connotaciones de Oralidad

En Familia existen algunos procesos que tienen situaciones de oralidad, es decir, participan de la realización de una audiencia donde las partes, sus representantes legales y la persona juzgadora se comunican hablando, y allí se da la opción de conciliar si fuera posible, se sanean vicios, se resuelven defensas, se practica prueba, se emiten conclusiones y se dicta la parte dispositiva de la sentencia.

Se realizará un resumen de los procesos familiares que, actualmente, aplican connotaciones de oralidad. Se hace énfasis en que son connotaciones porque, algunos de ellos no están diseñados para prohibir la recurribilidad de resoluciones, como sí lo tienen otros donde se aplica la apelación en efecto diferido. Y precisamente, la apelabilidad

[304] El art. 2.8 del NCPC dispone que "toda la actividad procesal deberá desarrollarse en la menor cantidad de actos y tiempo posible. Las audiencias se celebrarán en el menor número de sesiones. Su posposición, interrupción o suspensión solo es procedente por causa justificada a criterio del tribunal y siempre que no se contraríen las disposiciones de este Código."

de resoluciones interlocutorias, en un sistema oral es restringida, y eso lo diferencia de un sistema procesal escrito.

Ello necesariamente debe ser así, porque según Olman Arguedas,[305] la limitación de las apelaciones se refiere no al contenido de la segunda instancia, sino al número de apelaciones que debe existir dentro de un proceso para no perjudicar el principio de celeridad.

La idea es que, ante una futura reforma procesal familiar, basada en proceso por audiencia, la regla sea la restricción de las apelaciones, tal y cual lo contempla la normativa del nuevo Código Procesal Civil que está pronto a entrar en vigencia.[306] Situación que es distinta a lo que acontece hoy día, en los procesos de conocimiento y otros, donde algunos autos escritos son apelables y eso se constituye en un considerable atraso.[307]

---

[305] ARGUEDAS SALAZAR. Principios... Op. Cit., p. 39.

[306] Sobre esta idea, puede verse el artículo 94 del texto sustitutivo, recientemente aprobado en primer debate por la Asamblea Legislativa el pasado 8 de febrero de 2018, al proyecto de ley Código Procesal de Familia No. 19455, el cual dice: "Taxatividad y legitimación en los medios de impugnación. Las resoluciones judiciales únicamente podrán ser recurridas por los medios y en los casos que expresamente estén señalados y dentro de los plazos y formas previstas en la normativa."

[307] A partir del art. 66.1 el NCPC regula el tema de los recursos de revocatoria y apelación, también el de apelación diferida. En el último supuesto, en lo que interesa, el art. 67.4 indica "cuando la apelación de autos o de sentencias anticipadas se formulara en la audiencia de pruebas no se suspenderá el procedimiento, salvo que la resolución apelada le ponga fin al proceso. Si el aspecto recurrido no tiene efectos suspensivos, la apelación se tendrá como interpuesta de forma diferida y condicionada a que la parte impugne la sentencia, reitere la apelación y que el punto tenga trascendencia en la resolución final, en cuyo caso será resuelto al conocer de la sentencia. Si la parte que interpuso el recurso no figura como apelante de la sentencia por haber resultado victoriosa y con motivo de la procedencia del recurso de cualquier otro litigante la objeción recobra interés, la apelación diferida deberá ser considerada…".

Qué implica eso? Que los abogados y las abogadas litigantes tendrán que capacitarse mejor en destrezas de oralidad, lo que tampoco escapa a los y las juezas, porque el litigante en la comparecencia, tendrá que argumentar su teoría del caso, defender sus posiciones y fundamentarlas allí mismo, tendrá que oponerse a alguna resolución judicial que sea tomada en esa comparecencia y, para ello, deberá contar con habilidades en el manejo de audiencias ya que tendrá que elucubrar sus argumentos en forma ágil, rápida y así mismo exponerlos. Es decir, en un proceso basado en audiencia, el litigante no tendrá tiempo para fundamentar por escrito su revocatoria o apelación en la comodidad de la oficina, si la decisión fue tomada allí mismo en forma oral, de inmediato deberá interponerlo y fundamentarlo.[308]

a. Procedimiento de Violencia Doméstica

El fin de la normativa contra la violencia doméstica es proteger y garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas, tal y cual lo regula el artículo 1 de la Ley contra la Violencia Doméstica.[309]

En otras oportunidades, hemos referido que técnicamente hablando, es un procedimiento especial de tipo urgente, creado por el legislador para ofrecer una solución

[308] Los artículos 99 y 100 del texto sustitutivo, recientemente aprobado en primer debate por la Asamblea Legislativa el pasado 8 de febrero de 2018, al proyecto de ley Código Procesal de Familia No. 19455 regulan que si la decisión es dictada en audiencia, la impugnación deberá hacerse durante el mismo acto en forma inmediata a su dictado y se resolverá en ese momento sobre la revocatoria, o bien, si es apelación sobre su admisibilidad o no en efecto diferido.

[309] Ley No. 7586 del 25 de marzo de 1996 y su reforma publicada en la Gaceta No. 43 del 02 de marzo de 2011 mediante Ley No. 8925.

pronta y oportuna ante una situación que amerita la intervención inmediata de la autoridad judicial, mediante la cual, se aplica un procedimiento con estructura monitoria pura, es decir, se presenta la solicitud que contiene la pretensión material de la persona que solicita la protección, quien puede o no ofrecer medios de prueba. Ante esa solicitud, la función de la persona juzgadora es valorar los hechos, identificar la verisimulitud o apariencia de buen derecho y peligro de demora, para determinar cuáles son las medidas que se deben aplicar.

No se encuentra limitada la judicatura a lo pedido, ello porque la normativa permite otorgar cualquier medida que sea conveniente y necesaria.[310] De forma tal que, se resuelve por fondo la pretensión, es decir, las medidas que se dictan tienen carácter de autosatisfactivas porque se bastan a sí mismas, no son provisionales sino que se pueden prolongar mucho tiempo, más allá del dictado de la sentencia, lo que las diferencia de las medidas cautelares porque para éstas su vida útil termina con la sentencia.

Mediante resolución, debidamente fundamentada, se adoptan las medidas de protección, mismas que deben ser notificadas en forma personal a quien ha de cumplirlas, para que en un plazo de cinco días, pueda solicitar la realización

[310] Artículo 10: Planteada la solicitud, la autoridad competente ordenará, de inmediato, aplicar cualquiera de las medidas de protección solicitadas. Esta resolución deberá notificarse conforme al artículo 177 del Código Procesal Civil y no cabrá recurso alguno contra ella. No obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el juzgado podrá ordenar, de oficio, la aplicación de otras medidas distintas de las solicitadas.

de la comparecencia oral y privada que está regulada en el artículo 12 de la Ley. Es en esta audiencia donde la persona prevenida, tendrá la oportunidad de realizar el contradictorio. Es por eso que, se puede afirmar que existe un *contradictorio diferido*. La Ley no prevé posibilidad de realizar contestaciones escritas, y si se hacen, el juzgado no está obligado a resolverlas por escrito.

El señalamiento también debe ser notificado a la persona solicitante en forma personal, excepto que haya indicado medio para oír notificaciones. Entre esa notificación y la celebración de la audiencia debe mediar un plazo de cinco días.[311]

En esa audiencia oral, la persona obligada podrá ofrecer las pruebas que estime pertinenetes en su defensa, mismas que aprecia la persona juzgadora para emitir la decisión de admitir o denegar, siempre en forma oral y debidamente fundamentada. Igual situacion sucederá con la probanza ofrecida por la persona solicitante.

[311] El Dr. Ricardo González Mora, en el I Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Familia, realizado en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica en 2015, en su ponencia denominada *Uso Abusivo de las Medidas de Protección*, puso en el tapete de discusión, que con la reforma del año 2011, se eliminó la obligación de realizar la audiencia en el plazo de tres días, misma que existía antes de la modificación, de manera que, ya no existe plazo mínimo para celebrar la audiencia, siendo inconstitucional para él, que la persona obligada deba cumplir medidas por un año, sin posibilidad de apelar la adopción de éstas. Además, mencionó que si las medidas llegaran a vencer, se archiva el expediente por falta de interés, lo cual, genera en la persona usuaria prevenida un sentimiento de que no llegó a hacer nada al proceso. Este tipo de reflexiones tan importantes, deben estudiarse con mayor profundidad en las aulas universitarias y en los diálogos jurídicos entre colegas, porque efectivamente, existen abusos que la propia normativa permite.

Es importante recalcar, que si la presunta víctima tiene antecedentes como persona agresora, el juzgado convocará a las partes a una audiencia oral, en la que evacuarán las pruebas correspondientes.

Un aspecto importante que introdujo la reforma del año 2011, es que cuando la víctima no pueda comparecer por una discapacidad o enfermedad, de previo a resolver, la autoridad judicial realizará un *reconocimiento judicial*, y en dicho acto se realizará la entrevista. Además, en ese mismo supuesto, si la persona agredida no está en condiciones de atender sus propios intereses, la autoridad judicial deberá citar a los testigos y considerar su criterio para resolver. Solamente en casos justificados, la víctima podrá pedir o la autoridad judicial podrá ordenar de oficio, que su comparecencia se realice sin estar presente la presunta persona agresora, a quien se le informará lo sucedido una vez finalizada la declaración y se le dará la oportunidad de referirse a esta.

Antes de la reforma, la norma decía que cuando la víctima no pudiera comparecer por una discapacidad o porque no sea trasladada por sus familiares o cuidadores, la autoridad judicial debía *visitarla* para tomarle declaración. No es lo mismo realizar una visita que realizar un reconocimiento judicial.

Por medio del reconocimiento judicial, dada la urgencia de la situación fáctica, es posible constatar el estado de los lugares, el estado o la calidad o condición de las cosas, susceptibles de apreciación por el juez y que pueden cambiar o desaparecer en cualquier momento, inclusive, es posible completar el reconocimiento judicial con prueba pericial, si es

apropiada a criterio de la persona juzgadora, todo ello conforme con el artículo 250 del Código Procesal Civil. Una visita era solamente un apersonamiento del funcionario, con el único fin de tomarle declaración a la víctima, y era discreción del juez si consignaba en el acta otros datos que fueran de su interés.

Ahora bien, pueden existir situaciones en que las personas obligadas al cumplimiento de las medidas de protección, presumiblemente tengan alteraciones mentales, que hagan dudar de la comprensión del proceso al que se someterán. A raíz de eso, el Consejo Superior del Poder Judicial emitió la circular No. 115 del año 2015, en la cual, dio una guía para el abordaje de personas que se presumen cuentan con alteración mental o una enfermedad psicosocial y se duda de su comprensión para el cumplimiento de medidas de protección que se ordenan en materia de violencia doméstica. El texto es el siguiente:

> "El Consejo Superior del Poder Judicial en sesión No. 21-15 celebrada el 10 de marzo de 2015, artículo LXXXII, dispuso realizar recomendaciones en aquellos casos en que se encuentre involucrada una persona de la cual se indique realizó actos de agresión a su familia o su pareja pero que se presuma que cuenta con una alteración mental o una enfermedad psicosocial y en apariencia con una incapacidad para comprender el alcance de las medidas de protección que se solicitan en materia de violencia doméstica.
>
> En esos casos la persona juzgadora debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

a) Al momento de tomar la solicitud debe procurarse que la persona solicitante brinde al despacho la mayor cantidad de información posible para tener un panorama comprensible, amplio y detallado de la situación de la persona de la cual se indique o se sospecha tiene la discapacidad psicosocial. De ser posible puede solicitarse a la persona gestionante que aporte en el acto la documentación médica pertinente que tenga en su poder. Específicamente debe consultarse en ese sentido a la persona solicitante si la persona que realizó los actos de agresión atraviesa alguna condición de salud mental que podría afectar su comprensión cognitiva; aspecto que deberá valorar con detenimiento la persona juzgadora al momento de disponer la procedencia de medidas de protección.

b) Debe solicitarse al personal profesional en psicología del Departamento de Trabajo Social y Psicología, o a la Sección de Psiquiatría Forense del Departamento de Medicina Legal o al Servicio de Psiquiatría de los Hospitales de la Caja Costarricense del Seguro Social, una valoración psicológica o psiquiátrica a efectos de determinar la condición de salud mental de la persona, si comprende el carácter volitivo de sus actos, si puede comprender el alcance de las medidas de protección y determinarse conforme a esas medidas, las consecuencias de su incumplimiento y si puede enfrentar un proceso judicial. En caso de requerirse precisar un diagnóstico clínico del padecimiento de la persona referida, se debe dirigir la solicitud de valoración directamente al área de Psiquiatría

correspondiente. Valorar para el dictado de medidas de protección el riesgo real y latente que informa la víctima, junto con el abordaje que requiere la persona de la cual se indica cuenta con una alteración mental o la enfermedad psicosocial. En ese análisis pueden disponerse medidas de protección típicas o atípicas a favor de la persona solicitante, sujetas a la valoración indicada en el punto anterior y que sean acciones concretas, sencillas y puntuales, además de ser redactadas en un lenguaje accesible y comprensible.

d) Pueden además disponerse medidas de protección que no necesariamente impliquen acciones o prohibiciones que deban ser llevadas a cabo o ejecutadas por la persona que se presume tiene la discapacidad psicosocial, por ejemplo: autorizar un domicilio diferente al común, el decomiso de armas o la cancelación del permiso de portación de armas.

e) Pueden disponerse medidas que impliquen la necesidad de respuesta del sector salud. En ese sentido puede incluso solicitarse un abordaje de la persona solicitante por parte del personal competente del centro hospitalario, para que le brinden lineamientos para el cuido, contención, forma de medicación y rehabilitación que ocupe la persona con aparente discapacidad psicosocial.

f) En estos casos, la persona juzgadora no debe disponer como medida el internamiento directo de la persona con discapacidad psicosocial al Hospital Nacional Psiquiátrico, aunque sí puede disponerse su traslado y la valoración de aquella en el servicio de emergencias

del centro médico, sobre todo en aquellos casos que se encuentre descompensada. Se recuerda que la disposición de un internamiento en un centro de esa naturaleza recae en el criterio exclusivo del personal médico.

g) Si es del caso, podría coordinarse con el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial a fin de que se establezca si la persona y su familia son candidatas a alguno de los programas que dicho ente desarrolla con la población con discapacidad psicosocial.

h) En caso de que los actos alegados constituyan delito, se debe proceder a testimoniar piezas para el Ministerio Público para lo de su cargo."

Con lo anterior, debe quedar claro que no pretendemos imponer como obligación el cumplimiento de la directriz o circular, simplemente se trata de conocer que existe y que puede ser aplicada, si se considera necesario, aunque claro está, el área de salud siempre será la encargada de intervenir y también debe pensarse en la posibilidad de recurrir al proceso de salvaguarda, cuando se compruebe que la persona obligada no puede distinguir entre lo lícito e ilícito de sus actos o padezca de algún tipo de disminución en sus capacidades cognitivas y volitivas que le impida asumir un proceso judicial.[312]

[312] Puede consultarse el voto No. 521 de las 10:08 horas del 30 de noviembre de 2016 emitido por el Tribunal de Familia, en el cual, se confirma un levantamiento de medidas de protección dadas las especiales circunstancias mentales de la persona obligada. También el voto No 311 de las 14:18 del 3 de agosto de 2016, en el cual, se analiza el tema de la capacidad jurídica y la capacidad procesal en

El Tribunal de Familia ha emitido criterios de interpretación en esta materia y en razón de la recurribilidad, por ejemplo, cuando se rechaza de plano la solicitud de medidas de protección en razón de que está por medio el derecho a tutela judicial efectiva, se entiende que la decisión tiene efecto propio y es permitida la alzada, a pesar de que el artículo 10 de la Ley diga que no cabrá recurso alguno contra el auto inicial. También ha dicho que si la persona obligada a cumplir las medidas de protección, no solicita dentro del plazo, la realización de la audiencia oral, no existe legitimación de su parte para apelar la sentencia.[313]

El procedimiento, tiene la particularidad de que presenta aspectos de oralidad porque la comparecencia oral y privada reúne, de ser posible en único momento, las partes litigantes con sus representaciones legales, si los tuvieran, y los medios

personas que cuentan con pericias científico-técnicas que acreditan padecen de enfermedades mentales y no pueden asumir un proceso judicial de violencia doméstica.

[313] Puede consultarse, entre otros, voto No. 124 de las 10:55 horas del 19 de marzo de 2013, en el cual, se indicó: "… conviene evidenciar que esa limitación del recurso vertical, es resultado tanto de la interpretación sistemática, que cabe hacer de la reciente reforma a la legislación en vigor, como de las exigencias de la lealtad y la buena fe, que obligan a impedir cualquier tentativa de fraude procesal… resulta meridianamente claro que si no media solicitud del prevenido o de la prevenida o mediando ésta no se presenta, a aquella no le es factible aportar la prueba de cargo que estime pertinente y, por tanto, acreditar el cuadro fáctico aducido por ella. De ahí que, de admitirse indiscriminadamente la alzada, al presunto agresor o a la presunta agresora le bastaría con omitir hacer expresa petición de que se fije fecha y hora para llevar a cabo ese acto y, una vez vencido el plazo para hacerlo, sea que se dicte o no una resolución que mantenga las medidas de protección, cuestionar su sustento probatorio para lograr que sean desestimadas…". También el voto No. 519 de las 16:11 horas del 29 de octubre de 2014.

probatorios que ofrecieron. Todos en contacto directo entre sí y con la persona juzgadora, quien conforme con el artículo 14 de la Ley, una vez practicada la prueba, dará por concluida la audiencia y, *de inmediato* resolverá, si las medidas de protección se mantienen en vigencia o no.

La norma citada, manda a la persona juzgadora a decidir, al menos la parte dispositiva de la sentencia, de forma inmediata a la terminación de la comparecencia.

Existen aún malas prácticas en torno a dictar la sentencia días después de que culmina la audiencia oral, lo cual, contraría la normativa, y es importante erradicar ese tipo de situaciones que desnaturalizan la razón de ser de la concentración, la inmediación y la identidad física del juez.

La palabra hablada en este tipo de procedimientos no solamente está presente en la audiencia, sino en otro tipo de actuaciones procesales que pueden realizarse en forma verbal y directamente en el juzgado, por ejemplo, la solicitud de medidas, misma que no requiere la autenticación de un profesional en Derecho, otras como ampliaciones de hechos por parte de la persona solicitante antes de la notificación del auto inicial, la solicitud de realización de comparecencia realizada por la persona obligada, la cual, tampoco requiere patrocinio letrado y, la interposición de recursos de apelación.

La sentencia puede dictarse en forma oral o bien por escrito.[314] La Ley contra la Violencia Doméstica no establece

[314] Puede consultarse sesión de Corte Plena No 47-13, celebrada el 11 de noviembre de 2013, artículo XXIV, al aprobar las *Reglas para el dictado de las sentencias orales o escritas en las distintas jurisdicciones del país,* comunicada

la manera en que se documenta, y es apelable dentro de tercero día. El Tribunal de Familia cuenta con un plazo de quince días para resolver la alzada, siguientes a la fecha en que finalizó su tramitación, la resolución es escrita. El recurso no suspende la ejecución de las medidas. No está previsto el recurso de casación en esta materia.

b. Proceso Especial de Filiación

Es bien conocido que desde el año 2001 se aprobó la Ley de Paternidad Responsable, y por medio de ella, se creó un procedimiento de corte administrativo ante el Registro Civil que tiene como fin emplazar la filiación de una persona menor de edad. Por medio del artículo 98 Bis, que fue adicionado al Código de Familia mediante esa Ley, se creó dentro de la norma sustantiva, un procedimiento de filiación en vía judicial, el cual se ha llamado "proceso especial para las acciones de filiación" y tiene connotaciones de oralidad.[315]

El procedimiento está completamente regulado en la norma citada, desde el contenido de la demanda y sus requisitos, demanda defectuosa, emplazamiento, incompetencia, órgano competente por territorio[316],

mediante Circular número 212-2013, de ahí que, la sentencia deberá digitarse electrónicamente o constar por escrito, pese a su dictado oral.

[315] Debe recordarse que la Ley de Paternidad Responsable derogó los incisos 2 y 3 del artículo 420 del actual Código Procesal Civil, de manera que, los procesos filiatorios no son abreviados.

[316] La Sala Constitucional mediante resolución N° 11098 del 10 de julio del 2009, interpretó que la frase del inciso e) del art. 98 bis, que hace referencia a "la posibilidad del actor de fijar la competencia, es válida en tanto éste represente los intereses del menor de edad, de conformidad con lo expuesto en el último considerando de la sentencia que se emitió. Se entiende entonces, que el

intervención del OIJ por medio de sus laboratorios para realizar la prueba científico-técnica de ADN.

Sin embargo, a partir del inciso g) de la norma, se regula lo relativo a la audiencia, que es el tema relevante, así como, lo que sucede después de ésta, porque es bastante claro que el trámite previo a la convocatoria de la comparecencia oral, es completamente escrito.

Una vez que fue contestada la demanda o la reconvención, se señalará hora y fecha, dentro de los treinta días siguientes, para realizar la audiencia *única* en la que, **bajo pena de nulidad**, se desarrollarán:

1. La definición del contenido del proceso o el objeto mismo de la audiencia específica.
2. La conciliación.
3. El saneamiento.
4. La recepción de pruebas.
5. La resolución a las excepciones previas y excepciones de fondo.
6. Las conclusiones de los abogados o las partes.
7. El dictado de la parte dispositiva de la sentencia.

La audiencia oral es el momento en que se ejerce el verdadero contradictorio, ello en caso de que no sea posible conciliar cuando la pretensión lo permita. Aquí predomina la palabra hablada sobre la escrita.

Indica el inciso g) que no podrá suspenderse el señalamiento por la interposición de incidentes, recursos o

domicilio de la persona menor de edad determina la fijación de la competencia por territorio, en este tipo de asuntos.

gestiones de naturaleza similar, los cuales serán reservados para el inicio de la audiencia y resueltos en esa oportunidad. Ello nos indica que todo, absolutamente todo, se difiere para ser conocido y resuelto en el momento en que se realice la audiencia.

El inciso i) habla de concentrar la prueba confesional y testimonial en una sola audiencia y, solamente cuando sea muy abundante, podrán fijarse audiencias sucesivas, lo cual, tiene relación directa con el inciso g) que habla de única audiencia. Esto tiene un sentido bastante lógico, porque si se trata de un procedimiento regido por las reglas de la oralidad en su comparecencia, no podría ser que la prueba se practique en momentos distintos y distantes. Recordemos que la inmediación, la concentración e identidad física del juez son los principios procesales estrellas.

La igual que en la audiencia del procedimiento por violencia doméstica, acá sucede lo mismo con las impugnaciones contra resoluciones orales que dicta la persona juzgadora. El abogado litigante deberá dejar interpuesta su inconformidad y fundamentarla un poco para que posteriormente pueda apelar la sentencia en efecto diferido.

Una vez terminada la recepción de las pruebas, el inciso j) regula que la persona juzgadora otorgará la palabra a las partes y a su representación legal para formular conclusiones. Estas conclusiones del proceso se realizan de manera inmediata y en forma oral, en el momento en que el juez otorgue la palabra, por lo cual, el profesional en Derecho debe ir preparado y debió prestar mucha atención a todo lo que

sucedió en la comparecencia para que pueda realizarlas de manera completa y elaborada intelectual y jurídicamente.

Según el inciso k), si en el momento de concluir la audiencia oral existe *prueba científica* pendiente de evacuar, se esperará su resultado y, al llegar este, será puesto en conocimiento de las partes por un plazo de tres días, para que formulen las observaciones pertinentes. Nótese que la norma permite diferir la sentencia cuando lo pendiente es el resultado de la prueba científico-técnica, de manera que, no tendría razón de ser el suspender la emisión de la parte dispositiva por la ausencia de otros medios probatorios, mismos que se supone, deberían haber sido practicados en el momento de la comparecencia.

Cerrado el debate, el inciso l) regula que se señalará **la hora de ese día** para la lectura de la parte dispositiva de la sentencia, salvo en los casos de **gran complejidad**, en los cuales se autoriza al juzgado para que la dicte al día siguiente. La notificación de la sentencia íntegra se realizará dentro de un plazo máximo de cinco días.

Es importante resaltar que este inciso busca que la persona juzgadora dicte la parte dispositiva de la sentencia el mismo día en que finaliza la comparecencia oral, lo cual debe respetarse, y sería tarea del abogado litigante exigir al juez o jueza que cumpla con su deber legal, porque solamente si el asunto es complejo, se difiere el por tanto para el día siguiente. Es necesario que sea el juez o jueza quien dicte la parte dispositiva, y no es solamente leer, debe explicarse un poco la decisión, por eso es que, resulta inadecuado que esta función se delegue a un funcionario del despacho.

La sentencia tiene recurso de apelación y casación. La Sala Constitucional en el voto No. 11158 del primero de agosto de 2007, dispuso interpretar el inciso m) en el sentido de que, éste no resulta inconstitucional en el tanto se interprete que la sentencia vertida en un proceso de filiación con eficacia y autoridad de cosa juzgada, admite el recurso extraordinario de revisión en los términos que se indican en la parte considerativa. Sentencia bastante interesante donde se analiza, entre otros, la no verificación de plazo para interponer el recurso extraordinario y la necesaria existencia de avance científico en la prueba de ADN, todo ello en contra posición con el tema de la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

Evidentemente, si la audiencia fue realizada por un juez o jueza distinto al que dicta la sentencia, estaríamos en presencia de violación a los principios procesales de la oralidad, lo que sería motivo suficiente para interponer la apelación con nulidad concomitante.

A continuación, se desarrollará un poco lo relativo a las audiencias orales en los procesos de declaratoria judicial de abandono, el proceso no contencioso de adopción y los procesos de protección judicial.

c. El Proceso de Abandono, adopción y protección en vía judicial

La adopción, conforme con el artículo 100 del Código de Familia, es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social, constituye

un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija.

El Código de Familia, regula de manera bastante amplia el proceso de adopción, dentro del cual, la solicitud inicial debe contener una serie de requisitos y la presentación de documentos varios para que inicie válidamente el trámite, mismo que es escrito; sin embargo, se prevé la realización de una comparecencia oral en el artículo 132.

A esta audiencia deberá acudir la persona o personas adoptantes junto al menor de edad, ello en caso de que la adopción sea de una persona menor de dieciocho años, y la representación del Patronato Nacional de la Infancia. Se les explica las obligaciones y derechos que se asumen como adoptantes, quienes deberán expresar de viva voz su conformidad, y se levanta un acta que es firmada por los comparecientes y el juez. En el momento de esta audiencia, se escucha al adoptando, cuando tenga suficiente discernimiento, y deberán estar presentes los peritos que realizaron los estudios psicosociales, así como, la persona juzgadora quien explicará al menor los alcances de la adopción.

Menciona el artículo 135 del Código de Familia que, **concluida la comparecencia**, y transcurrido el término de la convivencia que estipula el artículo anterior, cuando se haya dispuesto, el Juez, por resolución definitiva, debidamente motivada, **autorizará la adopción o la declarará sin lugar**. Esa resolución se notificará por escrito a las partes, dentro de los cinco días posteriores a la comparecencia.

La sentencia es apelable dentro del tercero día posterior a la notificación por escrito. Y debe resaltarse que, el artículo 136 obliga al Tribunal de Familia a citar a las partes a una audiencia oral, en la que se puede practicar la prueba prueba ofrecida. La decisión de alzada debe dictarse dentro del plazo de cinco días siguientes a partir de la comparecencia y, con ella se acaba el asunto porque no es posible el recurso de casación. Actualmente el Tribunal de Familia realiza las comparecencias en las salas de juicio que se ubican dentro del primer circuito judicial de San José, mismas que cuentan con sistemas de grabación en audio y video.

En el caso de la declaratoria judicial de abandono, éste es proceso de tipo contencioso y procede para personas menores de edad que están bajo Responsabilidad Parental, al igual que la adopción, su tramitación es escrita y también se regulan requisitos que debe contener la solicitud inicial o demanda, así como, un emplazamiento de cinco días para que la parte demandada conteste, ofrezca prueba e interponga defensas.

El artículo 123 del Código de Familia regula la convocatoria a una audiencia oral y privada, una vez resueltas las defensas previas, y esta audiencia debe realizarse pese a que no haya existido oposición o la parte demandada haya manifestado su conformidad.

Además, la norma dice que a la comparecencia podrán asistir los solicitantes de la declaratoria de abandono, los oponentes, los testigos y los peritos que se hayan ofrecido como prueba de los hechos y los representantes de la persona menor de edad y del PANI. Asimismo, asistirá la persona menor de edad interesada, cuando el Juez considere que posee el discernimiento suficiente para comprender los

alcances del acto. El Juez escuchará a las partes, evacuará los testimonios y los peritajes y oirá al menor de edad interesado, con el fin de indagar sobre su situación.

También debe resaltarse que la norma es muy clara al indicar que recibida toda la prueba, el Juez **dictará la sentencia** correspondiente y de ser estimatoria, ordenará entregar al menor de edad al PANI para que proceda según lo dispuesto en el artículo 161. En la misma resolución, podrá autorizarse el depósito de la persona menor de edad en una institución o con una persona idónea que se haya manifestado interesada en ello durante el proceso.

La sentencia se notifica por escrito, dentro de los cinco días posteriores a la comparecencia.

Los procesos especiales de protección en vía judicial también tienen prevista una audiencia oral en la que la persona juzgadora primero determina la presencia de las partes, instruye a la persona menor de edad sobre la importancia del acto, oye en su orden, al menor, al presentante del PANI, el procurador apersonado, representantes de otras instituciones, terceros involucrados médicos, psicólogos y otros especialistas, tutores o encargados, podrá proponerles una solución y de no ser aceptada se procede entonces con la práctica de la prueba. Una vez que finaliza la práctica de la probanza, se dicta sentencia en el plazo máximo de cinco días.

A modo de conclusión, se puede afirmar que estos tipos de procesos tienen como común denominador a la persona menor de edad como centro y, por eso, conforme con el artículo 113 del Código de la Niñez y la Adolescencia, deben

utilizarse los principios rectores para interpretar las normas procesales, la ampliación de poderes del juez en la conducción del proceso, la ausencia de ritualismo procesal, el impulso procesal oficioso, la oralidad, la inmediatez, concentración y celeridad, la identidad física del juez, la búsqueda de la verdad real y la amplitud de los medios probatorios.

En otra ocasión habíamos manifestado que, con base en la jerarquía normativa y principios procesales rectores que rigen los asuntos de niñez y adolescencia, en lo atinente a estos tres últimos tipos de procesos, rigen connotaciones de oralidad, no pura y tampoco se puede afirmar que existe un sistema procesal basado en audiencia porque la normativa no fue diseñada de esa manera, más bien concursa con aspectos propios de la escritura.

Sin embargo, una vez finalizada la comparecencia oral y privada, a pesar de que la normativa es omisa, nada impide dictar la parte dispositiva de la sentencia y posteriormente comunicar el texto integral en los medios señalados para notificaciones, a esa conclusión se llega, en virtud de de los principios rectores de la materia especializada en niñez y adolescencia, a la cual pertenecen estos tres procesos.

3. Conclusión

A nivel general, es necesario destacar que en la práctica judicial aún se mantienen arraigadas malas usanzas que atentan contra el buen desarrollo de los sub principios de la oralidad, pese a que la normativa analizada en este ensayo es bastante clara en que debe existir en las audiencias orales

identidad física del juez, concentración e inmediación, al menos para los procesos que se expusieron.

Se avecinan tiempos de cambio en el sistema procesal familiar que obligarán a los operadores del derecho a adecuarse. Se supone que un proceso basado en audiencia dura mucho menos tiempo que uno escrito, la taxatividad impugnaticia interlocutoria también reduce el tiempo del proceso, la concentración de actuaciones elimina la generación de incidencias, que hoy día son casi procesos autónomos, los poderes de dirección de la persona juzgadora harán que no sea posible utilizar tácticas dilatorias, el costo del proceso debería reducir si tarda menos tiempo.

Dice Jairo Parra Quijano que la oralidad "facilita una reconstrucción más fidedigna de los hechos objeto de juzgamiento, lo que le permite al Juez una valoración jurídica más acertada".[317] Estamos convencidos de que la función de la judicatura debe encaminarse ineludiblemente a realizar los sub principios de la oralidad porque de eso depende esa valoración acertada de la judicatura.

Realmente, es lo que debería estar sucediendo en la actualidad con este tipo de procesos donde existen pequeñas connotaciones de oralidad y, se espera que a corto plazo, la experiencia sea mucho mejor, más depurada y apegada a una normativa, que a nivel procesal, tiene que trascender

[317] PARRA QUIJANO, Jairo. "La oralidad en el proceso civil con miras al nuevo milenio." *Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal. XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. San José, Costa Rica, 2000, p. 350.

conforme a las realidades y necesidades de la sociedad, porque la familia se ha transformado en este país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUEDAS SALAZAR, Olman. "Principios del proceso civil". *Revista Judicial*. Año V (18):22.

GONZÁLEZ MORA, Ricardo. *Uso Abusivo de las Medidas de Protección*. I Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Familia, realizado en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, 2015.

LOPEZ GONZALEZ, Jorge Alberto. *Teoría General sobre el Principio de Oralidad en el Proceso Civil.* San José, Costa Rica, 2001, editorial s.n.

PARRA QUIJANO, Jairo. La oralidad en el proceso civil con miras al nuevo milenio." *Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal. XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.* Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. San José, Costa Rica, 2000.

PICADO VARGAS, Carlos y ARTAVIA BARRANTES, Sergio. Los principios procesales del nuevo Código Procesal Civil. Transversalidad con el proceso por audiencias. *Revista Judicial.* Junio, Año 2017 (*121*).

ZELEDON ZELEDON, Ricardo. *Por un Código General del Proceso (Basado en la Oralidad y la Conciliación).* Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1998.

Código de Familia de Costa Rica.

Código Procesal Civil de Costa Rica.

Nuevo Código Procesal Civil.

Ley contra la Violencia Doméstica de Costa Rica.
Código de Niñez y Adolescencia de Costa Rica.
Circular No. 115 del año 2015.
Circular No. 212 del año 2013.
Texto sustitutivo aprobado en primer debate por la Asamblea Legislativa el 8 de febrero de 2018 respecto al proyecto Código Procesal de Familia, expediente No. 19455.

LOS RECURSOS EN LAS AUDIENCIAS ORALES (CPCA, RPL y NCPC)

Katherine Calvo Artavia[318]

SUMARIO: Resumen. 1.- Audiencias orales. Generalidades. 2.- Medios de impugnación. Particularidades. 3.- Recurso de Revocatoria. 4.- Recurso de Apelación. 5.- Apelación diferida. 6.- El ABC para plantear recursos orales. 7.- Índice de audiencias orales y recursos. 8.- Conclusión. 9.- Bibliografía.

Resumen

Este artículo analiza el sistema recursivo que regulan los más recientes códigos procesales de nuestro ordenamiento jurídico. Su objeto es examinar y comparar los recursos a fin de determinar las similitudes y diferencias, procedencia y su procedimiento.

Por último, a modo de recomendación, se aborda el tema de la técnica impugnatoria y las destrezas que deben poseer los abogados ante este nuevo procedimiento oral que rige como principio en la normativa estudiada.

---

[318] Abogada y notaria. Doctorando del Programa Doctoral de Procesal Civil y Derecho Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho, Costa Rica. Licenciada en Derecho de esa misma casa de enseñanza. Miembro fundador del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Capítulo Costa Rica-.

1. Audiencias orales. Generalidades.

Las normas en estudio – CPCA[319], RPL[320] y NCPC[321]– tienen como principio base la oralidad, diseñando así el legislador un proceso por audiencias en las tres materias. El principio de oralidad, lo que entraña es que la expresión oral es el medio fundamental de comunicación.

Sin embargo, esto por sí solo no conduce a un proceso expedito, por esto observamos que en los tres códigos se diseña el proceso en torno a la oralidad, aplicándola de forma transversal a todas las normas y de forma conjunta con otros principios como el de celeridad, concentración de actos y la inmediación.

Esto implicó un rediseño de los procedimientos y un ajuste en distintas áreas, como: medios de impugnación, uso de tecnología, tipos de procesos, sentencia, motivos de suspensión, entre otros.

Concerniente a este punto, hacemos eco de las palabras del tratadista Jordi Nieva Fenoll que, sobre la desburocratización de los procedimientos judiciales, cuando refiere:

[319] Código Procesal Contencioso Administrativo. Ley Nº 8508, publicado en el alcance Nº 38 a la Gaceta del 22 de junio del 2006.
[320] Reforma Procesal Laboral. Ley Nº 9343, publicado en el alcance digital Nº 6 a la Gaceta Nº 16 del 25 de enero del 2016.
[321] Nuevo Código Procesal Civil. Ley Nº 9342, publicado en el alcance digital Nº 54 a La Gaceta Nº 68 del 08 de abril de 2016 y que entra a regir treinta meses después de su publicación.

"La excesiva burocracia constituye un problema común a todos los procesos judiciales de prácticamente cualquier país del mundo. Se pueden visitar los tribunales de cualquier Estado, y allí se encontrarán autos y más autos, la mayoría de los cuales son inútiles. En algunos lugares se han digitalizado los archivos judiciales, pero igualmente el expediente judicial sigue conteniendo una enorme burocracia, aunque sea en forma digital, porque el uso de la tecnología, por sí mismo, no agiliza relevantemente la tramitación si no se simplifica al mismo tiempo dicha burocracia…

… Se haría una justicia, no sólo más rápida, sino también bastante más efectiva, si a la hora de pensar en abreviar los procedimientos se tuviera en perspectiva no solamente la simplificación de los trámites, sino un casi completo cambio de paradigma que nos hiciera superar, de una vez el modelo burocrático de raíz medieval"[322]

Lo anterior resulta lógico puesto que un proceso por audiencia tiene como particularidad la simplificación y concentración, diseñando audiencias en un orden coordinado y rápido, donde lo que se busca es el debate oral y no la lectura o intercambio de escritos.

Es por esta razón que los medios de impugnación deben ajustarse, pues todo lo que pase en la audiencia se resuelve en ese momento, de forma directa. Asimismo, y según ampliaremos más adelante, en un proceso por audiencia se

[322] Nieva, F. Jordi. La desburocratización de los procedimientos judiciales. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Nº 14. 2012, p 31-32.

disminuyen las resoluciones apelables – conservándose en general, en la sentencia y aquellas que le ponga fin al proceso- ; se introducen figuras como la apelación diferida o reservada y se elimina el efecto suspensivo de un gran número de resoluciones apelables, ya que lo contrario, es decir, la inmediata apelabilidad, produce efectos paralizantes como los vemos hoy en día en materia civil y no produce cambios reales para el administrado, en cuanto a efectividad y justicia pronta y cumplida.

Es importante aclarar, aunque ya mucho se ha dicho, que el proceso por audiencia no implica dejar de lado la escritura. En las tres normativas referidas siguen existiendo actos escritos, y que necesariamente deben ser escritos, como lo son: la demanda y la sentencia.[323]

La oralidad lo que supone es que existen actos que resultan más beneficios para el proceso, si se comunican de forma oral; pero que existen otros que serán más beneficiosos comunicarlos por escrito. Es decir, existe un complemento armonioso entre la escritura y la oralidad.

En ese sentido, Stefan Leible al comentar sobre el proceso civil alemán – el cual contempla también el principio de oralidad- manifiesta:

[323] En estos términos lo conceptualiza el autor Ulises Canosa: *"… una fase escrita de demanda y contestación y luego una fase oral que comienza con la audiencia preliminar y termina con la audiencia de pruebas, alegaciones y fallo"* Canosa, S. Ulises. El proceso civil por audiencias. Revista Novum Jus. Tomo I, p 65.

"A favor del principio de oralidad (Grundstaz der Mundlichkeit) habla en especial, que da una impresión inmediata y relación al juez con la litis y las partes que participan en ella. Por encima de ello sólo la oralidad garantiza un procedimiento público… Por lo demás un procedimiento oral le facilita al juez, despejar malentendidos, complementar o aclarar el objeto de la controversia, evitar mentiras y artimañas…

… Se ha reconocido, que también el procedimiento escrito por cierto tiene sus ventajas. Así la escritura tiene p.e. la ventaja que fija y conserva exactamente la materia procesal... La experiencia además mostró, que el principio de oralidad solo cumple su objetivo, si la audiencia oral es intensivamente preparada. Ello no es posible sin el intercambio de escritos entre las partes. El principio de oralidad necesita para eficacia de la complementación por elementos de la escrituralidad.[324] *(El destacado no es del original)*

Un proceso por audiencia, se compone por dos etapas bien definidas. La primera, llamada audiencia preliminar o previa, que está diseñada para preparar el proceso para juicio, es decir, se ajustan los planteamientos iniciales, se corrigen errores y se subsanan nulidades; se trata de llegar a una conciliación, se definen los hechos controvertidos y se propone y admite la prueba. La audiencia preliminar la encontramos en los artículos 90 del CPCA, 517, 519 de la RPL y 102.4 del NCPC.

[324] Leible, Stefan. Proceso Civil Alemán. Biblioteca Jurídica Dike, 1991, p.141.

En la audiencia preliminar la oralidad tiene un papel fundamental, porque todas las discusiones y debates entre las partes se realizan de forma oral, con una participación activa del juez – característica de esta etapa-.

La eficiencia de esta etapa resulta obvia cuando hacemos una simple comparación entre el actual proceso ordinario civil y un proceso tramitado en vía contenciosa.

En el primero todas las actividades de la audiencia preliminar y las decisiones del juez se realizan de forma escrita, lo que provoca que en ocasiones se lleven varios años en llegar a la etapa de apertura de prueba – otra que resulta de especial lentitud-.[325] Con el segundo, aún y cuando la agenda para señalamiento de audiencias preliminares y de juicio se encuentre saturada, la realidad es que siempre será más expedito y con una mayor agilidad.

Una segunda etapa es la de juicio o complementaria, donde se da la recepción de pruebas y se escuchan las conclusiones de las partes. Esta la encontramos en los artículos 99 del CPCA, 518, 519 de la RPL y 102.5 del NCPC. En algunos supuestos se regulan "audiencias únicas", pero divididas en fase/etapa preliminar y fase complementaria.[326]

[325] No se omite el hecho que las agendas de los Tribunales Contenciosos para señalar audiencias preliminares y juicio oral, están cada vez más llenas, por lo que el tiempo de espera para un señalamiento es mayor, sin embargo, el atraso del proceso civil sigue siendo mayor.

[326] Ver artículos 98 CPCA; 507, 519, 521, 539 RPL y 102.2, 103.3 NCPC.

Finalmente, es importante considerar que no es oralidad entendida como oratoria - o en derecho lo que se conoce como oratoria procesal, que tiene por objeto lograr la persuasión del juez-, pues esta última es el arte de hablar en público con elocuencia, con el fin de persuadir; la oratoria y la persuasión son destrezas que debe tener un abogado, pero de ninguna manera definen un procedimiento.

2. Medios de impugnación. Particularidades.

Existen elementos de los medios de impugnación, que se deben tener presente antes de entrar en el detalle del instituto de "los recursos", entre estos, su fundamento y el concepto del término *"impugnación"*.

Sobre el primero, tenemos que los medios de impugnación están fundamentados en la "seguridad jurídica"[327] y son un medio para corregir los errores judiciales, ya que *"Los actos del juez, como toda obra humana, son susceptibles de error, bien por fallas en la aplicación de normas sustanciales o procesales, o por olvidos del funcionario"*[328]

Señala Jordi Nieva que, en términos muy amplios, el fin de todos los medios es reparar un error.

[327] Sobre este aspecto, Manuel Ortells R; en su libro Derecho Procesal Civil, señala que los medios de impugnación al permitir una nueva cognición, por el mismo órgano jurisdiccional o por otro de grado superior, garantizan el correcto cumplimiento de las normas procesales y el acierto de las resoluciones.

[328] López, B. Hernán Fabio, Derecho procesal civil colombiano, Tomo I, p. 363.

Con respecto al término impugnación[329] la doctrina es clara al señalar que este es el género y el término recurso es la especie[330] el primero ha sido definido por Artavia y Picado como:

> *"… aquella actividad procesal de las partes que tiene por objeto requerir la modificación, rescisión, revocación o invalidación de una resolución judicial … Es, por así decirlo, el combate, grito de repudio, desazón y disonancia de la parte contraria del juez dado a su contienda. Se trata de la facultad por la cual el litigante que tiene legítimo interés, refuta con fundamentos una resolución de la autoridad que atenta contra sus intereses y derechos … Por ende, la impugnación es una actividad procesal para atacar decisiones judiciales que vayan en contra de los intereses de las partes. Es una actividad de las partes, a gestión exclusiva de ellas y, por ende, supeditada al principio dispositivo ."*[331]

De esta definición se deducen como elementos característicos de los medios de impugnación, los siguientes: a) Acto procesal, atribuido a las partes, en los casos que les asista un interés legítimo, por verse perjudicada, para hacer uso de esos medios de impugnación; b) el medio de impugnación está dirigido contra la decisión del juez, excluyendo aquellos que no tienen el carácter decisorio o los

[329] Artavia B, Sergio y Picado V, Carlos. Comentarios al nuevo código procesal civil. Tomo II. San José, Editorial Jurídica Faro S.A, 2017, p 584.

[330] Citado por Vescovi Enrique. Los Recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1988, p 85.

[331] Artavia B, Sergio y Picado V, Carlos. Op. Cit. Pág. 584 a 586.

actos provenientes de las partes y c) la interposición de cualquier medio de impugnación debe motivarse.

a. Clases de medios de impugnación.

a.1 Adición y aclaración

A esta gestión se le ubica en la categoría de remedios procesales – especie dentro del genero de medios de impugnación-, se diferencia con el recurso porque en la adición y aclaración no se altera la *ratio decidendi*, lo que se busca es aclarar algún aspecto de la resolución que es oscuro, confuso o que se incluya un aspecto omitido.

Otra característica que lo diferencia con los recursos, es que cualquier interviniente en el proceso tiene legitimación para interponerlo, incluso de oficio, contrario a lo recursos que como se detallará más adelante, se necesita tener interés para impugnar.

Este remedio procesal procede contra toda clase de resoluciones, providencias, autos y sentencias; en este último caso, siempre ha sido un medio menospreciado y al cual se le ha dado poca importancia, en virtud que este procede únicamente respecto de la parte dispositiva y en muchas ocasiones, lo confuso de la sentencia proviene de los considerandos o estamos ante aspectos de falta de motivación o errónea valoración de la prueba, es decir, aspectos de fondo.

No obstante, la Sala Constitucional ha señalado que el hecho que las gestiones de adición y aclaración tengan esa

limitante – parte dispositiva- no quiere decir que no se pueda impugnar los fundamentos de la sentencia, pues lo serán en la medida en que sustenten la parte dispositiva de la misma[332] y en ese supuesto deben darse las razones para modificar la parte considerativa.

> *"…tal limitación no es tan rigurosa, en el sentido de que cabe la adición o aclaración aún respecto de la parte considerativa, siempre y cuando las premisas desarrolladas por el juez no sean lo suficientemente claras para entender las conclusiones en la parte resolutiva de la sentencia, y en la medida en que estas premisas puedan incidir en la parte considerativa, y asímismo, no conlleven un cambio en la resolución de la autoridad judicial en el caso concreto."*[333]

A pesar de estas resoluciones de la Sala Constitucional, en el caso de sentencias, es difícil encontrar jueces que aclaren o adicionen sus sentencias, asumimos, por temor a llegar a alterarlas[334] es por este motivo que la adición y aclaración es vista como una gestión de poca utilidad.

Ahora, con la nueva normativa procesal y a la luz de la más reciente jurisprudencia, la adición y aclaración adquiere relevancia pues se ha notado una tendencia a rechazar motivos de impugnación en apelación e incluso en casación, por no haberse presentado la adición y aclaración - esto a pesar que en algunos casos, sería imposible que la

[332] Sala Constitucional, Nº 6494 de las 10:39hrs del 9 de diciembre de 1993.
[333] Sala Constitucional, Nº 485 de las 16:00hrs del 25 de enero de 1994.
[334] Ver artículo 139 CPCA, 578 RPL, 63 NCPC.

interposición de dicha gestión produjera algún cambio en la sentencia-.

De interés destacamos las siguientes resoluciones:

"Si las incidentadas estimaron que el Juzgado no emitió pronunciamiento expreso sobre la confesión en rebeldía, debieron gestionar adición del fallo de primera instancia. Sobre el particular, los preceptos 597 y 598 Ibíd., señalan que el recurso ante esta Cámara se rechazará cuando, tratándose de nulidades procesales, no se reclamó la falta ante el respectivo órgano jurisdiccional, como era lo propio en razón del lo dispuesto en el canon 158 del citado cuerpo normativo."[335]

"III.- No consta en autos, que la parte actora haya gestionado ante el Tribunal la rectificación del vicio alegado [falta de motivación] por los remedios procesales pertinentes, léase aclaración y adición, de conformidad con el precepto 158 del Código Procesal Civil (CPC), de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto por el canon 220 del CPCA. La disposición 137, párrafo segundo del CPCA es sumamente claro en cuanto a la necesidad de hacerlo: "Las causales del recurso de casación por las razones procesales establecidas en el presente artículo, solo podrán alegarse por la parte a quien haya perjudicado la inobservancia de la norma procesal. Además, será necesario haber gestionado, ante el órgano jurisdiccional pertinente, la rectificación del

[335] Sala Primera de la Corte, No. 144-F-S1-2016 de las 10:45h. del 18 de febrero de 2017.

> *vicio, en los casos que sea posible su rectificación en el Tribunal"*. Así las cosas, al no haber solicitado la actora la adición y aclaración del fallo impugnado, en cuanto a las contradicciones que reclama, deberá rechazarse de plano el cargo."[336]

La preeminencia en cuanto al CPCA, RPL y NCPC se deben a dos motivos: i) la reducción de instancias con las que cuenta la sentencia para ser recurrida, imponiéndose en las tres - en los casos de procesos ordinarios- únicamente el recurso de casación como medio para impugnarla y ii) la rigurosidad con lo que la gestión de adición está regulada en las normas procesales.

En el caso del CPCA, la transcendencia de la adición y aclaración la encontramos en el inciso 2) del artículo 137, que regula el recurso de casación por violación a normas procesales:

> *"**2)** Las causales del recurso de casación por las razones procesales establecidas en el presente artículo, solo podrán alegarse por la parte a quien haya perjudicado la inobservancia de la norma procesal. **Además, será necesario haber gestionado, ante el órgano jurisdiccional pertinente, la rectificación del vicio, en los casos que sea posible su rectificación en el Tribunal**." (Destacado no es del original).*

[336] Sala Primera de la Corte, No. 1401-A-S1-2015 de las 9:40h. del 10 de diciembre de 2015

En materia laboral, existen varias particularidades que deben tenerse en cuenta para evitar errores y así causar el rechazo de recursos contra las distintas resoluciones. La adición y aclaración está regulada en el artículo 578, que establece:

> *"**Artículo 578.- Las sentencias, cualquiera que sea su naturaleza, pueden corregirse mediante adiciones o aclaraciones, de oficio o a solicitud de parte.** La corrección de oficio podrá hacerse en cualquier momento, pero antes de la notificación del pronunciamiento a las partes. La solicitud de la parte deberá hacerse dentro de los tres días siguientes a esa notificación.*
>
> ***La adición y aclaración se limitará a las omisiones u oscuridades de la parte dispositiva de la sentencia y a las contradicciones que puedan existir entre la parte considerativa y la dispositiva**. El término para interponer el recurso que proceda quedará interrumpido y comenzará a correr de nuevo con la notificación del pronunciamiento que recaiga.*
>
> ***Las demás resoluciones escritas pueden también ser aclaradas o adicionadas** de oficio antes de su notificación y las partes pueden pedir adiciones, aclaraciones o correcciones dentro del indicado término de tres días. **En estos casos, la valoración de la solicitud queda a discreción del órgano y la***

presentación no interrumpe los plazos concedidos en la resolución. *(El destacado no es del original).*

Del análisis de la norma, llegamos a las siguientes conclusiones:

i) La indicación expresa de poder realizar la adición y/o aclaración cuando exista contradicción entre la parte considerativa y dispositiva, allana un poco el camino para que los jueces puedan utilizar esta gestión como una verdadera herramienta para corregir errores de sus sentencias;

ii) La adición y aclaración procede únicamente para las sentencias y demás resoluciones escritas. En el primer caso su interposición suspende el plazo para interponer los recursos, en cuanto a otras resoluciones escritas, la norma establece que su presentación no interrumpe los plazos concedidos en la resolución[337], pero no señala si suspende la interposición de los recursos, no obstante, consideramos que al establecerse que contra las resoluciones escritas se puede solicitar adición y aclaración, implica un derecho de la parte y consecuentemente, hasta que se resuelva esta solicitud, la resolución no puede quedar en firme. Sin embargo, la recomendación es presentar de forma conjunta la

[337] En el mismo sentido lo regula el artículo 552 del actual Código Procesal Civil, que establece: *"Artículo 552.- No interrupción ni suspensión de plazos. La interposición de los recursos no interrumpirá ni suspenderá los plazos concedidos por la resolución impugnada, para la realización de los actos correspondientes"*

adición y aclaración con el recurso que proceda contra la resolución que se recurra.

iii) No existe regulación para las resoluciones que se dicten de forma oral. La norma únicamente refiere a resoluciones escritas, sin embargo, la diferencia entre ambas es únicamente por la forma en que son dadas –escrita u oral-, por lo que para efectos de esta gestión la diferenciación entre ambas es odiosa.

Asimismo, de conformidad con los artículos 530 y 578 de la RPL[338], la solicitud de adición y aclaración tiene como finalidad corregir errores materiales y/o evitar nulidades, por lo que nuevamente la recomendación es interponerla de forma conjunta con el recurso correspondiente.

No se omite señalar que en el caso del recurso de casación por razones procesales, de conformidad con el artículo 587, inciso 1, cuando se alegue vicio de nulidad de actuaciones, este se debe haber alegado en el

[338] Artículo 530.- *"Las resoluciones de las cuestiones que deban conocerse o que se planteen dentro de la audiencia se dictarán oralmente y quedarán notificadas a las partes en ese mismo acto con la sola lectura, debiendo consignarse en el acta, al menos sucintamente, los fundamentos jurídicos y de hecho del pronunciamiento…"*
Artículo 579.- Los errores materiales y las imperfecciones resultantes en el devenir del proceso que no impliquen nulidad podrán ser corregidos en cualquier momento, siempre y cuando sea necesario para orientar el curso normal del procedimiento o ejecutar el respectivo pronunciamiento y que la corrección no implique una modificación substancial de lo ya resuelto.

momento procesal oportuno y la reclamación se haya desestimado.

Con respecto, al NCPC se encuentra en el artículo 69.1 que regula la casación por motivos de orden procesal, estableciendo que: *"…Solamente podrá alegar una causal de casación, por razones procesales, la parte a quien hubiera perjudicado la inobservancia de la ley procesal. Además, es indispensable, cuando el procedimiento lo permita, haber gestionado la rectificación del vicio y haber agotado todos los recursos procedentes contra lo resuelto.*

Está norma regula de la misma forma lo establecido en el artículo 597[339] del actual CPC.

a.2 Recursos

Su finalidad es revocar, en todo o en parte, la resolución recurrida, es una gestión propia de las partes y en especifico de aquella que tenga un interés legítimo por verse perjudicada por el pronunciamiento recurrido, su existencia se fundamenta en la falibilidad humana.

La existencia de los recursos judiciales, se debe a tres aspectos: i) Errar es de humanos: El juez se equivoca, por lo tanto, debe existir alguna forma de corregirlo; ii) La aplicación

[339] Artículo 597.- Rechazo de plano. "… *o si, tratándose de una nulidad procesal, no es de las previstas en el artículo 594, o no ha sido reclamada ante el tribunal correspondiente la reparación de la falta, o que no se hayan agotado los recursos que quepan contra lo resuelto.*

e interpretación de las leyes debe ser objetiva, pero la realidad es que en ocasiones tiende a ser subjetiva, por el carácter humano, por lo que la posición de un juez sobre la aplicación de determinada norma, puede no ser igual a la de otro; iii) Los recursos son la forma de corregir arbitrariedades en la que pueden incurrir los jueces.

La admisión del recurso, depende del cumplimiento de requisitos establecidos en las normas procesales. De seguido se analizan estos requisitos y otros elementos generales y posteriormente se realizará con respecto a cada recurso en particular y de conformidad con la norma procesal que corresponda.

i. **Órgano jurisdiccional competente:** Este aspecto dependerá de la clase de resolución recurrida, del órgano que la dictó y de la clase de recurso que se haya interpuesto. Esta competencia es de carácter funcional, no es disponible por las partes.

ii. **Taxatividad impugnaticia:** Esta característica hace referencia al principio general que las resoluciones únicamente serán recurribles por los medios y forma establecidos por la ley.

iii. **Legitimidad e interés para impugnar:** Las partes del proceso son a quienes les corresponde la posibilidad de recurrir las resoluciones dictadas a causa de este, pero, además, debe tener interés para impugnar la resolución, es decir, que haya sido perjudicada, que le sea desfavorable la resolución.

Es el interés de la parte de dejar sin efecto - parcial o total- una resolución que objetivamente le perjudique.

Este principio prohíbe recursos superfluos, inútiles o de índole puramente académico, ya que el recurso debe ser real, efectivo.

iv. **Motivación:** La motivación es un requisito esencial de la impugnación, pues su ausencia genera indefensión hacia las partes contrarias, ya que desconocerían los motivos en los que el apelante basa la impugnación y no podrían, en consecuencia, rebatirlos, ni proponer prueba al respecto; por otra parte, el órgano de apelación ignoraría, el fundamento del recurso impidiendo que pueda pronunciarse sobre la impugnación, debiendo rechazarla. En un sistema por audiencias orales, la motivación no tiene que ser exhaustiva, pero si suficiente, es decir debe tener los argumentos mínimos para facilitar la contradicción y darle al órgano superior la posibilidad de realizar el respectivo control jurisdiccional.

v. **Efectos del recurso:** Tradicionalmente la interposición de los recursos puede tener dos efectos: el suspensivo y el devolutivo. El primero, implica que la resolución recurrida no puede ejecutarse mientras se está conociendo el recurso, hasta que exista pronunciamiento en firme sobre

este. El efecto devolutivo[340] implica la posibilidad de ejecutar provisionalmente lo impugnado.

Artavia y Picado (2017) refieren que en el NCPC el efecto devolutivo es la regla y el efecto suspensivo la excepción, pues la ejecución de lo impugnado es provisional - 67.4-.

Existe un tercer efecto, el diferido que se analizará posteriormente.

vi. **Renuncia del derecho de impugnar:** La impugnación es un derecho que tienen las partes y en especifico pertenece a aquella que tiene un interés legítimo al haberse visto perjudicada por la resolución recurrida. Siendo así, es la parte dentro de la disposición de sus derechos[341], que decide si ejercerlo o no, en el caso que no lo haga, estaríamos ante la renuncia del derecho de impugnar, que puede ser expresa o tácita al no interponer el recurso en forma y tiempo.

[340] Jordi Nieva (2012) señala que la palabra "devolutivo" actualmente, es desorientadora, ya que está basada en una concepción antigua de la jurisdicción, según la cual la misma era delegada del inmediato superior; hasta llegar al rey, por lo que cuando un tribunal inferior traspasaba el caso a un tribunal superior para que resolviera el recurso, en realidad le estaba "devolviendo" la jurisdicción que este le delegó.

[341] Artículo 2.- Principios. *"…**2.4 Dispositivo.** La iniciación del proceso incumbe exclusivamente a los interesados, quienes podrán terminarlo de forma unilateral y bilateral, de acuerdo con lo regulado por la ley. Las partes podrán disponer de sus derechos procesales, siempre que no sean indisponibles. A nadie se puede obligar a formular una demanda, salvo disposición legal en contrario.*

Este aspecto tiene especial relevancia, pues determinará si posteriormente – al recurrir la sentencia- la parte puede alegar ese motivo, ya que, si no ejerció el recurso respectivo en el momento procesal oportuno, está imposibilitada para alegarlo posteriormente, al haber operado la preclusión.

vii. **Desistimiento del recurso:** La parte que habiendo interpuesto un recurso desiste del mismo, antes de su resolución. Debe recordarse que el desistimiento es individual y no se extiende a los demás recurrentes.

Es en el NCPC, en el artículo 65.8[342] que se encuentra regulado de forma expresa, estableciendo que en ningún caso se condenará al pago de costas del recurso a quien desiste de este, difiriendo de lo regulado actualmente en el artículo 209[343] que establece la condena en costas.

viii. **Audiencia a la parte contraria ante la interposición de recursos:** El CPCA no tiene una norma que regule expresamente este tema, no obstante, el

[342] Artículo 65- Disposiciones generales. *"… 65.8 Desistimiento de la impugnación. Es procedente el desistimiento de una impugnación antes de que sea resuelta. Se solicitará ante el tribunal que dictó la resolución impugnada o ante el superior. El tribunal ante el que se gestione admitirá el desistimiento sin más trámite ni ulterior recurso y declarará firme la resolución cuestionada. En ningún caso se condenará al pago de las costas del recurso a quien desiste de este.*

[343] Artículo 209.- Resolución y costas. *"… Las costas causadas con motivo del recurso y el desistimiento estarán a cargo del que desiste."*

articulo 85, inciso 2)[344] establece que en el curso de las audiencias orales, debe promoverse el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos, por lo que es en aplicación de ese artículo que normalmente se da audiencia de las gestiones y recursos interpuestos.

En materia laboral, también existe una regulación similar, véase en este sentido el artículo 525, párrafo tercero "*... La persona titular del órgano deberá asegurar, durante su celebración, el pleno respeto de los principios de la oralidad; promoverá el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real …*" Lo

[344] Artículo 85.- 1) La jueza o el juez tramitador y el Tribunal, según sea el caso, deberán asegurar, durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad. 2) En el curso de estas, deberá promoverse el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos y velar por la concentración de los distintos actos procesales que corresponda celebrar.

anterior debe relacionarse con los artículos 421[345] 529[346] y 531[347]

Aunado a lo anterior, mediante la circular 140-2017[348], apartado f), denominado "*Reglas para el desarrollo de la Audiencia Oral"*, se estableció que con el fin de garantizar el principio de contradictorio, se le dará audiencia oral a la contraparte de todas las gestiones que formule cualquiera de los y las intervinientes.

Finalmente, únicamente el NCPC regula, en el caso de interposición de recursos, la audiencia a la contraria – aunque solo para aspectos complejos-[349]

[345] Artículo 421.- "Además de los principios generales correspondientes a todo proceso, como son … contradicción o audiencia bilateral, … el proceso laboral se rige por los siguientes principios procesales básicos: la conciliación, las actuaciones prioritariamente orales, la sencillez, el informalismo, la oficiosidad relativa, así como por la celeridad, la concentración, la inmediación, la búsqueda de la verdad real, la libertad probatoria, la lealtad procesal y la gratuidad o el costo mínimo."

[346] Artículo 529.- En las audiencias se otorgará la palabra, por su orden, al actor, al demandado, a los terceros o coadyuvantes, o a sus respectivos representantes. Si alguna de las partes tuviera más de una abogada o un abogado, los intervinientes deberán distribuirse su actividad y el uso de la palabra, e informarlo anticipadamente al tribunal. Queda prohibida la participación conjunta en una actuación específica

[347] Artículo 531.- Los traslados que se den en las audiencias serán sumarísimos, para ser evacuados de forma inmediata, de tal manera que no constituyan un obstáculo para el normal desarrollo de la actividad.

[348] "Reglas Sobre la Reforma Procesal Laboral", dictada en Corte Plena, sesión No 29-2017 celebrada el 4 de setiembre de 2017, artículo VIII.

[349] Artículo 66.2 Recurso de revocatoria en audiencia. Cuando el recurso de revocatoria se interponga en audiencia, se formulará oralmente y el tribunal

quedan a discreción del juez darle esa calificación de "complejo".

b. Instancias dentro de los procesos regulados por el CPCA, la RPL y el NCPC.

Previo a analizar cada uno de los recursos, es necesario considerar los cambios que se realizaron en las normas bajo estudio en torno a mantener o suprimir el recurso de apelación en ciertas resoluciones y la doble instancia en el caso de la sentencia, lo anterior dentro de los principales procesos (ordinario y sumario).

La pluralidad de instancias en resoluciones tiene como fundamento la posibilidad que como seres humanos tenemos de cometer errores, obedece entonces, a una mayor protección para los justiciables.

Con respecto, a la doble instancia – en el caso de la sentencia- la Sala Constitucional lo ha conceptualizado como aquel derecho fundamental que tiene toda persona a recurrir la sentencia condenatoria dictada en su contra, para que un órgano superior revise lo resuelto en primera instancia. Junto con ese concepto, ha establecido dos límites: i) El principio de doble instancia está referido únicamente, a la materia penal, por lo que en materias como el contencioso administrativo y la civil, el legislador se encuentra facultado para diseñar los procedimientos según su naturaleza y particularidades; ii) La doble instancia no

resolverá inmediatamente, salvo que se trate de un aspecto complejo que merezca discusión, en cuyo caso se oirá a la parte contraria en el mismo acto.

implica un derecho a que todas las resoluciones que se dicten dentro de un proceso puedan ser recurridas ante un superior.[350]

Ahora bien, en un proceso por audiencias, que tiene como principios ejes la oralidad, la inmediación, celeridad y la concentración de actos, es incompatible mantener los mismos medios de impugnación de un procedimiento en el cual tenía predominancia la escritura. Esto, porque según se dijo, un proceso por audiencia, debe desplegarse de forma concatenada, desarrollando un sistema compatible y coherente, que sea análogo al modelo oral que se está implementando, lo anterior, sin que implique violación al debido proceso y al derecho de defensa de las partes.

b.1 Cambios en resoluciones impugnables por el recurso de apelación:

Con respecto al recurso de apelación para resoluciones interlocutorias, las tres normas objeto de este artículo, muestran una disminución en cuanto aquellas resoluciones que poseen este medio de impugnación, en algunos casos con mayor o menor número de autos.

En cuanto al CPCA, tenemos la regla general del artículo 132 que advierte que contra todas las resoluciones cabra recurso de revocatoria, pero el recurso de apelación

[350] Sala Constitucional, voto Nº 2528 de las 02:30hrs del 26 de enero del 2014. (ver *en igual sentido las sentencias números 0282-90, 0300-90, 1058-94, 0486-94, 1129-90, 6369- 93, 2365-94, 0852-95, 5927-96, 5871-96, 6271-96, 3333-98, 8927-2004, 11071-2004, 2240-2005, 8927-2005 y 7988 -2005).*

únicamente se podrá interponer en los casos dispuestos expresamente; luego de una revisión del código, encontramos que existen 2 resoluciones orales y 5 escritas que poseen este medio de impugnación. Lo anterior, es abiertamente contrario a lo que establecía la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa[351], que en su artículo 70 remitía en el tema de recursos al Código Procesal Civil.

Una situación similar ocurría en el Código de Trabajo, previo a la RPL, los derogados artículos 500 y 501, disponían que únicamente procedía el recurso de apelación en los casos expresamente señalados en la norma o cuando fuere contra sentencias o autos que daban término al litigio o imposibilitaran su continuación, siendo así el Código de Trabajo regula tres autos que tenían apelación[352]; no obstante, en su artículo 452 remitía de forma supletoria al Código Procesal Civil, lo que abrió en muchos casos la posibilidad a impugnar otras resoluciones y era motivo de discusiones constantes.

Finalmente, el NCPC en su artículo 67.3 establece una lista taxativa de 31 resoluciones que poseen recurso de apelación, actualmente el proceso ordinario tiene alrededor de 30 resoluciones que expresamente tienen recurso de apelación.

[351] Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ley 3667 del 12 de marzo de 1966. Derogada por el artículo 198 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

[352] Ver en ese sentido los derogados artículos 460 y 473 del Código de Trabajo.

De lo anterior, podría concluirse que efectivamente se redujeron los autos apelables, sin embargo, de una lectura de las resoluciones del 67.3, observamos que prácticamente todos los autos se pueden apelar, es decir, existió una reducción en términos de cantidad, pero no de contenido.

Sobre este punto los Doctores Artavia y Picado comentan:

> *"El NCPC han concentrado en solo artículo, los autos apelables. Aunque se pretendía restringir la apelación, así la Comisión Redactora Original 2001-2005 contemplaba en el artículo solo 12 autos apelables en el art. 52 del Proyecto. La Comisión Revisora amplió las resoluciones apelables a 31, conforme al art. 67 NCPC, con lo cual, el enunciado de que prácticamente todos los autos, pensados en un proceso se puede recurrir en apelación, por lo que el principio de taxatividad impugnaticia, se vuelve a abrir, permitiendo que el proceso se convierta en un ir y venir, atentado contra la concentración y celeridad"*[353]

b.2 Cambios en las instancias para impugnar las sentencias de procesos ordinarios:

Las tres normas examinadas realizaron un cambio importante en cuanto a las instancias que poseen las sentencias dictadas en procesos ordinarios. En cuanto al CPCA, el artículo 134 – en concordancia con el 54 de la

[353] Artavia B, Sergio y Picado V. Carlos. Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil. T. II. Editorial Jurídica Faro, 2017, p. 635.

LOPJ[354]- establece que las sentencias con efecto de cosa juzgada material y la de ejecución de sentencia admite únicamente el recurso de casación; en igual sentido, el artículo 586 de la RPL establece que contra la sentencia del proceso ordinario procede únicamente el recurso de casación. Finalmente, el NCPC también establece que las sentencias de procesos ordinarios de mayor cuantía solo admiten recurso de casación – 67.4 NCPC y 95 LOPJ-.

Dejando así de existir la posibilidad de recurrir en 2 instancias las sentencias dictadas en procesos ordinarios – apelación y casación (aunque este es un recurso extraordinario, por causales).

3. Recurso de Revocatoria.

Es un recurso ordinario y horizontal que tiene como finalidad que el mismo juez que dictó la resolución, revoque, modifique, reconsidere su pronunciamiento, buscando así, que el juzgador revise su conducta y lograr cambiar la resolución impugnada en los términos solicitados.

Artavia y Picado, lo definen como *"… aquel recurso horizontal motivado que interpone la parte, solo contra autos, escritos u orales, ante el mismo juez que la dictó, para que subsane los defectos o errores".*[355] Por su parte Alsina define el recurso de revocatoria como aquel que *"se caracteriza por la circunstancia de que sólo procede tratándose de interlocutorias (y*

[354] Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley del 29 de noviembre de 1937.
[355] Artavia B, Sergio y Picado V, Carlos. Op. Cit. Pág. 618.

aún no de todas) y de que lo resuelve el mismo juez que dictó la providencia de la cual se recurre." [356]

En cuanto a la revocatoria, existen aspectos en los cuales coinciden los tres códigos bajo estudio, sean estos:

i) su interposición es de forma oral e inmediata, antes de pasar a la siguiente etapa procesal;
ii) debe sustanciarse en el acto, es decir, debe fundamentarse de forma absoluta al momento de su interposición;
iii) todo recurso, sea oral o escrito debe ser motivado bajo pena de rechazo de plano,
iv) el órgano debe resolver – por regla general- de forma oral e inmediata.[357]

[356] ALSINA, Hugo. Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial, Tomo IV. Buenos Aires, Ediar, 1994, p194.

[357] La RPL establece la posibilidad de suspender la audiencia en caso que se trate de un tema complejo, no obstante, no significa la suspensión total de ella, sino por algunos minutos mientras el juez estudia el punto objeto de recurso: El artículo 535 establece que las audiencias se desarrollarán sin interrupción, durante las horas y días que se requieran, estableciendo ciertas excepciones, incluyendo en su inciso 1) la referida a cuestiones complejas: *"1) El estudio y la resolución de cuestiones complejas que se presenten en su transcurso. Estas interrupciones se harán de forma muy breve, de tal manera que no se afecte la unidad del acto".* También relacionado a este tema, se encuentra lo regulado en el artículo 531 que establece: *"Los traslados que se den en las audiencias serán sumarísimos, para ser evacuados de forma inmediata, de tal manera que no constituyan un obstáculo para el desarrollo normal de la actividad."* Tanto el CPCA como el NCPC establecen la regla que el tribunal debe resolver de inmediato, sin embargo, la realidad es que no son pocas las ocasiones que el tribunal suspende por unos minutos para deliberar sobre el recurso interpuesto.

a. **Revocatoria en la RPL:** El recurso de revocatoria contra los autos simples[358] dictados en audiencia oral está expresamente regulado en los artículos 530 y 582 de la RPL. Ambas normas, reiteran que, con excepción de la sentencia, contra las resoluciones dictadas en la audiencia cabrá el recurso de revocatoria el cual deberá interponerse de forma oral e inmediata, antes de pasarse a una etapa posterior.

   El órgano tiene el deber de resolverlo de esa misma forma, es decir, de inmediato y oralmente, no obstante, el artículo 582 de la RPL establece como excepción la suspensión de la audiencia para el estudio del recurso.

   Los artículos 530 y 582 de la RPL exigen que para la admisión del recurso en audiencia**,** este interponga de forma oral e inmediata**,** obligando al litigante a identificar el agravio causado por esa resolución, sustentarlo y argumentarlo de forma categórica. No regulando el ejercicio de la reserva para estos casos.

[358] Carlos Picado define el auto simple como *"… un auto simple, que es el objeto del recurso de revocatoria, podemos definirlo mejor con el término de resoluciones interlocutorias simples, las cuales en general, son todas las que deciden exclusivamente acerca de cuestiones relativos al desarrollo del debate procesal, y no sobre el derecho pretendido en la demanda o en la excepción. Por ello, las resoluciones interlocutorias o autos simples son aquellas decisiones que se dictan en el iter procesalis que preparan la sentencia definitiva, sin prejuzgar nada sobre el fondo de la litis."* Picado. V, Carlos. Manual de los recursos procesales. Tomo II, Recurso de Revocatoria. Costa Rica. Editorial Investigaciones jurídicas S.A., 2011, p.46.

b. **Revocatoria en el CPCA:** Dentro de la audiencia preliminar y complementaria o juicio oral, las resoluciones se dictarán de forma verbal y quedarán notificadas con su dictado (artículo 88). En ambas audiencias, excepto los pronunciamientos que resuelven las defensas previas y la sentencia – tema de la audiencia preliminar-, tienen recurso de revocatoria. El recurso debe plantearse de forma oral y motivada; y será resuelto inmediatamente por el Tribunal. [359] La misma regla la repite el artículo 132, inciso 3).

   De la interposición de este recurso, puede solicitarse se deje constancia en el acta de la audiencia, lo anterior de conformidad con los artículos 97 y 102. g), que señala: *"… dejar constancia inmediata … de las revocatorias o protestas de recurrir"*

c. **Revocatoria en el NCPC:** El recurso de revocatoria se encuentra regulado expresamente en el artículo 66.2, estableciendo – la regla general-, de que se formulará oralmente y el tribunal resolverá inmediatamente. Esta norma señala que únicamente para aspectos complejos que merezca discusión, se oirá a la parte contraria en el mismo acto. Qué es un "aspecto complejo", queda a discreción del juez, por

[359] La misma regla aplica para los autos dictados en la audiencia oral del recurso de casación – ante la Sala Primera o el Tribunal de Casación según corresponda-, de conformidad con el artículo 152, inciso 2).

lo que la regla no es dar audiencia a la contraparte del recurso interpuesto.

Un aspecto novedoso es la revocatoria y apelación conjunta que regula el artículo 66.3, estableciendo que en los casos en que además del recurso de revocatoria sea procedente la apelación, la interposición de este implicará siempre la interposición del de revocatoria de forma concomitante, aun y cuando no se pida expresamente.

En un mismo pronunciamiento se resolverá sobre la revocatoria y la admisión de la apelación.

4. Recurso de Apelación

La finalidad del recurso de apelación es la revisión por parte del superior jerárquico de la resolución recurrida por la parte, para que la modifique o revoque. Con este recurso se mantienen los mismos requisitos señalados anteriormente: a) interés[360], b) que se haga en tiempo y c) se interponga en la forma señalada en la normativa.

Por este, un órgano jurisdiccional diferente y superior revisa la sentencia dictada por el juez *a quo.* La apelación permite que el tribunal *ad quem* examine de nuevo el litigio,

[360] Señala Picado V. Carlos *"No podría entonces, una parte victoriosa, recurrir una resolución favorable en todos sus extremos. Tampoco podría, la parte vencida, formular agravios cuyo error judicial no le perjudique a él sino a su contendor, pues el gravamen que supone dicho agravio no le afecta, por lo que carece de legitimación para recurrir a ese aspecto."*

no obstante, esto no significa que el tribunal superior realice el mismo trabajo que el de primera instancia; pues su competencia está delimitada a valorar si existió un error en la aplicación de normas, valoración de pruebas, hechos o incongruencia.

El tribunal puede examinar únicamente las cuestiones de hecho y derecho que fueron sometidas al juez de primera instancia y fueron objeto de debate, es decir, existirá un rechazo de plano de alegatos o aspectos novedosos que se traten de incorporar en los argumentos de impugnación de segunda instancia. Asimismo, la competencia está limitada por el principio *tantum devolutum quantum appellatum* que señala que el tribunal se encuentra circunscripto por lo que ha sido objeto de apelación y agravios, es decir, su límite es dado por el propio apelante al exponer los agravios.

Del objeto de la apelación dependerá la extensión del pronunciamiento del tribunal; si apeló la totalidad del fallo, puede confirmarlo o revocarlo íntegramente, o confirmarlo en parte y revocarlo en otra; si por el contrario el recurso solo impugna parcialmente la sentencia de primera instancia, el pronunciamiento en alzada se verá limitado a pronunciarse sobre esa única parte, y no las demás, que, al no haber recurso en su contra, han quedado en firme.

Por lo que la apelación no es un segundo juicio, no se discute de nuevo la totalidad de las cuestiones de hecho y derecho planteadas en primera instancia.

a. Apelación en el CPCA:

i. **Procedencia:** Contrario a la RPL y al NCPC, el CPCA no tiene un único artículo que indique contra que resoluciones procede el recurso de apelación, no obstante, si establece que únicamente procede en los casos dispuestos expresamente por el Código. En la sección 7 de este artículo se detallan las resoluciones que en audiencia oral podría ser objeto de recurso de apelación, por lo que para evitar reiteraciones innecesarias solo se indica que procede en los casos señalados por los artículos: 24 y 71.

ii. **Interposición:** El artículo 133 establece que en los casos que proceda el recurso de apelación este se tiene que interponer directamente ante el Tribunal de Casación, dentro del plazo de 3 días.

iii. **Tramitación:** En el supuesto de admitirse el recurso, se fijará la hora y fecha para audiencia oral – notificada con al menos 3 días de anticipación-, a fin de que las partes expresen agravios y formulen conclusiones. Es importante destacar, que aún y cuando en la práctica se continua presentando agravios en forma escrita, la norma exige su sustentación de forma oral, esto en concordancia con los artículos 85, inciso 1)
Relevante es la sanción que impone el inciso 4) que regula el citado numeral 133, y es que ante la inasistencia de la parte o su representante a la audiencia - sin justa causa-, el recurso se tiene por desistido y, por firme, la resolución recurrida.

iv. **Prueba en segunda instancia:** El artículo 145 regula, para el caso del recurso de casación, la posibilidad de presentar prueba documental –que jure no haber conocido con anterioridad, sobre hechos nuevos y posteriores a la sentencia-; en casos excepcionales esa prueba podrá ser presentada en la audiencia oral.

b. **Apelación en la RPL:** La reforma mantuvo la prohibición de reforma en perjuicio, también de forma expresa se establece la imposibilidad de objetar cuestiones que no hayan sido cuestionadas, ni debatidas (argumentos novedosos), esto con el fin de respetar el derecho al contradictorio. El superior tiene el deber de revisar la resolución impugnada exclusivamente en los reparos concretos formulados por la parte recurrente.[361]

i. **Procedencia**: Las resoluciones apelables se encuentran indicadas de forma expresa y taxativa en el artículo 583 de la RPL, que establece que los pronunciamientos apelables son los que ahí se indica, además de otros que de forma expresa señale el Código[362].

[361] Artículo 589. – No podrán ser objeto de apelación o casación cuestiones que no hayan sido propuestas ni debatidas oportunamente por los litigantes y la sentencia que se dicte no podrá abrazar otros puntos distintos de los planteados en el recurso, salvo las nulidades, correcciones o reparaciones que procedan por iniciativa del órgano. Se prohíbe la reforma en perjuicio.

[362] Es importante recordar, que la taxatividad de los recursos tiene especial relevancia en la RPL, donde incluso se establece la regla en el artículo 428, que aún y cuando al utilizar de forma supletoria normas procesales de otras materias

ii. **Interposición**: El recurso se interpone ante el mismo juez que ha dictado la resolución (art.586) y de tratarse de resoluciones interlocutorias escritas se formularán de esa misma forma ante el órgano que las dictó, dentro del plazo improrrogable de 3 días[363], y las que procedan contra las resoluciones orales dictas en audiencia se interpondrán en el mismo acto, inmediatamente después de la notificación[364] (arts. 584 y 530).

   Los artículos 590 y 593 establecen aspectos a considerar para la interposición del recurso.[365]

iii. **Tramitación:** El recurso de apelación requiere que una vez admitido, se sustente ante el mismo

– civil – contencioso-, *"… se respetará la enunciación taxativa de los recursos hecha en este Código."*

[363] En el caso del recurso de apelación contra la sentencia, el artículo 586 de forma expresa establece el plazo de 3 días para su interposición, es decir, todos los recursos de apelación tienen una uniformidad en cuanto el plazo para su interposición.

[364] El primer párrafo del artículo 530 sobre el tema de notificación, indica: *"Las resoluciones de las cuestiones que deban conocerse o que se planteen dentro de la audiencia se dictarán oralmente y* ***quedarán notificadas a las partes en ese mismo acto con la sola lectura,*** *debiendo consignarse en el acta, al menos sucintamente, los fundamentos jurídicos y de hecho del pronunciamiento. (el resaltado no es del original).* Por su parte el artículo 469, señala: *"… Las resoluciones que se dicten en las audiencias orales se notificarán de forma oral, en el mismo acto de dictarlas o en la oportunidad que se señale para hacerlo.*

[365] 1. Deber de contener las razones claras y precisas que ameritan la revocatoria del pronunciamiento, incluidas las alegaciones sobre nulidad concomitante. Lo anterior bajo pena de inadmisibilidad; 2. No es necesario citar las normas jurídicas que se consideren violadas; 3. No se puede modificar o ampliar el recurso. 4. Se puede ofrecer prueba en segunda instancia. De tratarse de prueba documental, se dará traslado por el plazo de 3 días. En los casos que por el principio de inmediación sea necesario, se señalara una audiencia oral para recibir la prueba.

juzgado la expresión de los agravios en relación con los motivos argumentados, expresando estos de forma clara, para lo cual se otorga un plazo de 3 días (art. 591).

Es incuestionable que, en la RPL en el caso de las resoluciones orales, como consecuencia de la concordancia de dos principios que la informan: oralidad y concentración, introduce dos reglas clarísimas: (a) acto de interposición oral en esa misma audiencia, y (b) ulterior formalización escrita del recurso en fecha posterior. Sólo en el caso de resoluciones sobre autos denegatorios de prueba o resoluciones producidas en audiencia cuyo efecto directo no sea el de la paralización o terminación del proceso, se tiene por interpuesto con efectos diferidos y se establece la obligación de reiterar el recurso en la eventual apelación de la sentencia a apelación.

La norma determina que una vez transcurrido el término del emplazamiento el expediente se remitirá al órgano correspondiente, esto siempre y cuando se haya presentado dentro del plazo legal, pues el recurso extemporáneo será rechazado de plano por el juzgado.

El artículo 592 establece que el Tribunal se pronunciará sobre la apelación dentro de los quince días siguientes de recibir el expediente; el numeral 597[366] establece que al conocer los

[366] No se omite indicar, que el artículo 598 regula que en los casos en que se anule una sentencia, la audiencia se repetirá siempre con la intervención de otra persona como juzgadora.

agravios los órganos de alzada se ajustarán a la materialidad de los elementos probatorios incorporados al expediente y, racionalmente, a los límites del principio de inmediación.

iv. **Prueba en segunda instancia:** La RPL regula la posibilidad de que el órgano superior, sea en apelación o casación, admita prueba para mejor resolver, al indicar: *"…Cuando se ordene alguna prueba documental … En los casos en que sea necesario para la aplicación del principio de inmediación, las pruebas ordenadas se recibirán en audiencia oral…"*[367], es decir, contrario a lo que sucede en el NCPC, no

[367] **Artículo 590.-** El escrito en que se interponga el recurso de apelación deberá contener, bajo pena de ser declarado inadmisible, las razones claras y precisas que ameritan la revocatoria del pronunciamiento, incluidas las alegaciones de nulidad concomitante que se estimen de interés.

El de casación deberá puntualizar en esa misma forma los motivos por los cuales se estima que el ordenamiento jurídico ha sido violentado y por los cuales procede la nulidad y eventual revocatoria de la sentencia impugnada; primero se harán las reclamaciones formales y después las sustanciales. En ningún caso será necesario citar las normas jurídicas que se consideran violadas, pero la reclamación debe ser clara en las razones por las cuales la parte se considera afectada. Los errores que se puedan cometer en la mención de normas no serán motivos para decretar la inadmisibilidad del recurso. Si hubiera apelación reservada deberá mantenerse el agravio respectivo. Los motivos del recurso no podrán modificarse o ampliarse y delimitarán el debate a su respecto y la competencia del órgano de alzada para resolver.

Artículo 593.- Recibido el expediente por el órgano de casación, si no fuera del caso declarar la inadmisibilidad del recurso, se dictará sentencia dentro del mes siguiente. Cuando se ordene alguna prueba documental, una vez recibidas las piezas probatorias, se le dará traslado de ellas a la parte interesada por tres días. En los casos en que sea necesario para la aplicación del principio de inmediación, las pruebas ordenadas se recibirán en audiencia oral con citación de las partes. El expresado plazo correrá después del traslado o de la audiencia. Lo dispuesto en esta norma será aplicable en lo pertinente en el trámite del recurso de apelación.

se establece la posibilidad de que las partes ofrezcan prueba en segunda instancia.

Sin embargo, por aplicación supletoria, podría ofrecerse esa prueba con base en los artículos 67.2 y 67.7.

c. Apelación en el NCPC:

i. Procedencia: El artículo 67.3 regula los autos apelables, estableciendo un total de 31 resoluciones que poseen este medio de impugnación. Según se indicó anteriormente, esto evidencia que la mayoría de autos se pueden apelar, por lo que no existió – a nuestro criterio- una reducción real.
Se advierte, que en los procesos de mayor cuantía, los autos que dicten sobre incidentes o aspectos que no excedan la suma prevista para menor cuantía carecerán de recurso de apelación, asimismo, es importante reiterar que las sentencias dictadas en procesos de ordinarios de mayor cuantía o inestimables, el medio para impugnación es el recurso de casación – articulo 67.5 y 69-.

ii. Interposición: En los casos que se permita interponer el recurso en audiencia, este deberá realizarse de forma inmediata al dictado de la resolución. En los casos de autos por escrito, el plazo del recurso es de tres días y el de sentencias es de cinco días – artículo 67.1-

iii. **Tramitación:** Interpuesto el recurso, se emitirá pronunciamiento sobre su admisión y, sin necesidad de resolución expresa, las partes deben comparecer a expresar agravios en un plazo de cinco días – 67.1-

Este aspecto en los procesos tienen especial relevancia, ya que la actual Ley de Cobro Judicial[368] no regula plazo para expresar agravios: *"El recurso de apelación deberá formularse en forma oral e inmediata cuando se interponga en audiencia; en los demás casos, se hará por escrito dentro del tercer día. Deberá fundamentarse y se rechazará de plano a quien lo omita…"*[369]

iv. **Prueba en segunda instancia:** Tendrá carácter restrictivo y excepcional, cuando sea necesaria para resolver los puntos objeto de alzada, cuando no se haya podido ofrecer o practicar en primera instancia por causa ajena a las partes – artículo 67.2-.

[368] Ley de Cobro Judicial, número 8624, publicada en la Gaceta 223 del 20 de noviembre de 2007, alcance 34.

[369] Tribunal Primero Civil, voto 352-2017 del 14 de marzo de 2017 *"…La idea del legislador está clara. Tratándose de un sistema procesal influenciado por la oralidad, si hay que impugnar una resolución que surgió al calor del análisis, de la práctica de la prueba y de la discusión, el recurso debe formularse en ese acto, sin que sea posible alegar sorpresa o falta de preparación. Ese es el sentido de la oralidad y es una consecuencia de los principios de inmediación y concentración. Ese es el sentido de la oralidad y es una consecuencia de los principios de inmediación y concentración. Y no existe indefensión alguna posible. La nueva legislación exige la presencia de las partes en la audiencia, misma que está regulada para garantizar el debido proceso. La ley no autoriza a apelar por escrito lo resuelto oralmente en la audiencia…"*

5. Apelación diferida.

Es la apelación concedida sin efecto suspensivo y con calidad diferida, denominada también apelación reservada, con efecto diferido o simplemente apelación diferida.

La particularidad de esta apelación es que es concedida pero su tramitación y resolución queda condicionada al recurso de apelación que se interponga contra la sentencia, para que sea resuelto por el superior de forma conjunta.

Artavia y Picado, han definido la apelación con esos efectos como *"aquella modalidad de apelación, interpuesta oportunamente, pero cuyo conocimiento queda suspendido o reservado – su conocimiento- para que sea resuelta, posteriormente y de manera acumulada, por el superior jerárquico conjuntamente con la apelación de la sentencia o el auto definitivo que puso fin a la instancia procesal..."*[370]

La doctrina nacional ha señalado que este tipo de recurso en un sistema oral, se fundamenta en tres fines:

a. En la inadecuación de los efectos tradicionales del recurso de apelación – suspensivo y devolutivo- con el sistema por audiencias u oral por cuanto si se permitiera suspender la continuidad de la audiencia consecuencia de un recurso suspensivo o devolutivo pero condicionado, se malogra la continuidad y la celeridad.

[370] Artavia B, Sergio y Picado V, Carlos. Op. Cit. Pág. 661.

b. Hacer efectivo los principios de concentración y economía procesal, sobre todo aquellos procesos que se caracterizan por su brevedad y sencillez en la resolución del conflicto, como el monitorio, sumario o especiales, no contencioso, y,

c. Otorgar a las partes justiciables una tutela de sus derechos en forma eficiente y oportuna a través de un debido proceso y sin dilaciones indebidas, a través de la concentración y continuidad de las audiencias, sin interrupciones, debido a los recursos interlocutorios. [371]

Por su parte, Véscovi[372] señala que la existencia de la apelación diferida responde al principio de celeridad, evitando continuas interrupciones del procedimiento principal.

Esta modalidad de apelación, la encontramos en la RPL en su artículo 585 que la denomina como apelación con efectos diferidos, no obstante, posteriormente la denomina apelación reservada - 524, 530, 590, 596-; también se encuentra en el NCPC, en su artículo 67.4. Dejando únicamente al CPCA como la única norma procesal que no regula este tipo de apelación.

Los requisitos para su procedencia, son iguales en ambas normas – RPL y NCPC- estableciéndose que de interponerse un recurso de apelación con efecto diferido, contra alguna de

[371] Artavia B, Sergio y Picado V, Carlos. Op. Cit. Pág. 664.

[372] Véscovi, Enrique. Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma. Pág. 141

las resoluciones que expresamente se indican o aquellas cuyo efecto directo no sea el de paralización o terminación del proceso, su admisión, expresión de agravios y su trámite se diferirán para la eventual impugnación de la sentencia de primera instancia, quedando condicionado a que la parte reitere la apelación y que el punto tenga transcendencia en la resolución final.

También podría presentarse la situación en que la parte que resultara victoriosa, tuviese que reiterar las apelaciones reservadas que realizó. Esto, cuando la parte vencida recurriera la sentencia sobre un aspecto en el cual el vencedor había presentado apelación reservada (con efecto diferido), con lo cual el punto volvería a adquirir relevancia, y por ello se abriría la posibilidad al vencedor de volver a reiterarlo (artículos 585 inciso c), 596 de la RPL y 67.4 NCPC.)

Se advierte que el NCPC establece que en los casos en que la sentencia lo que admite es el recurso de casación no es procedente la apelación diferida; sin embargo, la parte podrá hacer valer la inconformidad al recurrir la sentencia, si lo alegado constituye motivo de casación.

6. El ABC para plantear recursos orales (técnica impugnatoria).

Al inicio de este artículo se mencionó que hablar de oralidad no es lo mismo que hablar de oratoria procesal, ya que el fin de está última está dirigida a persuadir al juez, no está orientada a los asistentes, al público, sino al Tribunal que

conoce el proceso.[373] Sin duda alguna, una de las ocasiones en las cuáles se desea persuadir al juez, es en la interposición de los medios de impugnación, pues deseamos que el juez cambie su criterio o por el contrario lo mantenga a pesar de los argumentos de la contraparte.

Las tres normas analizadas – CPCA, RPL y NCPC-, regulan un proceso por audiencia, en los cuales existe la oportunidad – según los casos indicados- de interponer recursos de forma oral, exigiéndose en las tres materias que su interposición sea oral, inmediata y motivada.

Sin embargo, ninguna de estas normas individualiza de manera técnica una forma de presentar los recursos, limitándose a indicar que se deben sustentar en el acto bajo el apercibimiento de ser rechazados. Si junto a lo anterior, consideramos que las audiencias orales se rigen por el principio de celeridad, entre otros y que los términos dados son cortos, sin duda alguna se concluye que la sustentación es un reto para el impugnante, ampliándose en los casos de sentencias orales, puesto que tras escucharla debe interponer y sustentar el recurso, por lo que la improvisación no está permitida, exigiendo preparación, estudio del caso y del derecho reclamado o defendido.

Es entonces la sustentación libre y flexible, donde no es obligatorio referir elementos técnicos o condiciones

[373] El autor Carlos Picado Vargas, en su libro *"Técnica y Estrategia Procesal – Cómo Litigar-"*, señala que la oratoria procesal está fundamentada en el principio del contradictorio o bilateralidad de la audiencia, y en un proceso moderno – como el proceso por audiencias, que regulan las normas aquí en estudio- ese principio lo que implica es la discusión estratégica, no un monólogo.

especiales, pero requiere de habilidades para obtener el resultado deseado al interponer el recurso. Por lo que: i) su inexistencia implica el rechazo del recurso, ii) la ausencia o una mala técnica en su formulación afectará el resultado del recurso.

Sin aspirar a ofrecer reglas infalibles, a continuación se presentan algunas recomendaciones para la presentación de recursos orales, que se han extraído de la práctica propia, de consultas a litigantes experimentados, jueces y docentes. El fin de estas, no es la exposición de fórmulas sacramentales o tornar a la interposición de recursos orales en cátedras de derecho, por el contrario, su propósito es establecer pautas generales para expresar y sustentar individualmente los motivos jurídicos, fácticos y probatorios de forma técnica y específica, permitiendo el mejoramiento del proceso y el debate.

Recomendaciones:

- Reconocer cuando es pertinente, procedente su intervención y la intensidad con la que debe plantear sus debates y alegaciones ante el tribunal.
- Cada actuación nuestra tiene un sentido estratégico destinado en definitiva a probar nuestro caso ante el tribunal, por lo que se debe desechar, en la medida de lo posible, toda actuación que no tenga esa finalidad y en materia de recursos debe considerarse este aspecto.
- Escuche cuidadosamente la resolución y fundamento del juez; durante su dictado vaya

realizando anotaciones breves, de una línea; sin perder la atención.

- Persuasión no es siempre el arte de dar más detalles, es sobre conocer la audiencia y ajustar el mensaje.
- Empezar con el punto más importante. Asegurarnos de ampliar el aspecto más importante del caso al inicio y tratar de expresar el tema del argumento en la primera oración o en la segunda.
- En relación con lo anterior, otra recomendación es no atacar todos los puntos, únicamente los importantes. Es importante dejar al juez la sensación de querer fallar a nuestro favor y como debería hacerlo. El detalle es no dejar ninguno de los aspectos importantes y necesarios para eventualmente
- Esquema de los argumentos. Deben ser cortos, no más de 5 minutos, el esquema es un soporte simple. En los procesos por audiencia donde la oralidad es uno de los principios trascendentales, está completamente prohibido leer nuestras anotaciones. En el esquema se utilizan palabras "claves", de una idea.
- Enfocarse en el análisis legal. En la argumentación del recurso es inevitable la importancia que tiene el conocimiento de fondo y de la norma procesal, para elaborar un argumento técnicamente coherente, lógico – ajustado a los hechos y normas-, breve y claro.
- No cite jurisprudencia, y si se hace debe ser únicamente el número y despacho. Pasar mucho tiempo citando o "leyendo" – aunque se reitera en

un proceso oral, debe ser la excepción- provoca que se pierda el enfoque del objeto de nuestro argumento.

- No es suficiente la mera repetición de argumentos desestimados y rebatidos por el juez apelado, alegar ***sin apoyar la oposición o dar base jurídica a un enfoque distinto, tiene como resultado seguro la desestimación del recurso.***
- Este tipo de alegatos formales, no aportan nada particular al tribunal, nada que permita que el juez revoque su pronunciamiento, en definitiva, se recurre a frases machoteras que desde una perspectiva estratégica nos pone en un mal plano ante el juez y la contraparte; y esa es una ventaja que no se debe conceder.
- En la audiencia se debe actuar con seriedad, sin embargo, un error muy común es el exceso de formalidad. Expresar un argumento de forma oral está más cerca de una conversación que a un discurso.
- Si estoy defendiendo una apelación de forma oral, es aconsejable memorizar la introducción, para que ese primer encuentro, sea más sencillo, además memorizar el final, para que parezca planeado y no pensado "sobre la marcha". Además:
  - Sea conciso. Rebata los argumentos de su oponente solo en los puntos importantes: 1) en aquellos en que nos perjudicó y 2) si tengo "municiones" para poder hacerlo.

  - Debemos enfocarnos en nuestros puntos favorables, en lugar de porque la otra parte está equivocada.
  - Ser respetuoso con la parte contraria y si se equivocaron sobre un hecho, un aspecto material, debe corregirse de forma que ayude a nuestra posición.
  - Si cometemos un error, nos enredamos, pronunciamos mal una palabra, equivocamos un artículo, no se asuste, respire y aclare el punto.
  - No trate de cubrir lo obvio o los aspectos negativos del caso o del punto que está defendiendo.
  - Se concluye de forma corta y fuerte. En una oración, dígale al juez que es lo que se quiere y porque debe hacerlo.
- Si estamos ante una vista de casación, defendiendo nuestro recurso o la sentencia recurrida, debemos recordar que el argumento oral no es una oportunidad para volver a relatar los hechos del caso o repetir lo que ya escribió en el escrito. Los jueces ya saben lo que dijo en el escrito. El argumento oral es una oportunidad para asegurar que la corte comprenda los puntos clave del caso, y podemos recalcar los aquellos más importantes del caso o responder preguntas de los magistrados.

Precipitarse a interponer un recurso, sin haber pensado en los aspectos señalados anteriormente, provoca en muchos casos, un recurso sin sentido y que durante nuestra

sustentación, en la marcha, empecemos a revertir el rumbo del argumento inicial, pues nos damos cuenta que no correspondía el recurso o el argumento expresado no tiene mérito.

7. Índice de audiencias orales y recursos.

A modo de sumario se realiza el siguiente índice de las audiencias orales en los distintos códigos, destacando en cada una de ellas los medios de impugnación procedentes. Se aclara que únicamente se hace mención a los recursos orales, es decir, no se realizan consideraciones sobre las resoluciones escritas, para lo cual se recomienda utilizar los códigos concordados que sobre que cada materia encontramos, para poder tener un análisis completo.

Norma	Audiencia Oral	Medio de impugnación en audiencia	Comentario
CPCA	Art.24 y 23 RCPCA[374]. Resolución sobre medidas cautelares (en los supuestos que el juez estime necesario realizar audiencia oral)	Art. 30. Apelación sobre medidas cautelares Art. 89. Revocatoria en el acto Art.132. Recurso de revocatoria Art. 133. Recurso de apelación	Apelación directamente ante el Tribunal Apelaciones
	Art.60.3.4.6, 7 y 73.17 RCPCA. Proceso de	Art. 89. Revocatoria en el acto	Ante la Sala Primera de la Corte

[374] Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda. Circular Nº 001-08.- Corte Plena, sesión Nº 02-08 del 21 de enero de 2008.

	Trámite preferente	Art.132. Recurso de revocatoria Art. 134. Recurso de casación	
	Art.62 Inadmisibilidad en audiencia	Art. 134. Recurso de casación	Ante la Sala Primera de la Corte
	Art.71 Integración de Litis Consorcio Pasivo	Art. 133. Recurso de apelación.	Puede ser un aspecto que se resuelva en audiencia preliminar
	Art.74 Audiencia de conciliación	Art. 89. Revocatoria en el acto Art.132. Recurso de revocatoria Art. 134. Recurso de casación	

CPCA	Art. 90 Audiencia preliminar	Art. 89. Revocatoria en el acto Art.132. Recurso de revocatoria Art. 134. Recurso de casación	Resolución que declara con lugar las defensas previas y cualquier otra que impida la prosecución del proceso solo procede el recurso de Casación
	Art. 99, 107.3) Juicio Oral y Público	Art. 89. Revocatoria en el acto Art.132. Recurso de revocatoria	
	Art. 111 Sentencia Oral	Art.47.2 RCPCA Del dictado y la comunicación de las sentencias Art. 134 Recurso de Casación	

	Art. 152.2 Autos recurribles en Casación	Art. 89. Revocatoria en el acto Art.132. Recurso de revocatoria	
	Art. 164. Ejecución de sentencia. Evacuación de prueba	Art. 89. Revocatoria en el acto Art.132. Recurso de revocatoria	
	Art. 182 Ejecución resolución Sala Constitucional. Evacuación de prueba.	Art. 89. Revocatoria en el acto Art.132. Recurso de revocatoria	

	Art. 186. Extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros. Evacuación prueba	Art. 89. Revocatoria en el acto Art.132. Recurso de revocatoria	
RPL	Art. 507. Sentencia anticipada. Audiencia. Debate cuestiones inciertas	Art.530. Dictado oral de resoluciones e impugnaciones Art.582. Revocatoria oral Art.583.3 Recurso de Apelación	

	Art. 512. Audiencia oral, 517. Fase Preliminar, 518. Fase complementaria	Art. 524. Denegatoria de prueba. Impugnación Art.530. Dictado oral de resoluciones e impugnaciones Art.582. Revocatoria oral Art.583.1, 3, 4, 11, 12 Recurso de Apelación Art. 585 Apelación reservada Art. 586 Recurso de Casación	Las apelaciones orales se interponen en el mismo acto (584 RPL)

RPL	Art. 538. 4. Seguridad Social. Audiencia	Art. 524. Denegatoria de prueba. Impugnación Art.530. Dictado oral de resoluciones e impugnaciones Art.582. Revocatoria oral Art.583.1, 3, 4, 11, 12 Recurso de Apelación Art. 585 Apelación reservada	
	Art. 539. Procesos de Menor cuantía	Art. 524. Denegatoria de prueba. Impugnación Art.530. Dictado oral de	

		resoluciones e impugnaciones Art.582. Revocatoria oral Art.583. 1, 3, 4, 11, 12, 14, recurso de apelación Art. 585 Apelación reservada	
	Art. 544. Fueros especiales y tutela del debido proceso. Audiencia de pruebas	Art. 524. Denegatoria de prueba. Impugnación Art.530. Dictado oral de resoluciones e impugnaciones Art.582. Revocatoria oral	

		Art.583.1, 3, 4, 11, 12. Recurso de apelación Art. 585. Apelación reservada	
	Art. 551. Distribución de prestaciones de trabajadores fallecidos. Audiencia oral	Art. 524. Denegatoria de prueba. Impugnación Art.530. Dictado oral de resoluciones e impugnaciones Art.582. Revocatoria oral Art.583.1,3, 4, 11 Recurso de Apelación	

		Art. 585 Apelación reservada	
	Art. 593. Casación. Evacuación de prueba	Art.582. Revocatoria oral	
NCPC	Art. 94 Medidas Cautelares. Audiencia oral	Art. 66. Recurso de revocatoria Art. 67.3, 4 Recurso de apelación Art.68.Apelación por inadmisión	Generalidades en el artículo 50

	Art. 102. 4. Audiencia preliminar	Art. 66. Recurso de revocatoria Art.68.Apelación por inadmisión Art. 69. Recurso de casación	
	Art. 102.5 Audiencia complementaria	Art. 66. Recurso de revocatoria Art.68.Apelación por inadmisión Art. 69. Recurso de casación	
	Art. 103.3 Audiencia en procesos sumarios	Art. 66. Recurso de revocatoria Art. 67. Recurso de apelación	

		Art.68.Apelación por inadmisión	
	Art. 143.2 Ejecución provisional. Oposición	Art. 66. Recurso de revocatoria Art.67. 23. Recurso de apelación	

8. Conclusión

a. Las normas procesales estudiadas mantienen una regulación conforme, en cuanto a las audiencias orales y los recursos que en ellas se pueden interponer, lo que facilita la labor del abogado.
b. La modificación a los medios de impugnación responde a las necesidades y naturaleza que atiende el proceso por audiencia que regulan las tres normas estudiadas –CPCA, RPL y NCPC-. Los cambios, eran necesarios como una herramienta fundamental para la debida y correcta administración de justicia, ante un nuevo sistema.
c. Es necesario entender la transcendencia que tiene el hecho del cambio de los sistemas procesales en materia Contenciosa Administrativa, Laboral y Civil, como el pasar de un modelo esencialmente escrito, donde todas las etapas principales se realizaban de esta forma, para

entender la importancia de la adición y aclaración, así como del recurso de revocatoria oral.

d. La apelación diferida es concordante con los principios que rigen la RPL y el NCPC, ya que al plantear un sistema por audiencias, requiere adecuar figuras jurídicas a los nuevos fines requeridos por el proceso, a fin que se que se reflejen los principios guías: celeridad, concentración, economía procesal, entre otros.

e. ***Con la oralidad, la finalidad de la ley es mantener el debate en un plano intelectual mas que verbal, pues el hecho que se exija que los recursos se presenten de forma oral, no implica perder la critica razonada; lo que si requiere es*** que el abogado litigante tenga una mayor preparación pues debe ahora realizar una sustentación rápida pero eficaz.

f. ***La sustentación del recurso como acto procesal, no alcanza con un discurso extenso, es decir, no es un tema de cantidad sino de calidad, por lo tanto, no basta con disentir con el pronunciamiento, pues disentir no es criticar. En consecuencia tanto los desacuerdos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo distinto, si bien constituye características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial. de modo tal que el recurso debe bastarse a si mismo.***

9. Bibliografía

- Código Procesal Civil
- Código Procesal Contencioso Administrativo. Ley Nº 8508, publicado en el alcance Nº 38 a la Gaceta del 22 de junio del 2006.
- Ley No. 733, Ley Orgánica del Poder Judicial.

- Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ley 3667 del 12 de marzo de 1966. Derogada por el artículo 198 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

- Nuevo Código Procesal Civil, Ley 9342 publicado en el Alcance Digital N 54 de La Gaceta No. 68 del viernes 08 de abril de 2016.
- Reforma Procesal Laboral. Ley Nº 9343, publicado en el alcance digital Nº 6 a la Gaceta Nº 16 del 25 de enero del 2016.
- Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda. Circular Nº 001-08.- Corte Plena, sesión Nº 02-08 del 21 de enero de 2008.
- Alsina, Hugo. Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial, Tomo IV. Buenos Aires, Ediar, 1994.

- Artavia Barrantes, Sergio y Picado Vargas, Carlos. Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil. Tomo II. San José, Editorial Jurídica Faro S.A, 2017.

- Calvo Artavia, Katherine y Carvajal Vega, Nohelia. Reforma procesal laboral. (Concordada, índice analítico y exposición de motivos). Costa Rica, Editorial Jurídica Faro. 2017.

- Canosa Suarez, Ulises. El proceso civil por audiencias. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Relatorias y Ponencias XVII Jornadas Iberoamericanas de Derechos Procesal, San José de Costa Rica. Tomo I, 2000.
- Nieva Fenoll, Jordi. La desburocratización de los procedimientos judiciales. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Nº 14. Año 2012.
- Lopez Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano, Tomo I. Colombia, Editorial Temis, 1980.
- Leible, Stefan. Proceso Civil Alemán. Biblioteca Jurídica Dike, 1991,
- Picado Vargas, Carlos. Manual de los recursos procesales. Tomo I, Teoría general de los recursos. Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2011.
- Picado Vargas, Carlos. Manual de los recursos procesales. Tomo II, Recurso de revocatoria. Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2011.
- Taruffo, Michele. Páginas sobre justicia civil. España, Marcial Pons, 2009.
- Vescovi Enrique. Los Recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1988.

La Audiencia Preliminar en el proceso penal costarricense. Situación actual y propuestas de Lege Ferenda

Dr. Erick Gatgens Gómez[375]

I. Introducción

El propósito de este artículo es llevar a cabo una reflexión sobre la audiencia preliminar en el proceso penal costarricense. Para tales efectos, se realizará, en un primer momento, un análisis de la forma en que está regulada esa audiencia en el Código Procesal Penal, posteriormente, se realizaran algunas precisiones conceptuales sobre la audiencia preliminar, para pasar a realizar luego una valoración de la praxis actual en que se desarrolla esa audiencia. En ese mismo apartado se harán algunas propuestas de *lege ferenda.* En el siguiente apartado se hará un breve repaso del derecho comparado, para concluir, en el último acápite con unas breves conclusiones.

II. Regulación normativa de la audiencia preliminar en el Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal costarricense regula el denominado Procedimiento Intermedio en la Segunda Parte (Procedimientos), Libro I (Procedimiento ordinario), Título II.

[375] Abogado litigante y profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

Contiene dos capítulos, el primero, denominado Resoluciones Conclusivas, y el segundo, intitulado, Examen de la acusación y la querella.

Como primera observación debemos señalar cómo se llega a la audiencia preliminar.

Una vez que la investigación del Ministerio Público ha concluido, debe emitir un acto conclusivo. Los actos conclusivos se encuentran regulados en el artículo 299 del Código Procesal Penal.

Si el Ministerio Público estima que la prueba recabada es insuficiente para fundar una acusación, puede solicitar la desestimación de la causa o el dictado de un sobreseimiento provisional o definitivo. Igual facultad tiene el querellante.

El párrafo segundo de la norma citada permite también que cualquiera de esos sujetos procesales, solicite la suspensión del proceso a prueba, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado o que se promueva la conciliación. Para plantear algunas de estas solicitudes, específicamente, las medidas alternas al juicio, no es necesario esperar a que concluya el procedimiento preparatorio, ya que se pueden realizar incluso en un momento inicial del mismo, mediante el mecanismo que se ha llegado a denominar en la práctica como "audiencias tempranas" por ejemplo, de conciliación.

Ahora bien, si el Ministerio Público desea solicitar un criterio de oportunidad o un sobreseimiento, está obligado a ponerlo en conocimiento de la víctima para que manifieste si desea constituirse en querellante, lo cual deberá comunicar dentro de los tres días hábiles siguientes y la presentación de la

querella deberá hacerse dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de tres días inicialmente otorgado. Recibida la querella, el Ministerio Público debe trasladarla junto con el expediente principal y los legajos respectivos al tribunal del procedimiento intermedio. De no haber tenido oportunidad el imputado de rendir su declaración, deberá otorgársele ese derecho.

Si la víctima no se manifiesta dentro de los tres días o no llega a presentar querella, el Ministerio Público debe trasladar su petición de sobreseimiento o de desestimación al tribunal del procedimiento intermedio para que resuelva, sin darle audiencia ulterior a las partes, lo que corresponda. **En este supuesto no es necesario convocar a audiencia preliminar**, a tenor de lo establecido en el artículo 310 del CPP, salvo que el tribunal estime conveniente, por alguna razón, realizar la audiencia preliminar.

Valga aquí señalar que frente a la solicitud de sobreseimiento o de desestimación que le formule el Ministerio Público, el tribunal tiene la posibilidad de hacer uso de la disconformidad, regulada en el artículo 302, mediante la cual se exterioriza la posición del juzgador en el sentido de diferir de la petición realizada por el MP, al estimar que procede la apertura a juicio. En ese supuesto, se remiten las actuaciones al fiscal, para que modifique su petición en un plazo de 5 días. Si el fiscal ratifica su posición y el tribunal mantiene la suya, debe remitirse el expediente al Fiscal General o al superior que éste haya designado, para que peticione nuevamente o ratifique lo planteado por el fiscal inferior. Si el Fiscal General o el fiscal por él designado, ratifica lo solicitado por el fiscal inferior, el juez está obligado a resolver conforme a lo

solicitado por el MP, sin perjuicio del derecho de la víctima de impugnar esa decisión. Sin embargo, aún en este supuesto, el Tribunal de Juicio, haciendo las veces de Tribunal de apelación, no podría imponer su criterio sobre el del MP, al ser éste el titular – no exclusivo – de la acción penal, por lo que únicamente cabría anular lo resuelto por vicios formales y ordenar que se vuelva a dictar la resolución correspondiente.

Por el contrario, si el Ministerio Público estima que la prueba recabada durante la investigación es suficiente para fundar una acusación y someter a juicio al imputado, deberá presentar la acusación requiriendo la apertura a juicio.[376] En ese sentido, el artículo 303 del CPP establece los requisitos que debe contener la acusación y el 304 ibidem las formalidades que deben cumplirse al ofrecerse la prueba para el juicio. En esa misma oportunidad el MP o el querellante le pueden solicitar al juez la adopción de las medidas necesarias para la protección procesal del testigo o la víctima o que se continúe con la ya otorgada.

Una vez formulada la acusación, el MP debe ponerla en conocimiento de la víctima para que manifieste dentro de los tres días hábiles siguientes a la comunicación, si desea constituirse en querellante, y la querella deberá presentarse dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento de ese plazo de inicial de días (artículo 306 CPP).

Cuando la víctima haya formulado oportunamente querella durante el procedimiento preparatorio, el MP también está obligado a ponerle en conocimiento la acusación, para dentro

[376] Sobre el tema de la existencia de fundamento para someter a juicio al imputado vid. Gatgens, p. 424 ss.

de los 10 días hábiles siguientes a la comunicación respectiva, amplíe o aclare la relación de hechos de la querella y la fundamentación jurídica y pueda también ofrecer prueba nueva (artículo 307 CPP).

En relación con el actor civil, existe una previsión importante en el artículo 308 del CPP, en el sentido de que sí ya se formuló la acción civil resarcitoria, el MP también debe ponerle en conocimiento la acusación, para que dentro del plazo de cinco días hábiles concrete sus pretensiones, indique la clase y forma de reparación que demanda y liquide el monto de los daños y perjuicios que ha sufrido. En caso de haber cumplido ya con eso en el escrito inicial, no debe reiterarse en esta oportunidad.

Por último, requisito *sine qua non* para trasladar el expediente al tribunal del procedimiento intermedio, es que al imputado se le haya dado la oportunidad de rendir declaración.

Una vez cumplido el trámite establecido en los tres párrafos anteriores, debe trasladarse el expediente al tribunal del procedimiento intermedio para que éste proceda señalar la fecha de realización de la **audiencia preliminar**. La audiencia preliminar debe convocarse, de acuerdo con el artículo 316 del CPP, siempre que se haya presentado o una acusación o una querella o ambas, aún y cuando puedan existir otras solicitudes, por ejemplo, que el MP no haya formulado acusación pero el querellante sí haya presentado querella. El tribunal del procedimiento intermedio debe entonces convocar a las partes a la realización de la audiencia preliminar. En esa resolución debe igualmente poner a disposición de las partes la prueba reunida durante la

investigación para que la examinen en un plazo de cinco días hábiles.

El artículo 317 prevé las facultades y deberes que las partes pueden ejercer dentro del plazo de cinco días indicado. Ese artículo contiene un error ya que remite para efectos de establecer la extensión de ese plazo al artículo tras anterior, que es el 315, sin embargo, el artículo que establece el plazo es el 316.

Dentro de esos cinco días hábiles, las partes pueden presentar cualquiera de las siguientes gestiones así como ofrecer la prueba para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar y para el eventual juicio oral y público, con las mismas formalidades exigidas para la acusación, así como : a) Objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante, por defectos formales o sustanciales; b) Oponer excepciones; c) Solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la imposición o revocación de una medida cautelar o el anticipo de prueba; d) Solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad o la conciliación.

El artículo 318 CPP prevé el desarrollo de la audiencia preliminar. En primer lugar, en cuanto a la asistencia a esa audiencia, es de carácter obligatorio únicamente para el MP y el defensor. La asistencia del querellante, del actor civil, del imputado y de los demandados civiles es facultativa, sin embargo, la ausencia de los dos primeros implica el desistimiento tácito de sus instancias (vid. para el querellante el artículo 79 inciso b) del CPP, y para el actor civil el artículo 117, párrafo segundo, inciso b) del CPP).

A la víctima que señaló un domicilio, debe convocársele también a esa audiencia, sin embargo, su participación es igualmente facultativa.

Una vez que el juez de la etapa intermedia verifica la presencia de las partes, debe preguntarles, en caso de así permitirlo el delito que se haya venido investigando, si existe interés de aplicar alguna medida alterna al juicio, entiéndase, vgr. una conciliación, reparación integral del daño o una suspensión del proceso a prueba. De no ser procedente alguna medida alterna o no existir interés de los sujetos intervinientes, la audiencia debe continuar su curso.

En primer lugar, debe otorgársele la palabra al querellante para que haga lectura de la querella, de la identificación de las partes, sus hechos, fundamentación probatoria con los elementos de convicción que la sustentan, fundamentación jurídica, y ofrecimiento de prueba para el juicio.

El querellante puede formular antes o después de la querella las gestiones que estime pertinentes, por ejemplo, actividades procesales defectuosas o incluso hacer referencia a los argumentos de la defensa o las razones por las cuales el MP solicitó, por ejemplo, la desestimación o el sobreseimiento.

Una vez concluida la participación del querellante ya no puede volver a hacer uso de la palabra, salvo que alguno de los otros sujetos presente una APD, en cuyo caso debe dársele audiencia exclusivamente para contestarla.

Seguidamente, se le debe conceder la palabra al MP para que haga una lectura de la acusación o de las solicitudes de sobreseimiento o desestimación, luego tendrá derecho de intervenir el actor civil, el defensor del imputado y, por

último, el representante del demandado civil. El artículo 318 citado, establece en su párrafo tercero, que el fiscal y el querellante pueden resumir los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten sus peticiones, sin embargo, como veremos más adelante, esto sucede muy pocas veces en la práctica.

Durante la audiencia, el imputado puede rendir su declaración. Asimismo, cuando la víctima se encuentre presente, se le debe conceder la palabra de último.

El párrafo penúltimo del artículo citado establece la posibilidad de recabar prueba en esa audiencia, siempre que ello sea estrictamente necesario para la resolución del juez, salvo que esta deba ser recibida en el juicio oral, evitando que se discutan cuestiones que son propias del juicio oral.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 319 CPP, una vez concluida la audiencia, el tribunal puede resolver inmediatamente y de forma oral las diferentes gestiones planteadas

Debe tomarse en cuenta que si finalizada la audiencia, por ejemplo, se dicta oralmente el sobreseimiento, una vez que el juzgador haya concluido su exposición, debe la parte interesada formular inmediatamente el recurso correspondiente contra éste, vgr. revocatoria y/o apelación, con la fundamentación respectiva, motivos, eventual ofrecimiento de prueba, pretensión y eventual solicitud de vista ante el superior en grado.

No obstante, si la audiencia concluye tarde o cuando se trate de un asunto de tramitación compleja, el juez puede diferir la resolución hasta por veinticuatro horas y resolver las

gestiones en forma oral o por escrito. En la mayoría de las veces, el órgano jurisdiccional se inclina por la alternativa de emitir la resolución por escrito, por cuanto ello le da más tiempo para estudiar el asunto y redactar la resolución correspondiente, aún y cuando no se trate de un asunto de tramitación compleja ni se resuelva dentro de las 24 horas, sin embargo, no existe ninguna consecuencia procesal por incumplir el último de los requisitos indicados, a saber, que se resuelva en un plazo mayor a las 24 horas, por cuanto no es un plazo perentorio sino ordenatorio.

En la resolución que emita el tribunal debe analizarse la procedencia de la acusación y/o la querella, con el fin de determinar si existe base para el juicio o, en su caso, si corresponde desestimar o sobreseer al imputado. En caso de notificarse la resolución por escrito y si ésta no constituye un auto de apertura a juicio, sino una desestimación o un sobreseimiento definitivo, los sujetos legitimados para recurrir esas resoluciones, deben hacerlo por escrito dentro del término de tres días hábiles después de notificada la respectiva decisión.

También puede el tribunal determinar si corresponde aplicar un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, suspender el procedimiento a prueba o autorizar la aplicación de las reglas para asuntos de tramitación compleja.

Debe también el tribunal resolver las excepciones planteadas, ordenar los anticipos de prueba y pronunciarse sobre la separación o acumulación de juicios.

Igualmente debe pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida para el juicio.

En cuanto a las medidas cautelares también está obligado a pronunciarse sobre la procedencia, ratificación, revocación o sustitución de estas, así como sobre las solicitudes de protección de víctimas o testigos o sobre el mantenimiento, la modificación o el cese de las medidas ya acordadas.

En relación con la admisión de prueba para el juicio, el artículo 320 CPP, establece que se admitirá la que sea pertinente, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Asimismo, puede rechazar la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas.

Contra la resolución en la que se dicta el auto de apertura a juicio únicamente procede el recurso de revocatoria (arts. 449-451 CPP), sin perjuicio de que el sujeto procesal pueda reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio.

El auto de apertura a juicio puede dictarse con base en la acusación del MP o la querella del querellante, según lo establecido en el artículo 321 CPP. Si ese auto se dicta únicamente con base en la querella, se produce una conversión tácita de la acción penal pública a privada, de forma tal que únicamente el querellante continuará el ejercicio de la acción, sin perjuicio de que el representante del MP pueda continuar interviniendo en el procedimiento, pero no estará obligado a mantener la pretensión de aquel.

De acuerdo con el artículo 322 CPP, el auto de apertura a juicio debe indicar la parte de la acusación o de la querella que

resulte admitida, razón por la cual el tribunal puede restringir los hechos de la acusación y/o de la querella, pero lo que no podría es ampliar su contenido; asimismo, debe contener la disposición de enviar a juicio el asunto y el emplazamiento a las partes para que, en el plazo común de cinco días hábiles, concurran ante el tribunal de juicio e indiquen el lugar o la forma para recibir notificaciones.

El artículo 323 CPP permite que el imputado presente una solicitud, dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, para que el debate se celebre en dos fases, posibilidad conocida en la doctrina como la cesura, para que en la primera se discuta el tema de la culpabilidad y, en la segunda, de existir, el tema de la individualización de la pena y consecuencias civiles. Esta posibilidad, sin embargo, ha sido raramente utilizada en nuestro medio. En ese mismo plazo, las partes civiles podrán realizar la misma solicitud; pero, únicamente en lo referente a las consecuencias civiles.

Resueltos los asuntos anteriores, debe remitirse el expediente, con todos sus legajos y la prueba correspondiente al tribunal de juicio y deberá ponerse a su orden a los detenidos.

Debe señalarse, por último, que el juez que haya dictado auto de apertura a juicio se encuentra impedido de integrar el tribunal que deba conocer la causa, al amparo de lo establecido en el artículo 55 inc. a) CPP, por lo que debe inhibirse o puede ser recusado en caso de que le corresponda conocer el asunto en juicio.

III. Algunas precisiones conceptuales en torno a la audiencia preliminar.

Cómo bien se sabe, el proceso penal ordinario costarricense está integrado – en cuanto a proceso de conocimiento – por tres etapas: la preparatoria, la intermedia y el juicio oral y público. Como vimos en el apartado precedente, la audiencia preliminar tiene lugar en la etapa intermedia del procedimiento ordinario. Ello nos da una idea de que el procedimiento o etapa intermedia es algo más que la audiencia preliminar y aun cuando tiende a asimilarse ambos términos, etapa intermedia no equivale a audiencia preliminar.

De esta forma, cómo vimos en el apartado anterior, la etapa intermedia está compuesta por diversos actos procesales, que procedemos a destacar:

1. El dictado de un sobreseimiento provisional o definitivo o una desestimación, sin necesidad de realizar la audiencia preliminar.
2. La aceptación de una medida alterna al juicio, sin necesidad de realizar la audiencia preliminar ni que se convoque a la misma.
3. Actos de comunicación y notificación a las partes (emplazamiento): se pone a disposición del imputado y demandados civiles las requisitorias formuladas por el MP y/o el querellante, se comunica a las partes el señalamiento de audiencia preliminar y se les concede un plazo para realizar las gestiones previstas en el artículo 317 CPP. Algunas de esas gestiones, por ejemplo, las del inciso a) y c), atañen únicamente a la defensa y a los demandados civiles, es decir, a las partes que no son acusadoras, otras posibilidades que concede la legislación, ya pudieron haberlas utilizado para ese

momento el MP y el querellante, por ejemplo, el ofrecimiento de la prueba para el juicio (inciso e), sin embargo, ello no impide que durante la audiencia preliminar puedan solicitar que para el debate se recabe prueba adicional a la indicadas en sus respectivos libelos. Por lo demás, nada imposibilita que el MP o la parte querellante formule dentro del plazo indicado, alguna excepción o solicite alguna de las gestiones del inciso d).

4. Audiencia preliminar propiamente dicha. Debe ser oral y privada.
5. Actos de decisión una vez concluida la audiencia preliminar: desestimación, sobreseimientos provisional o definitivo, aceptación de una medida alterna, del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad o el dictado del auto de apertura a juicio. En este último caso, también debe pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba para el juicio.
6. Posibilidad de las partes de presentar recurso de revocatoria contra la inadmisión de prueba para el juicio, o apelación contra el sobreseimiento definitivo (art. 315 CPP) o la desestimación (art. 282 párrafo tercero CPP).
7. Posibilidad del imputado y partes civiles de solicitar la cesura.
8. Pronunciamiento del tribunal sobre la cesura.
9. Se permite igualmente durante la etapa intermedia realizar anticipos jurisdiccionales de prueba (art. 293 CPP).
10. Traslado del expediente con los legajos y la prueba al Tribunal de juicio en caso de haberse dictado un auto de apertura a juicio.

En cuanto a la audiencia preliminar propiamente dicha, por lo menos en cuanto a su previsión normativa, se estableció como un momento procesal de filtro dirigido a realizar un control sobre la actividad requirente del MP, de las gestiones que llegue a formular la víctima o el damnificado, heredero, legatario, la sucesión o el beneficiario de pretensiones personales (entiéndase querella y/o acción civil), así como las propias del defensor y los demandados civiles y tenía como una de sus finalidades evitar la realización de juicios innecesarios por fútiles o por carecer de fundamento fáctico y/o probatorio. No obstante, esa finalidad no se ha cumplido en la práctica, tal y como lo veremos en el acápite siguiente.

El análisis sobre la actividad requirente debe ser tanto formal como sustancial. Lo primero, en cuanto al cumplimiento de las formalidades previstas en el CPP; lo segundo, en cuanto a la valoración sustantiva del o de los hechos y la procedencia de lo solicitado.

También debe cumplir esa audiencia, una función importante de garantía de respeto de los derechos fundamentales del imputado y demás sujetos procesales. Esto en la práctica tampoco ha tenido un cumplimiento efectivo.

La audiencia como tal debiera poseer características similares a las del juicio, con la particularidad de que, como se dijo, no es pública sino privada, pero deberían imperar los otros principios tales como el de oralidad, inmediación, contradictorio, continuidad y concentración, así como identidad física del juzgador.

IV. Praxis actual y propuestas de *lege ferenda*

Tal y como se vislumbró en el apartado anterior, la práctica actual de la audiencia preliminar dista bastante de su previsión normativa.

La praxis actual de la audiencia preliminar se muestra compleja. Estimamos que en el análisis de lo que el Código ha denominado "audiencia preliminar", integrado por una diversidad de actos procesales, se requiere no sólo valorar lo que ha sucedido en la praxis forense con esta audiencia, sino también el tema estructural y de organización del Poder Judicial, ya que el Código debe ser aplicado directamente por los jueces y la determinación de quiénes serán esos aplicadores del derecho reviste un carácter esencial en el funcionamiento de esa audiencia.

Uno de los problemas más serios que enfrenta la audiencia preliminar es que se convierte con frecuencia en un asunto de mero trámite, y tomando en consideración que un sobreseimiento no sólo exige una mayor fundamentación, al tratarse de una sentencia, sino que también le puede implicar una responsabilidad civil, disciplinaria y hasta penal al funcionario que dicte esa resolución, se ha optado erróneamente por preferir el dictado de un auto de apertura a juicio, que requiere una menor fundamentación y que implica trasladarle el "problema de la determinación de la culpabilidad" o del destino final del imputado a un tribunal, quien con mayores elementos pueda tomar una decisión "más" acertada. Ello implica a menudo, no obstante, que no se cumpla con esa función de filtro y de control que debe ejercerse en esta etapa, por lo que es común observar juicios que debieron haber concluido en la etapa intermedia y no en

el debate, lo cual implica un mayor costo y desgaste para el imputado.

De esta forma, resulta frecuente observar que en la audiencia preliminar no se discutan aspectos probatorios o sustantivos. Así, la audiencia preliminar se presenta con frecuencia como el lugar idóneo para discutir esencialmente la aplicación de medidas alternas y su aprobación por parte del juez, y en menor medida, la aplicación del procedimiento abreviado, pero repito, es frecuente que la audiencia preliminar, cuando el destino es el auto de apertura a juicio, se convierta en una audiencia de mero trámite, únicamente para cumplir con la formalidad de que el proceso superó esa etapa formal.

No obstante, resulta importante también echar un vistazo general sobre el rendimiento de la audiencia preliminar, con algunas estadísticas del Primer y Segundo Circuitos Judiciales de San José, que arrojan los siguientes resultados:

I CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ

AÑO	TOTAL DE CASOS TRAMITADOS	AUTOS DE APERTURA	DESESTIMACIONES	SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL	DESESTIMACIONES ORALES
2012[377]	17,613	1,049	3,954	5,607	36	4,929
2013[378]	19,439	906	6,157	4,752	22	3,572

[377] Cuadro 212: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2012/html/cuadros.htm

[378] Cuadro 196: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2013/index.htm

II	2014[379]	14,303	963	4,775	3,819	34	2,377
	2015[380]	12,412	1,175	3,396	3,241	40	2,717
	2016[381]	13,706	1,020	3,960	3,136	39	2,792

CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ

AÑO	**TOTAL DE CASOS TRAMITADOS**	**AUTOS DE APERTURA**	**DESESTIMACIONES**	**SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO**	**SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL**	**DESESTIMACIONES ORALES**

[379] Cuadro 193: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/index.php/anuariojudicial2014?start=40

[380] Cuadro 3: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/index.php/41-2015/108-2015

[381] Cuadro 4: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/index.php/estadisticas/112-anuario-judicial-2017

2012[382]	11,536	464	5,516	2,464	13	1,749
2013[383]	12,028	497	4,867	2,661	5	2,763
2014[384]	11,962	592	4,767	2,671	12	2,608
2015[385]	11,909	675	2,558	2,052	6	5,349

[382] Cuadro 212: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2012/html/cuadros.htm

[383] Cuadro 196: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2013/index.htm

[384] Cuadro 193: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/index.php/anuariojudicial2014?start=40

[385] Cuadro 3: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/index.php/41-2015/108-2015

2016[386]	10,084	657	1,062	1,860	5	5,545

De ambos cuadros podemos extraer que, de la cantidad de casos tramitados, solamente un porcentaje mínimo de asuntos son los que van a juicio, ya que por ejemplo en el Primer Circuito, en el año 2012, el mayor número de resoluciones dictadas fueron sobreseimientos definitivos, luego desestimaciones orales y escritas y, en cuarto lugar, los autos de apertura a juicio.

En el año 2013, el mayor porcentaje de resoluciones, al igual que en el año anterior fue ocupado por las desestimaciones, que, si las agrupamos en un solo rubro, sumaron 9.729, de un total de 19.439 casos tramitados. De esa cantidad de casos, únicamente 906 terminaron con un auto de apertura a juicio. Similares cifras se observan en los años siguientes, en cuanto a la cantidad de asuntos en que se dictó apertura a juicio.

En el Segundo Circuito, el circulante de casos durante los años 2012-2016 fue menor en comparación con los del Primer Circuito, sin embargo, se observa que es un porcentaje bajo de casos los que terminan con apertura a juicio, ocupando el

[386] Cuadro 4: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/index.php/estadisticas/112-anuario-judicial-2017

mayor número las desestimaciones y en segundo lugar los sobreseimientos definitivos.

Otro tema relevante es que el plazo previsto en el artículo 317 CPP ha dejado de tener vigencia práctica. Es común que los sujetos del proceso no hagan uso de las posibilidades que ofrece ese artículo y sea en la audiencia preliminar propiamente donde lleguen a formular su estrategia y argumentos. De esta forma, el fin que pretendía cumplir esa norma, de que, vencido ese plazo, ya todas las partes hubieran "mostrado sus armas y pretensiones" no se cumple en la práctica, perdiendo, por lo tanto, vigencia normativa ese artículo 317. Por otra parte, se da el sinsentido de que algunos sujetos procesales ofrecen la prueba dentro del plazo ahí previsto, y el juez los apercibe de que, si no reiteran la prueba durante la audiencia preliminar, se tiene por no ofrecida.

La Oralidad. Ahí tenemos otra gran falencia. La audiencia preliminar se ha convertido también en un acto esencialmente de lectura de documentos y eso no es oralidad. Como acertadamente lo ha señalado Llobet, se ha producido la "Oralización de la escritura".[387] La oralidad la entendemos como el acto de comunicación verbal, que se manifiesta mediante la palabra hablada y espontánea, pero oralidad nunca puede equivaler a leer documentos. Eso hace que la audiencia se vuelva rutinaria, cansina y se pierda el interés y la atención de las partes y del juez, especialmente, cuando se trata de la lectura de extensos documentos.

Tal y como lo vimos *supra,* en el CPP se previó la posibilidad de recabar prueba en la audiencia, sin embargo, es una

[387] Llobet, p. 486.

posibilidad que prácticamente nunca tiene lugar, por cuanto se estima que todo el tema de recepción de prueba debe darse exclusivamente durante el debate, restando toda vigencia normativa a esa posibilidad.

Un tema de gran interés es si el auto de apertura debe o no **fundamentarse**, y en caso positivo, la extensión de esa fundamentación. Sobre el particular existen posiciones divididas.

El auto de apertura a juicio debe contener un pronunciamiento sobre la prueba ofrecida para el debate, señalando la que se admite y la que se rechaza, con su respectiva fundamentación. Debe delimitar también el objeto procesal del debate, señalando los hechos de la acusación y/o de la querella que admite, identificar al imputado, y emplazar a las partes para que concurran ante el tribunal de juicio en el plazo común de cinco días e indiquen lugar o formas para recibir notificaciones. Sobre el particular debemos señalar que no existe norma expresa en el CPP que establezca más requisitos formales para ese auto que los establecidos en los artículos 320, 321 y 322.

Frente a eso tenemos que el artículo 142 CPP, establece que los autos y las sentencias contendrán una fundamentación clara y precisa. Sin embargo, la fundamentación requerida para una sentencia no debe tener la misma extensión y profundidad que la requerida para un auto. De ahí surge la interrogante: ¿la fundamentación que exige el art. 142 citado para los autos, y concretamente, para el auto de apertura a juicio, se verá satisfecha de cumplirse lo previsto en el artículo 322? A lo anterior debemos agregar que el legislador no previó recurso de apelación contra esa resolución, entonces,

¿si no se previó ese medio de impugnación, para que podría ser relevante motivar mayormente esa decisión, sino va a ser objeto de control por parte del *ad quem*? La respuesta que salta a la vista es que resulta relevante la fundamentación en interés primordial del imputado, de conocer las razones por las cuales el asunto se envía a debate y porque razón sus alegatos o los de su defensor, fueron rechazados.

Sobre el particular sostiene Amador que el auto de apertura de juicio debe fundamentarse. Señala: "*…si bien, no debe hacerse un análisis exhaustivo en cuanto a la valoración absoluta de la prueba, lo cierto es que la valoración de esta debe bastar para establecer la probabilidad de comisión del delito, suficiente para que el imputado pueda entender desde su planteamiento defensivo por qué se elevó la causa a juicio. De lo contrario, el auto que ordena la apertura a juicio deberá declararse ineficaz,…el análisis correspondiente sobre la probabilidad delictiva…es el que permite que el procedimiento avance en contra -sic- el imputado, elevando la causa a una fase pública…*"[388] No obstante la opinión expuesta, no se comprende la afirmación realizada por Amador al señalar que "…la falta de fundamentación no es un vicio formal…"[389]

En igual sentido señala Llobet que en contra de lo que se consideró en su momento en algunas resoluciones, el auto de apertura a juicio no está eximido del deber de fundamentación que existe con respecto a todos los autos, según lo establecido en el art. 142 del CPP.[390]

[388] Amador, p. 104.

[389] Amador, p. 95.

[390] Llobet, p. 489.

Como antes se dijo la apertura a juicio debe dictarse mediante un auto, y no es válido exigir de un auto la misma fundamentación que se espera de una sentencia. En ese mismo sentido señala Maier que: "*…desde el punto de vista de su justificación material, la exigencia es menor que aquella antes indicada para la sentencia de condena; caso contrario, sin objeción y sin planteo de excepciones, la causa se remite automáticamente – por decreto – al tribunal competente para la realización del juicio*."[391]

Sobre este tema, opina el jurista costarricense Daniel González Alvarez, en su artículo Procedimiento intermedio, lo siguiente:

"... el decreto que dispone el juicio no debe contener ninguna motivación, más allá de la indicación sumaria de las fuentes de prueba. No se trata, evidentemente de un olvido, sino de una opción consciente, con la cual se ha querido subrayar la exigencia de evitar que el juez del debate pueda ser influenciado ante iudicium, por una exposición articulada y dialécticamente orientada por las razones que están a la base de la acusación ..."[392]

La Sala Tercera en el voto 301-2002, de 5.4.2002, señaló, igualmente que:

"... no se requiere un análisis de la prueba que exprese la culpabilidad o inocencia del imputado - pues no corresponde en esta etapa del proceso-, pero si es necesario expresar el razonamiento por el cual se considera que una prueba u otra debe ser recibida en debate".

Tenemos entonces que existe discusión en torno a la fundamentación requerida al momento de dictar el auto de

[391] Maier, p. 358.

[392] González, p. 641.

apertura a juicio y estimo que la exigencia de motivación del artículo 142, que es una norma general, se ve satisfecha con lo dispuesto en el artículo 322, que sería una norma especial, que viene a determinar los requisitos específicos que debe contener ese auto para encontrarse fundamentado, y aun cuando fuera deseable que esa resolución sea mayormente fundamentada, estimamos que, de cumplir con los requisitos del art. 322 citado, se encontraría conforme a derecho. Esto es consecuente con la circunstancia de que en nuestro CPP no se previó recurso de apelación alguno contra esa resolución. En ese sentido, dos propuestas de *lege ferenda* que proponemos consisten en lo siguiente: crear un artículo en el Código que establezca la exigencia de señalar en el auto de apertura a juicio las razones de hecho y de derecho en que se funda y correlativamente, crear un recurso de apelación para el auto de apertura a juicio. Lo anterior con la finalidad de que la audiencia preliminar cumpla con esa función de filtro que originalmente se le asignó, aún y cuando somos conscientes de que eso va a implicar un mayor atraso en los procesos.

Otro tema relevante radica en la discusión de si es posible formular **apelación** contra el auto de apertura a juicio. Sobre el particular debemos reiterar que, contra el auto de apertura a juicio, únicamente procede el recurso de revocatoria en relación con aquella prueba que no fue admitida. Sin embargo, en relación con el mérito de la decisión de elevar la causa a juicio, no procede recurso de apelación. Esta fue la voluntad expresa del legislador ya que pensó en el principio

de progresividad del proceso penal, con el fin de no alargar en demasía los procesos penales.[393]

No obstante, en la práctica se ha dado una interpretación desigual y, por lo tanto, violatoria del principio de igualdad regulado en el artículo 33 de la Cpol., por cuanto dependiendo del Circuito judicial donde se encuentre el expediente, así va a ser la interpretación sobre la admisibilidad del recurso de apelación contra el auto de apertura a juicio. Por ejemplo, en el I Circuito, se rechaza en su totalidad esa posibilidad, contrario a lo que sucede, por ejemplo, en el II Circuito donde comúnmente se acepta ese recurso contra el auto de apertura a juicio.

En materia de recursos, rige según el CPP el principio de taxatividad objetiva y subjetiva, regla que se encuentra prevista en el artículo 437, que señala:

"Artículo 437.- Reglas generales. Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las

[393] El tema de la mora judicial no deja de ser un serio problema en la tramitación de los procesos penales, ya que como señala el Décimo Informe del Estado de la Nación, *"…la lentitud del proceso resulta ser uno de los principales problemas señalados en estudios de opinión (Proyecto Estado de la Nación, 2001ª)… Por otro lado, los resultados obtenidos en el 2003 para la duración de los juicios en materia penal son los más altos desde 1998, año en que se inició el registro de esta información, de conformidad con el nuevo Código Procesal Penal. En el 2003 los tribunales penales fallaron con sentencia 5.735 casos, cuya duración promedio fue de 21 meses. El aumento se concentró en las etapas preparatoria e intermedia y la duración de la etapa del juicio más bien descendió. Esto significa que el cuello de botella se encuentra en las fiscalías, donde también se nota un incremento de los expedientes en trámite en relación con los recibidos. Por efecto de este incremento en la duración de los procesos penales, en el 2003 el 57,5% de los expedientes tardó un año y medio en resolverse".* Estado, p. 333.

diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas."

En consecuencia, los recursos deben admitirse, siempre y cuando se prevea en una norma expresa, la existencia de un recurso contra una determinada resolución.

En relación con el principio de taxatividad objetiva, el artículo 437 del Código Procesal Penal, expresamente señala lo siguiente:

"…el recurso de apelación procederá solamente contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que sean declaradas apelables, causen gravamen irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que esta continúe."

El auto de apertura a juicio constituye una resolución dictada por un Tribunal del procedimiento intermedio. De conformidad con lo establecido en el artículo 437 del Código citado, el recurso de apelación únicamente procede contra aquellas resoluciones que sean declaradas apelables, que no es el caso, por cuanto no existe norma en el CPP que prevea el recurso de apelación en contra del Auto de Apertura a Juicio; en segundo lugar, la resolución impugnada no causa gravamen irreparable, por las razones que de seguido se exponen.

Clariá Olmedo citando a Alsina, señala sobre el concepto de gravamen irreparable, lo siguiente:

"Causan gravamen irreparable aquellas resoluciones que de ser ejecutadas, producirían un daño o perjuicio al afectado, de imposible reparación por la sentencia"[394]

Por lo tanto, no es posible sostener que el auto de apertura a juicio causa gravamen irreparable al imputado, ya que los reclamos o vicios que se produzcan pueden formularse, sin ninguna limitación, durante el debate y deben ser analizados por el Tribunal de Juicio encargado de dictar la sentencia.

En tercer lugar, el auto de apertura a juicio no pone fin a la acción ni imposibilita que esta continúe, todo lo contrario, ordena la continuación del proceso y su traslado a la etapa procesal inmediata siguiente que es el juicio oral y público, y durante el debate la defensa tendrá ocasión de formular todos los reclamos que estimen convenientes en defensa de los intereses de sus clientes.

Así vemos que, el Código Procesal Penal no prevé expresamente un recurso de apelación en contra de la resolución que ordena la Apertura a Juicio.

Otro aspecto sobre el que se ha generado discusión radica en determinar hasta qué momento es posible presentar la acción civil y, concretamente, si se puede presentar directamente en la audiencia preliminar. La Sala Tercera en forma reiterada ha señalado que el artículo 114 CPP debe entenderse en el sentido de que, la llegada del expediente con la pieza acusatoria al Juzgado Penal marca el límite en cuanto a la oportunidad de constituirse como actor civil[395], por lo tanto,

[394] Clariá, p. 490.

[395] Vid. voto 427 de las 14:04 horas del 4 de mayo de 2007. En igual sentido, voto 2013-000638, de las 16:04 horas del 4 de junio de 2013. El antiguo Tribunal de casación penal de Goicoechea, en el voto número 119 de las 8:20 horas del 17 de

no sería válido presentar la acción civil directamente en la audiencia preliminar, salvo que por un error del MP la

febrero de 2008, señaló, en lo que interesa: "…según dispone el numeral 114 del Código Procesal Penal, la acción civil resarcitoria debe plantearse "...durante el procedimiento preparatorio, antes de que se formule el requerimiento fiscal o la querella, o conjuntamente con esta". Lo anterior implica que existen dos supuestos de interpretación en relación con la oportunidad procesal para entablar la demanda de acción civil resarcitoria. La primera es cuando la parte se constituye también en querellante, hipótesis en la cual puede presentar la acción civil de forma conjunta con la querella. La otra es cuando sólo le interesa constituirse en parte actora civil, en cuyo caso debe plantear la demanda antes de que se presente la respectiva acusación. Dicho requisito se cumple en el momento en que el Ministerio Público presente formalmente la acusación ante el órgano jurisdiccional y no necesariamente en el momento en que se redacta o se data el documento. Sólo de esta forma las partes pueden tener certeza jurídica del cumplimiento efectivo de la formalidad y control sobre las actuaciones de las partes (Cfr: Voto 2007-00427. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. 14:04 horas del 4 de mayo de 2007)." En el voto número 1436, de las 9:30 horas del 12 de diciembre de 2005, la Sala Tercera estableció en el mismo sentido cuándo se debe entender por formulada la acusación, para los efectos del citado artículo 114. En igual sentido se pronunció esa Sala, en los votos número 1266, de 9:05 horas, del 15 de diciembre de 2006; 180, de 10:20 horas, del 5 de marzo de 2007; 427, de 14:05 horas, del 4 de mayo de 2007 y 1117 de las 9:05 horas, del 10 de octubre de 2008, entre otras. En el citado voto 2013-000638, la Sala Tercera terminó señalando lo siguiente: "…la interpretación propuesta por la defensa, en el sentido en que el actor civil puede constituirse como tal, hasta el momento en que el fiscal redacta y agrega al expediente la acusación, supone la imposición de una carga excesiva a la víctima, pues se le obliga a revisar continuamente los avances del expediente, o de lo contrario, se expone a la posibilidad de que, sin saberlo, precluya su plazo para interponer la acción civil resarcitoria. Además, como se menciona en el fallo citado, el arribo del expediente al Juzgado Penal es el único parámetro objetivo, en el tanto es un tercero imparcial quien da fe de la fecha en que dicho ingreso ocurrió." En este caso en particular, la acusación se comunicó al ofendido en fecha 29 de febrero de 2008 y fue recibida en el Juzgado Penal el día 3 de marzo de 2008, por su parte, la acción civil resarcitoria fue interpuesta el 1º de febrero de 2008. Vid. también de la misma Sala votos: 672 de las 9:50 horas del 7 de agosto de 2003; 1266 de las 9:05 horas del 15 de diciembre de 2006; y 2003-672, de las 9:50 horas del 7 de agosto del 2003."

víctima no haya sido notificada del acto conclusivo y deba rectificarse esa omisión procesal.

Otro tema de gran relevancia está relacionado con la pregunta de si es posible realizar cambios a la acusación y a la querella o a la acción civil durante la audiencia preliminar.

Sobre el particular existen básicamente dos criterios. La tendencia mayoritaria en la jurisprudencia se inclina a permitir al inicio de la audiencia preliminar la corrección tanto de aspectos formales como sustanciales de la acusación y de la querella.

En algunas ocasiones el MP o el querellante, realiza al inicio de la audiencia cambios formales a la acusación o a la querella, consistentes en la corrección de errores materiales, los cuales deben admitirse y no deberían ser objeto de mayor análisis en cuanto a su admisibilidad.

Claro es que el juez no puede de oficio, corregir las acusaciones o querellas que contengan defectos ante la evidente afectación al principio de imparcialidad del juez.[396]

Amador sostiene que únicamente deben permitirse la corrección de vicios formales más no los sustanciales, fundamentándose en el artículo 15 CPP. Al respecto, señala: *"…ante una acusación que contiene vicios sustanciales, que no contiene una correcta imputación contra el imputado, que no logra establecer cuál fue la acción delictiva que cometió, de manera precisa y circunstanciada, que no logra contestar las preguntas quién,*

[396] Cf. En igual sentido Amador, p. 85, con referencias jurisprudenciales.

dónde, cuándo, qué, cómo y por qué, deben sobreseerse al imputado."[397]

Sigue señalando Amador, que "*Una acusación o querella que contenga vicios sustanciales, no debe ser corregida en la audiencia preliminar, la sanción es su rechazo, o sea, sobreseer al imputado, pues no se le pudo acusar de ningún delito, o bien, no se probó por una defectuosa fundamentación. Esto tiene su fundamento en que si un acusador tuvo toda una etapa de investigación para poder acusar un delito, donde el imputado ha estado sometido al proceso, muchas veces durante años, pensar que en la audiencia preliminar podría enmendar tales defectos, desequilibraría el proceso, concediéndole una ventaja indebida a una de las partes, no existiendo una verdadera igualdad de armas*."[398]

Diferimos de ese criterio. Ambos cambios deben ser según nuestro criterio permitidos, tanto la corrección de errores materiales como los cambios en la descripción de los hechos, **sujetos a cuatro límites**: primero: que el cambio se derive de la prueba recaba durante la etapa preparatoria; segundo: que no se cambie la naturaleza del delito que se ha venido investigando, por ejemplo, pasar de un delito patrimonial a un delito contra la libertad de auto determinación; tercero: que el cambio no implique una modificación total de la acusación o querella original; y cuarto, que se garantice el derecho de defensa del imputado, de tal forma que si el imputado lo solicita, se suspenda la audiencia por un plazo de cinco días, para que se imponga de los cambios y pueda ofrecer la prueba que estime pertinente. Esto contrarrestaría

[397] Amador, p. 86, con cita del voto 69-2008 de la Sala Tercera, en el cual se apoya.

[398] Amador, p.p. 86-88,

el argumento del desequilibrio procesal al que hace referencia Amador.

La Sala Tercera ha emitido varios votos en los cuales respalda la posibilidad de realizarle modificaciones a la querella durante la audiencia preliminar.

En el voto número 984-03 de 10:20 horas de 31 de octubre de 2003, se señaló primeramente que no se está frente a un tema de etapas procesales, sino de derecho de defensa.

Posteriormente, en el voto 2004-00885, de las 10:10 horas del 23 de julio de 2004, indicó que: *"Por su parte, la etapa intermedia servirá para el control de legalidad y formalidad de lo actuado y la preparación de la prueba para el debate oral. Era este el momento previsto para el examen de la acusación, y la corrección de errores…El error en la acusación no estuvo en que se acusaran hechos diferentes, sino en una inadecuada descripción de ellos, aunque lo intimado siempre fue lo mismo tanto en la etapa preparatoria como durante el juicio, por lo que ninguna sorpresa fue para la defensa la corrección de la acusación, que se limitó a describir debidamente el hecho que le había sido informado al imputado al momento de la primera intimación. Por lo tanto, sin lugar el reclamo. …"*

La Sala en el voto 2004-00965, de las 9:50 horas del 13 de agosto de 2004, emitió una resolución muy importante sobre esta temática, al resolver, lo siguiente: *"Y definitivamente deben correlacionarse varios aspectos cuando se valora si estamos i) frente a una imputación clara y precisa; ii) a una corrección de errores formales o no esenciales de la acusación y iii) frente a una variación sustancial. Estos aspectos trascendentales son i) el tiempo o etapa procesal en que la modificación o variación se da; ii) las posibilidades*

reales de defensa que tal modificación permite; iii) el equilibrio de fuerzas procesales de cara a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad y de buena fe al litigar y su estado a raíz de la modificación que se hace."

Asimismo, en el voto número 2006-0152, se indicó, lo siguiente:

"Considera esta Sala, que la corrección de la acusación realizada en la audiencia preliminar, no implica una variación esencial en la misma, pues el hecho principal en torno al cual giró el debate se mantuvo; es más, dicho trámite se dio con evidente apego a lo preceptuado en los artículos 317 del Código Procesal Penal, y de conformidad con las facultades de saneamiento descritas en los artículos 177 a 179 del mismo cuerpo normativo. ***Por ende, no se le está causando ningún agravio a la defensa, no se adicionó ningún elemento sorpresivo que afectara los derechos de la imputada y además se tuvo amplias posibilidades de ejercer tanto la defensa material como técnica durante el trascurso del contradictorio****."* (Nota: negrita suplida).[399]

[399] En ese mismo año, la Sala Tercera emitió el voto 2006-00330 de las 9:25 horas del 28 abril de 2006, en el cual señaló: *"Con tal fundamento, se desprenden dos situaciones a saber: 1.- Por un lado, la trascendencia de la audiencia preliminar para solventar los defectos de que pueda adolecer la acusación, siendo esta la etapa procesal en que se valora la procedencia de la misma, se faculta la inclusión o corrección de aspectos circunstanciales que no varían el cuadro fáctico resguardando evidentemente el derecho de defensa que acoge al imputado como se da en el presente caso. 2.- Y por otro lado permite evidenciar la mala interpretación del Tribunal al dictar un sobreseimiento definitivo, cuando lo que se está analizando en el voto citado por el Tribunal A quo, son los vicios que adolece una sentencia condenatoria, nunca un sobreseimiento definitivo, con lo cual se demuestra un análisis impropio de situaciones totalmente distintas a las del presente caso, por lo cual se declara con lugar el alegato presentado por la representante del Ministerio Público."* En este voto, sin embargo, la Sala pareciera indicar que lo permisible es incluir o corregir aspectos circunstanciales que no varían el cuadro fáctico de la acusación.

Posteriormente, en el año 2007, mediante el voto 2007-00427, de las 14:05 horas del 4 de mayo de 2007, indicó: *"A su vez, las partes ante el incumplimiento de requisitos de admisibilidad de sus gestiones, tienen el derecho de ser prevenidas de su subsanación como lo prevé el numeral 15 del Código Procesal Penal y las normas 291, 299 y 315 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en cuanto al trámite de la acción civil resarcitoria….; ii) el incumplimiento de requisitos en las gestiones de las partes, incluidas las civiles, debe ser prevenido por el juez de la causa, de conformidad con lo que dispone el artículo 15 supra citado."*

En el año 2008, la Sala Constitucional conociendo una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 15 CPP, emitió el Voto 2008-11622, en el cual estableció, lo siguiente: *"La norma (es nuestro: artículo 15 CPP) no establece nada en relación con la preclusión de las diferentes etapas del proceso, aspecto que de todas formas no colisiona con ningún derecho o principio constitucional. Lo que prevé es que se otorgue un plazo al interesado para que corrija el defecto. La preclusión tiene que ver con la posibilidad que tienen las partes de realizar determinados actos en ciertos momentos de desarrollo del proceso, lo cual corresponde establecerlo al legislador al diseñar el proceso…. 4) El hecho de que no se indique qué tipo de defectos son los que pueden sanearse, tampoco infringe ningún derecho fundamental, porque el juez deberá realizar la valoración en cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza del vicio –si es esencial o no- y considerando el agravio sufrido por la parte…5) La norma no hace diferenciación alguna en cuanto al tipo de proceso en que debe darse el saneamiento, por lo que, no es relevante que se trate de una querella pública o privada. Conforme se señaló, el derecho de acceso a la justicia es un derecho que corresponde a todas las partes en el proceso."*

Por su parte, la Sala Tercera en el voto número 2010-0185, de las 14:33 horas, del 10 de marzo de 2010, indicó:

"Indistintamente, de los errores que pudieran haber acaecido en etapas previas a la audiencia preliminar que consta a folios 141 a 148, resulta necesario señalar que entre las principales funciones de la etapa intermedia está, la de controlar los requisitos de legalidad y validez que debe tener la acusación, conforme se establece en los artículos 303, 317 inciso a), y 319 del Código Procesal Penal. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala al indicar que: "En efecto, el artículo 317 supracitado establece que dentro del plazo de cinco días otorgado a las partes luego de la formulación de la acusación, las mismas podrán "objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante por defectos formales o sustanciales". Si las partes pueden objetar defectos sustanciales en la Etapa Intermedia, es evidente que el juez penal puede pronunciarse respecto de esas objeciones, ya que tiene el deber, según el artículo 319, de resolver todas las cuestiones planteadas. Por otro lado no tendría sentido permitirle a las partes hacer objeciones sustanciales a la acusación pero prohibirle al juez pronunciarse sobre ellas. Aunado a lo anterior, es necesario recalcar que el tema del saneamiento procesal no está descrito exclusivamente en el artículo 15 del C.P.P., sino fundamentalmente en los artículos 177 a 179 del citado código. Esto significa que la limitación hecha por el artículo 15 en cuanto a que sólo se pueden corregir "defectos formales saneables" no se aplica a todos los actos procesales y a todos los saneamientos de defectos, sino únicamente a "gestiones, recursos o instancias de constitución" de los sujetos procesales, como expresamente lo indica el artículo. ***De lo anterior se puede concluir que negar la posibilidad de corregir defectos sustanciales en la acusación en la etapa intermedia implica hacer caso omiso no sólo del artículo 317 del CPP, sino de las***

facultades de saneamiento descritas en los artículos 177 a 179 del mismo cuerpo normativo…" *(Ver voto 984-2003, de las 10:20 horas, del 31 de octubre de 2003). Consecuentemente, se observa a folios 141 a 148, que tanto el Ministerio Público, así como el querellante, dispusieron realizar variaciones dentro del marco fáctico que se le venía atribuyendo a las endilgadas en el presente proceso penal, indistintamente, del destino que tuvo el procedimiento abreviado que había sido propuesto en una anterior audiencia preliminar…" (Nota: negrita suplida).*

En el voto No. 2011-0661, la Sala Tercera estableció, concretamente para la etapa de juicio, lo siguiente: "*En ese sentido, como se apunta correctamente en el fallo minoritario… para la parte querellante, rigen de manera absoluta las previsiones del numeral 15 citado… Para esta Sala se trataba simplemente de la posibilidad de sanear los defectos de la querella…De ese modo, la parte querellante podía haber incluido hechos vinculados con los ya descritos o podía haber corregido ciertas imprecisiones, y el Tribunal podía haber suspendido el debate para que los encartados prepararan de mejor manera su defensa. En nada se habría afectado el derecho de acusación de la parte querellante, ni tampoco el derecho de defensa, si en debate se hubiera dado oportunidad a la primera de sanear los defectos de su acusación y si se hubiera dado a los endilgados la oportunidad de prepararse, de declarar y de ofrecer prueba sobre los cambios de la acusación privada...*"

Correctamente la Sala Tercera pone en perspectiva en el voto recién citado los dos posibles derechos que pueden entrar en colisión: el derecho de acusación de la parte querellante y el derecho de defensa del imputado. Siempre que el derecho de defensa del imputado se garantice y con los límites que señalamos anteriormente, estimamos que es posible realizar

modificaciones durante la audiencia preliminar a la querella y a la acusación.

Valga aquí echar mano de un argumento adicional "*a fortiori*" o a mayor abundamiento. Una de las situaciones en que se argumenta de esta forma "*…tiene lugar cuando un caso no ha sido explícitamente previsto por una norma, pero las razones por las cuales se ha dictado la norma se aplican incluso con mayor intensidad al nuevo caso…*"[400]

El art. 347 CPP permite ampliar la acusación o la querella durante el juicio cuando el hecho nuevo que se incluye o la nueva circunstanciada, modifiquen la calificación legal o integren un delito continuado, debiendo la parte advertir la variación en la calificación legal. En relación con esos hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se le debe recibir nueva declaración al imputado y puede pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Si está permitido hacerle cambios a la acusación durante el juicio, con las limitaciones expuestas, con mayor razón debe ser posible realizarle cambios a la acusación durante la audiencia preliminar, que es un momento procesal anterior a ese y que constituye la etapa donde se definen de manera más amplia los contornos del objeto procesal, en otras palabras, de los hechos que serán objeto de juzgamiento en el juicio oral y público.

En relación con la acción civil, la situación no debería ser distinta a la comentada en relación con la querella. La Sala Tercera en el voto ya citado número 2007-00427, haciendo

[400] Atienza, p. 180.

alusión a la acción civil, señaló que el incumplimiento de requisitos en las gestiones de las partes, incluidas las civiles, debe ser prevenido por el juez de la causa. Igualmente, la misma Sala en un voto interesante, el número 2010-0185, de las 14:33 horas, del 10 de marzo de 2010, resolvió un caso en el cual, durante la etapa intermedia, la parte actora civil modificó las pretensiones, avalando la Sala tal proceder, al señalar que no existe inconveniente para modificar las pretensiones civiles en la etapa intermedia, *"…cuando se varíe el marco fáctico o se introduzca un nuevo elemento probatorio, siempre y cuando se pueda desprender la afectación al fundamento pecuniario en que se sustenta la demanda,…"*

La jurisprudencia de la Sala Tercera también ha acudido para resolver este interrogante a la aplicación supletoria del artículo 291 del Código Procesal Civil, Ley No. 7130 de 16 de agosto de 1989, que establece la figura de la demanda defectuosa.

V. Derecho comparado

i. En **Italia**, se prevé la audiencia preliminar en el artículo 416 del *Codice di Procedura Penale*. Es catalogada como uno de los institutos mayormente innovadores del Código vigente, y cumple fundamentalmente una función de garantía para el imputado. La connotación garantista de esa audiencia radica en ser una expresión natural del control demandado en esa fase, que consiste en la verificación del correcto ejercicio de la acción penal. En ese sentido, -al igual que en Costa Rica- se afirma comúnmente que la audiencia preliminar representa un filtro jurisdiccional en contra de las imputaciones

temerarias, para evitar con ello la celebración de debates inútiles además del resguardo a la economía procesal.[401]

Si la investigación preliminar realizada por el Fiscal (indagine preliminare, arts. 326 ss. del Código citado) no termina con el archivo de las actuaciones, el fiscal debe formular acusación ante el tribunal. Con esto se abre una fase contradictoria ante un órgano judicial unipersonal. Se debate en ella sobre los resultados de la investigación y tanto el acusador como el inculpado pueden solicitar la práctica de las diligencias que estimen convenientes para dilucidar si procede admitir la acusación, sin perjuicio de que el propio órgano judicial tome la iniciativa, quedando además facultado para examinar sin limitación alguna el material aportado y decidir sobre la apertura del juicio o sobre el sobreseimiento. La resolución que abre el juicio concreta la acusación en todos sus elementos (*el decreto que dispone il giudizio* del artículo 424 del CPP).[402]

ii. En **España**, se regula la audiencia preliminar en los artículos 30 a 35 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado (Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo). Su finalidad radica en determinar la procedencia o no de la apertura del juicio oral. La audiencia es oral, concentrada y contradictoria.

Sobre la misma se ha señalado que: "*La actividad del tribunal de la fase intermedia no se limita a completar o integrar la instrucción. Cabe también asignarle una función revisora consistente en la depuración de los vicios o irregularidades en que hayan podido incurrir las diligencias instructorias*."[403]

[401] Conso / Grevi, p.p. 1448-1149.

[402] Ormazábal, p. 5.

[403] Ormazábal, p. 20.

Sobre la función de filtro que debe cumplir esa audiencia, resulta relevante la opinión de Ormazábal quien señala que: "*…el enjuiciamiento sobre la concurrencia de indicios de criminalidad en la fase intermedia parte de un pronóstico sobre el desenlace probatorio en la eventual vista oral (Beweisbarkeitsprognose). O en otras palabras, que el tribunal debe llegar a la conclusión de que los medios probatorios reunidos por el fiscal durante la investigación preliminar son idóneos y previsiblemente suficientes para fundar una condena. Dichas idoneidad y suficiencia no radican exclusivamente en el grado de convicción que el medio probatorio concreto pueda generar en el juzgador. Antes de sopesar la virtualidad probatoria intrínseca de una prueba, es preciso determinar si la misma es, en absoluto, valorable o atendible; o contrariamente, incurre, por sí misma o por su ilícita obtención, en determinadas prohibiciones (Verwertbarketisverboten) que la hacen inhábil o insusceptible de ser tenida en cuenta para fundar un pronunciamiento de condena. El pronóstico probatorio al que se ha aludido debe recaer, pues, sobre ambos aspectos (valorabilidad o licitud y virtualidad probatoria intrínseca de dicho medio de prueba).*"[404]

La principal función que suele atribuírsele a la fase intermedia es, al igual que en Italia, decidir precisamente sobre el reconocimiento de la acción como derecho de acusar, de ejercitar la acción penal en el juicio oral y obtener una sentencia de fondo, lo que tiene lugar a través de un enjuiciamiento sobre la verosimilitud de las imputaciones dirigidas contra el inculpado.[405]

[404] Ormazábal, p. 21.

[405] Ormazábal, p. 25.

El auto de apertura a juicio cumple en ese sentido un papel muy importante al delimitar el hecho punible que será objeto del juicio y de la sentencia; y sobre el particular se ha señalado que una vez dictado ese auto, el hecho descrito en la acusación admitida a juicio, no podrá en adelante sufrir mutaciones esenciales y el pronunciamiento final deberá atenerse estrictamente a él.[406]

Ormazábal señala que cabe integrar el objeto del proceso incorporando nuevos hechos durante el juicio (que pueden determinar un grado de participación o ejecución diferente, circunstancias modificatorias de la responsabilidad, etc.), con tal de que no se altere sustancialmente el hecho deducido en las calificaciones provisionales.[407]

iii. Alemania.

Por su parte, la Ordenanza Procesal Penal alemana regula un procedimiento intermedio del §199 al §211. Kühne señala algo interesante y es que esas reglas establecen un procedimiento que por regla lleva a un debate público.[408] La verificación de que existe una sospecha suficiente contra el imputado tiene lugar desde el punto de vista jurídico y fáctico. Desde el primero debe analizarse si el hecho descrito en la acusación cumple las condiciones para la existencia del supuesto hecho punible. La verificación fáctica determina si con las posibilidades probatorias existentes es de esperar una condena con suficiente probabilidad. A esto pertenece también que el reproche de la acusación debe ser, por sí mismo, concluyente. Este juicio de probabilidad debe

[406] Ormazábal, p. 55.

[407] Ormazábal, p.p. 55-56, cita a pie de página 107

[408] Kühne, p. 320.

confrontarse con el principio *in dubio pro reo*, ya que esa sospecha suficiente debe negarse cuando con la situación probatoria dada, el Tribunal al final absolvería de acuerdo con este principio.[409]

La sospecha suficiente del tribunal basta, sin embargo, sólo para el tema fáctico. Sobre la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad del hecho reprochado debe estar el tribunal convencido.[410]

Para Roxin / Schünemann, el significado principal de la etapa intermedia recae en su función de control negativo, mediante el cual se discutirá ante un juez imparcial la admisibilidad y necesidad de una ulterior persecución penal.[411]

Para Löwe/ Rosenberg, el auto de apertura representa una etapa procesal decisiva tanto desde el punto de vista sistemático como funcional. Tiene un significado practico y político-jurídico al llevar a cabo una comprobación de la sospecha y su decisión de apertura implica un efecto de filtro.[412]

Según el §201 el Tribunal le comunica al imputado la acusación y este tiene el derecho de pedir se recabe prueba antes de que se tome la decisión sobre la apertura a juicio o si desea presentar objeciones en contra de la apertura a juicio. Esta prueba, sin embargo, se recaba únicamente cuando el Tribunal la estima necesaria.[413]

[409] Kühne, p. 321.
[410] Roxin/Schünemann, p. 334.
[411] Roxin / Schünemann, p. 332
[412] Löwe/ Rosenberg, p. 5
[413] Kühne, p. 323.

En el auto de apertura a juicio el Tribunal autoriza la acusación de la Fiscalía para el debate y señala el Tribunal ante el cual tendrá lugar el juicio. Esa decisión según el §210 no puede ser impugnada por el imputado según el párrafo I. Por lo tanto, esa decisión no requiere ninguna fundamentación según el §34 y se dicta, por regla, como una decisión de machote.[414]

Según el §34, deben fundamentarse únicamente aquellas decisiones que puedan ser impugnadas mediante un recurso o aquellas mediante las cuales se rechace una solicitud.

El auto de apertura no se puede apelar ni por parte del imputado ni por parte de la Fiscalía. Se estima que un atraso adicional no sería conveniente después de la larga etapa preparatoria e intermedia. Ambos sujetos tendrían suficiente oportunidad en el juicio de hacer valer sus puntos de vista. [415]

Kühne señala que parte de la doctrina exige que la decisión positiva de apertura debe ser verificable mediante un recurso de apertura.[416] Esto corregiría con seguridad la evidente ineficiencia del procedimiento intermedio. En igual sentido Rieß[417] ha propuesto exigir legalmente una decisión formal de apertura, cuando el imputado ha formulado reparos contra la apertura. Un problema que pesa aquí es el trabajo de rutina.[418]

La decisión de apertura puede apartarse de la acusación fiscal. Así puede, cuando se ha formulado acusación por varios

[414] Kühne, p. 323.

[415] Roxin/Schünemann, p. 336:

[416] Kühne, p. 323, con referencias de Heglemann, Das Zwischenverfahren im Strafprozess, 1991.

[417] Con cita de Kühne, p. 323.

[418] Kühne, p. 323.

hechos, negarse la apertura a juicio en relación con alguno de ellos. También puede disentir de la valoración jurídica que la Fiscalía le haya dado a los hechos. De esta forma, la acusación admitida en la forma de decisión de apertura describe válidamente el objeto del proceso.[419]

En la literatura alemana se discute sobre el valor de esta etapa. El principal argumento de sus opositores es que, en caso de una decisión positiva, el tribunal iría prejuiciado al juicio, debido a que el auto de apertura a juicio ya declaró al acusado como suficientemente sospechoso del hecho. Esto para Roxin/Schünemann no se puede negar, ya que el Tribunal se identifica de hecho, hasta cierto grado, con la acusación, cuando la razón del reproche ya se ha estimado como probable de previo al debate. De ahí algunos han derivado la necesidad o conveniencia de eliminar esta etapa procesal, por ejemplo, Eberhard Schmidt, criterio que no es compartido por Roxin/Schünemann, debido a que existe la posibilidad del rechazo de la apertura a juicio que siempre tendrá significado para el imputado y su importante función de control en interés de este. La solución que plantean, que es similar a la que siguió el CPP costarricense, es que no sea el mismo juez de la etapa intermedia el que integre el tribunal de juicio.[420]

Tal y como correctamente lo señala Kühne, al procedimiento intermedio le corresponde una función de control en interés del imputado. El solo hecho de verse acusado de un delito frente al público en un debate, constituye para el interesado

[419] Kühne, p. 324.

[420] Roxin/Schünemann, p. 332. Particularmente preocupante es que estudios empíricos han demostrado que la impresión de información proveniente del procedimiento de investigación es más fuerte que aquella del juicio y que ésta es más fácilmente superpuesta. Kühne, p. 327. Vid. Asimismo Kühne, p. 328.

una injerencia grave. El procedimiento intermedio debe, por lo tanto, con la intermediación de un juez independiente, garantizar que nadie solo por el hecho de una acusación de la Fiscalía debe obligársele a comparecer ante un Tribunal en juicio. Esta valoración jurisdiccional del trabajo de investigación de la Fiscalía tiene, sin embargo, en Alemania una alarmante cuota baja.[421]

Al panorama anterior no ha contribuido que la jurisprudencia alemana no se ha tomado muy en serio la función del procedimiento intermedio y la ha devaluado a una formalidad venial y fastidiosa.[422]

Sobre los defectos del auto de apertura señalan Roxin/Schünemann, que estos pueden corregirse en el juicio, de previo a la declaración del imputado, teniendo posibilidad el imputado de pedir la suspensión del juicio. Sin embargo, existe indefinición de cuándo nos encontramos frente a una decisión de apertura ineficaz o defectuosa.[423]

Asimismo, en la StPO alemana se ha entendido que la incorporación al proceso de hechos nuevos en fase de juicio oral es permitida, con tal de que ello no implique una mutación esencial del hecho justiciable delimitado en el escrito de acusación.[424]

iv. Código procesal modelo para Iberoamérica.

Por último, tenemos el Código de proceso penal modelo para Iberoamérica. Sobre este debemos señalar, en primer término,

[421] Kühne, p. 326.
[422] Kühne, p. 325.
[423] Roxin/Schünemann, p. 335
[424] Ormazábal, p. 56.

que constituyen básicamente normas orientadoras. Según Fairén Guillén ese Código se basa en una serie de principios y tiene sus fuentes, entre otras, en la StPO de la República Federal de Alemania, en el CPP italiano y en el Código Procesal de la Provincia de Córdoba.[425]

El artículo 272 del referido Código establece la posibilidad de que durante la etapa intermedia se recabe prueba, a diferencia del CPP costarricense que sólo por vía de excepción lo permite.

Otra diferencia importante respecto de nuestro Código es que el artículo 272 citado, prevé que la audiencia preliminar sea pública y en la misma audiencia debe recibirse la prueba correspondiente.

El artículo 273 del Código modelo citado, prevé la posibilidad de que una vez concluida la audiencia, el tribunal puede indicarle en forma detallada al Ministerio Público sobre la existencia de vicios formales en la acusación, lo que le comunicará para su respectiva corrección. Las resoluciones que podría dictar el juez una vez concluida la audiencia, serían las siguientes: el auto de apertura del juicio o, de lo contrario, el sobreseimiento, la clausura del procedimiento o el archivo.

El auto de apertura a juicio se encuentra regulado en el artículo 274. Según ese artículo, el tribunal debe incluir en esa resolución las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella, así como las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de

[425] Fairén Guillén, p. 98.

la acusación.[426] En esa norma, no se establece como requisito del auto de apertura a juicio, la inclusión de los fundamentos con base en los cuales se dicta la resolución, contrario a lo establecido en el artículo 279 que establece la forma y contenido de la sentencia de sobreseimiento, donde expresamente el inciso 3) incluye los fundamentos. Pensamos que la razón que justifica un trato diferente es que el sobreseimiento una vez firme, cierra irremediablemente el proceso y produce cosa juzgada, por el contrario, el auto de apertura a juicio, lo que dispone es su continuación y la valoración del mérito probatorio por un Tribunal distinto en la etapa plenaria.

No obstante, el artículo 142 del Código Modelo señala, lo siguiente: *"…Serán mencionadas autos las decisiones de los tribunales que resuelvan un incidente o artículo del procedimiento y todas aquellas para las cuales este Código exija que sean fundadas. A las decisiones dictadas sobre la pena, durante el procedimiento de ejecución, se las mencionará autos. Todas estas resoluciones serán fundadas*." Vemos entonces que se presenta la misma discusión que se ha generado respecto de nuestro CPP, ya que el artículo 274 no exige expresamente que la resolución mediante la cual se decide la apertura a juicio sea fundada, sin embargo, esa norma establece que eso debe resolverse mediante "auto", y el párrafo final del artículo 142 exige que toda resolución que constituya un auto sea fundada. La pregunta, sin embargo, radica en determinar qué grado de fundamentación requiere esa resolución, o, en otras palabras,

[426] Se establece como variante en esa norma, el siguiente requisito: "la mención del requerimiento objeto del juicio: la acusación del ministerio público, del querellante o ambas a la vez".

en qué forma se vería satisfecha esa exigencia de fundamentación en un auto de apertura a juicio.

VI. Conclusiones

Brevemente y en forma puntual podríamos concluir señalando lo siguiente:

Ni la audiencia preliminar ni la etapa intermedia deben eliminarse. La audiencia preliminar constituye una garantía básica para el imputado y para las demás partes, además de poder representar un filtro esencial, que bien utilizado, evitaría la realización de debates carentes de sentido y justificación.

Eliminar la etapa intermedia traería como consecuencia una mayor cantidad de juicios que, incluso terminarían en absolutorias, con una mayor saturación a la ya existente actualmente en los tribunales de juicio, lo cual provocaría, entre muchos aspectos, una seria lesión al principio constitucional de justicia pronta y cumplida.

Lo que debe hacerse es una reforma a la regulación actual de la audiencia preliminar, en cuanto a los siguientes extremos.

A. Implementar la exigencia de que la audiencia preliminar se constituya un medio de control de las acusaciones formuladas por el MP y el querellante.

B. Para cumplir ese objetivo, lo primero que debe hacerse es establecer normativamente el contenido mínimo de fundamentación que debe poseer el auto de apertura a juicio.

C. Debe preverse expresamente un recurso de apelación contra el auto de apertura a juicio. No se avanzaría mayormente, si exigimos a los jueces de la etapa intermedia fundamentar el auto de apertura a juicio, pero no establecemos un mecanismo de control jurisdiccional para verificar el cumplimiento de esa obligación. Con esto se eliminaría también la practica judicial vigente que, resulta violatoria del principio de igualdad, de admitir en algunos casos ese recurso, y en otros, no.

D. Debe implementarse una reforma mediante la cual se establezca que no es necesario, por ejemplo, leer el ofrecimiento de prueba, sino únicamente que las partes reiteren el ofrecimiento en la audiencia preliminar. Igualmente, debe preverse expresamente en el CPP que las partes deben exponer oralmente sus alegatos, salvo que se trate de asuntos complejos, en los cuales se permita la lectura parcial de los libelos.

VII. Bibliografía.

AAVV. Derecho procesal penal, 2da. Edición, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1995.

Amador Badilla, Gary. La Audiencia Preliminar en el Proceso Penal, 1ª. Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2015.

Atienza Rodríguez, Manuel. Curso de argumentación jurídica, 2da. Reimpresión, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2014.

Armenta Deu, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal, 2da. Edición, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004.

Clariá Olmedo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo V: La Actividad Procesal. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1960.

Conso, Giovanni / Grevi, Vittorio. Comentario Breve al Codice di Procedura Penale, Padova, Cedam, 2005.

Dirección de Planificación. Poder Judicial. https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion

Fairén Guillén, Víctor. Notas sobre el proyectado Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica, Comunicación a las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Mérida, España, mayo de 1990, P. 98.

Gatgens Erick. El principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, en: Derecho procesal penal costarricense, Tomo I, Segunda Edición actualizada, San José, Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2011.

González Álvarez, Daniel. El procedimiento intermedio, en: Derecho procesal penal costarricense, Tomo II, Primera Edición, San José, Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007.

Kühne, Hans-Heiner. Strafprozessrecht, 6a. Edición, Heidelberg, Editorial C.F. Müller, 2003.

Llobet, Javier. Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado), 6ª. Edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental – Editora Dominza, 2017.

Löwe/ Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, editado por Peter Rieß. 24ª. Edición, Tomo tercero, Berlin, Nueva York, Walter de Gruyter, 1987.

Maier, Julio B.J. Derecho procesal penal, Tomo III, parte general, actos procesales, 1ª. Edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

Ormazábal Sánchez, Guillermo. El período intermedio del proceso penal, Madrid, McGRaw-Hill, 1997.

Programa Estado de la Nación, 2004. Décimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. San José, Programa Estado de la Nación.

Roxin, Claus / Schünemann, Bernd. Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch. 28a. Edición, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2014.

Abreviaturas utilizadas:

APD: actividad procesal defectuosa

art.: artículo

Cpol.: Constitución Política

CPP: Código procesal penal

inc.: inciso

MP: Ministerio Púbico

ss.: siguientes

EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR CAUSALES PROBATORIAS: POR VIOLACIÓN DE NORMAS PROCESALES Y SUSTANTIVAS

Ricardo Zeledón Zeledón
Presidente Emérito,
Instituto Científico
de Derecho Procesal costarricense

1. El recurso de casación introducido en la jurisdicción contenciosa administrativa, con el Código Procesal Contencioso Administrativo, a partir del 2008, tiene una serie de particularidades específicas y concretas, en cuanto a la discusión de la valoración de las pruebas, como consecuencia de nuevas y diversas causales cuyo conocimiento pleno, así como su dominio de la técnica, aún no resulta suficientemente clara para los cultores del Derecho Procesal Científico y por ello requiere de una mayor profundización.

Basten dos constataciones: a) hasta con el nuevo sistema procesal la casación de la especialidad ha estado radicada siempre en sedes casacionales de Derecho privado; y, b) la nueva filosofía del proceso contencioso administrativo busca apartarse de los formalismos estériles, reduciéndolos, manteniendo siempre las exigencias técnicas de su Derecho Procesal, tal como ocurre también con el nuevo instituto de la casación.

La ***mise en scene*** de los principios de la oralidad implica a su vez adoptar un cambio profundo en la concepción de las pruebas y su valoración. Porque la oralidad tiene su propio método de pruebas, al concebirlo se presencia un mismo sistema orgánico representado por oralidad-pruebas, identificado dicho sistema por constituir las dos caras de la misma moneda, incomprensible intrínsecamente una cara sin la otra.

Por esa razón, debiendo cumplir con todos los requisitos propios de estos recursos se debe identificar el proceso y la sentencia combatida [427], el nuevo modelo ha pretendido ser

[427] Sentencia N° 001519-A-S1-2013 de la Sala Primera de Casación de las 10 horas 35 minutos del 7 de noviembre del 2013 indica: "**III.** Ahora bien, pese a la informalidad que propugna la legislación procesal contenciosa vigente para formular el recurso de casación, se articulan, como es lógico, una serie de requisitos mínimos e imprescindibles relativos al tiempo, lugar y forma. Se crean mediante ley, en tanto imprescindibles para este particular recurso extraordinario, ya que sin ellos no habría orden ni equilibrio procesal; empero, han de interpretarse de manera flexible y razonable, pues precisa recordar que los señalados en el artículo 139 del Código de referencia, son los únicos requisitos y formalidades previstos para el recurso de casación, según lo señala el inciso 5) de ese mismo precepto. De esta manera, en el apartado 1) de la norma recién citada, se establece que el recurso en mención deberá presentarse directamente ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Se modifica, en forma leve para el contencioso administrativo, el sistema hasta ahora vigente en la legislación procesal civil, dado que ahora la Sala no solo se pronuncia sobre la admisibilidad; de conformidad con el canon 142.1 del Código de la materia, lo pone en conocimiento de la parte contraria por el plazo de 10 días (notificándole por el medio que haya establecido, de acuerdo con la comunicación que le fue girada de previo por el órgano jurisdiccional de instancia). Se busca con esto la estandarización del régimen recursivo que presenta el Código, dado que por regla, sean ordinarios o extraordinarios, se presentan directamente ante el superior encargado de conocerlos. En otro orden de ideas, en el mismo acápite normativo, se establece el plazo para su interposición: 15 días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de notificadas todas las partes. Si se hubiere interpuesto adición o aclaración, el plazo indicado empezará a correr a partir del

menos rígido, o como algunos equivocadamente dicen menos formalista en vez de menos riguroso, porque la técnica siempre se impone [428] como es propio de su materialización ante la Sala.

día hábil siguiente de notificadas todas las partes de lo resuelto sobre ello. Superado el tiempo y lugar de presentación se enumeran, en el apartado 2), una serie de requisitos de "información" e "identificación" del recurrente y del proceso que, por su naturaleza ("datos", "información de trámite"), pueden ser subsanados en el plazo de tres días, a tenor de lo dispuesto en el numeral 141 del mismo cuerpo normativo. Así, deberá indicarse: a) el tipo de proceso; b) el nombre completo de las partes; c) la firma del recurrente o recurrentes autenticada por abogado; d) hora y fecha de la resolución recurrida; e) número de expediente en el cual fue dictada y f) medio para recibir notificaciones. Con ello se completa el listado simple de exigencias instrumentales o adjetivas del recurso. Sólo en el evento de que se incumpla la prevención dictada al efecto, se dispondrá el rechazo de plano y, por ende, el archivo del asunto, pero en ese caso, no sólo por la omisión misma, sino por la desatención a lo prevenido judicialmente".

[428] La Sentencia N° 001519-A-S1-2013 de la Sala Primera de Casación de las 10 horas 35 minutos del 7 de noviembre del 2013, también exceptúa los requisitos técnicos del recurso: "**IV.** A los anteriores requisitos se añade uno último de naturaleza material (artículo 139.3 ibídem), en tanto necesario para la admisibilidad y para la posterior valoración del recurso por el fondo. Se trata de la motivación del recurso, que por las características de la casación ha de ser clara y precisa.

Esto es propio del paso de la escritura hacia la oralidad. Porque en el primero estas obedecen a una fórmula de elementos probatorios de diferente valor, con predominio de las probanzas escritas sobre cualquier otra. En la oralidad aventaja un programa diferente donde, sin menoscabo de las pruebas escritas, son las orales sometidas al contradictorio delante del Tribunal de juicio las que superan o descollan a cualquier otra.

Porque en la oralidad se impone la inmediatez de la prueba evacuada frente a los jueces, por acción de las partes representadas por sus abogados. Esta acción supone una valoración más acertada para acercarse a la verdad, al contraponer los hechos expresados por los contendientes con las probanzas de ambas.

Los verdaderos dueños de las pruebas son los proponentes, los jueces intervienen en la correcta conducción de la forma de evacuarlas, y el resultado del valor de ellas es consecuencia del interrogatorio y el contrainterrogatorio.

En una experiencia pobre la oralidad se limitaría a la valoración de la prueba testimonial. La verdadera maestría de los jueces encargados de la evacuación probatoria consiste en la posibilidad de tolerar y permitir, más de cuanto pueda comprender el Juez Tramitador en la audiencia preliminar como útil y suficiente, todo elemento razonable para lograr el conocimiento, verificación, investigación, indagación del ***thema decidendi***.

La larga experiencia de los sistemas fundados en la oralidad convierten en orales todos los elementos probatorios posibles. El testimonio de la parte, excluyendo la confesional

en tanto producto del medievo y el antidemocrático principio inquisitivo, donde se expresan principalmente sus sentimientos, su verdad subjetiva del problema y su reclamo de equidad de los Tribunales. Y en la misma forma oraliza todo cuanto le resulte posible: el reconocimiento judicial, así como los informes de peritos, contadores, testigos expertos.

2. En un sistema casacional puro o clásico el fallo depende del análisis de la recta comprensión y aplicación del Derecho, descifrándolo, para desentrañar contradicciones o erróneas concepciones, impregnando en sus fallos, muy concentrados por cierto, la forma de definir, juzgar, analizar, ilustrar, la definición propia del contenido histórico de la Ley.

Porque la histórica fue concebida como el pináculo, la cima, de todo el sistema judicial, superior a todos los tribunales con diferentes formas de solución jurídica. Por ello está llamada a dirimir los diferendos entre tribunales y reconducir sus soluciones, vinculantes, para su correcta o adecuada caracterización.

Su fin fue la protección y consolidación del Derecho objetivo, ***ius costitutionis***, de su aplicación directa. Si la sentencia permitía beneficiar al recurrente, se comprendía que aquello ocurría en forma indirecta pues nunca fue concebida como instrumento para la tutela del ***ius litigatorum***.

La casación pura o clásica, al igual como se fundó hace más de 200 años antes de la Revolución Francesa, en la época monárquica, fue concebida para el control de los jueces. La Monarquía quería controlar todo tipo de aplicación o interpretación jurídica diferente a sus mandatos legales.

Igual, y con los mismos propósitos, se mantuvo en el período revolucionario, para evitar a los jueces revelarse contra el nuevo sistema jurídico.

En uno y otro momento histórico, frente al temor de interpretaciones diferentes de la Ley, sea el derecho monárquico como el derecho revolucionario francés, siempre pretendieron el control de los jueces, y por ello los limitaron al pobre rol de ser ***la bouche de la loi*** para que no se levantaran contra el Derecho vigente (en el primer caso producido por la Monarquía y en el segundo el control sobre el producto más auténtico de creación del Pueblo por medio del Parlamento).

Este pensamiento excluyó completamente cualquier tipo de infracción indirecta, o por violación de las normas referidas a las pruebas, por la nítida distinción entre los Tribunales de Apelación y el Tribunal de Casación.

La apelación es el recurso, en la conceptualización de la época, otorgado a las partes para ir a discutir, sin exclusión de los yerros cometidos contra la normativa aplicable, muy especialmente el juicio, la opinión, las conjeturas, el criterio del ***a quo*** sobre las pruebas.

Y el razonamiento para permitir este tipo de análisis temporalmente es muy lógico porque el sistema procesal imperante era el escrito. Y en tales circunstancias se debía garantizar a las partes otra instancia para poder someter a otra valoración los problemas sometidos a jueces de un nivel inferior dentro de la organización de tribunales.

3. El recurso de casación en el contencioso administrativo para un sistema oral, la sentencia surge como consecuencia de

dos grandes audiencias vinculadas a la prueba: la **preliminar** para el saneamiento y admisión probatoria y la **complementaria** donde se evacúan en el juicio oral.

Por ello el recurso de análisis necesariamente debía ser diferente al de la escritura con pronunciamientos judiciales en dos instancias. Por ello resulta útil continuar subrayando similitudes y diferencias para una mejor comprensión de los problemas probatorios en la nueva modalidad.

De tal planteamiento se desprende la obligación de identificar la relación técnico normativa [429], y rebatirla en forma ordenada, sistemática, clara y precisa, con indicación de los hechos o las normas de forma evidente y manifiesta.

Como todos los elementos probatorios, orales y escritos, se convierten en la columna vertebral de la sentencia, a través de hechos probados y no probados para responder, luego de un profundo análisis jurídico y de fondo, a las pretensiones y excepciones esgrimidas, la estructuración del fallo y sus fundamentos pueden someterse a un posterior análisis y pronunciamiento de casación, a condición de ser admitido.

[429] La Sentencia N° 001519-A-S1-2013 de las 10 horas 35 minutos del 7 de noviembre declara "IV. (…) La fundamentación es, por tanto, ajena al despliegue confuso de normas y alegatos; a la mezcla de argumentos ininteligibles o a la simple exposición de opiniones sobre la procedencia o justicia del caso; o bien, al recuento de los desaciertos que se consideran cometidos en la sentencia recurrida sin respaldo en normas o criterios jurídicos. De allí que, si el recurso omite por completo esa relación técnico-normativa a la que se ha hecho referencia o la que realiza resulta impertinente o desvinculada al caso de manera manifiesta y evidente, habrá que entender que carece de "total fundamentación jurídica", y por tanto, incumple el necesario requisito establecido en el numeral 139.3, que se sanciona con el rechazo de plano, a tenor de lo dispuesto en el artículo 140 inciso c), ambos del mismo Código de referencia".

El objeto de estas breves reflexiones se orientan muy particularmente a un acercamiento más preciso del significado exacto de las causales de casación en el contencioso administrativo.

Entonces continuemos con diferencias salientes susceptibles de una mejor comprensión, más tarde, de la dimensión del nuevo recurso.

Se ha dicho como en el proceso escrito el combate probatorio solo tiene cabida dentro de la casación por razones de fondo. Donde se consagra la violación indirecta de las normas de fondo. Esto exige la correcta identificación de errores de hecho e infracción de las normas de las pruebas y a su vez con violación directa del ordenamiento.

En el contencioso (¿cómo error o por sabiduría?) se prevén causales por violación a normas procesales (Artículo 137, b, c y d) así como a normas sustantivas (Artículo 138, a y b). Esta bifurcación de causales ha obligado a la Sala a elaborar una más correcta determinación de sus diferentes significados e impacto en los fallos, sobre lo que se profundizará seguidamente.

4. El recurso del contencioso administrativo ofrece un panorama muy amplio en la incorporación de causales probatorias, cuyo análisis va a requerir de un estudio más profundo porque a primera vista parecen sencillas para el acometimiento contra un pronunciamiento judicial. Y entre más comprensible resulte plantear el ataque, el choque, la oposición, contradicción con los argumentos probatorios del Tribunal, indudablemente comprende elementos procesales maduros y ampliamente conocidos por la doctrina.

En este recurso se deja aparte al vencedor. Toda la energía y el pensamiento profundo va contra la condena y su sanción. Contradecirla y combatir todos sus fundamentos, fácticos y jurídicos, es la forma técnica de otorgarle competencia a la Sala para lograr un pronunciamiento. Si no se disputan los pronunciamientos del fallo, con claridad y precisión, equivale a una falta grave del intento por cambiar, modificar, o anular el pronunciamiento perjudicial. El error del recurso, por falta de disputa, puede encontrar dos momentos de rechazo: de entrada la admisibilidad, para evitar el rechazo de plano de la articulación; y, seguidamente, en el pronunciamiento final de la Cámara.

Antes de los análisis técnicos siguientes, aunque parezca obvio o superfluo salvar el punto, el litigante representante de la parte humillada con el resultado del debate en la teoría del caso, la evacuación de sus pruebas y el contrainterrogatorio de las del contrincante, vencido hasta en la desatención a sus conclusiones y ruegos para obtener un juicio favorable, deben reconocer el repetido precepto de su astucia para blandir como bandera de lucha la exigencia o condición de llevar la razón.

Esto significa lograr, con un adecuado razonamiento, la enunciación de fórmulas inteligentes para convencer de los criterios, motivos, causas de ese convencimiento íntimo de merecer un pronunciamiento favorable. Esto implica una actuación con rectitud para expresar con un método jurídico depurado, en el ámbito formal y sustancial, la justificación para quebrar en su columna vertebral, debidamente identificada, el equívoco del Tribunal para apoyar la hipótesis de la contraria quien solo enarbolaba un sofisma.

Una pretensión del reconocimiento de la verdad es a su vez el consecuente reclamo de justicia.

Solo se alcanzaría con un correcto método en la identificación de las causales para el Recurso de Casación, esto es el uso adecuado de una táctica, un criterio de análisis de lo planteado, cuyo fin consiste en concebir o coincidir con la ***mentis iuris*** de Magistrados y del aula deliberatoria.

Dentro del ***iter*** del proceso de casación el primer obstáculo está en el mismo ingreso para su conocimiento: en la apertura de la puerta recursiva conformada por la admisibilidad. El segundo, desde luego, el correcto método planificado para inducir al Colegio al estudio de los motivos elaborados como reproches para el nuevo pronunciamiento judicial. El fin último para el justo ejercicio del ***ius litigatorum***, como estilo para mostrar la complejidad del instituto procesal, consiste en el arte, la ciencia, la pericia, de convencerle con todos los argumentos posibles a la sala magisterial para alcanzar un pronunciamiento de la quiebra de los fundamentos esgrimidos por el Tribunal, para una casación útil que anule y case, sea reenviando el proceso a su sede de origen si se vence por violación de las normas procesales, o se logre un pronunciamiento nuevo si lo declarado es la violación de normas sustantivas.

La experiencia aconseja tener presentes las particularidades y características propias de la Casación. Su técnica, mentalidad, lenguaje, filosofía, utilizado en los altos Tribunales de la cúspide judicial.

Sobre todo, como se verá en el contencioso administrativo, cuando se abarcan nuevas áreas del proceso,

se conocen nuevas causales, la atención debe refinarse si parecieren más sencillas, desprovistas de formalismos, porque en casación por más comprensibles que resulten muchas causales, en la lectura del Código, detrás suyo desfilan un conjunto de conceptos e ideas que rebasan el texto procesal.

Por ello las piedras del regreso de los senderos casacionistas se encuentran pobladas de víctimas innecesarias. De justiciables y no de sus abogados. Por gestiones mal formuladas con la técnica jurídica incorrecta.

Cuando se menosprecia el método, la tecnología del recurso, es cuanto más pueden resultar previsibles los planteamientos destinados al fracaso.

Porque en Casación no se revisan casos, se juzgan sentencias. Y mal argumentan, frente a los deslices de ***mala praxis*** o quienes imprecan reclamos de falta de justicia, el pretenderla como otra instancia de apelación o equidad.

El de casación contencioso administrativo para algunos es un ejercicio sencillo y hasta grato. Por el contrario, siempre es un recurso técnico, cuya simplicidad y las menciones legales de donde se engarza engañan a los juristas. Porque en todos los casos debe combatir con claridad y precisión los fundamentos del fallo recurrido [430] con el conocimiento y método de la casación en general.

[430] En la sentencia N° 1380 de la Sala Primera, de las 9 horas 5 minutos del 17 de octubre del 2013, en un contencioso administrativo se precisa "**XI.-** El planteamiento del cargo en estudio es confuso y hasta contradictorio en sí mismo, lo que afecta el deber de claridad y precisión que, como se explicó en el considerando VII, exigen los artículos 596 y 597 del CPC. En efecto, se alegan, indistintamente, violaciones directas e indirectas de la ley; como también errores

Porque como en todas las premisas del Derecho procesal, su formulación requiere también del dominio del género Casación civil, de su origen y cimientos [431], y de la práctica para ascender hasta tan alto Altar.

El nuevo sistema procesal le da más poderes a la Sala para declarar el rechazo de plano (Artículo 140 del CPCA) del recurso según subraya la jurisprudencia [432], pues en casos

de hecho y de derecho. Todo ello en un mismo discurso que no permite distinguir cuándo se está ante una situación de agravio y cuándo frente a reproches del otro tipo, incluso, siendo excluyentes entre sí. Es deber del casacionista detallar las diferentes modalidades de censuras, en orden a los defectos que, a su juicio, presentan las diversas consideraciones fácticas o jurídicas que conforman el fallo cuestionado. No procede que la Sala tenga que interpretar, según las particularidades de esa sentencia, qué fue lo que en realidad pretendió indicar el recurrente, como tampoco tomar algunas consideraciones expuestas en ciertos apartados de la impugnación y ligarlas con otras, para así dar forma puntual y precisa a la inconformidad, de modo que pueda cumplir con los presupuestos que regulan ese recurso, pues este debe bastarse a sí mismo en toda su extensión. Nótese, se mencionan diversas pruebas que parece constituyen la base del reproche en examen; sin embargo, no se sabe a ciencia cierta si los yerros obedecen a defectos de hecho, de derecho o, incluso, si se alegan unos respecto a ciertas probanzas y otros referidos a las restantes. Además, no se especifica cada situación denunciada, ni se detalla respecto a cuál elemento en particular se refiere u objeta en su apreciación, tampoco se concreta cuál yerro conduce a determinada infracción normativa. Incluso, a un propio tiempo se aduce la comisión de un error de hecho, que según el artículo 595, inciso 3, del CPC no requiere de la cita de los preceptos concernientes al valor probatorio, pero de inmediato se afirma que se conculcaron normas referentes a la valoración de la prueba, lo cual patentiza la confusión en el planteamiento".

[431] Para todo véase la importante obra: **Vescovi, Enrique,** ***La casación civil*** (Montevideo, Ediciones Idea, 1979) hoy publicado con el nombre ***El recurso de Casación*** (Montevideo, Ediciones Idea, 2° ed., 1996) en el cual se analiza ésta con la normativa del Código General del Proceso, legislación comparada desde Francia y otros países europeos y latinoamericanos así como con jurisprudencia.

[432] Tal criterio se ha expresado en la sentencia N° 1068-A-S1-2012 de las 12 horas 50 minutos del 24 de agosto donde se establecen las siguientes máximas: **"I.-** De

evidentes de la declaratoria sin lugar de la articulación es posible evitar la innecesaria confrontación y la pérdida de tiempo para la Sala y las partes, cumpliendo con aquel principio de otorgarles más valor a las sentencias judiciales.

Dentro del nuevo modelo, lo que se califica como una extraordinaria novedad, al recurso se le exime de una serie de obligaciones muy atinentes para calificarlo como más accesible para poder llegar a la Sala[433].

previo al conocimiento de los agravios planteados por el recurrente, y para una mejor comprensión de lo que se resolverá, debe tenerse en cuenta que la nueva legislación procesal contenciosa prevé en su numeral 140, la posibilidad de rechazar de plano el recurso de casación cuando: *"a) Del escrito quede claro que la resolución recurrida no puede ser objeto de casación, b) Se haya presentado extemporáneamente, c) Carezca de total fundamentación jurídica o, teniéndola, la Sala o el Tribunal de Casación deduzcan con claridad, la improcedencia del recurso, ya sea por razones procesales o de fondo"*. En este último supuesto, el legislador propuso una alternativa que en materia contencioso administrativa resulta innovadora y expedita, de modo que, en aras de resolver en forma pronta y cumplida los procesos judiciales, permite a quienes conocen este recurso extraordinario, determinar desde el inicio, si en realidad el planteamiento esa todas luces improcedente, pese al cumplimiento de cuestiones estrictamente formales, tales como la presentación dentro del plazo y el respeto de la técnica misma de la casación conforme al canon 139 del Código de cita. Lo anterior en virtud de que, a nada conduce postergar la resolución de un recurso de esta naturaleza, si de su contenido se de duce con absoluta claridad que el reproche planteado será desestimado".

[433] La Sentencia N° 001519-A-S1-2013 de las 10 horas 35 minutos del 7 de noviembre explica "IV. (…) "Por su parte, es necesario aclarar que de la fundamentación jurídica se exonera, por expreso mandato legal, la indicación de aquellos cánones relativos al valor del elemento o elementos probatorios mal apreciados. De igual forma, resulta innecesario citar las normas que equivocadamente utilizó y mencionó el órgano jurisdiccional de instancia para emitir y razonar su decisión; porque constan en el mismo pronunciamiento recurrido. Y desde luego, no es indispensable citar los preceptos que establecen los requisitos, plazos y reglas básicas para la admisión del recurso. Antes que la cita de estas últimas, lo imprescindible es que se cumplan, que se pongan en

Además el CPCA, en forma expresa, excluye muchos aspectos por innecesario a) indicar las normas relativas al valor de las pruebas mal apreciadas, b) citar las normas que equivocadamente utilizó y mencionó el órgano jurisdiccional de instancia para emitir y razonar su decisión, porque constan en el mismo pronunciamiento recurrido, y, c) los preceptos que establecen los requisitos, plazos y reglas básicas para la admisión del recurso.

5. La casación por infracción probatoria del contencioso administrativo presenta su mayor novedad en las causales propias de la oralidad calificadas como violación a normas procesales.

Lo sorprendente es que en el Código Procesal contencioso administrativo también se encuentran las de la escritura consagradas en el Código Procesal Civil, es decir persisten la referida a errores de hecho y derecho en la

práctica al momento de elaborar e interponer la casación. Así las cosas, la fundamentación dispuesta por ley puede entenderse, grosso modo, como aquella argumentación técnico-jurídica en la que se mencionan una serie de artículos, o reglas jurídicas entrelazadas o concatenadas entre sí y vinculadas razonablemente en una doble perspectiva: con los argumentos del recurso y con la sentencia que se ataca. En la medida en que se cite un conjunto de normas jurídicas (o si es del caso, una sola de ellas) atinente y vinculada de manera clara con la sentencia combatida (ya sea en el sustento de hecho o derecho) y los argumentos del recurso, hay fundamentación jurídica. Los agregados jurisprudenciales o las eventuales citas doctrinales, reforzarán en ocasiones las alegaciones efectuadas pero, por lo general, no hacen a su esencia. Como lo ha dicho ya esta Sala, interpretando el artículo 139 de referencia, "*se requiere que el recurso cuente con una fundamentación jurídica mínima* [...] *deben explicarse las razones en las cuales sustenta su gestión, combatiendo los argumentos de derecho de la sentencia recurrida y consignando, al menos, alguna referencia normativa que le dé sustento*" (Resolución n.° 318-A-2008, de las 14 horas 25 minutos del 8 de mayo del 2008)".

valoración de la prueba o más técnicamente las causales por violación indirecta y las clásicas de violación directa de las normas de fondo del procesal civil.

Como acontece siempre con las nuevas normas procesales referidas a la Casación, la Sala comienza un importante proceso, de un tiempo de ajustes, del debate interno para la delimitación de sus conceptos, establecer sus alcances y límites, e incluso para cumplir con la misión didáctica de difunsión conceptual.

Este fenómeno en algunas oportunidades se decanta a través de algunos pronunciamientos esclarecedores pero, por lo general, es en la discusión o hasta en la polémica, cuando se alcanza la maduración de las ideas. Por ello los pronunciamientos fundamentales serán, quizá pocos, pero se convierten en doctrina jurisprudencial hasta alcanzar un momento pacífico caracterizado por la reiteración. En esa forma, como es propio de la jurisprudencia, solo alcanzarán ese rango los primeros fallos repetidos, reproducidos, reiterados con posterioridad, como Cultura creadora de una fuente jurídica.

6. Las nuevas causales del Recurso de Casación en el Código Procesal Contencioso Administrativo, con anotaciones de sentencias de la Sala [434], donde se han venido

[434] Solo se citarán fallos provenientes de la Sala y no del Tribunal de Casación contencioso administrativo, para la mejor identificación de la doctrina de comentario. El conocedor del descubrimiento de la jurisprudencia debe saber que si todos los sistemas las clasifican en orden cronológico inverso, de las más recientes a las más antiguas, hay dos principios: 1) las más importantes generalmente son las de los primeros años, desde la entrada en vigencia del Código en el 2008, pero su valor lo dan las más recientes por reiterarlas.

expresado conceptos atinentes a ellas permiten un primer acercamiento panorámico.

Referidas a las infracciones de la prueba, las causales por violación de las normas sustantivas del 138[435] son en buena técnica las mismas, no difieren conceptualmente, de las provenientes del Código Procesal Civil de 1990. No se trata de una copia literal de aquellas pero si expresan su enorme similitud de significado. En su literalidad expresa su procedencia:

> **a) Cuando se atribuya a la prueba una indebida valoración o se haya preterido.**
>
> **b) Cuando se tengan por demostrados o indemostrados hechos en contradicción con la prueba que consta en el proceso.**

[435] De la Sala Primera de la Corte se han producido las sentencias siguientes, por años y en reversa. **Año 2017** las números: 1075 del 6 de septiembre, 234 del 9 de marzo, 241 del 9 de marzo, 84 del 26 de enero y 27 del 11 de enero. **Del 2016** N°: 1322 del 7 de diciembre y 37 del 5 de febrero. **Del 2014** N°: 1627 del 20 de noviembre, 1411 del 30 de octubre, 1360 del 23 de octubre, 572 del 30 de abril y 248 del 13 de febrero. **Del 2013** N°: 1519 del 7 de noviembre, 1401 del 17 de octubre, 1356 del 9 de octubre, 1361 del 9 de octubre, 1101 del 1 de agosto, 466 del 10 de abril, 391 del 3 de abril, 204 de 14 de febrero, y la 143 del 5 de febrero. **Del 2012** N°: 1491del 14 de noviembre y 1051 del 24 de agosto. **Del 2010** N°: 687 del 9 de junio, 398 del 25 de marzo y 88 del 14 de enero. **Del 2009** N°: 1236 del 3 de diciembre 1167 del 12 de noviembre, 1049 del 8 de octubre, 701 del 9 de julio, 498 del 21 de mayo, 397 del 23 de abril, 277 del 19 de marzo, 189 del 26 de febrero, 184 del 23 de febrero, 141 del 12 de febrero, 85 del 29 de enero, 93 del 29 de enero, y 96 del 29 de enero. **Del 2008** N°: 833 del 18 de diciembre, 819 del 4 de diciembre, 744 del 7 de noviembre, 713 del 31 de octubre y 733 del 31 de octubre.

Las causales por violación a las normas procesales del 137[436] procederán por:

b) Indefensión de la parte, que no le sea imputable, cuando se le afectos los derechos de defensa y del debido proceso.

c) Falta de determinación clara y precisa en la sentencia, de los hechos acreditados por el Tribunal o por haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos ilegalmente al proceso.

d) Falta de motivación.

[436] De la Sala Primera referidas al Artículo 137 se encuentran **del 2017** las números 1075 del 6 de septiembre, 278 del 16 de marzo, 232 del 9de marzo, 241 del 9 de marzo, 76 del 26 de enero, 84 del 26 de enero y 27 del 11 de enero. **2016** las números 1322 del 7 de diciembre, 1278 del 2 de diciembre, 980 del 22 de septiembre, 811 del 4 de agosto, 667 del 23 de junio y 37 del 5 de febrero. **Año 2015** las números 1183del 8 de octubre, del 6 de agosto, 549 del 21 de mayo y 540 del 14 de mayo. **Del 2014** números 1627del 11 de diciembre, 1411 del 30 de octubre, 1360 del 23 de octubre, 326 del 13 de marzo, 281 del 6 de marzo, 293 del 6 de marzo y 248 del 13 de febrero. **2013** las números 1600 del 28 de noviembre, 1579 del 18 de noviembre, 1579 del 18 de noviembre, 1518 el 7 de noviembre, 1519 del 7 de noviembre, 1401 del 17 de octubre, 1356 del 9de octubre, 1101del 21de agosto, 955 del 1 de agosto, 858 del 11 de julio, 817 del 25 de junio, 54 del 19 de junio, 46 del 10 de abril, 391 del 3 de abril, 204 del 14 de febrero y 10 del 17 de enero. **Del 2012** números 1491del 14 de noviembre y 1051 del 24 de agosto. **Del 2011** N°: 1469 del 30 de noviembre, y 1469del 30 de noviembre. **Del 2010** las números 1114 del 23 de septiembre, 1037 del 2 de septiembre, 993 del 26 de agosto, 934 del 5 de agosto, 889 del 27 de julio, 687 del 9 de junio, 509del 30 de abril, 398 del 25 de marzo, y 92 del 14 de enero. **2009** las números 1236 del 3 de diciembre, 1167 del 12 de noviembre, 799 del 3 de agosto, 701 del 9 de julio, 498 del 21 de mayo, 277 del 19 de marzo, 189 del 26 de febrero, 184 del 23 de febrero, 141 del 12 de febrero, 85del 29 de enero, 93del 29 de enero, 96 del 29 de enero, 97 del 29 de enero y 10 del 15 de diciembre. **Del 2008** las números 833 del 18 de diciembre, 819 del 4 de diciembre, 744 del 7 de noviembre, 713 del 31 de octubre y 733 del 31 de octubre.

Dentro de este conjunto de motivos casacionales, con conceptos novedosos para el Derecho Procesal Contencioso Administrativo y en general para el medio, son previsibles traspiés de los cultores de la disciplina confundiendo entre unas y otras. Esto lo reconoce la jurisprudencia cuando ha dicho que la "labor intelectiva desarrollada por los juzgadores en relación con los hechos del caso es pasible de ser revisada desde distintas ópticas en sede casacional, las cuales, además, no deben ser confundidas"[437] , en tal sentido constituye una verdadera advertencia, pues si ello es así la única con competencia para indicar si hubo una equivocación al calificarlas es la Sala, sobre todo porque unas y otras conducen a efectos distintos y responden a finalidades diversas.

Seguidamente se analizarán todos los motivos de casación, es decir su procedencia conforme a las causales establecidas.

7. El CPCA desarrolla en forma holgada el alargamiento de las sanciones por las infracciones de la prueba.

Conviene iniciar, aunque sea con una suerte de expresión muy sintética, por la mención de las causales por violación a las normas sustanciales de los incisos a) y b) del Artículo 138.

Como causas, motivos o circunstancias para la infracción a las pruebas se prevé cuando (a) **se les atribuya una indebida valoración,** (b) **se hubieren preterido**, o bien (c)

[437] Esta expresión corresponde a la sentencia N° 396-F-S1-2012 de las 8 horas 55 minutos del 22 de marzo.

cuando existan hechos demostrados o indemostrados en contradicción con la prueba constante en el proceso.

Siendo un tema casacional, a primera vista el parecido de los elementos racionales contenidos en las normas sustantivas reseñadas por el numeral 178 del CPCA serían las mismas, o no difieren conceptualmente, de la génesis o fundamento proveniente del Código Procesal Civil de 1990. No se trata de un calco o reproducción de aquellas pero gozan de una extraordinaria similitud de significado.

Pero si hay disparidades o discrepancias respecto a las violaciones indirectas. Esa desemejanza conviene subrayarla para dejar patente algunas ventajas ofrecidas por el nuevo sistema.

A) Inicialmente hay dos diferendos o discrepancias en el contencioso administrativo. En el nuevo recurso de casación, menos formal respecto del general (a) **no obligan al recurrente a la identificación de errores de hecho o derecho en la valoración de la prueba.** Y, la otra (b), **tampoco se obliga para la violación indirecta la identificación de las pruebas erróneamente valoradas, la mención de las normas probatoria infringidas por aplicación indebida, ni tampoco la expresa mención de la prueba prevaleciente con las normas probatorias para aplicarla correcta**.

B) Además el CPCA, en forma expresa, excluye muchos aspectos por innecesario a) **indicar las normas relativas al valor de las pruebas mal apreciadas**, b) **citar las normas que equivocadamente utilizó y mencionó el órgano jurisdiccional de instancia para emitir y razonar su decisión, porque constan en el mismo pronunciamiento recurrido**, y,

c) **los preceptos que establecen los requisitos, plazos y reglas básicas para la admisión del recurso**

Estas hipótesis se pueden plantear en el ámbito reflexivo, o meramente en el texto normativo, pero los verdaderos alcances, o la realidad de ellas debe gozar del beneplácito del Alto Tribunal.

Hay distinciones respecto del combate contra los hechos probados y no probados de la sentencia del sistema escrito donde solo se puede argumentar para destruir el cuadro fáctico del ***ad queen*** en el ámbito de la violación indirecta de las normas.

Porque, en el civil escrito, también se prevé la violación indirecta por infracción de las normas sobre las pruebas (cuya mención y acuse legal es indispensable), sea por la identificación y debida calificación de errores de hecho y derecho en la valoración de los fundamentos probatorios, con su férreo combate por las consecuencias directas en la violación del ordenamiento, indispensable para ser acogido por el Tribunal de Casacón.

En todo recurso de casación el combate sistemático y técnico a los fundamentos del fallo recurrido debe ser férreo, jamás tímido o erróneamente obsequioso, reverente, afable, mesurado porque en el contraste radica la motivación del recurso [438], consiste en combatir con claridad y precisión los

[438] La Sentencia N° 001519-A-S1-2013 de la Sala Primera de Casación de las 10 horas 35 minutos del 7 de noviembre del 2013 profundiza en la **motivación del recurso, como requisito para cumplir con el Artículo 139.3 del CPCA**, al expresar "En este sentido debe contener, tal como lo dispone el precepto de comentario, la fundamentación fáctica y jurídica del caso. Fáctica, en la medida en que se muestre inconforme con los hechos que se han tenido por demostrados

fundamentos, fácticos y jurídicos, del pronunciamiento del tribunal.

La motivación es tanto fáctica, si existe disconformidad con el cuadro de los hechos probados y no probados, debiendo criticar la ponderación de las probanzas, y jurídica cuando genéricamente se invoca violación de la ley, pero más concretamente sería la aplicación omisa, errónea, indebida, y su contrapuesta la falta de aplicación, de todas las fuentes del Derecho.

Además el CPCA, en forma expresa, como se ha dicho, excluye muchos aspectos por innecesario a) indicar las normas relativas al valor de las pruebas mal apreciadas, b) citar las normas que equivocadamente utilizó y mencionó el órgano jurisdiccional de instancia para emitir y razonar su decisión, porque constan en el mismo pronunciamiento recurrido, y, c) los preceptos que establecen los requisitos, plazos y reglas básicas para la admisión del recurso.

8. La casación por infracción probatoria del contencioso administrativo presenta su mayor novedad en las causales propias de la oralidad calificadas como violación a normas

---

o por improbados (lo cual lleva a la ponderación de las probanzas) o con los las circunstancias acaecidas en la violación de normas procesales; y jurídica, cuando se trata de un problema que se expone acerca de la aplicación, omisión o indebida interpretación de cualquier norma que integre el bloque de juridicidad, incluidos, por supuesto, los principios de rango constitucional o aquella que también opera por efecto reflejo o indirecto, después de que se modifican los hechos de la sentencia impugnada. Tanto en la infracción procesal, como en la probatoria, pueden concurrir, junto con las razones jurídicas (siempre necesarias), las de carácter fáctico, y en ese sentido, los fundamentos de referencia deberán ser dirigidos en ambas vertientes, so pena de inadmisibilidad".

procesales. Lo sorprendente es como en el Código Procesal contencioso administrativo también se encuentran las de la escritura consagradas en el Código Procesal Civil.

En ambos casos, aunque es clara la filosofía de la casación del contencioso de introducirle simplificaciones procesales, ello no excluye cumplir con la ***mentis iuris*** de la casación histórica[439], es decir aceptar la sede donde se va a plantear el

[439] La sentencia N° 1256-A-S1-2016 de las 15 horas 13 minutos del 2 de diciembre del 2016 establece: **III.** En lo que tiene que ver con la admisibilidad de los cargos, esta Cámara ha sido enfática en que el recurrente debe cumplir con una debida técnica casacional al momento de exponer sus argumentaciones; ello al amparo de lo que postula el artículo 139 inciso 3) del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA). **Debe explicar con claridad y precisión** en qué consiste el agravio, si hubo quebranto directo de ley, es preciso que exprese no sólo cual norma se vio indebidamente interpretada o inaplicada, sino que debe **combatirse jurídicamente la sentencia**. Al igual que en el caso anterior, si lo que se acusa son vicios indirectos -tal cual sucede en la especie- el casacionista debe citar la norma de fondo que fue transgredida con la decisión que se impugna, puntualizar cuál fue la incorrección cometida por el Tribunal y la trascendencia de ese yerro en el dispositivo del fallo. En el recurso planteado por don Miguel Gerardo, si bien es cierto se hace mención de los elementos probatorios que según su criterio están mal apreciados, se omite la cita de la norma de fondo conculcada con el correspondiente combate de los sustentos ofrecidos por el Tribunal. El inciso 3) del artículo 139 ibídem establece que el recurso deberá contener la fundamentación jurídica y fáctica pertinente. Esta cámara, en la sentencia no. 356-A-S1-2010 de las 15 horas 18 minutos del 11 de marzo de 2010 señaló, en cuanto a esos requerimientos que: *"(…) puede entenderse, grosso modo, como aquella argumentación técnico-jurídica en la que se mencionan una serie de* ***artículos o reglas jurídicas entrelazadas o concatenadas entre sí y vinculadas razonablemente en una doble perspectiva: con los argumentos del recurso y con la sentencia que se ataca.*** (El resaltado es suplido) *En la medida en que se cite un conjunto de normas jurídicas (o si es del caso, una sola de ellas), atinente y vinculada de manera clara con la sentencia combatida (ya sea en el sustento de hecho o de derecho) y los argumentos del recurso, hay fundamentación jurídica"*. A tono con lo dicho, el recurso de casación contiene exigencias elementales, sin cuya observancia resulta imposible para esta Sala ingresar al análisis de los agravios invocados y este resulta ser el caso. El

debate: la premisa indiscutible de haber ascendido jurisdiccionalmente para el ejercicio de un recurso extraordinario, técnico [440], planteado ante la Sala, con el objeto

objetante acude a esta sede a intentar controvertir el criterio vertido por el Tribunal en el tanto se rechazaron todos los extremos de su demanda. Acusa una indebida valoración de las probanzas e incurre en importantes deficiencias que impiden a esta Sala determinar si existió o no el error que se acusa. Aún y cuando como se dijo líneas antes estima mal observada la prueba testimonial y documental aportada; lo cierto es que el discurso carece de la fundamentación fáctica y jurídica debida. El recurrente no combate la sentencia, se limitó a reiterar el mismo argumento que formuló al plantear su demanda en el tanto acusa le fueron aplicadas reglas que entraron en vigencia en fechas posteriores a sus nombramientos. Si se analiza con detenimiento el discurso del casacionista, es evidente cuál es su planteamiento o mejor dicho su desavenencia con lo resuelto; sin embargo, pese a ello no le explica a esta Sala cual es la incorrección en la que supuestamente incurre el Tribunal. Todo ello, porque en ningún momento refuta los sustentos que tuvieron las personas juzgadoras para arribar a la decisión tomada; sin lo cual es imposible determinar si aquellas examinaron incorrectamente las probanzas.

[440] La sentencia N° 1380 de las 9 horas 5 minutos del 17 de octubre del 2013 se pronuncia así: "**VIII.** En la especie, el casacionista, a un mismo tiempo y dentro de la censura expuesta, alega violaciones directas e indirectas de la ley que, como se indicó, se trata de situaciones diferentes y se vulnera el deber de claridad y precisión, lo que motiva la desestimación del cargo. Ello se reitera cuando expresa que algunas normas jurídicas se han conculcado, lo que parece dar a entender que aconteció de un modo directo, pero también aduce que se desconoce y se valora indebidamente la prueba, supuesto diverso, propio de los errores probatorios. Aunado a lo expuesto, se formulan argumentaciones las cuales, aunque se centran en la titularidad de los autobuses, no se vinculan con los razonamientos fácticos y jurídicos que llevó al Tribunal a resolver del modo en que lo hizo. Lo propio ha de destacarse del cúmulo de transcripciones de gran variedad de normas, sin que logre determinar si se infringen a raíz de yerros en las pruebas, que siempre debieron especificarse, o mediante interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de las disposiciones que llevaron al Tribunal a considerar viable el reclamo de la actora, en cuanto a que se debieron estimar, para el cálculo tarifario, los autobuses refaccionados. Antes bien, todo lo hace girar el recurrente en la titularidad registral, que permitiría patentizar no tanto al año o modelo de los automotores que, en todo caso ha sido incontroversial, sino el dominio sobre ellos y la eficacia frente a terceros, lo que

de lograr la nulidad del fallo recurrido. Si lo fuere por violación a las normas procesales el fin consiste en lograr el reenvío al tribunal de origen para dictar un nuevo fallo, ordenando salvar los errores detectados. En cambio si se acogiere por violación a normas sustantivas la Sala después de declarar la nulidad asume el rol del Tribunal sentenciador y dicta un nuevo fallo por el fondo.

En el desarrollo de la jurisprudencia sobre las exigencias técnicas del recurso hay un punto clave cuyo esclarecimiento obliga a distinguir eventualmente dos tipos casacionales. Unos a resolver con la aplicación de las causales del Código Procesal Civil y otras con el Código Procesal contencioso administrativo, en todos estos años de pronunciamientos de la Sala.

Esta diferencia obedece a los procesos iniciados antes del 2008, regidos por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y por supletoriedad en el recurso por el Código de Procedimientos Civiles, primero, y el otro tipo regido desde su inicio por el Código Procesal Civil. Igual se encuentran los procesos formalizados a partir de la fecha indicada con sustitución de la Casación ordinaria por una nueva estructurada o concebida para la oralidad.

son temas diferentes como el propio Tribunal lo destaca. En otro orden de ideas, las manifestaciones de censuras llegan, incluso, a apartarse de la decisión emitida por el ***ad quem***, para centrarse en reprochar las conclusiones a las que arribaron los asesores legales de los prestatarios del servicio de transporte, lo cual escapa al propósito del recurso que se conoce. En síntesis, los defectos apuntados determinan la informalidad de la impugnación en el apartado en examen".

La Sala se pronunció sobre esta distinción [441] inmediatamente después de la entrada en vigencia del nuevo Código porque en muchos procesos anteriores al CPCA se plantearon las nuevas causales.

[441] Sentencia N° 746 de las 9 horas 35 minutos del 7 de noviembre del 2008 especifica: " IV. El recurso no se ajusta a la técnica que le es propia tal y como se desarrolló en el considerando primero de este fallo. Nótese, como la violación se fundamenta en los ordinales 137 y 138 del Código Procesal Contencioso Administrativo, lo cual imposibilitaría conocer los –defectos procesales y de fondo- que al fallo le formula. Esto, en virtud de que, conforme al Transitorio IV del cuerpo legal en mención, los procesos que se hayan planteado ante la jurisdicción contencioso administrativo antes de la entra da en vigencia de dicha normativa, seguirán tramitándose por la fuente legal vigente al monto de ser interpuestos. Desde esta óptica, el presente proceso, fue incoado antes de entrar en vigencia la Ley 8508, pues se presentó, en estrados judiciales en el año 1999, circunstancia que se constata con su número de expediente -99-000993-163-CA-, razón por la cual, la norma procesal aplicable, sería la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Código Procesal Civil. V.- En todo caso, a mayor abundamiento de razones, interpretando que esos aspectos estuvieran superados, si fuera de acuerdo a la nueva legislación procesal, la cual, permite una casación menos rigurosa en cuanto a su admisibilidad. Sin embargo, se requiere que el recurso cuente con una fundamentación jurídica mínima, que explique las razones en las cuales sustenta su gestión, combatiendo los argumentos de derecho de la sentencia recurrida y consignando, al menos, alguna referencia normativa que le dé sustento. En este sentido puede verse la resolución de esta Sala no 318-A-2008, de las 14 horas 25 minutos del 8 de mayo del 2008. La fundamentación es por tanto, ajena al despliegue confuso de normas y alegatos; a la mezcla de argumentos ininteligibles o a la simple exposición de opiniones sobre la procedencia o justicia del caso, o bien, al recuento de los desaciertos que se consideran cometidos en la sentencia recurrida, sin respaldo en normas o criterios jurídicos. De allí que, si el recurso omite por completo esa relación técnico-normativa a la que se ha hecho referencia, o la que realiza, resulta impertinente o desvinculada al caso de manera manifiesta y evidente, habrá que entender que carece de " total fundamentación jurídica" , y por tanto, incumple el necesario requisito establecido en el numeral 139.3), que se sanciona con el rechazo de plano, a tenor de lo dispuesto en el artículo 140 inciso c) del mismo Código de rito.

Si no fuere por el Transitorio IV del CPCA encargado de dilucidar el punto, en sentido contrario podría esgrimirse la tesis sobre la naturaleza jurídica de las normas procesales, porque ellas entran a regir inmediatamente, por ser de orden público.

9. La causal de la indebida valoración de las probanzas [442] en la casación

por infracción a normas sustanciales parece incluir los incisos a) y b) del 138 del CPCA. Siendo diferentes una y otra, desde luego, el recurrente no puede confundirlas, pues debe precisar en presencia de cuál se encuentra.

[442] La sentencia N° 1256-A-S1-2016 de las 15 horas 13 minutos del 2 de diciembre del 2016 establece: **III. (…)** El Tribunal desarrolló un análisis del régimen jurídico de la carrera diplomática; con base en lo establecido por el Estatuto de Servicio Exterior de la República de Costa Rica vigente desde el 5 de agosto de 1965. Explicó con amplitud cuales deben ser los requisitos para que una persona pueda ser considerada como funcionaria de carrera diplomática y las categorías de funcionarios de carrera y por comisión. Hizo referencia al tiempo que transcurrió entre su primer nombramiento y la fecha en la que efectuó su reclamo sean 26 años después. Se explicó que según el testimonio del señor Sáenz Carbonel los funcionarios nombrados en el tiempo en que estuvo don Miguel Gerardo en el Ministerio, lo fueron por un acuerdo ejecutivo; en otras palabras eran nombramientos por Comisión. Se determinaron las razones por las cuales eran aplicables al caso del actor las normas del Estatuto antes citado. Se expuso en torno a los funcionarios nombrados por Comisión y de cómo a diferencia de los funcionarios de carrera pueden ser removidos libremente por el Poder Ejecutivo; pues su nombramiento es marcadamente provisional. Finalmente se hizo alusión a que para el tiempo en el que estuvo nombrado el señor Muñoz Nanne los nombramientos se hacían bajo la figura del funcionario por comisión. De todos estos sustentos, ninguno fue combatido ni fáctica ni jurídicamente por el recurrente; de ahí que aunque el casacionista le reitere a esta Sala los argumentos sostenidos en el proceso, esos elementos resultan insuficientes para determinar si hubo el vicio indirecto que se censura. Por todo lo dicho, lo propio es el rechazo del embate.

Cualquier cuestionamiento relativo a si la fijación de los hechos realizada resulta acorde o no a las pruebas excede el ámbito propio de esta causal, formando parte, por el contrario, de una de índole sustantivo.

El Artículo 138 del CPCA comprende dos vertientes de violación indirecta de las normas de fondo:

a) La preterición o indebida valoración de las probanzas que apareja la inobservancia de normas de orden sustantivo.

b) La existencia de errores de hecho o de derecho en la valoración de la prueba. En este sentido, la inconformidad puede obedecer a aspectos sustanciales, cuando en el cuadro fáctico forjado por el Tribunal no es conteste con la realidad desprendida de las pruebas.

En cualquiera de los casos debe determinar clara y sencillamente el vicio invocado para luego explicárselo, formulárselo a la Sala.

Como se trata de violación indirecta de las normas de fondo no basta con combatir la violación indirecta. Por el contrario, después de disputar las infracciones probatorias está en la obligación de denunciar el atropello a las normas de fondo, las sustantivas, en cualquiera de los niveles de la pirámide de las fuentes del Derecho, desde la Ley hasta la Constitución.

10. La primera causal novedosa del CPCA respecto a la casación conculcatoria de las normas procesales es la indefensión de la parte.

Las nuevas causales incorporadas en el CPCA responden a la finalidad de las causales procesales que dan cabida a este

medio impugnaticio extraordinario. Ellas tienen por objetivo garantizar una adecuada tramitación de las distintas etapas del proceso jurisdiccional discurriendo por los cauces previstos por el ordenamiento jurídico, e igualmente el logro del dictado de sentencia en la forma prescrita por las normas adjetivas aplicables [443]

La indefensión de la parte deriva precisamente del quebranto al derecho de defensa [444] garantizado por los

[443] En este sentido se pronuncia la Sala en la Sentencia N° 687-f-s1-2010 de las 13 horas del 9 de junio de 2010.

[444] La sentencia N° 76-2017 de las 13 horas 45 minutos del 27 de enero del 2017 dispuso claramente: "**IV.** Como lo indican los recurrentes, en ambos reparos se invocan las causales de casación previstas en el párrafo primero, incisos b) y d), del numeral 137 del CPCA: "Indefensión de la parte, que no le sea imputable, cuando se le afecten los derecho de defensa y del debido proceso" y "Falta de motivación", respectivamente. En torno a los derechos de defensa y debido proceso, la Sala Constitucional, en forma reiterada, ha señalado: "Resulta de importancia rescatar que esta Sala, en múltiples ocasiones, ha desarrollado los alcances y matices del derecho de defensa y debido proceso, reconocidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Particularmente ilustrativo es lo resuelto en la sentencia número 15-90 de las dieciséis cuarenta y cinco horas de cinco de enero de mil novecientos noventa: / "... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de 'bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada... " ." (Lo subrayado es suplido. Voto no. 4975 de las 9 horas 5 minutos del 15 de abril de 2016. En igual sentido, pueden consultarse, entre

numerales 39 de la Constitución Política y el 41 sobre el debido proceso.

Defensa existe solo cuando se cumplan una serie de presupuesto indispensables: a) debida notificación, en tiempo y forma, a la parte contraria del carácter y fines del proceso; b) posibilidad real de poder contestar con la correspondiente oportunidad de argumentar y plantear pruebas para fundar su defensa, fundada en información y antecedentes; c) oportunidad para formular alegaciones sobre la forma como debe resolverse el asunto; d) oportunidad de poder contar con la asistencia jurídica, así como al acceso a todo tipo de asesorías calificadas; e) notificación exacta de la decisión; y, f) posibilidad real de ejercer su derecho a recurrir contra la decisión.

Para el acogimiento de esta causal [445] la Sala valora si la estructura de la sentencia en alguna forma ha mancillado,

muchos otros, los fallos de ese órgano judicial números 6028 de las 9 horas 5 minutos del 6 y 6805 de las 9 horas 5 minutos del 20, ambas del mes de mayo de 2016)".

[445] Sobre el particular la sentencia N° 76-2017 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de enero de dos mil diecisiete, claramente dispuso: "**VI.** De lo anteriormente transcrito, esta Cámara colige que la sentencia cuestionada padece un problema en su estructura que conculca el derecho de defensa de los codemandados. Pese a la confusa redacción del considerando antes transcrito, determina esta Sala que el Tribunal, por un lado, en los hechos probados y con sustento en la prueba constante en autos, tuvo por acreditado el cuadro fáctico mediante el cual el Estado y PROMECE, en sus respectivas contrademandas, fundamentaron su solicitud de resolución del contrato que los une con la actora. No obstante, luego, en el considerando de fondo, y de manera inexplicable, afirma todo lo contrario. Es decir, que no se demostró incumplimiento alguno, pues la prueba aportada no era idónea para ello. Al respecto, los juzgadores indicaron: "[…] *Comprende la mayoría de la Sección que la*

despreciado, lastimado el derecho de defensa del recurrente, derivado de un desconcierto, ambigüedad, desorden a veces entre hechos, o hasta contradicción, ininteligibilidad o imprecisión entre hechos y la parte considerativa, o entre los mismos hechos con la prueba.

Las sentencias deben ser coherentes, entre las pretensiones y lo otorgado, también internamente deben gozar de una cierta racionalización y lógica, ofreciendo un

representación estatal compareció a estrados a solicitar la resolución contractual ante el incumplimiento de su contraparte, pero a nuestro entender las competencias de la Administración son irrenunciables. […] *Empero si al menos se hubiera tenido el cuidado de traer la totalidad de la prueba que debió evacuarse en vía administrativa para establecer el acto y no solamente alguna de ella y pretender validar lo recabado por la Auditoría Interna podría entender* [sic] *la posibilidad de convalidar lo actuado y adoptar el acto de manera directa (con la advertencia que el Juez se convertiría en un co administrador a solicitud de la misma Administración Pública).* […] *No nos cansamos de indicar que no estamos avalando la conducta desplegada por la actora y mucho menos estamos indicando que el acuerdo de voluntades fue perfecto y que debe proseguirse con la contratación como si la situación no se hubiera dado; lo que indicamos es que en las condiciones actuales no es posible asegurar que los incumplimientos se han dado o no.*" (El subrayado es suplido). Lo anterior, evidentemente, colocó en estado de indefensión a los contrademandantes. El hecho de que se les haya admitido la prueba ofrecida oportunamente, se valorara y fuese el sustento fáctico de los hechos que se tuvieron por probados, los cuales respaldaban la pretensión resolutoria esgrimida en las reconvenciones; para, posteriormente, en el considerando de fondo, restarle todo crédito a esos medios de convicción –o rechazarlos tácitamente-, afirmándose lo contrario a lo consignado en los hechos demostrados, denegándose dicho ruego, implica o conlleva, sin lugar a dudas, la transgresión a su derecho de defensa. Esto por cuanto, se insiste, a pesar de haberse admitido y valorado la prueba con la cual demostraban sus afirmaciones, la cual sirvió, además, para sustentar los hechos probados; de manera sorpresiva se le quitó todo valor. Asimismo, en criterio de esta Sala, el vicio estructural indicado coloca en una difícil situación a los codemandados a efecto de combatir la sentencia, ya que resulta incomprensible por contradictoria".

producto pulcro en redacción, orden, estructura, de conformidad con las normas guías para su confección.

En esa forma jamás el veredicto judicial puede mostrar oscuridad, indeterminación, anarquía. No puede denotar un laberinto o maraña solo comprensible por quien se encargó de su redacción y del análisis del contradictorio propio del debido proceso.

Es sobre este presupuesto donde se funda la causal de comentario. Va contra todo tipo de pronunciamientos judiciales carentes de la lógica y el convencimiento propio de una resolución llamada a rendir la solución a los planteamientos contradictorios de las partes.

La modificación del fallo [446] debe decretarse, en la síntesis más extrema cuando se presenten alguna de las siguientes

[446] En la sentencia N° 1444 de las 9 horas 10 minutos del 30 de octubre de 2012, señaló: "***V.*** […] *Nótese que la motivación de un fallo consiste en plasmar o poner en manifiesto las razones o fundamentos, tanto fácticos como jurídicos , por los que se adopta la decisión. Se ha dicho que la ausencia de motivación se advierte en dos hipótesis, la primera, cuando es inexistente, que es precisamente cuando el juzgador o juzgadora omiten consignar los cimientos de su decisión. El segundo supuesto se produce en aquellos casos en que el despliegue argumentativo del órgano decisor resulta confuso o exhibe contradicciones , que se erigen como obstáculo para determinar de forma diáfana los motivos que le sirven de base. Al respecto, esta Cámara ha manifestado que se produce "porque no exista, o bien, por cuanto su desarrollo resulta en extremo confuso o contradictorio, de forma tal que se impida tener claridad en cuanto a los razonamientos que derivaron en la decisión adoptada en la parte dispositiva de la sentencia, lo que vulneraría los derechos procesales de las partes, en particular, del debido proceso" (resolución no. 184-F-S1-2009 de las 13 horas del 23 de febrero de 2009).*" Lo subrayado es del original. En igual sentido, pueden consultarse, entre otras, las resoluciones de esta Cámara números 1197 de las 9 horas 55 minutos del 18 de setiembre de 2013, 553 de las 9 horas 15 minutos del 24 de abril de 2014 y 1186 de las 10 horas 25 minutos del 8 de octubre de 2015; así como los fallos del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda números 64 de las 9 horas del 31 de julio de 2014 y 111 de las 14 horas 20 minutos del 1 de octubre de 2015".

hipótesis: 1) en el fallo se omite consignar los fundamentos de la decisión, es decir son inexistentes; y, 2) cuando la argumentación es confusa o presenta contradicciones.

11. La otra causa de casación por transgresión a las normas procesales es la falta de determinación clara y precisa de los hechos acreditados por el Tribunal o por haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos ilegalmente al proceso

El vicio procesal de falta de determinación clara y precisa de los hechos acreditados significa en el sentido más estricto la **defectuosa formulación** y acontece cuanto el Tribunal, al establecer el cuadro fáctico incurre en cualquiera de los dos siguientes errores:

a) formula uno o varios hechos de manera confusa, de forma tal que no sea posible tener un adecuado entendimiento de cuál es la situación fáctica que pretende explicitar, o bien; y,

b) cuando exista una contradicción en el elenco de hechos probados de tal envergadura que sea imposible tener certeza de cuál fue la valoración realizada por los juzgadores al deliberar.

Consiste en una exposición confusa de grado tal que impide tener certeza de la circunstancia misma, o bien, por una contradicción palmaria entre los distintos elementos fácticos.

Se diferencia de la preterición de pruebas porque en esta la sentencia omite pruebas, legalmente introducidas en el

debate y evacuadas. ignorándolas para darle un sentido contrario al cuadro fáctico.

Por el contrario el motivo de falta de determinación clara y precisa de los hechos implica la existencia de yerros procesales. Sea por haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos en forma ilegal al proceso o por una defectuosa formulación.

En la preterición se desatienden medios probatorios ingresados legalmente al proceso, en la falta de determinación los juzgadores atienden a pruebas no introducidas legalmente al proceso, sino introducidas en forma ilegal o en una defectuosa formulación.

Por estas razones, como en todas las demás causas, la Sala exige una correcta exposición del agravio, indicando en forma clara y precisa en qué consiste, señalando las imprecisiones contenidas en el elenco de los hechos probados [447].

[447] La sentencia N° 1068-A-S1-2012 de las 12 horas 50 minutos del 21 de agosto resuelve: "Si bien alega un vicio de falta de determinación clara y precisa de los hechos acreditados por el Tribunal, lo cierto es que en la exposición del agravio omite argumentar en qué consiste el vicio en concreto. Es decir, no enuncia cuál o cuáles son las imprecisiones u oscuridades contenidas en el elenco de hechos probados. En realidad sus alegatos se dirigen a cuestionar aspectos de fondo atinentes al momento a partir del cual deben reconocerse los efectos declarativos de la sentencia constitucional para así determinar la procedencia del pago de las incapacidades pretendidas por el actor. Ahora bien, si la interpretación y aplicación de la normativa hecha por el ***ad quem*** es correcta o no, solo puede analizarse si se hubiere alegado un vicio sustantivo. En el ***subjudice***, aún cuando se recalifique el reproche, no procede su examen, pues resulta informal para ese fin, ya que se echa de menos la fundamentación jurídica requerida, la cual ha sido entendida por este órgano como la cita de un conjunto de normas jurídicas (o si es del caso, una sola de ellas), atinente y vinculada de manera clara con la sentencia combatida (ya sea en el sustento de hecho o derecho) y los argumentos

Si los alegatos fueren dirigidos al combate de aspectos únicamente de fondo el recurso se declararía sin lugar. Pero la inconformidad puede obedecer a aspectos sustanciales, cuando el cuadro fáctico que tuvo por demostrado el Tribunal no es conteste con la realidad derivada de las pruebas (en cuyo caso se trata de un error de hecho o de derecho: Artículo 138 CPCA), o bien, a yerros procesales, por haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos en forma ilegal al proceso o por una defectuosa formulación (falta de determinación clara y precisa de los hechos). Este último vicio se produce cuando el Tribunal, al establecer el cuadro fáctico del caso concreto introduce algunos hechos de manera confusa, cuyo efecto consiste en la imposibilidad de contar con un adecuado entendimiento de la situación fáctica pretendida por el pronunciamiento impugado, o bien, si se encontrase una contradicción interna en el elenco de hechos probados de tales proporciones como para impedir el logro de certeza respecto de la valoración de los juzgadores en la deliberación.

En tal sentido el descubrimiento del agravio parte del análisis del cuadro fáctico elaborado por la sentencia recurrida, de donde debe extraerse el vicio y la causa conculcada [448]. Porque solo de los hechos se logran inferir los elementos probatorios incorporados al proceso con base en la valoración realizada por los juzgadores, según las reglas de la

del recurso. Ergo, al no verificarse el equívoco reclamado, procede su rechazo de plano por el fondo".

[448] Sentencia N° 396-F-S1-2012 de las 8 horas 55 minutos del 22 de marzo.

sana crítica (artículo 82 del CPCA) o del libre convencimiento judicial, en atención a las normas jurídicas aplicables al caso concreto, pues son ellas las guías para determinar los hechos fundamentales o de mayor relevancia jurídica [449].

12. Se finaliza el análisis de las causales de casación por quebranto a las normas procesales con la falta de motivación (Artículo 137.d), concebida también por la jurisprudencia como aquella con quebrantos a los derechos fundamentales de defensa y al debido proceso [450].

[449] Sobre este aspecto, véase la sentencia N° de esta Sala no. 502-2010 de las 8 horas 45 minutos del 30 de abril.

[450] Desde el 2009 la Sala delimitó esta causal en el fallo N° 126 de las 15 horas 40 minutos del 5 de febrero: "La falta de motivación, como agravio susceptible de ser revisado mediante el recurso extraordinario de casación en los términos del canon 137 inciso d) del Código Procesal Contencioso Administrativo, no debe entenderse como un mecanismo para cuestionar los fundamentos jurídicos de la sentencia, como erróneamente lo hace el recurrente. La causal en comentario surge cuando la motivación del fallo es omisa, ya sea porque esta se encuentra totalmente ausente, o bien, por cuanto el desarrollo (contenido en la misma) resulta en extremo confuso o contradictorio, de forma tal que se impida tener claridad en cuanto a los razonamientos que derivaron en la decisión adoptada en la parte dispositiva de la sentencia, lo que vulneraría los derechos procesales de las partes, en particular, del debido proceso. Asimismo, debe tenerse presente que se trata de un motivo de índole procesal, lo que implica que es atinente a eventuales incumplimientos de las disposiciones adjetivas que regulan el *iter* procesal o la sentencia, así como la relación jurídica que vincula a las partes y al juez en el marco de un proceso judicial, y de la cual derivan derechos y obligaciones. Así las cosas, no debe confundirse esta causal con un mecanismo para entrar a discutir la aplicación del Derecho o la valoración de la prueba realizada por el A quo en la parte considerativa de la sentencia, para lo cual el Código de rito establece causales autónomas (artículo 138), ya que de lo contrario se desnaturalizaría el motivo casación al específico. La falta de motivación como causal para casarla sentencia, en los términos en que se ha

Como la motivación de un pronunciamiento judicial consiste en plasmar o poner en manifiesto las razones o fundamentos, tanto fácticos como jurídicos, considerados para la toma de la decisión, el vicio se identifica en dos hipótesis:

1) Cuando falta, es inexistente, no contiene o no se consignan los fundamentos de la motivación en el veredicto.
2) Cuando el despliegue argumentativo del órgano decisor resulta confuso o exhibe contradicciones, conformando un verdadero obstáculo para comprender de forma diáfana los fundamentos o las bases sólidas

comentado, se da al conculcarse la norma que dispone el deber del juzgador de analizar las incidencias y cuestiones de fondo planteadas por las partes (principio de derecho procesal, integrante del debido proceso, y que, por demás, se encuentra materializado en los ordinales 119 y 122, inciso m) del Código Procesal Contencioso Administrativo, así como el 155 del Código Procesal Civil). No se trata de determinar si el juzgado se pronunció sobre todas las pretensiones incorporadas al proceso por las partes, sino por el contrario, que el fallo cuente con los fundamentos sobre los cuales se adoptó la decisión correspondiente. En la especie, de una lectura detenida del agravio expuesto por el representante legal de la Caja, se desprende con meridiana claridad que los reproches se dirigen en cuanto a la aplicación correcta del Derecho, y no a la falta de motivación en los términos entendidos, la cual, en todo caso, no se aprecia. Aún más, debe considerarse que la contradicción apuntada es tan solo aparente, ya que, sin referirse en este punto al fondo de la cuestión, se aprecia que el motivo por el cual se rechaza la compensación de las vacaciones se encuentra claramente plasmado en la sentencia impugnada, siendo que el Juzgado consideró que este derecho tiene como supuesto condicionante la efectiva prestación del trabajo, lo cual no se dio en virtud del despido que luego fue anulado por el fallo de la Sala Constitucional. Sin entrar a valorar en este punto si lo expuesto se ajusta a las normas integrantes del ordenamiento jurídico aplicables al caso concreto, lo cierto del caso es que en la medida en que se expusieron los razonamientos sobre los cuales se arribó a la decisión adoptada, no se da el supuesto de falta de motivación alegado" .

útiles y necesarias para la construcción de la estructura del fallo.

La Sala la ha declarado cuando "no exista, o bien, cuando su desarrollo resulta extremadamente confuso o contradictorio, de forma tal que se impida tener claridad en cuanto a los razonamientos que derivaron en la decisión adoptada en la parte dispositiva, vulnerando los derechos procesales de las partes, en particular, la defensa y el debido proceso" [451].

En tal sentido la Sala no la identifica como tal si el Tribunal se pronunció sobre todas las pretensiones planteadas en el proceso, sino, por el contrario, si la sentencia cuenta con fundamentos sólidos para afianzar la decisión.

Igualmente como reproche susceptible de ser revisado mediante el recurso extraordinario de casación, en los términos del 137.d), no debe entenderse como un mecanismo para cuestionar los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Su naturaleza jurídica constituye un motivo de casación procesal, y no puede perderse de vista, atinente a eventuales incumplimientos de las disposiciones adjetivas del desarrollo y devenir del proceso o la sentencia. También, como se insistirá, del vínculo jurídico nacido de las relaciones jurídicas entre las partes y el Tribunal Decisor en el marco de un proceso judicial, de donde han nacido derechos y obligaciones recíprocas.

[451] Sentencia N° 184-F-S1-2009 de las 13 horas del 23 de febrero.

No puede confundirse con las causales de violación del Derecho o de la valoración de la prueba realizada en la parte considerativa, pues para ello existen motivos autónomos de infracción a normas sustanciales (Artículo 138), pues si ello aconteciere se desnaturalizaría el motivo específico.

Al tenor del artículo 139 del CPCA, como se ha subrayado varias veces, para formalizar el de casación "se requiere que el recurso cuente con una fundamentación jurídica mínima" esto es, deben explicarse, con claridad y precisión, las razones para atacar, contradecir, oponerse a los fundamentos de la determinación judicial recurrida, refutar y contradecir los argumentos jurídicos con la consignación de las normas atinentes al recurso para sustentarlo.

Para plantearla se debe comprender la argumentación técnico jurídica de donde se encuentran entrelazados, o concatenadas entre sí, normas o reglas jurídicas, vinculadas razonablemente en una doble perspectiva: con los argumentos del recurso y con la sentencia atacada.

La Sala ha detectado confusiones respecto de la comprensión de este motivo, porque quizá tratándose de un nuevo concepto siempre permea incógnitas, misterios, enigmas interrogantes.

Para despejar cualquiera de ellos deben irse aportando conocimientos elementales para dicha solución.

Inicialmente, como se subrayó, no es un motivo de fondo, sino estrictamente procesal. Es decir se refiere a incumplimiento a normas procesales encargadas de normativizar el ***iter*** procesal o la sentencia, o bien de la relación jurídica vinculante entre las partes y el juez en el

marco de un proceso judicial, fuente de derechos y obligaciones.

Entonces este principio procesal no conduce a la discusión del Derecho aplicable o la valoración de las pruebas en la parte considerativa, porque para ello la normativa establece otros móviles autónomos (en el 138 CPCA).

El principio procesal de la obligación del Tribunal de analizar todo tipo de planteamientos de las partes, de forma y fondo, conforma el debido proceso, materializado en la jurisdicción contencioso administrativa por sus disposiciones 119 y 122 inciso m) como en el Código Procesal Civil en el 155, garantía cuyo atropello conforma este motivo de casación.

Entonces se le identifica cuando el fallo omite la motivación o está totalmente ausente o porque resulta absolutamente confusa o contradictoria, impidiendo divisarla con claridad respecto del razonamiento de la decisión en la parte dispositiva, vulnerando los derechos procesales del vencido, de defensa o del debido proceso.

Los requisitos para la falta de motivación [452] vienen desde la obligación general del recurso de la fundamentación

[452] Entre varias puede destacarse la sentencia N° 980-A-S1-2016 de las 13 horas 10 minutos del 22 de septiembre del 2016: "**III.** En torno a lo relacionado en el apartado anterior –segundo reparo interpuesto por violación de normas procesales-, es menester indicar que el numeral 139 inciso 3 del CPCA prevé un requerimiento de orden material necesario, tanto para la admisibilidad del recurso cuanto para su posterior valoración por el fondo. Se trata de la motivación del recurso que, por las características de la casación, ha de ser clara y precisa. En este sentido, debe contener, tal como lo dispone el precepto de comentario, la fundamentación fáctica y jurídica del caso. Fáctica, en la medida en que se muestre inconforme con los hechos que se han tenido por demostrados o por indemostrados (lo cual lleva a la ponderación de las probanzas), o con las circunstancias acaecidas en la violación de normas procesales. Jurídica, cuando

se trata de un problema que se expone acerca de la aplicación, omisión o indebida interpretación de cualquier norma que integre el bloque de juridicidad, incluidos, por supuesto, los principios de rango constitucional, o aquella que también opera por efecto reflejo o indirecto, después de que se modifican los hechos de la sentencia impugnada. Tanto en la infracción procesal, como en la probatoria, puede concurrir, junto con las razones jurídicas (siempre necesarias), las de carácter fáctico y, en ese sentido, los fundamentos de referencia deberán ser dirigidos en ambas vertientes, so pena de inadmisibilidad. Por su parte, es necesario aclarar que de la fundamentación jurídica se exonera, por expreso mandato legal, la indicación de aquellos cánones relativos al valor del elemento o elementos probatorios mal apreciados. De igual forma, resulta innecesario citar las normas que equivocadamente utilizó y mencionó el órgano jurisdiccional de instancia para emitir y razonar su decisión, porque constan en el mismo pronunciamiento recurrido. Y desde luego, no es para nada indispensable citar los preceptos que establecen los requisitos, plazos y reglas básicas para la admisión del recurso. Antes que la cita de estas últimas, lo imprescindible es que se cumplan, que se pongan en práctica al momento de elaborar e interponer la casación. Así las cosas, la fundamentación dispuesta por ley, puede entenderse, grosso modo, como aquella argumentación técnico-jurídica en la que se mencionan una serie de artículos, o reglas jurídicas entrelazadas o concatenadas entre sí y vinculadas razonablemente en una doble perspectiva: con los argumentos del recurso y con la sentencia que se ataca. En la medida en que se cite un conjunto de normas jurídicas (o si es del caso, una sola de ellas), atinente y vinculada de manera clara con la sentencia combatida (ya sea en el sustento de hecho o derecho) y los argumentos del recurso, hay fundamentación jurídica. Los agregados jurisprudenciales o las eventuales citas doctrinales, reforzarán en ocasiones las alegaciones efectuadas, pero, por lo general, no hacen a su esencia. (…). La fundamentación es, por tanto, ajena al despliegue confuso de normas y alegatos; a la mezcla de argumentos ininteligibles o a la simple exposición de opiniones sobre la procedencia o justicia del caso, o bien, al recuento de los desaciertos que se consideran cometidos en la sentencia recurrida, sin respaldo en normas o criterios jurídicos. De allí que, si el recurso omite por completo esa **relación técnico-normativa** a la que se ha hecho referencia, o la que realiza, resulta impertinente o desvinculada al caso de manera manifiesta y evidente, habrá que entender que carece de "total fundamentación jurídica", y por tanto, incumple el necesario requisito establecido en el numeral 139.3, que se sanciona con el rechazo de plano, a tenor de lo dispuesto en el artículo 140inciso c) del mismo Código de rito".

jurídica, pero ajena al despliegue confuso de normas y alegatos; a la mezcla de argumentos ininteligibles o a la simple exposición de opiniones sobre la procedencia o justicia del caso; o bien, al recuento de los desaciertos que se consideran cometidos en la sentencia recurrida, sin respaldo en normas o criterios jurídicos.

Entonces el recurso puede expresarse por dos vertientes independientes o ambas en una sola. En ambas debe expresar claramente:

(a) la falta o inexistencia de los fundamentos de la motivación en el veredicto, y por tal la referencia a las contradicciones con la **relación técnico-normativa**, para reclamar la falta de fundamentación jurídica, o,

b) las confusiones o contradicciones encontradas en la sentencia, sea entre hechos y hechos, hechos con la parte considerativa, o entre hechos y las pruebas, en los razonamientos y argumentaciones del Tribunal, endilgándole a esas confusiones o contradicciones convertirse en un obstáculo para comprender con claridad diáfana los fundamentos, las bases sólidas útiles y necesarias para la construcción de la estructura del fallo.

Por esto al acusar la falta de motivación resulta impertinente o desvinculado el caso en sí, porque si se planteara ese razonamiento carecería de fundamentación jurídica y por tal, incumpliría el necesario requisito del 139.3, en cuanto sanciona con el rechazo de plano a tenor de lo dispuesto en el artículo 140 inciso c) del mismo Código.