

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA

COMPENDIO  
DE LA  
PRUEBA JUDICIAL

anotado y concordado por  
ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Tomo I

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires  
Tucumán 2644 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CAF Santa Fe  
Arturo M. Bas 284 - Tel. (0351) 428-4418 - X5000KLF Córdoba

*Al Prof. HERNANDO MORALES MOLINA,  
quien murió siendo notable acreedor  
del procesalismo iberoamericano  
Con unción y respetuoso recuerdo a su memoria*

A. A. V.

## EXPLICACIÓN PREVIA

*En el año de 1981, el respetado y erudito maestro colombiano Hernando Devis Echandía presentó en Bogotá la 8ª edición de este Compendio de la prueba judicial, donde resumió su conocida y extraordinaria obra Teoría general de la prueba judicial que se reeditó contemporáneamente en varios lugares del continente.*

*Dado el inusual éxito del Compendio, Rubinzal-Culzoni Editores encaró su publicación en la Argentina a mediados de mayo de 1984.*

*En esa oportunidad me encomendaron la anotación del texto con referencias a las normativas vigentes en España y en la mayoría de los países de América, tarea que acepté con gusto y honra, dada la afectuosa amistad que me une desde antaño con el maestro Devis, en el entendimiento de que podría hacer notar mis discrepancias ideológicas con él, cosa que también aceptó el autor en una clara muestra de su vocación pluralista y democrática.*

*Los códigos que sirvieron como base de la anotación son los de Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y España. De Argentina y México, atendiendo a que su organización federal posibilita la coexistencia de varios y muy diferentes códigos –pertenecientes a cada estado– me concreté a trabajar con los autores del Distrito Federal en México y, en Argentina, con los de las Provincias de Buenos Aires (BUE), Córdoba (CBA) y Santa Fe (SFE) y con el de la Capital Federal (y algunas otras provincias), auto-denominado (sin serlo todavía hoy) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (NAC).*

*Para facilitar la lectura del texto original del autor, las anotaciones se imprimieron en composición volcada hacia la derecha del margen, pre-*

*cedidas en todos los casos de la misma numeración de párrafo efectuada por Devis Echandía pero con el añadido de la letra “a”.*

*A más de 15 años de haberse agotado aquella edición, Rubinzal-Culzoni presenta hoy esta versión 2000 que ha sido puesta al día –en lo que respecta a algunos de los códigos– por la abogada MARÍA CLAUDIA RAIMONDI.*

*La aspiración de los editores fue la de adecuar el texto del autor con las normas procesales vigentes en América y España, a fin de tornar práctica su construcción doctrinal. Si a juicio del lector ello se logró, recién entonces sentiré la satisfacción de la labor cumplida.*

ADOLFO ALVARADO VELLOSO

## PRINCIPALES ABREVIATURAS

ARG	Código Procesal Civil y Comercial de Argentina (sigue referencia de CPC local)
BOI.	Código de Procedimiento Civil de Bolivia
BRA	Código de Processo Civil do Brasil
BUE	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Argentina)
CBA	Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (Argentina)
CC	Código Civil
COL	Código de Procedimiento Civil de Colombia
COS	Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica
CPC	Código Procesal Civil
CPP	Código Procesal Penal
CHI	Código de Procedimiento Civil de Chile
ECU	Código de Procedimiento Civil de Ecuador
ESP	Ley de Enjuiciamiento Civil de España
GUA	Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala
MEX	Código de Procedimientos Civiles de México (Distrito Federal)
NAC	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (rige sólo en Capital Federal y algunas provincias)
PAR	Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial del Paraguay
PER	Código de Procedimientos Civiles del Perú
SFF	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe (Argentina)
URU	Código de Procedimiento Civil de la República Oriental del Uruguay
VEN	Código de Procedimiento Civil de Venezuela

## CAPÍTULO I

### IMPORTANCIA, DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

#### 1. La noción de prueba trasciende el campo del derecho

La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique.

Pero es en las ciencias y actividades reconstructivas donde la noción de la prueba adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en el derecho<sup>1</sup>.

El jurista reconstruye el pasado, para conocer quién tiene la razón en el presente y también para regular con más acierto las conductas futuras de los asociados en nuevas leyes; el historiador, el arqueólogo, el lingüista, etcétera, lo hacen no sólo para informar y valorar los hechos pasados sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros.

Sin la prueba estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho por los demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo. Es decir, la administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la pre-

<sup>1</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, p. 4; DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, 1961, ps. 7, 25, 170 y 185; LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, 1928, t. I, p. 8; VISHINSKI, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951, p. 251.

vincación de los litigios y de los ilícitos penales; no existiría orden jurídico alguno<sup>2</sup>.

La prueba tiene, pues, una función social, al lado de su función jurídica, y, como una especie de ésta, tiene una función procesal específica. De ahí que junto al fin procesal de la prueba, que más adelante estudiaremos, ésta tiene un fin extraprocesal muy importante: dar seguridad a las relaciones sociales y comerciales, prevenir y evitar los litigios y delitos, servir de garantía a los derechos subjetivos y a los diversos *status* jurídicos.

## 2. Qué se entiende por pruebas judiciales.

### Su diferencia con el derecho probatorio

Entendemos por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.

En sentido estricto, por derecho probatorio se entiende, como explica Antonio Rocha, una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero comprende en general "la verificación social de los hechos", es decir, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal<sup>3</sup>.

## 3. Naturaleza del derecho probatorio y de las normas sobre pruebas judiciales

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de las normas jurídicas que regulan la institución de la prueba, y las opiniones muy diversas y hasta contradictorias pueden clasificarse en cuatro grupos, a saber:

- a) El de quienes las consideran de derecho material;

<sup>2</sup> BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 10; SENTÍS MELENDO, *El proceso civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 182; ARAGONESSES, *Técnica procesal*, Madrid, 1959, t. I, p. 493; CARNELUTTI, *La prueba civil*, edic. cit., p. 18 y Apéndice, p. XVII; *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1944, t. I, ps. 674 y ss.

<sup>3</sup> ROCHA, *Derecho probatorio*, Bogotá, Facultad de Derecho del Rosario, 1962-1963, p. 2, y *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 13-19.

- b) el de quienes les asignan una naturaleza mixta;
- c) el de quienes les reconocen una naturaleza exclusivamente procesal;
- d) el de quienes las separan en dos ramas (sustancial y procesal).

En nuestra opinión, en un sistema legal que no consagre formalidades documentales *ad substantiam actus*, es decir, necesarias para la existencia o la validez de actos o contratos, la materia de la prueba en general, y por lo tanto, el derecho probatorio, tendría un claro carácter procesal, puesto que todos los medios servirían apenas para producir la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos, aunque esa convicción puede llevarse fuera del proceso, a personas que no tienen investidura jurisdiccional e inclusive que no sean funcionarios del Estado en ninguno de sus órganos.

Las normas consagradas en los códigos civiles, comerciales o de minas, para regular la forma cómo pueden probarse los actos y contratos en apariencia contemplan exclusivamente los derechos y obligaciones materiales que de éstos se deducen; pero esto no les quita su carácter puramente procesal, porque contienen una norma de conducta para el juez que deba decidir en un proceso si esos actos o contratos existieron y cuáles son sus características; si las partes piensan en prevenir el litigio procurándose el medio que la ley contempla, obran en consideración a que el juez exigirá su cumplimiento, si el proceso se produce. Toda norma que consagra formalidades simplemente *ad probationem* tiene un exclusivo carácter procesal, aun cuando esté en un código civil o comercial; la determinación del grado de eficacia o fuerza probatoria de esas formalidades y de cuáles sirven para cada caso o contrato, es un mandato dirigido al juez para el caso de resolver sobre su existencia y modalidades.

Sin embargo, en muchos países, como Colombia, hay normas civiles o comerciales que exigen una solemnidad especial para la existencia o la validez de ciertos actos o contratos, como la escritura pública para la compraventa o hipoteca de inmuebles y para la constitución, reforma o liquidación de sociedades comerciales, y entonces el documento no es solamente una prueba sino un requisito *ad substantiam actus* que pertenece a la regulación sustancial de la respectiva materia, y por lo tanto, la norma que lo consagra forma parte del derecho

material; pero no puede desconocerse que también en tales casos ese documento público o privado sirve asimismo para probar ante el juez la existencia del acto. Se cumplen entonces las dos funciones, material y procesal, pese a que los contratantes, cuando llenan la formalidad, pueden pensar solamente en la válida celebración del acto y en la adquisición de los derechos y obligaciones que de él deducen, sin tener en cuenta la posibilidad de servirse del documento para establecer en proceso su existencia.

Aceptamos, pues, la tesis de Jaime Guasp, sobre la existencia de dos clases de pruebas (procesales y materiales o sustanciales) y, por lo tanto, de dos ramas del derecho probatorio: la procesal, conocida como pruebas judiciales, y la material o sustancial, ambas como especies del género que puede denominarse derecho probatorio<sup>4</sup>. Pero limitamos la segunda a esas normas que establecen solemnidades *ad substantiam actus*.

#### 4. ¿Existe una teoría general de la prueba?

Las importantes diferencias que existían entre los procesos civil y penal del siglo pasado, notablemente disminuidas donde, como en Colombia, se ha otorgado al primero una fisonomía inquisitiva y con libertad de apreciación del material probatorio, condujeron a algunos autores a sostener la tesis de que era imposible o inconveniente una teoría general de la prueba, aplicable a toda clase de procesos.

Creemos, sin embargo, que nada se opone a una teoría general de la prueba, siempre que en ella se distingan aquellos puntos que por política legislativa, ya que no por razones de naturaleza o función, pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso. Existe, pues, una unidad general de la institución de la prueba judicial<sup>5</sup>.

Como lo veremos al estudiar los principios generales de la prueba judicial, la mayoría de ellos tiene aplicación a toda clase de procesos.

Por otra parte, existen algunas diferencias en materia de confesión,

<sup>4</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 333.

<sup>5</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, ps. 44 y 48; PLANIOL y RIPERT, *Tratado teórico-práctico de derecho civil*. La Habana, Cultural, t. II, p. 21; en contra. FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, núm. 25.

que en el proceso civil tiene extraordinaria importancia y eficacia, al paso que en el penal se le rechaza como prueba suficiente por sí sola (véase núm. 156); pero, también hay materias civiles en que se limita, como las de estado civil. En materia de presunciones sucede lo mismo, pues mientras su aplicación resulta natural en materias civiles, comerciales y similares, se rechazan para lo penal, con ciertas excepciones como la de inocencia y alguna de culpabilidad muy reducidas y discutidas (véase núm. 321).

Ciertas diferencias que suelen señalarse entre los dos procesos, no existen en realidad; así sucede con el fin de la prueba, que con frecuencia se dice que es para lo penal la búsqueda de la verdad real, y para lo civil sólo la fijación de la mal llamada verdad formal, porque la verdad es sólo una y lo que varía es el sistema real o formal de investigarla. En ambos procesos el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, lo cual puede coincidir o no con la realidad, aun cuando sin duda es más posible el error en un sistema de tarifa legal y sin facultades inquisitivas del juez<sup>6</sup>.

En cuanto a los procesos laboral, contencioso-administrativo, de aduanas y fiscal donde existen jurisdicciones especiales, no hay dificultad teórica ni práctica para aplicarles los principios generales que rigen para la prueba en el proceso civil, sea que se encuentren sujetos a unas mismas deficiencias legislativas o que estén organizados de manera más moderna y eficaz, con oralidad, libertad de apreciación y poderes inquisitivos del juez.

<sup>6</sup> FURNO, Carlo, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, Cedam, 1940, núm. 6, p. 21; DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Zavalia, 1972, t. I, núm. 55, y las ediciones posteriores, la última de 1981.

## CAPÍTULO II

### NOCIÓN O CONCEPTO DE LA PRUEBA

#### 5. Naturaleza jurídica del acto probatorio

Consideradas desde el punto de vista de su aportación al proceso, sea como actividad del juez o de las partes o sea como los diversos medios utilizados para obtener el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia y las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellas interviene la voluntad humana.

Cuando es requisito *ad substantiam actus*, la prueba es un acto jurídico material (escritura pública contentiva del contrato de compra-venta), que ingresa al proceso mediante un acto jurídico procesal (su aporte o aducción como prueba de la pretensión o la excepción de una de las partes, o de la imputación hecha al sindicado o imputado), sin que por eso pierda la primera condición. De ahí que la presencia de normas sustanciales sobre formalidades para la validez o existencia de los actos o contratos no impide que exista en un proceso civil el sistema de la libre apreciación de las pruebas (véase núm. 19).

#### 6. Concepto o noción procesal de la prueba

No solamente la prueba en un sentido general, procesal y extra-procesal tiene un significado polifacético, como observa Silva Melero, o poliédrico como dice Florian (y lo explicamos en el núm. 1), sino también en su aspecto puramente procesal<sup>7</sup>. De esto surge la variedad

<sup>7</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, ed. cit., t. I, p. 30; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 2.

*conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso.*

Es el punto de vista que goza de mayores partidarios y, en nuestra opinión, el único que presenta una noción integral de la prueba, por lo cual lo acogemos<sup>8</sup>.

### 7. Los tres aspectos de la noción de prueba judicial

Si se considera que las dos primeras acepciones del término, estudiadas en el número anterior, pueden reunirse en un solo punto de vista objetivo y formal, y que la cuarta abarca a las dos primeras y a la tercera, fácilmente se deduce, como lo hace Florian, que son tres los aspectos que presenta la noción, a saber:

- a) *Su manifestación formal*, es decir, los medios utilizados para llevarle al juez el conocimiento de los hechos, como testimonios, documentos, indicios, etcétera (primera y segunda acepciones);
- b) *su contenido sustancial, que es mejor denominar esencial* (para que no se tome la palabra como opuesta a procesal), o sean las razones o motivos que de esos medios se deducen en favor de la existencia o inexistencia de los hechos (cuarta acepción);
- c) *su resultado subjetivo* o el convencimiento de que con ellas se trata de producir en la mente del juzgador (tercera y cuarta acepciones), y en este sentido el juez concluye si hay o no prueba de determinados hechos.

Desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer estos

<sup>8</sup> FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 2; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, p. 198; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, p. 197; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., 1955, ps. 42, 227 y 228; *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 439; *Lezioni sul processo penale*, t. I, ps. 204 y ss.; CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. III, p. 205; FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1964, t. I, p. 94; ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, t. II, p. 182; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, ps. 31-32; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 333; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, p. 442; ARAGONESES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, p. 493.

tres aspectos de la noción: el vehículo, medio o instrumento; el contenido sustancial, o mejor dicho esencial, y el resultado o efecto obtenido en la mente del juez.

## 8. Diferencia entre prueba y medio de prueba

Ahondando en el concepto, puede separarse con absoluta propiedad el primer aspecto o significado, de los dos últimos, para distinguir la noción de la prueba, en un sentido riguroso, de la noción de medios de prueba<sup>9</sup>. De esta manera se tiene que, en un sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos, y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba). Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza. Pero en un sentido general, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos y el resultado de éstos, como más adelante veremos.

## 9. Nuestras definiciones

Dijimos antes que desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de la prueba. Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción. Explicamos que, en sentido general, por prueba judicial se entiende, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos; luego, una definición que pretenda dar un concepto amplio de la prueba debe incluir ambos puntos de vista.

Utilizando ahora estas ideas, podemos formular las siguientes definiciones, desde un punto de vista rigurosamente procesal:

*Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados por la ley, los motivos o las razones para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.*

<sup>9</sup> ROCCO, *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 183.

*Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.*

Se dice que en un proceso hay prueba suficiente cuando existe certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión en virtud del conjunto de razones o motivos que encuentra, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza; si no hay certeza, no hay prueba del hecho.

El resultado de esa actividad de probar o de esas pruebas podrá variar, según que el juez deba conformarse con las razones de orden legal que esté obligado a deducir de una apreciación tasada de los medios aducidos, o que, por el contrario, pueda valorarlos con su propio criterio (en el primer caso existirá una fijación formal de los hechos y en el segundo verificación real); es decir, los motivos de convicción los tomará el juez de la ley o de su personal apreciación, pero en ambas hipótesis existirá prueba.

## **10. El derecho subjetivo de probar**

Así como existe un derecho subjetivo de acción para iniciar el proceso y obtener en él una sentencia, lo mismo que un derecho de recurrir que prolonga los efectos de aquél, puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar, en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta.

Su naturaleza de derecho subjetivo es clara, porque la obligación que genera depende de un acto de voluntad: la petición del interesado; en cambio, cuando en el proceso inquisitivo, civil o penal, el juez tiene el deber de practicar oficiosamente la prueba, su deber emana de la ley directamente y no existe entonces un derecho subjetivo de las partes a esas pruebas; pero existirá siempre el derecho a que se practiquen las que ellas soliciten.

Se trata, pues, de un derecho subjetivo procesal, como el derecho de recurrir, que corresponde a todas las personas que intervienen en el proceso tengan o no razón en sus pretensiones o defensas, como sindicados o imputados y luego procesados, demandantes, demanda-

dos, coadyuvantes, litisconsortes, terceristas o intervinientes *ad excludendum*, e inclusive como intervinientes incidentales o transitorios; pero, mientras que en los últimos ese derecho está limitado a los hechos relacionados con su intervención incidental, ya que no son partes en el proceso propiamente dicho, en los demás tiene un alcance más general, limitado sólo por las normas legales sobre inadmisibilidad de las pruebas por inconducencia, impertinencia o inutilidad, o por prohibición expresa de la ley para ciertos hechos por su índole escandalosa o en defensa de la familia.

Sujeto pasivo de ese derecho subjetivo procesal es el juez, quien está obligado a decretar y practicar las pruebas pedidas con las formalidades legales y siempre que la ley misma no las considere inadmisibles. En esto se diferencia del derecho de acción, cuyo sujeto pasivo es el Estado representado por el juez.

Puede decirse que el derecho de probar se vincula a la pretensión y a la excepción, cuya naturaleza es concreta y persigue una decisión favorable, y no a la acción o al derecho de contradicción, ni al recurso, que son de naturaleza abstracta y tienen por objeto la decisión, favorable o no: la prueba es complemento de la pretensión o excepción, condición indispensable para que tengan éxito, y en cambio la acción, el derecho de contradicción y el recurso pueden lograr cabalmente su fin (la sentencia) a pesar de la ausencia de pruebas sobre los hechos (se requerirán únicamente las que satisfacen los presupuestos procesales, como capacidad, representación y documentos exigidos para la admisión de la demanda).

El derecho de probar no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique los pedidos y los tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación).

Puede hablarse de un derecho abstracto de probar, desde otro punto de vista, a saber: como derecho a disponer de la oportunidad de probar, y sería un complemento del derecho de acción y de contradicción o defensa, vale decir, un derecho a llevar al proceso pruebas en general. Pero en presencia del medio particular de prueba que la parte aduce, en apoyo de su pretensión o excepción o de su defensa, creemos que

el derecho subjetivo adquiere el carácter de concreto, ya que persigue un fin determinado: la sentencia favorable<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, ed. cit., t. II, p. 183; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 115; PLANIOL y RIPERT, *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, t. VII, ps. 754 y 756; FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 588.

### CAPÍTULO III

## BREVE HISTORIA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

#### 11. Diversas fases en su evolución

Suelen distinguirse cinco fases en la evolución de las pruebas judiciales<sup>11</sup>:

- a) *La fase étnica*, a la cual sería mejor darle el nombre de primitiva, por parecernos aquella expresión poco apropiada;
- b) *la fase religiosa o mística* del antiguo derecho germánico, primero, y de la influencia del derecho canónico luego, basada en la ignorancia y el fanatismo religioso, durante la cual se utilizan sistemas probatorios arbitrarios y absurdos, como los llamados Juicios de Dios (duelos, pruebas del agua y del fuego, etc.);
- c) *la fase legal*, que creemos más acertado calificarla como de la tarifa legal, pues sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, y si bien fue un avance en su época, hoy ya no se justifica;
- d) *la fase sentimental*, que sería mejor denominar de la íntima convicción moral, que se originó en la revolución francesa, como reacción contra la tarifa legal, en el proceso penal, basada en la absoluta libertad para valorar la prueba, sin sujeción a ninguna regla, por jurados de conciencia incultos o impreparados;

<sup>11</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 361 y 362; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., p. 137; GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, 1955, ps. 8 y 9; GIULIANI, Alessandro, *Il concetto di prova*, Milano, Giuffrè, 1961, ps. 233-239 y obras citadas en la nota núm. 1 del Cap. I.

- e) *la fase científica*, que actualmente impera en los códigos procesales modernos, de valoración de acuerdo con la sana crítica y por jueces capacitados para ello.

La fase primitiva corresponde a todas las sociedades en formación, cuando sólo podía existir un sistema procesal rudimentario, y que suele describirse como de las pruebas abandonadas al empirismo de las impresiones personales, pero que, creemos debió presentar características muy diferentes en cada lugar, lo cual puede explicar por qué se ha convenido en calificarla como fase étnica. Es más propio decir que corresponde a las épocas en que en cada sociedad no había aparecido aún un sistema probatorio judicial propiamente dicho.

Las cuatro últimas fases de la evolución del concepto de la prueba y de los sistemas probatorios judiciales se encuentran más o menos definidas en la historia europea, a partir de la caída del imperio romano, por haberse producido una quiebra fundamental en la civilización jurídica y social que Roma había llevado a altos niveles, lo cual hizo que durante muchos años imperara una mezcla de barbarie y de fanatismo religioso que condujo a absurdos procedimientos judiciales.

## **12. El moderno sistema probatorio**

En nuestra opinión, el proceso moderno debe ser oral, aunque con ciertas restricciones como la demanda; inquisitivo para que el juez investigue oficiosamente la verdad, y con libertad de apreciar el valor de convicción de las pruebas según las reglas de la sana crítica basadas en los principios de la psicología y la lógica y las máximas generales de la experiencia, quedando sujeto únicamente a las formalidades que las leyes materiales contemplan *ad substantiam actus*, o sea solemnidades necesarias para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

A consecuencia de la revolución francesa se implantó en Francia primero, y luego en casi toda Europa, el sistema oral y la libre apreciación de las pruebas, en el proceso penal. En cambio, en el proceso civil se conservó la tarifa de pruebas y el procedimiento escrito con jueces permanentes que representan al Estado; pero últimamente se está generalizando el principio inquisitivo probatorio y la libre apre-

ciación por el juez, al tiempo que el sistema oral en audiencia para su práctica.

Igualmente, no hay duda alguna respecto del carácter mixto inquisitorio y acusatorio de todos los procesos modernos.

## CAPÍTULO IV

### PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL

#### **13. Existen principios generales aplicables a la prueba civil, laboral, penal o contencioso-administrativa**

Como lo expusimos en el Capítulo I, no obstante las diferencias que existen entre los procesos civil y penal y la distinta regulación que legislativamente suele darse a ambos, la institución de la prueba judicial conserva su unidad en lo fundamental y en sus principios generales.

Sin que pretendamos agotar la lista, consideramos que en una teoría general de la prueba judicial no es posible desconocer los siguientes principios:

1) *Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.* Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio y el derecho de defensa.

Muy diferente es la inutilidad de presentar más pruebas porque ya existen en el expediente, como ocurre en algunos procesos contencioso-administrativos.

Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad

y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior<sup>12</sup>.

Se aplica igual en los procesos contencioso-administrativos, penales y laborales.

El juez puede, en cambio, utilizar el conocimiento privado que tenga de los hechos relacionados con el proceso civil, penal o de otro orden, para decretar oficiosamente pruebas con el fin de acreditarlos; esto en nada atenta contra el principio que aquí examinamos, pues, por el contrario, al decretarse oficiosamente esas pruebas, se cumple cabalmente; una cosa es que el juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciativa probatoria, y otra que sin necesidad de pruebas declare un hecho porque lo conoce privadamente<sup>13</sup>.

Cuando el hecho es notorio la ley exime su prueba, pero no porque el juez lo conozca privadamente, sino porque pertenece al conocimiento público en el medio social donde ocurrió el hecho o donde se tramita el proceso; por ello, no se trata de aplicar un conocimiento personal de aquél, sino de reconocerlo como cierto en virtud de esa peculiar condición que es conocida de las partes.

Puede hablarse, por lo tanto, del principio general de la necesidad de la prueba, en todos los procesos, cualquiera que sea la naturaleza de ellos, y afirmarse que dicho principio está comprendido en la regla que le ordena al juez resolver con fundamento en las pruebas allegadas al proceso.

1) a. Salvo algunas disposiciones constitucionales que expresamente refieren este principio, a nivel legislativo sólo COL lo sanciona de modo expreso en su artículo 174: "Toda decisión

<sup>12</sup> BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. cit., t. I, Cap. XVIII, ps. 95-97; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núms. 139 y 179; KISCH, *Elementos probatorios de derecho procesal civil*, ed. cit., p. 204; FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 614; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, p. 464; GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., p. 30.

<sup>13</sup> FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., t. I, p. 105; DE CASTRO MENDES, João, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961, ps. 608-613 y 660-667; ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 31 y 197; ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1955, p. 33; MICHELI, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Ejca, 1961, núm. 17, p. 120; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, p. 29.

judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

En cuanto a la facultad de decretar oficiosamente una prueba, se la relacionará al tratar cada medio en particular.

2) *Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.* Este principio complementa el anterior. Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados.

2)a. Para que una prueba sea eficaz no debe estar prohibida por la ley (ARG [NAC, 364; BUE, 362; SFE, 145]; COL, 178; COS, 242; GUA, 127; MEX, 278), ni ser contraria a la moral o buenas costumbres (BRA, 332; MEX, 278), debiendo aportarse al proceso por un medio legal o moralmente legítimo (BOL, 373; BRA, 332).

3) *Principio de la unidad de la prueba.* Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple: a veces los medios son diversos (testimonios, indicios, documentos, etc.); generalmente hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Significa este principio que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme. La importancia de este principio quedará demostrada al tratar de la apreciación de las pruebas<sup>14</sup> (véanse núms. 63 a 77).

<sup>14</sup> DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, ed. cit., p. 54; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1959, t. I, p. 138.

3)a. Este principio es recibido textualmente por COL, 187: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba". De tal modo, el autor parte de un sistema de valoración que difiere del resto de los CPC de América.

Sin perjuicio de las acotaciones que efectuaremos respecto de la valoración de cada modo en particular —donde sistematizaremos las leyes vigentes— cabe acotar ahora que un régimen similar considerado en general puede hallarse sólo en ECU, 116, de texto idéntico a COL.

Por ostentar sistema diferente, ARG (NAC, 386; BUE, 384); BOL, 397; BRA, 335; CHI, 428; GUA, 127; MEX, 419 y 424; URU, 349, y VEN, 367, establecen distinta eficacia y modo de valoración probatoria para cada medio en particular; por eso, las pruebas producidas deben ser apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorga la ley (BOL, 397) y sólo en su defecto, aplicando las reglas de experiencia común suministradas por la observación de lo que ordinariamente acontece y las reglas de experiencia técnica (BRA, 335).

CHI, 428, va más allá: "Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme a la realidad".

4) *Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición.* Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es impropcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948-1950, p. 138; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, t. I, núms. 112 y 176; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., p. 27; LOPES DA COSTA, A. A., *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, 1959, t. II, ps. 218-219; DE CASTRO MENDES, ob. cit., ps. 166-168; SCARDACCIONE, Aurelio, *Le prove*, Torino, 1965, ps. 15-16.

Este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya recibida.

Otra consecuencia de la comunidad de la prueba es que cuando se acumulan o reúnen varios procesos, la práctica en cualquiera de ellos vale en todos, porque si el juez adquiere convicción sobre un hecho común a las diversas causas, sería absurdo que los efectos de esa convicción dejaran de aplicarse a ellos, a pesar de que se resuelven por una sola sentencia.

4) a. En cuanto a la inadmisibilidad del desistimiento de una prueba practicada con resultado adverso para el oferente, es legislada por COL., 344. MEX., 283, también prohíbe la renuncia anticipada.

5) *Principio del interés público en la función de la prueba.* Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso<sup>16</sup>, como lo hay en éste, en la acción y en la jurisdicción, a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción.

6) *Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.* Es consecuencia de los anteriores. Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de la actividad inquisitiva del juez<sup>17</sup>.

Es una preciosa facultad del juez la de sacar conclusiones, utilizables en la valoración de las pruebas, acerca del comportamiento procesal de las partes, y, concretamente, en la faz probatoria de la causa.

<sup>16</sup> FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 9; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. cit., t. I, p. 138; COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 137, 141; FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., t. I, ps. 114 y 121.

<sup>17</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, ps. 27 y 29; FLORIAN, ob. cit., núms. 156 y 176; COUTURE, ob. cit., t. II, p. 139; MICHELI, ob. cit., núm. 25, ps. 166-168, y núm. 23, ps. 149 y 152; ROCCO, *Trattato*, ed. cit., t. I, p. 420; FURNO, Carlo, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, núms. 18-19, ps. 67-74.

Si en derecho civil se exige la buena fe contractual y extracontractual, y se sanciona la mala fe y el abuso del derecho, con mayor razón debe suceder esto en los actos procesales.

La probidad y la veracidad de la prueba exigen también sinceridad en ella, cuando se trata de documentos, confesiones y testimonios, lo mismo que autenticidad, tanto para esos medios como para las huellas, rastros y cosas observadas directamente por el juez y que pueden servir para demostrar hechos: es decir, exigen que no se altere su contenido ni su forma para ocultar la verdad. Rige, pues, este principio tanto para las partes como para los testigos, peritos, funcionarios encargados de la custodia de documentos y la expedición de copias, traductores e intérpretes. De ahí que sea indispensable la crítica tanto subjetiva o intrínseca como objetiva y extrínseca, de los medios de prueba, para valorarlos correctamente (véase núm. 70).

6)a. Esta facultad sólo es consagrada de modo expreso por COL, 249, que autoriza al juez a deducir indicios de la conducta procesal de las partes. Otros CPC se concretan a sancionar la mala fe de los litigantes y sus defensores (ARG, SFE, 24) y/o de sus abogados (ARG, NAC, 45; BUE, 45).

7) *Principio de la contradicción de la prueba.* Es consecuencia del anterior y se aplica tanto al proceso penal como al civil. Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad de la prueba, pues no puede existir sin la oportunidad de contradecirla<sup>18</sup>. Es un aspecto general de la contradicción o audiencia bilateral en el proceso. Incluye la oportunidad procesal de contra-probar.

<sup>18</sup> Corte, N. G., 30 de enero de 1960, G. J., t. XCI, núms. 2221-2222, p. 277; Cas. Civ., 5 de julio de 1936, t. XLIII, núms. 1911-1912, p. 764; 14 de abril de 1937, t. XLV, núm. 1923, p. 30; marzo de 1955, t. LXXXLX, núm. 2151, p. 753.

Los autores exigen generalmente la contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez y autoridad<sup>19</sup>.

Cuando la prueba se practica antes del proceso o extrajudicialmente, lo cual puede ocurrir en materia de testimonios e inspecciones judiciales, en procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, debe ratificarse o repetirse luego dentro del proceso (véase núm. 90), si no fue citada la futura parte contraria para que concurriera a la diligencia. Es conveniente exigir que para practicar esas pruebas antes del proceso se cite a quien debe ser luego su oponente, con el fin de que pueda intervenir en su práctica<sup>20</sup>.

7)a. Exigen la citación de la persona a quien eventualmente se opondrá una prueba producida anticipadamente: ARG (CBA, 210; SFE, 273 y 274); COL, 298 y 300, y PER, 221.

8) *Principio de igualdad de oportunidad para la prueba.* Se relaciona íntimamente con el anterior, pero no se identifica con él. Para que haya esa igualdad es indispensable la contradicción; con todo, este principio significa algo más: que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas y para contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del otro principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal.

9) *Principio de la publicidad de la prueba.* Es consecuencia de su unidad y comunidad, de la lealtad, la contradicción y la igualdad de oportunidades que con respecto a ellas se exigen. Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, para intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las, y luego analizarlas para patentizar ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero también significa que las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde y adquiriendo el "carácter social" de que habla Framarino dei Mala-

<sup>19</sup> ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, ed. cit., p. 34; ROCHA, *Derecho probatorio*, ed. cit., ps. 45, 84 y 104; FLORIAN, ob. cit., núms. 112 y 125; MICHELI, ob. cit., p. 516; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 27; CASTRO MENDES, ob. cit., p. 163; FURNO, ob. cit., núms. 15-16, ps. 53-62.

<sup>20</sup> WIGMORE, *Code of evidence*, Boston, 1942, núms. 4-13, p. LXXII.

testa<sup>21</sup>. Por consiguiente, este principio se relaciona también con el de la motivación de las sentencias, que no se excluye en el sistema de la libre apreciación de las pruebas, y con el de la publicidad del proceso en general.

9)a. La publicidad de la audiencia de prueba se exige expresamente en ARG (NAC, 125; BUE, 125; CBA, 54; SFE, 90); BOL, 390; BRA, 444; COS, 243; ECU, 122: "Toda prueba es pública y las partes tienen derecho de concurrir a su actuación"; GUA, 129, a contrario; MEX, 59; PAR, 51; PER, 345; ESP, 313 y 570.

El deber de motivar la sentencia es recibido por ARG (NAC, 34, 4º; BUE, 34, 4º); bajo pena de nulidad (SFE, 244; CBA, 326, 117); BRA, 131; COL, 187: "El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba"; PAR, 218; PER, 1076; URU, 466.

10) *Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba*. Es el complemento indispensable de los cuatro anteriores y rige por igual en los procesos civil, penal y laboral, etcétera.

Las formalidades son de tiempo, modo y lugar, y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno.

Este principio implica que la prueba esté revestida de requisitos extrínsecos e intrínsecos. Los primeros se refieren a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; los segundos contemplan principalmente la ausencia de vicios, como dolo, error, violencia, y de inmoralidad en el medio mismo.

Por otra parte, se exige que provenga de un sujeto legitimado para aducirla, es decir, el juez, cuando tiene facultades inquisitivas, y las partes principales y secundarias, e inclusive transitorias o intervinientes incidentales; por último, respecto de la cuestión que motiva su intervención, requiere que el funcionario que la reciba o la tome tenga facultad procesal para ello, es decir, jurisdicción y competencia<sup>22</sup> (véase núm. 85).

<sup>21</sup> FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1964, t. I, p. 114; BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. cit., t. I, p. 140; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 112; FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 115-116; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 34; CASTRO MENDÉS, ob. cit., p. 171.

<sup>22</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, ps. 29 y 30, nota 4; FLORIAN,

No importa el interés personal que haya originado la prueba, sino que quien la aduzca tenga legitimación abstracta para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella se haya tomado en tiempo oportuno, en la forma y en el lugar adecuado.

10)a. De modo general, COL, 183, consagra expresamente este principio: "Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código". Similarmente, ARG (NAC, 384; BUE, 382; CBA, 212; SFE, 146); BOL, 377 –oportunidad–, 380 –formalidades– y 390 –recepción–; CHI, 320 y 324; PAR, 119; PER, 349; URU, 331; ESP, 553.

11) *Principio de la preclusión de la prueba.* Es consecuencia del anterior, ya que se trata de una formalidad de tiempo u oportunidad para su recepción y se relaciona con los de contradicción y lealtad; con él se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertirlas, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueden ejercer su defensa<sup>23</sup>. Es una de las aplicaciones del principio general de la preclusión en el proceso, también denominado de la eventualidad, indispensable para darle orden y disminuir los inconvenientes del sistema escrito, pero es menos riguroso para las pruebas que de oficio decreta el juez.

12) *Principios de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba.* Para la eficacia de la prueba, para el cumplimiento de sus formalidades, para la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego en su recepción. Este principio contribuye a la autenticidad, a la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba. De lo contrario, el debate probatorio se convertiría en una lucha privada, y la prueba dejaría de tener el carácter de acto procesal de interés público.

ob. cit., núms. 120, 142, 153, 157; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 343 y 346; ROCHA, *Derecho probatorio*, ed. cit., ps. 84 y 101; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 474; MICHELI, ob. cit., núm. 19, p. 133.

<sup>23</sup> MICHELI, ob. cit., núm. 24, p. 164; FLORIAN, ob. cit., núm. 141.

La intermediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios, interrogatorios a las partes y a los peritos.

Pero significa también este principio que el juez no debe permanecer inactivo, no hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en su práctica. Sólo así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio. Es el complemento indispensable de la intermediación. Se trata en realidad de dos principios, pero tan íntimamente vinculados, que hemos preferido reunirlos en un solo enunciado<sup>24</sup>.

12)a. La intermediación procesal, como deber genérico judicial, está impuesta en ARG (NAC, 34, 1º, y 381; BUE, 34, 1º; CBA, 206); BOL, 113, a contrario; BRA, 125; GUA, 129; MEX, 60; PAR, 121 y 122.

13) *Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba.* Es el complemento indispensable del anterior y sirve para refutar las principales objeciones que los viejos civilistas le hacen al moderno proceso civil inquisitivo y con libertad de apreciación de las pruebas, en el cual sin duda tiene mayor importancia, pero sin que sea poca en el dispositivo, dadas las facultades que siempre se le otorgan para rechazar pruebas, intervenir en su práctica y apreciarlas en ciertos casos.

La dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso. Este deber se incumple cuando no decreta de oficio las que sean necesarias para verificar los hechos alegados o investigados.

14) *Principio de la originalidad de la prueba.* Este principio significa que la prueba en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, para que sea prueba de éste, pues si apenas se refiere a

<sup>24</sup> BENTHAM, ob. cit., núms. 192, 193 y 240; FRAMARINO, ob. cit., t. 1, p. 101; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, núm. 12, p. 55; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 210; DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, ed. cit., ps. 45-46.

hechos que a su vez se relacionan con aquél, se tratará de pruebas de otras pruebas; ejemplos de las primeras son las inspecciones sobre el bien objeto de litigio, los testimonios de quienes presenciaron el hecho por probar, el documento contentivo del contrato discutido; ejemplos de las segundas son las declaraciones de testigos de oídas, es decir, que oyeron referir el hecho de quienes lo presenciaron. Por consiguiente, si existen los testigos presenciales, debe oírseles directamente, en vez de llamar a quienes se limiten a declarar sobre lo que aquéllos les informaron; si existe el documento original del contrato, debe allegársele en vez de utilizar una copia o reconstruirlo con testimonios, y así en casos análogos. De otra manera no se obtiene la debida convicción y se corre el riesgo de desvirtuar los hechos y de llegar a conclusiones erróneas. Esto rige tanto para lo civil como lo penal, contencioso-administrativo, etcétera<sup>25</sup>.

15) *Principio de la concentración de la prueba*. Este principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso, pues, como dice Schönke, la practicada por partes o repetida, “pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad”, impide el debido cotejo, la mejor apreciación<sup>26</sup>.

Justifica este principio que se procure la práctica de la prueba en primera instancia, restringiéndola en segunda o cuando no ha sido posible en aquélla o se trate de hechos ocurridos con posterioridad o fue denegada por el juez injustificadamente. Igualmente que se practique en una audiencia o en varias continuas.

15)a. La concentración de las audiencias de prueba está ordenada expresamente en ARG (NAC, 34, 5º, a, y 431; BUE, 34, 5º, a, y 366; CBA, 285; SFE, 208); BOL, 452; BRA, 455; COL, 110; COS, 322; CHI, 368 y 369; GUA, 159; MEX, 299; VEN, 388; ESP, 653 y 654.

16) *Principio de la libertad de la prueba*. Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se

<sup>25</sup> FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., t. I, ps. 102 y 117; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, ed. cit., núm. 12, p. 55.

<sup>26</sup> SCHÖNKE, ob. cit., p. 209.

ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hacen innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea *juris et de jure*) o sean claramente impertinentes o inidóneas.

Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa el primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al juez tal calificación para los procesos civiles, laborales, penales y contencioso-administrativos; el segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en ello. El segundo puede existir sin el primero<sup>27</sup>, y no requiere norma legal.

17) *Principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba.* Puede decirse que éste representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la recepción de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esa manera, se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.

Como se ve, son dos requisitos complementarios e intrínsecos de la prueba. En los sistemas que consagran libertad de medios, que implica la de valoración, o sólo ésta, es decir, cuando la ley no los señala taxativamente o al menos no consagra tarifas legales sobre su valor, todos serán idóneos; pero puede ser impertinente una prueba determinada. Cuando la ley procesal enumera los medios admisibles o consagra la tarifa legal, para su valoración, la inconducencia o inidoneidad de ciertas pruebas es frecuente<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> FLORIAN, ob. cit., núms. 20, 125 y 213; FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 108 y 110.

<sup>28</sup> SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 29; DE LA PLAZA, ob. cit., p. 474; FLORIAN, ob. cit., núm. 22.

18) *Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana.* Hubo una larga época en que se ejercía sobre los testigos las más absurdas y hasta crueles coacciones para obligarlos a declarar de acuerdo con el querer del funcionario, y en que el tormento era institución oficial para obtener a todo trance la confesión del acusado de delitos. Su abolición se obtuvo hace relativamente poco tiempo y constituye uno de los más firmes avances hacia la civilización de la justicia. Sin embargo, en las tiranías modernas han surgido otros métodos, que afectan en igual forma la voluntad del acusado, pues consisten en torturas físicas y psíquicas que conducen al colapso moral, o en drogas que eliminan la conciencia y personalidad, como el narcoanálisis. Ambos métodos se dirigen a obtener del sujeto afectado las declaraciones que se le exijan; el moderno sólo se diferencia del antiguo tormento en el refinamiento con que se aplica.

Se comprende fácilmente que métodos como los indicados violan la libertad subjetiva, razón por la cual puede decirse que resultan prohibidos en virtud del principio anterior; pero es mejor repudiarlos con base en el que ahora enunciamos, porque a aquél le hemos dado un sentido diferente.

Este principio de la naturalidad o espontaneidad de la prueba incluye la prohibición y sanción de testimonios, dictámenes periciales, traducciones o copias, que hayan sido falsificados o alterados, sea en virtud de dinero o de beneficios de otro orden, o mediante amenazas al testigo o al perito, hechos que constituyen delitos. Igualmente implica este principio la prohibición de alterar materialmente las cosas u objetos que han de servir de prueba, como ciertas huellas, el documento original, el muro o la cerca que sirven de linderos, etcétera, hechos que también constituyen delitos. En estos dos aspectos se identifica con el principio de la probidad y veracidad de la prueba, que ya estudiamos.

En resumen, este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que lo viole debe ser considerada ilícita y, por tanto, sin valor jurídico, como enseñan autorizados expositores. Por esta razón, entre

las posibles clasificaciones de las pruebas incluimos la de lícitas e ilícitas<sup>29</sup> y es requisito para su validez.

19) *Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba.* Debe tenerse cuidado de no confundir este principio con el anterior, para que no resulte una aparente contradicción entre ellos. En virtud de él, los documentos, las cosas y, en ocasiones la persona física, cuando es objeto de prueba (para exámenes médicos, por ejemplo), deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso. Es consecuencia de los principios ya vistos sobre la comunidad de la prueba, la lealtad y probidad de las partes y el interés público que en ella existe; permite al juez el allanamiento de inmuebles, el acceso a los archivos públicos y privados, e imponer ciertas coacciones a las partes y testigos para que comparezcan a absolver interrogatorios o a reconocer firmas, y para que suministren los objetos, escritos o libros de contabilidad, cuya exhibición se ha decretado. Es más efectivo en los procesos penales y en los civiles inquisitivos, pero tiene aplicaciones importantes en el civil dispositivo. Si la suerte del proceso y de la justicia que con él se quiere impartir dependen de la prueba, es absurdo que el juez carezca de facultades para obtenerla.

Las coacciones utilizadas consisten generalmente en multas, en la consecuencia jurídica de dar por reconocido el documento o por confesado el hecho, y en la pérdida de oportunidades procesales. Pero es admisible y así lo autorizan nuestros códigos de procedimiento, que se recurra a conducir por la fuerza al testigo o a la parte ante el funcionario judicial y, más todavía, que se le apremie con multas para que declare de modo preciso y sin evasivas, siempre que luego no se utilice coacción alguna para obtener su declaración en determinado sentido, como se hizo en épocas antiguas, inclusive con el uso del tormento<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> ROCHA, *Derecho probatorio*, ed. cit., ps. 176-177; FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 110-113; CORDERO, Franco, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, t. I, núms. 23-27, y t. II, núms. 1-11; ALTAVILLA, Enrico, *Psychologie judiciaire*, París, 1959, Cap. IV, núms. 1-9; BAUDOUIN, Jean Louis, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, París, 1965, p. 3; CARNELUTTI, *Rivista de diritto processuale civile*, 1935, ps. 62-63, y 1961, p. 625; AMARAL SANTOS, Moacyr, *Prova judiciaria no civil e comercial*, 3ª ed., cit., t. I, núm. 8, p. 20.

<sup>30</sup> WIGMORE, *Code of evidence*, ed. cit., núm. 11, p. LXXII; SENTIS MELEN-

20) *Principio de la inmaculación de la prueba.* Como una aplicación del principio ingeniosamente denominado por Ayarragaray de la inmaculación del proceso, enunciamos éste, particularmente aplicado a la prueba, para indicar que por obvias razones de economía procesal debe procurarse que los medios allegados al proceso estén libres de vicios intrínsecos y extrínsecos que los hagan ineficaces o nulos<sup>31</sup>.

21) *Principio de la evaluación o apreciación de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica.* Cualquiera que sea el sistema legislativo que rija y la naturaleza civil o penal del proceso, la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción al juez, sobre los hechos que interesan al proceso. En el capítulo siguiente examinaremos los sistemas para la valoración de la prueba.

No se concibe un proceso moderno (civil, penal, laboral, etc.), sin que el juez tenga libertad para apreciar las pruebas allegadas, conforme a las reglas de la sana crítica, y facultades inquisitivas para conseguirlas<sup>32</sup>. Ambas existen en los actuales Códigos de Procedimiento Civil, Laboral, Penal y de Comercio de Colombia y se aplican a los procesos contencioso-administrativos (véanse núms. 12 y 19 a 22); pero la primera se limita cuando la ley exige documento como solemnidad *ad substantiam actus*.

21)a. En cuanto al régimen de apreciación de la prueba, ver núm. 3)a.

22) *Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad.* La igualdad de oportunidades en materia de pruebas no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la necesidad de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea

DO, *La tortura como institución judicial*, en *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, 1959, t. I, núms. 559 y 577; COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948-1950, t. II, ps. 137, 139 y 144; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, p. 469; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, núm. 129; MICHELI, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, núm. 23, ps. 125 y 156; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, p. 206.

<sup>31</sup> AYARRAGARAY, *El principio de la inmaculación en el proceso*, Buenos Aires, 1959.

<sup>32</sup> Véanse citas en capítulo siguiente.

porque los invoca a su favor o porque de ellos se deduce lo que pide, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad o es una negación indefinida. De esto resulta el principio de la carga de la prueba, que contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual, cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte. Por otro aspecto, implica este principio la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer que si no aparece en éste la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados a su vez por el contrario, pueden perjudicarlas, recibirán una decisión desfavorable; puede decirse que a las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo (véase Cap. XVI).

Se trata de un principio fundamental en el proceso civil, aplicable también en el penal y laboral, en virtud del cual se le permite al juez cumplir su función de resolver el litigio o la acusación, cuando falte la prueba, sin tener que recurrir a un *non liquet*, es decir, a abstenerse de resolver en el fondo, lo cual pecaría contra los principios de la economía procesal y de la eficacia de la función jurisdiccional<sup>33</sup>. En lo penal el primer aspecto se confunde con el principio *in dubio pro reo*, porque significa que si el Estado no prueba plenamente la responsabilidad del procesado, éste debe ser absuelto.

Pero el *in dubio pro reo* es más amplio, pues se refiere a todos los aspectos procesales y sustanciales<sup>34</sup>.

22)a. Sin perjuicio de lo que se anotará en el Capítulo XVI, donde remitimos, consignamos ahora que determinan expresamente normas que regulan la carga probatoria: ARG (NAC, 377; BUE, 375); BOL, 375; BRA, 333; COL, 177; ECU, 114; GUA, 126; MEX, 281 y 282; PER, 338; URU, 329.

<sup>33</sup> SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 26; CASTRO MENDES, ob. cit., ps. 162-163; FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 577; SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, ps. 19 y 238; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1959, ps. 115 y 120 (véase núm. 71 y Cap. XLVII).

<sup>34</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *Estudio sobre el brocardico "in dubio pro reo"*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1971, núm. 103, ps. 503-571.

23) *Principio de la oralidad o la escritura.* Como un aspecto del sistema oral o escrito del proceso, puede enunciarse este principio en relación con la prueba.

Sin la menor duda, el sistema oral favorece la inmediación, la contradicción y la mayor eficacia de la prueba, por lo cual debe aplicarse para la recepción, en audiencia de las pruebas personales (testimonios, interrogatorios de partes y peritaciones).

24) *Principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas.* Es uno de los fundamentos, no sólo de la prueba, sino del proceso en general; significa que el juez debe tener facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente, y que es un deber suyo ejercitarlas cuando sean necesarias o convenientes para verificar la realidad de los hechos alegados o investigados. Lo examinaremos en el próximo capítulo.

#### **14. Conclusión sobre este capítulo**

De la lectura de los veinticuatro principios generales de la prueba judicial examinados en este capítulo, se obtiene la conclusión obvia de que sí existe una teoría general de la prueba, aplicable a los procesos civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, fiscales, etcétera, no obstante las diferencias que en sus procedimientos subsisten, como lo expusimos antes<sup>35</sup>.

No se trata de simples elucubraciones teóricas, porque es a la luz de estos principios cómo el juez y el abogado podrán orientar su criterio para la producción, recepción y valoración de la prueba; gracias a ellos podrán despejar muchas dudas y resolver muchos de los problemas que esta complicada materia les presenta, en el diario desempeño de sus funciones.

<sup>35</sup> VIERA, ob. cit., ps. 73-74.

## CAPÍTULO V

### LOS DOS SISTEMAS FUNDAMENTALES PARA LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA JUDICIAL

#### 15. Sistema dispositivo o inquisitivo

En algunas etapas históricas del derecho procesal ha prevalecido el sistema dispositivo, que en sentido amplio pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso, además de la aportación de las pruebas; en otras, en cambio, se le han otorgado al juez facultades oficiosas en esos diversos aspectos, lo cual caracteriza el sistema inquisitivo.

Estos sistemas son fundamentales para la regulación de la cuestión probatoria del proceso, tanto civil como penal, y, por lo tanto, para la conformación general del procedimiento, cuyo aspecto quizás más importante es el de las pruebas, ya que de ellas depende el buen éxito o el fracaso de aquél.

Lo mismo para los procesos laborales, contencioso-administrativos, fiscales, etcétera.

Desde hace cuatro siglos, nadie discute la conveniencia y aun la necesidad de imponer el principio inquisitivo en materias penales; también para los procesos laboral y fiscal se admite sin objeciones. En cambio, ha sido tortuoso y difícil el camino que han tenido que recorrer los juristas para llegar a la implantación de ese principio en el proceso civil; no obstante, ya aparece consagrado, entre otros, en los modernos códigos de Alemania, Australia, Italia, Austria, Rusia, Francia, Portugal, Brasil, Argentina, México y Colombia, y, tímidamente, como nor-

ma de excepción, en muchos otros más viejos como el español, el venezolano, el peruano, etcétera, a través de las providencias “para mejor proveer”, que por lo general la jurisprudencia aplica con criterio extensivo, para obtener la máxima amplitud de las normas legales que las autorizan.

## 16. Los dos aspectos del principio dispositivo

Nos parece indispensable llamar la atención sobre la existencia, no discutida por los procesalistas contemporáneos, de dos aspectos de lo que generalmente se denomina principio dispositivo. El primero de ellos mira a la necesidad de la demanda para la iniciación del proceso, lo mismo que a la obligación del juez de limitar su decisión a las peticiones del actor y las excepciones del demandado, o principio de la congruencia (en Europa se exige que las excepciones hayan sido propuestas por el demandado, pero preferimos el sistema colombiano, que deja en libertad al juez para declarar oficiosamente las que encuentre probadas, salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa).

Dichos requisitos se expresan en los aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* y *ne eat iudex ultra petita partium*. Y mira también al derecho de las partes para disponer del proceso, poniéndole fin por desistimiento o transacción. Este aspecto debe conservarse. El segundo aspecto se refiere a los poderes exclusivos de las partes sobre el elemento probatorio del proceso, y deja al juez inerte ante el combate judicial, que reviste así un interés netamente privado; no hay razón para que este aspecto subsista hoy en el proceso civil y menos en los demás<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1943, t. I, núm. 58; CARNACINI, *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, México, *Revista de la Facultad de Derecho*, oct.-dic., 1953, ps. 149-160; NORMAND, Jacques, *Le juge et le litige*, París, 1955, ps. 41-60; DE CASTRO MENDES, João, *Do conceito de prova em processo civil*, ed. cit., núms. 21-24; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, t. I, ps. 353-373; SENTÍS MELLENDO, *El proceso civil*, Buenos Aires, 1957, p. 162; RODRÍGUEZ U., José, *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Valencia, Venezuela, 1968, y muchos otros (véase abundante bibliografía en nuestra *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, Cap. V, y en nuestro *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. V, Cap. XXXV).

Sin embargo, para que se considere dispositivo un proceso es lo principal que se limite a las partes la facultad de disponer y promover el elemento probatorio; para considerarlo inquisitivo lo es que se permita la investigación oficiosa de los hechos por el juez. Es decir, para la calificación del sistema se atiende principalmente al segundo aspecto.

### **17. Objeciones al proceso civil inquisitivo en materia de pruebas y su refutación**

Las objeciones contra las facultades oficiosas del juez en la producción de la prueba para el proceso civil se reducen a éstas: que se trata de un litigio de interés privado, y que, por lo tanto, las partes deben ser libres de manejarlo según su leal saber y entender; que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio, y que, por consiguiente, el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aporten, para no romper su indispensable imparcialidad o neutralidad<sup>37</sup>.

Tales razones son de tan débil contextura, que no resisten el menor análisis. Se basan en la tesis, ya completamente rectificada, de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses particulares. Pero hace ya más de cincuenta años que la doctrina universal archivó esa concepción privatista y la sustituyó por la publicista, que ve en el proceso civil el ejercicio de la jurisdicción del Estado, en interés público o general: obtener la adecuada aplicación de la ley material y la recta justicia en los casos particulares, para mantener la paz y la tranquilidad sociales.

Refutado el viejo concepto privatista del proceso civil, caen por su base los argumentos de quienes desean mantener maniatado al juez ante el debate probatorio. Además, la imparcialidad no se opone al descubrimiento de la verdad y nadie tiene derecho a ocultarla para que el juez declare cierto el hecho que no lo es, y viceversa.

Creemos que la democracia política, y, más concretamente, el principio de la igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se

<sup>37</sup> PLANIOL y RIPERT, *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, t. VII, ps. 758 y 759; BONNIER, *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, 1913-1914, t. I, núm. 97, p. 146.

hacen efectivos otorgándole al juez facultades para hacer efectiva la igualdad de las partes y para que triunfe la verdad y la justicia, con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado.

Muy importante es la circunstancia de que se consagre como un deber del juez, en ambas instancias, el utilizar esas facultades inquisitivas probatorias siempre que resulten convenientes "para verificar los hechos alegados por las partes y para evitar nulidades y providencias inhibitorias"<sup>38</sup>.

La única limitación que suele consagrarse en los procesos no penales al ejercicio por los jueces y magistrados de la facultad oficiosa para decretar pruebas, "en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar", es en materia de testimonios de terceros, para los cuales en procesos no penales se exige que sus nombres "aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes" (memoriales, manifestaciones en diligencias o audiencias o en interrogatorios a otros testigos, etc.). Por consiguiente, no es cierto que para decretar pruebas oficiosamente se requiera que las partes hayan pedido otras; éste es el absurdo criterio que imperó para los autos para mejor proveer, que ya era errado entonces. Los jueces y magistrados pueden y deben suplir la total o parcial inactividad probatoria de las partes, pues su función es buscar en lo posible la verdad respecto a los hechos alegados sobre los cuales deben basar su sentencia o la decisión del incidente. El criterio contrario equivale a traicionar y pretender burlar el carácter ampliamente inquisitivo probatorio del actual proceso civil y debe rechazarse. Nada impide que se decreten oficiosamente pruebas pedidas extemporáneamente por las partes, o la repetición de pruebas practicadas ilegalmente; por el contrario, si el juez o magistrado considera que esas pruebas son convenientes para esclarecer la verdad o verificar los hechos que deben servir de base a su sentencia o al auto que decida un incidente, es un deber suyo decretarlas oficiosamente. Pero es discrecional del

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso e ideologia*, ps. 143-168, Il Mulino, Bologna, 1969.

juez la apreciación de esa conveniencia con imparcialidad y buena fe; jamás con arbitrariedad.

Nada impide que las partes le soliciten al juez o magistrado que haga uso de su facultad oficiosa y les insinúen las pruebas que faltan por practicarse; si el juzgador las considera útiles para llegar a la verdad de los hechos y por tanto a la sentencia justa, tiene el deber de decretarlas de oficio.

Precisamente hemos dicho que esta facultad inquisitiva probatoria se otorga principalmente como una defensa indispensable a las partes pobres y débiles del proceso, cuyos abogados puedan incurrir en olvidos, inactividades y hasta connivencias dolosas, pero también para los casos en que tales situaciones se presenten en los abogados de la parte rica o poderosa. Es una facultad fundamentalmente orientada a suplir los errores, olvidos, inactividades y dolos de los apoderados, en razón del interés público que existe en que la sentencia sea verdaderamente justa de acuerdo con la realidad de los hechos y no con la simple apariencia que presente una prueba incompleta. Toda limitación a tal facultad, distinta a la mencionada en materia de testimonios, es arbitraria y contraria a los fines perseguidos por el legislador al otorgarla generosamente<sup>39</sup>.

17)a. "Disposición" e "inquisición" son nombres que se otorgan doctrinalmente a una de las más importantes cuestiones que presenta el proceso moderno, considerado —con prescindencia de su fin— como medio de debate dialéctico entre dos partes en pie de igualdad ante un tercero imparcial. No obstante el carácter de principio que le otorgan pacíficamente doctrina y legislación a ambos vocablos, lo cierto es que constituyen términos opuestos de una misma regla técnica de debate que establece no sólo quién puede incoar el proceso sino también quién puede o debe aportar pruebas a dicho proceso.

<sup>39</sup> DEVIS ECHANDÍA, *Procesos y deficiencias de nuestra justicia civil*, publicado en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, año 1975, y en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1976, núm. 1. Véase también el tomo III del *Compendio de derecho procesal*, núms. 1 y 9, en donde explicamos que se trata de uno de los principios fundamentales que orientaron la redacción del Código colombiano de 1970.

Para mejor comprender lo que luego diremos, es menester recordar que en la historia procesal, disposición e inquisición —a la manera de poderosos partidos políticos— aparecen siempre como bandos contrapuestos que ganan más o menos adeptos según las circunstancias filosóficas o políticas que imperan en un tiempo y lugar dados, que gobiernan alternadamente, que se soportan de modo recíproco, simulando no pocas veces que hasta pueden llegar a convivir pacíficamente.

Tanto es así, que superado ya el tiempo de legislaciones que adoptan una disponibilidad absoluta y lejos aún de hallar un concierto mayoritario de códigos que establezcan también absolutamente el método inquisitivo —en rigor, los hay en escasísimo número en materia civil— la realidad jurídica demuestra que al día de hoy ambos sistemas se entremezclan. Y así es como resulta inexorable la referencia de los autores a que tal o cual ley es “predominantemente dispositiva, con algunas pautas inquisitivas”, o, por lo contrario, “que es fundamentalmente inquisitiva con algunos rasgos dispositivos...” Y es que, siguiendo esta corriente legislativa contemporánea —y si se nos dispensa de seguir con la metáfora política— se afirma que, tal como acontece en esa área, disposición e inquisición son posiciones extremas y, como tales, ambas negativas. De allí que, desde antaño, abundan los *centristas*, embarcados en la tarea de lograr lo que creen es adecuado equilibrio y armónica convivencia entre ambos... No resulta difícil, entonces, advertir que la tenacidad de estos predicadores ha fecundado prolíficamente en el pensamiento de los más eximios procesalistas: a fuerza de una empeñada reiteración, esa idea de *equilibrio*, de *saludable medio* entre los dos extremos, se ha convertido casi en una especie de dogma: para constatarlo, basta leer la exposición de motivos de algunos códigos actuales, considerados ultramodernos: como virtud mayor, seguramente se señala que el tal cuerpo legal, a la par que recibe valiosas pautas dispositivas, no deja de recoger los no menos valiosos aportes del método inquisitivo.

Creemos que tal posición doctrinal y las consecuentes afirmaciones consignadas precedentemente son inexactas pues, como todas las reglas de debate procesal (oralidad o escritura; mediación o inmediatez; etc.), disposición e inquisición son *métodos incompatibles* entre sí (nada puede ser una cosa y otra al mismo

tiempo...). Queremos significar con esto que mientras otras polaridades (oralidad y escritura, por ejemplo) y no otras (mediación e intermediación, por ejemplo) pueden combinarse entre sí en un sistema que acentúe el predominio de una sobre otra en ciertas etapas del proceso, no resulta lógica ni racionalmente posible en el caso de la polaridad *disposición-inquisición*. La pretendida armónica convivencia entre ellos no puede darse jamás porque cada uno atenta tanto contra el otro que aquel perseguido equilibrio no es tal sino una simple y deplorable *incoherencia sistemática*.

Para persuadir al lector sobre la exactitud de esta idea, recurrimos a un ejemplo cualquiera: cuando un código contiene en materia probatoria normas de neto corte dispositivo (referidas a la carga, plazos, negligencia, caducidad, etc.) y al mismo tiempo un solo artículo otorgando al juez amplísimas facultades para ordenar cualesquiera medidas conducentes a la investigación de la *verdad real*, no dudamos de que abundarían al respecto elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio que luce el código de referencia pues, a la par de recibir las pautas tradicionales en materia probatoria (entiéndase método dispositivo), recoge las ideas más avanzadas que concuerdan en otorgar al juez una mayor cantidad de poderes en orden al conocimiento de los hechos (léase método inquisitivo). Una afirmación semejante nos parece absurda, pues refiere a un sistema ilógico. ¿No es exacto, acaso, que aquella norma que confiere amplios poderes oficiosos al juez, brindándole la posibilidad de probar en cualquier momento la existencia de un hecho, tiene la virtualidad de tirar a la basura todas las normas dedicadas a la prueba, donde se consagran cargas, plazos, negligencia, caducidad, etcétera? O, a la inversa, si consideramos vigentes éstas, ¿no implica borrar de un plumazo la que confiere amplias facultades al juez?

En un planteo puramente académico, ya enseñaba Hugo Alsina que, conforme al método dispositivo, las partes no sólo son dueñas de la acción, a la que pueden dar vida y extinción, sino que también fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso según que denuncien o no el incumplimiento por la parte contraria de una carga procesal. Se advierte así que el principal efecto de este método es la limitación de los poderes del juez: no procede de

oficio y sólo conoce el litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer, de tal manera que los hechos incontrovertidos deben ser admitidos como ciertos y las afirmaciones y las pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia.

Por lo contrario, en el sistema inquisitivo, el juez no sólo tiene la iniciativa sino también el deber de investigar los hechos, de formar el material de conocimiento y de adoptar las medidas tendientes a hacer efectivo el avance del procedimiento.

Reiteramos aquí que la doctrina contemporánea ha entendido que no es conveniente un *sistema puro* y que, por el contrario, la interpenetración de las pautas del uno en el otro concilia de manera adecuada los intereses del individuo con el interés del Estado. Este pensamiento revela que, así las cosas, el método dispositivo no sería de la *esencia* del proceso civil sino tan sólo un criterio directivo que puede variar con las circunstancias y que es susceptible de ser atenuado, otorgándole al juez mayor cantidad de poderes.

Otra vez decimos que tal concepción no nos parece correcta, al menos como se la presenta en doctrina. Al caracterizar el método dispositivo como una técnica de debate (que resulta esencial en el proceso civil), no es susceptible de ser morigerado inyectándole pautas de otra técnica extraña y antagónica (método inquisitivo): lo único que así se logra es distorsionar el sistema y hacerlo incoherente.

Como tal vez la respuesta al problema que presenta la bipolaridad que nos ocupa no pueda ser estricta desde un punto de vista académico, veamos si podemos lograrla mediante un enfoque de carácter político, que intentaremos a continuación.

No por histórica resulta menos célebre la ardua polémica que sobre el tema mantuvieran en la década de los '40 los italianos Allorio y Satta. En efecto, esos ardorosos coloquios y agrios soliloquios, revelan que la cuestión lisa y llanamente podría plantearse en estos términos: cualquier hombre común podría pensar con buena lógica: "Los tribunales están instituidos para que yo, Pedro, pueda obtener la condena de Juan o embargarle sus bienes". Pues bien, esta simple y sencilla fórmula, ha sido tan distorsionada por la escuela publicística en su propósito (netamente político) de instaurar un proceso civil inquisitivo que, a la

postre, quedaría convertida así: “Yo, Pedro, acciono para que el Estado pueda alcanzar su fin de condenar a Juan o de embargarle sus bienes”.

Obsérvese la agudeza del pensamiento de Lascano, cuando dice: “Los litigios no son tales o no interesan al Estado, sino en cuanto trascienden al público por la manifestación de uno de los interesados, por lo menos, de que sea resuelto por el órgano jurisdiccional [...] La demanda judicial es el medio por el que se manifiesta o exterioriza la existencia del conflicto. Sin ella no hay litigio (no hay conflicto justiciable), porque ¿cómo y hasta dónde podría el órgano estatal apreciar la necesidad o conveniencia de hacer desaparecer las diferencias que separan a las partes? ¿Se concibe al juez obligando a Juan a devolver el dinero que debe a Pedro sin que éste lo exija? Admitir esa posibilidad, aparte de que echaría por tierra instituciones como la donación y la prescripción que el Código Civil regula, importaría trastornar el ordenamiento jurídico que considera al individuo como un ser libre y capaz de conocer sus conveniencias y necesidades”.

Pues bien, si recordamos que el derecho de acción es la facultad del individuo de procurar la garantía jurisdiccional del Estado, se concluye que el proceso *sirve* a las partes y no las partes al proceso. Si esto es exacto, resulta obvio que ellas pueden disponer del proceso (tanto es así que el actor puede no iniciarlo —nadie lo construye a que lo haga—, pero además, pueden desistir de común acuerdo de él... Pero, por si fuera poco, pueden convenir en recurrir al arbitraje privado).

Y bien, si quien puede lo más puede lo menos, resulta claro que también las partes pueden, por ejemplo, prorrogar de común acuerdo los plazos, por más que ellos sean perentorios e improrrogables (afirmación que resultaría extravagante a la luz del principio inquisitivo).

Así entendido el proceso civil, la intervención del juez en la actividad que sólo a las partes concierne (afirmar, contestar, probar, alegar, etc.), se convierte, sin más ni más, en un trato desigual: y ello es tan claro que pareciera no requerir demostración alguna a poco que se piense que si el sistema procesal otorga idénticas oportunidades a los litigantes para ofrecer y producir su prueba, la circunstancia de que el juez, por las suyas,

produzca otra, coloca necesariamente en situación desventajosa a una de las dos.

Desde luego, con esto no queremos significar que el juez sea un convidado de piedra.

Muy por el contrario, pero como la reflexión se vincula con un aspecto conexo, cual es la llamada "publicización" del proceso, a renglón seguido lo abordaremos.

Tradicionalmente *publicización* y *principio inquisitivo* han sido considerados como causa y efecto de la mayor cantidad de poderes que se le han conferido al juez. Esto vendría a significar que, aparentemente, la publicización está reñida con el principio dispositivo. Pero, en rigor, ello no es más que una apariencia, a poco que se tenga en cuenta lo siguiente:

La publicización del proceso (que no es más que un aspecto de la publicización del Derecho en general) significa la mayor preocupación del Estado por la real vigencia del Derecho objetivo y la eficaz protección de los derechos subjetivos. A tenor de esto es que puede considerarse que, por un lado, el proceso es un medio de que se vale el Estado para mantener el orden jurídico que ha establecido; pero, por otro, es un instrumento instituido en favor de los particulares, que se sirven de él para solucionar sus conflictos.

Y si esto es así, el fenómeno de la publicización, trasladado al campo del proceso, no puede constituir otra cosa que la mayor preocupación del Estado para que los procesos que se tramitan ante los estrados jurisdiccionales sirvan con real eficacia para los fines que, según dijimos, éstos deben cumplir.

En ese propósito, el juez no actuará como convidado de piedra. Muy por el contrario. Pero tampoco deberá invadir la esfera que exclusivamente pertenece a las partes (lo que efectivamente sucede cuando se injertan normas inquisitivas en el proceso civil). Pero tendrá, sí, *otras poderes* para ejercer dentro de su órbita, a efectos de asegurar el buen ejercicio de la función jurisdiccional.

David Lascano expresa esta idea con aguda claridad: "A nuestro juicio —dice— la cuestión se resuelve determinando el grado de relación en que se encuentran esas facultades del juez con respecto a la litis y al proceso. Si inciden o influyen sobre el *fondo del*

*asunto*, indudablemente que afectan el derecho de los litigantes, porque el conflicto de intereses, atañe a ellos solamente; si, por lo contrario, no se dirigen al material del juicio sino que se refieren al procedimiento, no salen de la órbita en que deben ejercer su función, porque como órgano de la jurisdicción debe tener el lugar prominente en la conducción y vigilancia del proceso. Esa diferente apreciación, es una consecuencia necesaria de la distinción entre 'litis' y 'proceso', sobre la que Carnelutti construyó su sistema procesal. La litis, es asunto privado; el proceso, en cambio, pertenece al Derecho Público".

De acuerdo con este criterio, puede y debe acordarse al juez el poder de tomar, de oficio, las medidas pertinentes para que se respete la debida audiencia, como también facultarlo para exigir que las partes no se valgan de elementos probatorios prohibidos por la ley, que se respete la buena fe que debe privar en el proceso, que éste sea rápido y económico, etcétera.

Como se advierte de esta ejemplificación, todos estos poderes están encaminados a lograr la efectivización de un procedimiento que pueda ser eficiente antecedente de una sentencia legal (con prescindencia de su justicia).

Tenemos plena conciencia de que resulta extraño a una simple anotación legislativa —cual es la que venimos haciendo— efectuar un extenso desarrollo de una idea. Pero nos pareció imprescindible esta tarea, no sólo por razones editoriales —se intenta presentar la obra concordada con la mayoría de los códigos de América Latina— sino también por razones de utilidad para el lector, pues de no conocer que la base filosófica de la cual parten estos anotadores es contrapuesta a la del autor de la obra, tal vez se vean en la imposibilidad de comprender el porqué y el alcance de las anotaciones que vendrán más adelante.

Devis Echandía se muestra decidido partidario del sistema inquisitivo, y, congruente con su modo de pensar y sentir el problema jurídico, lo ha plasmado en la legislación colombiana al integrar —junto con Hernando Morales Molina, Carlos Ramírez Arcila y otros funcionarios y juristas de renombre— la comisión redactora del Código vigente. Una prolija lectura de su texto revela que, hoy por hoy, es el cuerpo normativo de América que más se acerca a lo que puede considerarse un sistema inquisitivo puro (a nuestro juicio posee ciertos artículos que no permiten alcanzar la total

puridad, ver por ejemplo artículo 179) con el cual concuerda el sistema de apreciación probatoria que consagra (art. 187). Todo lo contrario ocurre en VEN, 11, pues establece que “en materia civil el juez no puede proceder sino a instancia de parte, salvo el caso que la ley lo autorice expresamente para obrar de oficio o cuando, en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar cualquier providencia legal, aunque no la soliciten las partes”.

Veamos qué pasa en otros códigos. ARG (NAC, 36, 2°; BUE, 36, 2°) autoriza al juez, aun sin requerimiento de parte, a “Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, *respetando el derecho de defensa de las partes*. A tal efecto, podrá: a) disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para [...] requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito [...] b) decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos [sólo las personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resulte de otras pruebas producidas, tengan conocimiento de hechos que pueden gravitar en la decisión de la causa, art. 452] [...] peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario; c) mandar [...] que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o terceros...” (NAC, 36). Adviértase en estos códigos que si bien tratan la prueba testimonial de modo similar a COL, lo hacen apartar del sistema al establecer un límite absoluto: el *respeto por el derecho de defensa de las partes*. Volveremos sobre el tema.

Continuando con otros códigos, ARG (SFE, 20) establece que los jueces pueden, “para mejor proveer, ordenar que se practique cualquier diligencia que estimen conducente y que no sea prohibida por derecho...”, con la limitación jurisprudencial de los requisitos que luego se enumeran. De tal modo, por ejemplo, carece de posibilidad de ordenar una prueba no ofrecida por la parte o, en caso de haber sido ofrecida por ésta, si fue negligente en su producción.

En términos parecidos se expresa CHI, 159. BOL se acerca más al sistema de COL al tratar el tema en los artículos 2°, 3°, 370 y 378. BRA también consagra el sistema mixto: en tanto los artículos 2° y 262 consagran la iniciativa de parte, la última norma

mencionada establece que el proceso se desenvuelve por impulso oficioso. ECU, 120, permite a los jueces ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, exceptuando expresamente la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio.

Más amplio es el régimen de MEX, 278: “para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral”. VEN, 11, establece que “en materia civil el juez no puede proceder sino a instancia de parte, salvo el caso que la ley lo autorice expresamente para obrar de oficio o cuando, en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar cualquier providencia legal, aunque no la soliciten las partes”. El sistema aquí implementado se completa en el artículo 12: “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán *escudriñar* en los límites de su oficio, debiendo atenerse a lo alegado y probado en autos [...] sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados”.

Ya hemos dicho precedentemente que, a salvo los sistemas puros o casi puros, siempre que haya mezcla de ingredientes dispositivos e inquisitivos el juez puede realizar todo lo conducente al debate, pero sin interferir en el litigio. Esta actividad se ejerce desde antaño mediante las conocidas “medidas para mejor proveer” (tal como expresamente las denomina SFE, 20), cuya pacífica conceptualización jurisprudencial en ARG determina la concepción doctrinal de sus requisitos que ya hemos enunciado en nuestros *Comentarios...* (t. 1, p. 413).

Es menester: 1) *Que en el litigio se haya ofrecido y producido prueba*. En caso de carencia probatoria—total o parcial— el litigio se resuelve aplicando las reglas del *onus probandi*, haciendo caer sobre el incumplidor los efectos de la carga respectiva. Agregamos que este requisito se relaciona íntimamente con los que enunciaremos a renglón seguido, en orden a que el juez no puede

sustituir la inactividad probatoria de las partes, ni cubrir la negligencia en que ellas hayan incurrido.

2) *Que a pesar de las probanzas rendidas, el juez carezca de convicción firme acerca de la justa solución del litigio.* El requisito no contempla el supuesto de carencia probatoria, sino el de abundancia de medios que se contradicen entre sí, de modo tal que dejan al juez sumido en la perplejidad de la duda, al no saber a quién acordar la razón.

Por supuesto, las medidas a adoptar no deben rebasar su finalidad —obviar la duda— pues de lo contrario se violarían principios constitucionales.

3) *Que se decreten por el juez cuando la causa se halle concluida para sentencia.* Este requisito, expresamente establecido en ARG (CBA, 325), no rige idénticamente en todos los ordenamientos legales ni, por supuesto, constituye pacífica doctrina.

Sin embargo, nos pronunciamos por su inclusión, pues admitimos —congruentes con lo ya expuesto— que una vez que las partes han agotado sus propias posibilidades probatorias, recién se muestra la perspectiva de que el juez se encuentre en estado de duda. Admitir que puedan ser decretadas en cualquier estado del proceso implica la plena adopción del principio inquisitivo del que se halla muy lejos la legislación vigente.

Desde luego, cuando hemos consignado la voz “sentencia” en el título que comentamos, le damos un sentido lato, comprensivo no sólo de la “definitiva” sino también de las “interlocutorias”, pues en cualquiera de ellas puede presentarse el estado de duda al que venimos refiriendo.

4) *Que la medida ordenada tenga únicamente finalidad probatoria.* Éste es el único y definitivo propósito de las “medidas para mejor proveer” y no puede ser rebasado por el querer judicial. Como lo señala Jofré, “a veces se las ha extendido a diligencias no probatorias, dándoseles —maguer ello— la denominación de ‘diligencias para mejor proveer’. Esa frase consagrada por los prácticos primero y por los códigos después, no puede variar el sentido de una actuación ni convertirse en pabellón que cubra cualquier mercancia procesal”.

Con toda claridad expresa Colombo que la función de las medidas para mejor proveer consiste en dotar al juez del poder necesario

para que pueda disipar las dudas que suscita la “prueba producida”, con lo cual, tácitamente, está descartando, en primer lugar, la hipótesis de que no exista ningún tipo de probanzas, y, en segundo lugar, que tales diligencias puedan extenderse a otro ámbito que no sea el probatorio.

Por las mismas razones, creemos improcedente el funcionamiento de las medidas para mejor proveer en las “cuestiones de puro derecho”. Y ello porque, en virtud del principio *iura novit curia*, en estos casos, la carga de las partes sólo consiste en “afirmar los hechos”, no rigiendo para ellos, obviamente, los pesos y contrapesos del *onus probandi*.

5) *Que sea producto del espontáneo sentir del juez*. Lo cual implica que las medidas no pueden ser sugeridas por las partes.

6) *Que la medida ordenada sea legal*. Es decir que no se encuentre prohibida por el derecho.

7) *Que se mantenga la igualdad de las partes*. Este requisito se impone por la esencia misma de la actividad jurisdiccional, equidistante de la que cumplen las partes interesadas, pues ya hemos visto que el instituto no tiene por finalidad suplir las deficiencias técnicas de la defensa.

Sentís Melendo parte del supuesto de que un juez imparcial, al acordar medidas para mejor proveer, debe tener especial preocupación por mantener su imparcialidad, pues este recaudo debe presidir toda su actuación. De tal modo, no debe suplir la inactividad de las partes ni lograr cubrir la negligencia de ellas; sólo así logrará mantener un perfecto equilibrio en la situación probatoria de los litigantes.

Y es que la parte a quien una diligencia para mejor proveer coloca en condiciones de inferioridad, considera siempre que el magistrado ha comprometido su imparcialidad. Es necesario, por ello, prevenir esta suposición con una noción lo más firme posible. De allí que se haya dicho que “las facultades conferidas por la ley no deben ser ejercitadas por los jueces, a fin de no verse acercados –aun sin quererlo– a una de las partes y por qué no decirlo– para no sentirse menos jueces”.

8) *Que en la producción de la medida ordenada para mejor proveer, se otorgue participación a los interesados*. Esto conlleva la necesidad de que toda medida deba ser notificada a las partes

y la de dar a éstas oportunidad de evaluar sus resultados a la par que oponerse a su realización si ellas refieren a hechos no articulados, o si no estuvieren permitidas por la ley; como asimismo, la posibilidad de pedir su ampliación.

### **18. Sistemas de la tarifa legal y de la libre valoración de las pruebas por el juez**

a) *En qué consisten estos sistemas.* Es ésta la segunda característica fundamental de la regulación legislativa de la prueba judicial. Las legislaciones y, en ausencia de éstas, las costumbres judiciales, han regulado esta materia, en una u otra forma, desde tiempos antiquísimos, y lo han hecho, ora sujetando al juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba (que es el sistema conocido como tarifa legal), ora otorgándole, por el contrario, facultades para que haga una libre valoración personal y concreta del material probatorio. Es lógico presumir que la tarifa legal corresponde a civilizaciones organizadas jurídicamente, y que representó un avance en un momento histórico, porque implica una regulación normativa más o menos minuciosa, que no se concibe en sociedades primitivas; pero la civilización occidental ha superado su necesidad desde hace dos siglos y sólo por nefasta tradición se conservó en el proceso civil hasta hace pocos años (véase núm. 11).

Los autores suelen hablar del sistema de las pruebas legales en oposición al de la libre apreciación, denominado también de la apreciación razonada<sup>40</sup>. Pero por pruebas legales se entiende lógicamente el señalamiento por la ley de los medios admisibles en los procesos, sea en forma taxativa o permitiendo la inclusión de otros, a juicio del juez, en oposición a la prueba libre, que implicaría el dejar a las partes en libertad absoluta para escoger los medios con que pretenden obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso. Por esta razón creemos que resulta inapropiado e inconveniente denominar prue-

<sup>40</sup> Entre otros: RICCI, *Tratado de las pruebas*, Madrid, s. f., t. I, núm. 2; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. cit., t. I, p. 70; COULTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, p. 84; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal*, t. II, núm. 59, p. 280; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 462; etc.

bas legales al sistema de la regulación legal del valor de convicción de los medios de prueba y que es mejor hablar de *sistema de tarifa legal de las pruebas*, como también suele denominársele y creemos que es lo mejor, porque así se especifica claramente su significado, o de *sistema de prueba tasada*, como otros prefieren designarlo.

b) *Justificación histórica del sistema de la tarifa legal.* Históricamente el sistema de la tarifa legal de las pruebas, introducido por el proceso inquisitorio, que sustituyó, luego de larga lucha, al acusatorio del período primitivo posterior a la caída del imperio romano, representó un avance trascendental en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados, al excluir los medios bárbaros y fanáticos que caracterizaron aquel período<sup>41</sup>.

c) *Las llamadas ventajas del sistema de la tarifa legal.* Se alega la mayor uniformidad de las decisiones judiciales en cuanto a la prueba se refiere, la seguridad de la mayoría y la paz social a que puede llegarse siguiendo las enseñanzas de la normalidad general que el legislador enuncia basado en las reglas de la experiencia<sup>42</sup>.

Sin embargo, nunca ha de olvidarse que no es la uniformidad sino la justicia de las decisiones lo que importa, y que ésta se aleja de la sentencia en la medida que el juez se encuentra aislado de la realidad por las normas legales probatorias que le señalan los tipos abstractos de verdad, reñidos frecuentemente con la realidad de los hechos.

En cuanto al argumento según el cual se suple la ignorancia o la falta de experiencia de los jueces, si bien tuvo indiscutible vigencia hasta fines del siglo pasado, por la escasez de profesionales del derecho y por el poco desarrollo de las enseñanzas universitarias, de la doctrina y de la misma jurisprudencia, y por la carencia de medios de divulgación escrita de éstas, en la actualidad ya no tiene validez.

<sup>41</sup> FORNATTI, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1956, p. 145; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 167, nota 8°; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, p. 159; GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, ps. 236-237; NORMAND, Jacques, *Le juge et le litige*, Paris, 1965, ps. 233-326.

<sup>42</sup> COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, ps. 84 y 220; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal*, ed. cit., t. II, núm. 59; ALSINA, *Tratado de derecho procesal civil*, Ediar, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 178; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., p. 216; FURNO, ob. cit., núms. 2-7 y 38-40.

El argumento de que por tratarse de cuestiones que interesan al orden público la prueba debe estar reglamentada por el legislador, si bien tiene validez en cuanto a la admisibilidad y presentación de la prueba, porque son dos aspectos del procedimiento judicial, de ninguna manera la tiene en cuanto a su eficacia demostrativa, porque es más justa su apreciación en cada caso.

*Desventajas e inconvenientes de la tarifa legal.* Pueden resumirse en tres los inconvenientes del sistema:

- 1) Mecaniza o automatiza la función del juez en tan importante aspecto del proceso, quitándole personalidad, impidiéndole formarse un criterio personal y obligándole a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado.
- 2) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal, por lo cual la doctrina suele hablar de que, cuando rige la tarifa legal, sólo se consigue la declaración de la verdad formal y no de la verdad real, denominación que es inapropiada e ilógica, porque la verdad es una sola y lo real o formal es la certeza obtenida con uno u otro sistema; por eso Furno propone, con muy buen criterio, hablar más bien de "certeza histórica judicial" (para cuando hay libertad de valoración) y de "certeza histórica legal" (cuando existe tarifa legal)<sup>43</sup>.
- 3) Como consecuencia de ello, se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia; se convierte el proceso en una justa aleatoria, propicia a sorpresas y habilidades reñidas con la ética; se sacrifican los fines naturales de la institución por el respeto a fórmulas abstractas, y se olvida que el derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para lo cual es indispensable que la aplicación de aquél a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad y se haga con justicia. No hay duda de que con este sistema es más difícil obtener esa finalidad.

Debe reconocerse, sin embargo, que cuando se atenúa la tarifa legal, permitiendo al juez rechazar la prueba que aparentemente reúna

<sup>43</sup> FURNO, cita anterior.

los requisitos legales (como dos testimonios uniformes o un dictamen acorde de dos peritos, o varios indicios), por no aparecer convincente su contenido, debido a la falta de fundamento real, lógico o científico (adecuadas circunstancias de tiempo, modo y lugar en el testimonio, fundamentación convincente en el dictamen pericial, etc.), los peligros e inconvenientes del sistema disminuyen, aunque no llegan a desaparecer por completo.

18)a. Dejando de lado toda la legislación de fondo referida a materia probatoria, por exceder notablemente el límite propuesto en estas anotaciones, surge de los diferentes códigos procedimentales que adoptan este sistema de tarifa legal: a) para la *confesión*: ARG (NAC, 413, 417, 423/425; BUE, 411, 415, 421/423; CBA, 225, 229, 236, 239; SFE, 161, 166/168); BOL, 409, 410, 424, 426; BRA, 350; CHI, 398, 399, 400; ECU, 125, 126, 146; GUA, 139; MEX, 402/410; PAR, 139; PER, 378; URU, 434; VEN, 298/301; ESP, 586; b) para la *documental*: ARG (NAC, 393/394; BUE, 391/392; CBA, 245, 249; SFE, 169, 172, 174, 182); BOL, 399/400; BRA, 364, 368, 373, 376; COL, 264, 279; COS, 266, 271; CHI, 346, 352, 427, 429; ECU, 170; GUA, 361 CT; MEX, 328, 411/415; PAR, 140; PER, 401; URU, 350 y 351; ESP, 597/598; c) para la *testimonial*: ARG (NAC, 427; BUE, 425; CBA, 309; SFE, 217); BOL, 445/446; BRA, 401/402, 405; CHI, 357/358, 384; ECU, 232; GUA, 160; PAR, 181; URU, 377; d) para la *indiciaria*: CHI, 426; e) para el *reconocimiento judicial*: MEX, 418, 421; PER, 396; f) para la *pericial*: PAR, 179.

Del análisis comparativo de todos los códigos enunciados precedentemente, surge el de Colombia como el más moderno en materia de valoración probatoria, por ser el que menos tarifa contiene y por el amplio alcance de la regla genérica contenida en el artículo 187: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescriptas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

Volveremos sobre el tema detenidamente, al tratar cada medio de prueba en particular. Por ahora, resta señalar — como se verá en el número siguiente— que el sistema de tarifa —salvo algún caso aislado— refiere sólo a la prueba de confesión y de documentos.

## 19. Características del sistema de la libre apreciación de las pruebas

a) *Su adecuada denominación y sus dos modalidades.* Este sistema puede ser aplicado por jueces de derecho o por jurados de conciencia: la diferencia consiste en la falta de motivación en el segundo caso. Rechazamos, pues, la distinción entre sana crítica y apreciación razonada o libre convicción íntima. La libertad de apreciación no exige de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y a las llamadas máximas generales de la experiencia; es decir, siempre debe existir sana crítica<sup>44</sup> pero puede haber o no obligación de motivar la conclusión que se adopte.

Si la crítica razonada debe hacerla libremente el juez, en nada se limita su libertad al adicionar tal calificativo. De ahí que Framarino diga que el convencimiento judicial no es más que el convencimiento racional en cuanto es necesario para juzgar<sup>45</sup>.

De lo anterior se deduce:

- 1º) Que no existen en realidad sino dos sistemas para la apreciación de las pruebas en los procesos: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación por el juez, denominación ésta que es la más aconsejable;
- 2º) que la libre apreciación debe ser razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología, y no arbitraria, requisitos que no es necesario exigirlos expresamente;
- 3º) que ese proceso de convicción debe explicarse en la motivación del fallo, para cumplir los requisitos de publicidad y contradicción, que forman parte de los principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa;
- 4º) que el sistema de la libre apreciación presenta algunas modalidades cuando los encargados de juzgar son los llamados ju-

<sup>44</sup> FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, t. I, núms. 139 y 166; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 351; CARNELUTTI, *La prueba*, núm. 5, p. 18, e *Instituciones del nuevo proceso civil*, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 263; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal*, ed. cit., t. II, núm. 59, p. 281; GORPHE, *Crítica del testimonio*, Madrid, 1962, ps. 11 y 30; etc.

<sup>45</sup> FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1964, t. I, p. 47.

rados de conciencia, en cuanto están eximidos de motivar la decisión y suelen ser personas de escasa cultura, especialmente en sicología, lógica y derecho (por lo cual es una institución obsoleta, injurídica y peligrosa, que debe abolirse), aunque sin embargo en algunos países, como Colombia, el juez de la causa tiene cierto control sobre las decisiones del jurado, ya que puede rechazar el veredicto declarándolo contrario a la evidencia, a lo menos por una vez.

b) *Las formalidades procesales para la validez de la prueba no son limitaciones al sistema de la libre apreciación*<sup>46</sup>.

Significa esto que también en los sistemas de libre valoración por el juez, de acuerdo con la sana crítica, como ocurre en Colombia, existen formalidades procesales para su presentación, admisión, decreto y práctica, las cuales deben cumplirse para que resulten eficaces para formar la convicción del juez e inclusive para su validez, como lo exponemos al estudiar los requisitos propios de cada medio de prueba (véanse núms. 135-136, 162-163, 188-189, 221-222, 246, 262-263 y 303-304). Pero si una prueba mal allegada es importante para decidir con justicia, puede el juez o tribunal decretar oficiosamente su repetición o tenerla como prueba si ya está presentada. E inclusive es un deber del juez obrar así.

c) *Tampoco lo es el señalamiento de los medios de prueba*. Puede decirse que la libertad de medios de prueba o el sistema de la prueba libre es un complemento ideal del sistema de la libre apreciación y esto ocurre en nuestros procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; pero éste puede existir sin aquél.

d) *Las normas contenidas en los códigos sustanciales, sobre formalidades para la validez de ciertos actos o contratos, no excluyen la libre apreciación procesal*. El juez no puede declarar que existe el contrato, cuando la ley sustancial dice que sin la formalidad especial no tiene nacimiento, pero en este caso se trata de una cuestión sustancial y no simplemente probatoria<sup>47</sup>.

No hay, en nuestra opinión, más probabilidades de arbitrariedad

<sup>46</sup> ROCHA, ob. cit., p. 50; FRAMARINO, ob. cit., ps. 104 y 105.

<sup>47</sup> FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 169.

ni mayor incertidumbre con el sistema de la libre apreciación, correctamente entendido y aplicado, que con el de la tarifa legal. Si el juez es ignorante, tampoco aplicará correctamente la valoración indicada en la tarifa legal, y si quiere obrar con parcialidad o mala fe, encontrará la manera de hacerlo, dándole una motivación caprichosa y arbitraria a la sentencia, con ambos sistemas. Esto lo prueba la experiencia de siglos. Podrían contarse por millares, en cada país, las personas que han sufrido la mala justicia y el atropello judicial, o que se han beneficiado de la indulgencia de los jueces penales, durante la vigencia del sistema de la tarifa legal.

El sistema no excluye la prudente costumbre de preconstituir pruebas seguras y veraces, y en cambio elimina el peligro, muy frecuente en el sistema de la tarifa legal, de que se desvíe la justicia mediante la preparación de pruebas formalmente obligatorias, pero de contenido falso o carente de fuerza de convicción.

Bien entendido el sistema de la libre apreciación por el juez, no presenta inconvenientes ni peligros que sean ajenos al de la tarifa legal y, en cambio, evita los que son inseparables de éste; por ello hemos sido siempre decididos partidarios de implantarlo en todos los códigos de procedimiento civil y con mayor razón en los laborales, contencioso-administrativos, fiscales, de aduanas y, obviamente, en los de procedimientos penal común o militar. Por fortuna, ésta es ya una conquista de nuestra legislación procesal, y de la mayoría de los demás países<sup>48</sup>.

19)a. Resaltando nuevamente que COL lidera el resto de Códigos de América por virtud del sistema de valoración adoptado en su artículo 187 ya transcripto en número 18 –repetido en GUA, 127–, señalaremos aquí las normas contenidas en leyes procesales que expresamente adoptan el método de la sana crítica: a) para la *confesional*: BRA, 353; VEN, 301; b) para la *documental*: ARG (SFE, 181); BRA, 386; COL, 261, 264; MEX, 420; c) para la *testimonial*: ARG (NAC, 456; BUE, 456; CBA, 314; SFE, 224); BOL, 476; COL, 216; COS, 325; ECU, 228; GUA, 161; MEX, 424; PAR, 205; PER, 490; URU, 403; VEN, 367; ESP, 659; d) para la *pericial*: ARG (NAC, 477; BUE, 474; CBA, 283;

<sup>48</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso e ideología*, Il Mulino, Bologna, 1969, ps. 218-221.

SFE, 196, 199); BOL, 441; BRA, 436, 439; COL, 241; COS, 283, 300; CHI, 422, 425; ECU, 283; GUA, 170; MEX, 344, 419; PER, 504; URU, 429; ESP, 632; e) para la *indiciaria*: ARG (SFE, 226); BOL, 477; COL, 250; ECU, 283; f) para la *informativa*: COL, 278; GUA, 127; g) para el *reconocimiento judicial*: CHI, 408; GUA, 427; MEX, 355; ESP, 609.

## **20. Aplicación de los anteriores sistemas en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos colombianos y argentinos**

Les corresponde a Colombia y Argentina un puesto en la vanguardia del progreso procesal en estas ramas, gracias a los nuevos Códigos de Procedimiento Civil en cuanto a valoración y a decreto oficioso de pruebas.

## **21. En el proceso penal debe existir libre apreciación y libertad de decretar pruebas de oficio**

Totalmente absurdo resulta el sistema de tarifa legal en el proceso penal. Siglo y medio de atraso en el movimiento jurídico penal del mundo. Estos dos principios sacaron el proceso penal de la etapa medioeval.

## **22. Conclusiones sobre este capítulo**

Para que triunfe la verdad, para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea éste una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable que, además de la libre apreciación de las pruebas, el juez siempre disponga de facultades inquisitivas para allegar las que, conforme su leal saber y entender, considere convenientes al esclarecimiento de los hechos que las partes alegan (afirman o niegan). Sólo así se obtendrá la igualdad de las partes en el proceso y la verdadera democracia en la justicia.

Los países que no han introducido estas dos reformas en el proceso civil están empleando el caduco e inservible criterio de la libertad individual, por fortuna superado ya en los campos económico y social,

pues en la práctica se traducen en una desigualdad adversa a los pobres o más débiles.

Sin estas dos facultades, la justicia depende de los errores o de las habilidades de los abogados en materia de pruebas, y no del juez; la función de éste se reduce a reconocer al vencedor, más fuerte y más capaz, y es una modalidad de los duelos judiciales, que resultan diversos en cuanto a las armas empleadas, pero idénticos en cuanto al resultado absurdo e injusto. En un sistema dispositivo riguroso y con tarifa legal, no puede decirse que el juez administra justicia por autoridad de la ley, sino que reconoce la justicia que las partes obtienen por su propio esfuerzo y tanto la naturaleza que al proceso y a la jurisdicción les reconoce la doctrina moderna, como el fin que unánimemente les asigna, resultan completamente desvirtuados<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Puede consultarse la abundante bibliografía que citamos en nuestra *Teoría general de la prueba judicial*, ed. cit., Cap. V, y en nuestro *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. V, Cap. XXXV. Un estudio completo y magnífico sobre valoración o apreciación de las pruebas judiciales es el de Santiago SENTÍS MELENDO, publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1976, núms. 2 y 3, ps. 267-367.

## CAPÍTULO VI

### OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL. QUÉ PUEDE SER PROBADO

#### 23. Conveniencia de distinguir adecuadamente las nociones de objeto, tema o necesidad y carga de la prueba

La frecuente confusión entre las nociones de objeto, necesidad o tema y carga de la prueba, conduce a desvirtuar la noción misma de la prueba judicial e impide un adecuado entendimiento de esta materia. De ahí que nos parece indispensable separarlas y explicarlas en sus delineamientos particulares.

Sin perjuicio de ahondar luego en la materia, creemos que pueden precisarse suficientemente las tres nociones en breves palabras:

a) *Por objeto de la prueba* debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de la prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual.

b) *Por necesidad o tema de la prueba (thema probandum)* se entiende lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir; es también una noción objetiva, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la

prueba de esos hechos, sino en general el panorama probatorio del proceso; pero concreta, porque recae sobre hechos determinados que deben ser probados allí.

c) *La carga de la prueba* determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones (incluyendo la punitiva del Estado) o excepciones o defensas, y le dice al juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas falten.

En el proceso de jurisdicción voluntaria se identifican las dos últimas nociones, porque el actor debe probar todos los hechos que el juez necesita conocer para decidir.

#### **24. Estrecha relación entre las nociones de prueba y objeto de la prueba**

Estas dos nociones tienen necesariamente una misma amplitud, ya que no se concibe la prueba sin el objeto materia de ella. Por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello que es susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del Estado, para los fines del proceso en general (no de cada proceso en particular).

Cuando algunos autores hablan de que el objeto de la prueba son los hechos controvertidos y negados en un proceso y, más ampliamente, los no aceptados, excluyendo, por lo tanto, aquellos en que hay acuerdo expreso o tácito entre las partes<sup>50</sup>, confunden el concepto de objeto

<sup>50</sup> Confunden el objeto de la prueba con la necesidad de probar o el tema, entre otros: CHIOVENDA, *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 59, p. 282; LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 167; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 16, ps. 112-15; CASTRO MENDES, ob. cit., ps. 714-721. Distinguen correctamente las dos nociones, entre otros: ROCCO, *Trattato*, Torino, 1966, t. II, ps. 177-178 y 185; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, núms. 20-22, 34-35, 42-49; CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 674; *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 439; ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, t. II, ps. 209-217; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, ps. 201 y 202; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, p. 202; LENT, *Tratatto del processo civile tedesco*, Napoli, 1962, ps. 199-201; RICCI, *Tratado de las pruebas*, Madrid, s. f., II, núm. 30, p. 87.

prueba de esos hechos, sino en general el panorama probatorio del proceso; pero concreta, porque recae sobre hechos determinados que deben ser probados allí.

c) *La carga de la prueba* determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones (incluyendo la punitiva del Estado) o excepciones o defensas, y le dice al juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas falten.

En el proceso de jurisdicción voluntaria se identifican las dos últimas nociones, porque el actor debe probar todos los hechos que el juez necesita conocer para decidir.

## 24. Estrecha relación entre las nociones de prueba y objeto de la prueba

Estas dos nociones tienen necesariamente una misma amplitud, ya que no se concibe la prueba sin el objeto materia de ella. Por objeto de la prueba debe entenderse todo aquello que es susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del Estado, para los fines del proceso en general (no de cada proceso en particular).

Cuando algunos autores hablan de que el objeto de la prueba son los hechos controvertidos y negados en un proceso y, más ampliamente, los no aceptados, excluyendo, por lo tanto, aquellos en que hay acuerdo expreso o tácito entre las partes<sup>50</sup>, confunden el concepto de objeto

<sup>50</sup> Confunden el objeto de la prueba con la necesidad de probar o el tema, entre otros: CHIOVENDA, *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 59, p. 282; LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 167; MICELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 16, ps. 112-15; CASTRO MENDES, ob. cit., ps. 714-721. Distinguen correctamente las dos nociones, entre otros: ROCCO, *Trattato*, Torino, 1966, t. II, ps. 177-178 y 185; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, núms. 20-22, 34-35, 42-49; CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 674; *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 439; ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, t. II, ps. 209-217; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, ps. 201 y 202; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, p. 202; LENT, *Tratatto del processo civile tedesco*, Napoli, 1962, ps. 199-201; RICCI, *Tratado de las pruebas*, Madrid, s. f., II, núm. 30, p. 87.

con el de necesidad o tema de la prueba, pues la circunstancia de que un hecho determinado no necesita prueba en un proceso, no significa que ese hecho no pueda ser objeto de prueba judicial.

## 25. Qué es, en definitiva, objeto de la prueba judicial

De lo expuesto en el número anterior se deduce que objeto de prueba judicial, en general, puede ser todo aquello que puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógico (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a éstos (costumbres y ley extranjera).

Algunos dicen que el objeto de la prueba judicial son las afirmaciones de las partes y no los hechos<sup>51</sup>. Pero no obstante que teóricamente las partes tratan de demostrar sus afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en las excepciones, en el fondo esas afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos y, en todo caso, desde el punto de vista del juzgador, que debe fijar el presupuesto de su decisión, el objeto de la prueba lo constituyen los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones o negaciones (alegaciones fácticas)<sup>52</sup>.

En la doctrina prevalece el concepto que ve en los hechos el objeto de la prueba, incluyendo en ellos la ley extranjera, la costumbre y el juicio mismo que sobre los hechos se tenga, como enseguida veremos.

## 26. Qué se entiende por “hechos” como objeto de la prueba judicial

Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos,

<sup>51</sup> CASTRO MENDES, *Do conceito de prova*, ed. cit., ps. 471-533 y 711-721; SENTÍS MELENDO, *Revista hispanoamericana y filipina de derecho procesal*, 1965, núm. 4.

<sup>52</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, núm. 16, p. 112, nota 20; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, ps. 53-55; AMARAL SANTOS, *Moacyr*, *Prova judiciaria*, 1961, t. I, núms. 138-140, ps. 219-221; DÖNRING, Erich, *La prueba, su práctica y apreciación*, Buenos Aires, Ejea, 1972, ps. 12-13; RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho probatorio colombiano*, *Compendio*, Bogotá, 1976, p. 33.

se toma esta palabra en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal, ni mucho menos circunscrito a sucesos o acontecimientos; dicho en otra forma podría incluirse en este término todo lo que puede probarse para fines procesales.

En este sentido jurídico se entiende por hechos:

- a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive la simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga;
- b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana;
- c) las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos;
- d) la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etcétera;
- e) los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo<sup>53</sup>.

Algunos consideran las reglas de la experiencia y las normas jurídicas extranjeras consuetudinarias como objeto de prueba distinto de los hechos; pero creemos que en cuanto pueden ser objeto de prueba se contemplan como hechos humanos (véanse núms. 29 y 34).

Naturalmente, puede tratarse de la existencia o inexistencia de los hechos en sus distintos significados.

Pero no sólo las conductas pasadas y presentes pueden ser objeto de prueba, sino también las futuras, como sucede en el cálculo del lucro cesante por actividades futuras, muy frecuente en los procesos

<sup>53</sup> ROSENBERG, *Tratado*, ob. cit., t. II, p. 209.

por responsabilidad extracontractual en caso de muerte de una persona, en algunos casos de responsabilidad contractual y en los penales respecto al perjuicio civil causado con el delito.

El haber pronunciado una persona ciertas palabras, en determinado lugar y día, es prueba de una conducta especial, como ocurre en la confesión extrajudicial, en el trato específico en casos de estado civil (como padre o hijo, por ejemplo) para efectos de la posesión notoria, y en la calificación de un contrato (mutuo, donación o compraventa) en el momento de celebrarse verbalmente.

Puede tratarse de hechos reales, pero también de hechos simplemente hipotéticos, no sólo futuros (como en el caso del lucro cesante futuro), sino pasados, esto es, de hechos que habrían podido acontecer en determinadas circunstancias o en ciertas condiciones<sup>54</sup>.

Toda prueba conlleva inseparablemente el juicio que sobre tales acontecimientos o hechos humanos se tiene, o la calificación que de ellos se dé. Es frecuente contraponer de manera radical los hechos a los juicios, para excluir a éstos del objeto de la prueba judicial; pero este divorcio radical no es posible jurídica, ni lógica, ni psicológicamente<sup>55</sup>.

No sólo las cosas u objetos materiales se prueban, sino también las circunstancias naturales o artificiales que los rodean, el ambiente material en donde existían o hayan existido, lo cual es parte de la realidad que puede percibirse. Y en la prueba de las conductas se incluye la de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, sus causas y efectos, lo mismo que su valor e importancia y el de las cosas materiales.

En este grupo pueden incluirse también las circunstancias sociales, familiares y personales en que haya vivido o actuado transitoriamente una persona, porque forman parte de las realidades materiales, y su importancia como objeto de prueba puede ser enorme en el proceso penal principalmente, pero también en el civil, como en materia de obligaciones del padre o marido, de vicios del consentimiento, de buena o mala fe y en muchos otros casos.

<sup>54</sup> ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 210.

<sup>55</sup> BENNECKE y BELING; cita de FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 25; ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 210; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 201 y 202.

Los documentos (inclusive los cuadros, pinturas y libros) son obra del hombre, y, por lo tanto, el haber sido o no otorgados forma parte de una conducta humana. Desde este punto de vista pueden incluirse en el primer grupo, es decir, pueden ser objeto de prueba, porque es algo material susceptible de ser observado, verificado, percibido y examinado, especialmente en su exterioridad: calidad del papel, falsedad o autenticidad de la firma, autoría, sellos que tenga y su contenido<sup>56</sup>.

La *persona física humana*, considerada como realidad material, es objeto de prueba como cualquier cosa. Puede presentarse en el proceso civil la necesidad de probar la existencia de una persona, sus condiciones físicas o morales, su educación, sus aptitudes y limitaciones, sus cualidades morales. De esta manera es frecuente que se practiquen inspecciones judiciales en relación con una persona y dictámenes de peritos. Además, la prueba documental o testimonial puede tener por objeto la persona misma: su nacimiento, su muerte, su salud, etcétera.

Los *estados o hechos síquicos o internos del hombre* no tienen materialidad en sí mismos, aun cuando se reflejan externamente en síntomas y efectos más o menos perceptibles. Pero no es posible negarles una entidad propia, y como el derecho objetivo material los contempla como presupuesto de efectos jurídicos, es indispensable su prueba en muchos procesos<sup>57</sup>. No se trata de hechos materiales, pero sí de hechos reales, susceptibles de conocimiento concreto y de apreciación subjetiva. Así, el estado mental o síquico de una persona, su aptitud para entender y tomar decisiones conscientes, es un hecho real que influye en la validez de actos o contratos, lo mismo que en la responsabilidad penal.

Lo mismo ocurre con la apreciación que tengan las personas que forman el ambiente social donde vive otra, sobre ciertas situaciones, como las relaciones sexuales o el trato como padre, para probar la notoriedad en procesos de filiación o para suplir la prueba del matrimonio<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núm. 28; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 32, ps. 105-107.

<sup>57</sup> SILVA MELERO, *ob. cit.*, t. I, p. 50; FLORIAN, *ob. cit.*, núm. 24; ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 209 y 210; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 201.

<sup>58</sup> ROSENBERG, *ob. cit.*, t. II, ps. 209-210.

## **27. La noción de objeto concreto de prueba judicial en oposición a objeto abstracto**

Si bien objeto de prueba judicial, en abstracto, puede serlo todo hecho material o síquico, en el más amplio significado del término, cuando se hace referencia a cada proceso en particular, resulta obvio que ese amplísimo campo de aplicación del concepto debe limitarse a aquellos que directa o indirectamente, en forma principal o sólo accesoria, pueden tener alguna relación con la materia debatida o simplemente propuesta (lo último en el proceso de jurisdicción voluntaria) y siempre que la ley no prohíba su prueba.

Tienen importancia para delimitar concretamente el objeto de la prueba en relación con cada proceso, las nociones de pertinencia o relevancia y utilidad de la prueba, que estudiaremos más adelante. Los hechos totalmente ajenos a la cuestión materia del proceso no son objeto concreto de prueba en este proceso, en el sentido de que es improcedente o no es pertinente probarlos, aun cuando en abstracto puedan ser susceptibles de prueba u objeto de prueba; por eso se autoriza al juez en tales casos para rechazar la petición de prueba, como veremos al tratar de la admisibilidad (véanse núms. 60 y 80).

En este sentido algunos autores hablan de objeto abstracto y objeto concreto de prueba<sup>59</sup>. Algunos identifican el objeto concreto y el tema de prueba<sup>60</sup>, pero, como veremos en el capítulo siguiente, la última noción tiene un significado más limitado todavía, a saber, lo que necesita prueba en cada proceso y no solamente lo que tiene interés para ese proceso: así los hechos presumidos o notorios o indefinidos forman parte del objeto concreto de prueba en determinado proceso, pero no necesitan prueba y no forman parte del tema de prueba de ese proceso.

## **28. El problema de los juicios como objeto de prueba judicial**

En el número 26 dijimos que ha existido una interesante controversia acerca de si pueden ser objeto de prueba judicial los juicios

<sup>59</sup> FLORIAN, ob. cit., núms. 22 y 24; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 49.

<sup>60</sup> SILVA MELERO, cit. ant.

que las personas (testigos, peritos, partes) tengan sobre los hechos, entendidos éstos en la forma general y amplia que acabamos de explicar.

Son tres las posiciones adoptadas acerca de este asunto:

- a) La de quienes consideran que se trata de cuestiones no sólo independientes, sino opuestas, y que la prueba solamente puede recaer sobre hechos, nunca sobre juicios;
- b) la de quienes aceptan también que se trata de cuestiones separadas, pero no contrapuestas, y consideran que ambos pueden ser objeto de prueba en forma independiente;
- c) la de quienes estiman que, dada la manera como los hechos son aducidos al proceso mediante los diversos medios de prueba, es imposible separar el hecho del juicio que sobre él se tenga, y, por lo tanto, se trata de dos aspectos interdependientes y complementarios del objeto de la prueba.

Adoptan la tercera posición, que nosotros consideramos la única aceptable, entre otros, Carnelutti, Schönke, Florian, Stein, Bentham, Guasp, Stuart Mill y Croce<sup>61</sup>.

La exclusión radical del juicio subjetivo sobre los hechos lleva a desconocer elementales normas de psicología y de lógica; es imposible llevar al proceso la representación de un hecho, objeto o acontecimiento, separado de la idea o el juicio que de él se ha formado la persona que lo percibió directamente, sea testigo, perito, parte (en documento o confesión) o juez cuando efectúa una inspección judicial. En el proceso no queda el hecho, objeto o acontecimiento, sino la narración que de él hace una de tales personas y por tanto no puede separarse del juicio subjetivo de ésta. En esto tienen razón los autores del segundo grupo. Pero se equivocan al considerar que ese juicio puede ser el objeto mismo de la prueba, independientemente del hecho sobre el cual recae, pues siempre que se expone un juicio sobre un

<sup>61</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 20 a 28; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 201-202; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núms. 25 y 26; STEIN, cita de FLORIAN, ob. cit., ps. 25 y 26; STUART MILL, *Système de logique*, trad. francesa, t. II, ps. 354-355; CROCE, *La Lógica*, Parte I, Sec. II, Cap. IV, y Parte IV, Cap. II; GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, ps. 12 y ss.; BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, 1959, t. II, p. 252.

hecho, se está representando ese hecho y en el fondo es éste el objeto de prueba. El hecho motiva el juicio y no puede concebirse el efecto sin su causa, aun cuando sólo implícitamente se la enuncie.

## 29. ¿Son las reglas o máximas de la experiencia objeto de prueba?

Algunos autores opinan que las reglas o los principios de la experiencia pueden ser objeto independiente o autónomo de la prueba. Así Florian<sup>62</sup>, Schönke<sup>63</sup>, Schmidt, Pollak y Collmann, según cita de Carnelutti que mencionamos más adelante, L. Prieto Castro, Gómez Orbaneja y Herce Quemada<sup>64</sup>.

En oposición a las opiniones de los anteriores autores están otros de no inferior jerarquía. Florian mismo cita entre otros a Bennecke y Beling y Heusler. Igualmente, Carnelutti, Silva Melero y Rosenberg<sup>65</sup>.

Acogemos la segunda tesis, que ve en las máximas o reglas de experiencia, no un objeto de prueba judicial, sino reglas para orientar el criterio del juzgador directamente (cuando son de conocimiento general y no requieren, por lo tanto, que se les explique, ni que se dicte si tiene aplicación al caso concreto) o indirectamente a través de las explicaciones que le den los expertos o peritos que conceptúan sobre los hechos del proceso (cuando se requieren conocimientos especiales). Debe tenerse en cuenta que la discusión radica sobre las segundas, ya que la doctrina acepta unánimemente que las de público conocimiento no son materia de prueba y las utiliza el juez como razones para la valoración del material del hecho del proceso, esto es, de las pruebas aportadas. No vemos diferencia real en los dos casos, en cuanto a la manera como operan esas máximas en la tarea judicial.

Es decir, esas reglas o máximas le sirven al juez para rechazar

<sup>62</sup> FLORIAN, ob. cit., núm. 30 y nota 26.

<sup>63</sup> SCHÖNKE, ob. cit., p. 203.

<sup>64</sup> PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, ps. 399-400; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 240.

<sup>65</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 20, ps. 102-103 y Apéndice, núm. XLII, p. 255; *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1930, t. II, ps. 417 y ss.; *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 684; SILVA MELERO, ob. cit., p. 205; MICHELÍ, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 31, ps. 208-209, y núm. 49, p. 302.

las afirmaciones del testigo, o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretende obtener de los indicios, cuando advierte que hay contradicción con ellas, ya porque las conozca y sean comunes, o porque se las suministre el perito técnico.

### **30. Las normas o reglas jurídicas como objeto de prueba judicial**

Bien sabido es que la aplicación de la norma jurídica es una función procesal del juez y un deber legal cuyo cumplimiento no puede eludirse por ignorancia y ni siquiera por inexistencia de la norma misma, caso en el cual debe recurrirse a la analogía o a los principios generales del derecho: *iura novit curia*.

Es evidente que la aplicación de las normas de derecho es un problema del conocimiento del orden jurídico; que ellas constituyen la *propositio major* del silogismo judicial, y que el juez no queda vinculado por las afirmadas y probadas por las partes. En este sentido las alegaciones de derecho no son actos jurídicos procesales, porque no producen efecto jurídico alguno, ya que el juez puede separarse totalmente de ellas. ¿Pero significa esto que tales normas no pueden ser objeto de prueba judicial, como lo afirma Camelutti?<sup>66</sup>

Una cosa es que, de acuerdo con la política legislativa de cada país, se exija, o, por el contrario, se excuse la prueba de las normas jurídicas, especialmente la consuetudinaria y la extranjera, y otra muy diferente que desde un punto de vista abstracto no pueda ser objeto de prueba judicial, es decir, que no sea posible aducir pruebas acerca de ellas. Lo contrario es confundir el objeto de la prueba con el tema o la necesidad de la misma. La doctrina francesa asimila por lo común la prueba de la norma extranjera y consuetudinaria y la de los hechos<sup>67</sup>.

Cuando la ley nacional exige la prueba de la ley extranjera y de la costumbre no puede dudarse de que sean objeto de prueba, e inclusive, tema de prueba en ese proceso, como más adelante veremos (pero el juez de oficio debe decretar su prueba si las partes no la

<sup>66</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, núm. 2, ps. 5-7; núm. 9, nota 66, y núm. 20.

<sup>67</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Les obligations*, 2ª ed., III, núm. 2055, p. 399, notas 2 y 3.

piden); lo mismo ocurre con las normas locales de las diversas entidades de derecho público en que suele dividirse el Estado (municipios, departamentos o provincias, etc.).

Cuando no se exige la prueba de la norma jurídica, como ocurre con las leyes nacionales, pueden también ser objeto de pruebas si las partes lo desean (por ejemplo, copias auténticas de su texto); pero la actividad de las partes para demostrarla es en realidad una simple colaboración o un auxilio a la función procesal del juez.

### **31. Cuestiones de hecho y de derecho en relación con la prueba judicial**

Una cosa es que las reglas de derecho no necesiten por lo general prueba, ni formen parte del tema de la prueba, y otra muy diferente, que las reglas de derecho estén excluidas de la actividad probatoria judicial. Debe tenerse buen cuidado de no confundir lo primero con lo segundo.

En principio pueden identificarse las cuestiones de hecho, para fines del proceso, como aquellas que recaen sobre realidades materiales o síquicas, en el amplio sentido que dejamos explicado. Pero vimos también que es imposible separar de los "hechos" el juicio que sobre ellos tengan las personas que las hayan percibido y quienes reciban el relato de aquéllas, y esos juicios revisten en muchos casos un carácter jurídico inevitable, pues es frecuente que el testigo o el perito y la parte misma en el documento o la confesión o la demanda y su contestación, los emitan utilizando conceptos jurídicos generalmente conocidos, como cuando se califica la entrega de un dinero como préstamo, o la de un semoviente como compraventa, o de un inmueble como arrendamiento. Entonces la cuestión de derecho forma parte del hecho que se trata de probar; pero no creemos aceptable decir que aquélla por sí misma e independiente del hecho constituya objeto de prueba, como no lo constituyen los demás juicios, por las razones ya expuestas.

Basta lo dicho para entender que no es posible hacer una separación radical de las cuestiones de derecho y de hecho, frente a la prueba

judicial, como no pueden aislarse las segundas de los juicios que sobre ellas se tenga<sup>68</sup>.

Sin embargo, las cuestiones de puro derecho, entendidas como principios o máximas abstractas, no son objeto de prueba judicial. Para evitar confusiones es mejor decir que las reglas jurídicas, como principios jurídicos abstractos que forman el derecho positivo y que el juez debe aplicar oficiosamente (*iura novit curia*), no son objeto de la prueba judicial.

<sup>68</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., ps. 51-53; GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, ps. 12 y ss.

## CAPÍTULO VII

### TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA. HECHOS QUE DEBEN PROBARSE O QUE ESTÁN EXENTOS DE PRUEBA EN CADA PROCESO

#### **32. Qué debe entenderse por tema o necesidad de la prueba (*thema probandum*). Diferencia con objeto y carga**

En el capítulo anterior explicamos las diferencias que existen entre objeto de prueba y tema o necesidad de prueba, lo mismo que entre éste y carga de la prueba. Vimos allí que objeto de prueba, desde un punto de vista general o abstracto, es todo lo que puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no solamente lógica (como sería la demostración teórica de un silogismo de un principio filosófico), es decir, los hechos materiales o síquicos y lo que puede asimilarse a éstos; en cambio, es tema de prueba o implica necesidad de prueba sólo aquello que interesa al respectivo proceso, por constituir los hechos sobre los cuales versa el debate o la investigación penal o la cuestión de jurisdicción voluntaria planteada, y que la ley exige probar para que puedan pronunciarse la sentencia y las decisiones interlocutorias que la preceden.

El tema o necesidad de prueba es una noción objetiva y concreta; lo primero, porque comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tener en cuenta a quién corresponde suministrarla; lo segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos (los que en cada proceso deben probarse), entre los que en número casi ilimitado pueden servir de objeto de prueba judicial desde un

punto de vista abstracto, y también entre los que interesan al respectivo proceso (objeto concreto de prueba; véase núm. 27).

No se debe confundir tampoco con la noción de carga de la prueba, porque ésta determina qué hechos, entre los que forman el *thema probandum* en un proceso, le corresponde en principio probar a cada parte, y es por tanto una noción subjetiva, más restringida aún y que sirve de sucedáneo de la prueba, en cuanto además le indica al juez, a quien principalmente está dirigida, cómo debe fallar cuando en el proceso no encuentra la prueba de un hecho determinante de la solución jurídica que necesita adoptar.

La noción del objeto de la prueba responde a la pregunta: qué podría probarse; la noción de tema o necesidad de prueba plantea la pregunta: qué se debe probar en cada proceso; la de la carga de la prueba: quién tiene interés en probar un determinado hecho para evitarse consecuencias desfavorables, y cómo decide el juez a falta de esa prueba.

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<sup>69</sup>.

Están, pues, excluidos del tema o la necesidad de prueba no sólo los hechos que no interesan para aplicar la solución de derecho en el respectivo proceso, sino también aquellos que no obstante formar parte del presupuesto de hecho en ese proceso (objeto concreto de la prueba) debe considerarlos ciertos el juez, sin necesidad de la prueba, por cualquier razón legal (como por gozar de presunción o notoriedad o por ser indefinidos), o cuya prueba es imposible o está prohibida por la ley.

### **33. Hechos que necesitan probarse o que constituyen el tema de prueba en cada proceso. Afirmación, admisión y discusión de los hechos**

Es en esta materia donde tienen importante aplicación las nociones

<sup>69</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, núm. 80, ps. 488-489, y *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, t. II, p. 205; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 340; ALSINA, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 171.

de hecho afirmado, aceptado y discutido o controvertido, o simplemente negado (que erróneamente mezclan algunos autores con el objeto de la prueba judicial), de notoriedad, de negaciones o afirmaciones indefinidas y de hechos imposibles, lo mismo que la solución al problema de si las normas jurídicas nacionales y extranjeras y consuetudinarias deben probarse.

La regla general es simple y no presenta problemas: en cada proceso debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas, a menos que esté exceptuado de prueba por la ley. Las dificultades aparecen cuando se pretende precisar cuáles son los hechos que deben gozar de esta exención probatoria.

¿Qué hechos constituyen este *thema probandum*, en cada proceso?

En el proceso de jurisdicción voluntaria, lo constituyen todos los hechos invocados por las partes inicialmente o durante su trámite, o que implícitamente sirven de fundamento a las peticiones que se formulan al juez, que no gocen de presunción o notoriedad y no sean indefinidos o estén exentos de prueba por otra razón (véase núm. 35). La circunstancia de no existir (al menos inicialmente) choques de intereses, hace que la noción de controversia no tenga aplicación para precisar el tema de prueba, ni que exista preclusión procesal para la afirmación de hechos nuevos.

En el proceso penal lo forman todos los hechos que constituyen el presupuesto para la aplicación de las normas penales.

En el proceso contencioso civil, laboral y contencioso-administrativo el tema está formado por los hechos alegados por las partes en la demanda y como excepciones, que no estén exentos de prueba por la ley (véase núm. 35) y los accesorios a aquéllos; pero aquí surgen dos nociones importantes que influyen también: afirmación y controversia o discusión del hecho, que delimitan el tema de prueba, y, además, el principio de la congruencia. Esta afirmación de una de las partes, o de ambas de acuerdo, produce un doble efecto: a) vincula al juez, en cuanto éste tiene el deber de considerarla al adoptar su decisión, para definir si se encuentra o no probada y si goza o no de exención de prueba y sus efectos jurídicos; b) delimitan los hechos que el juez puede tener en cuenta como fundamento de su decisión,

al estarle prohibido considerar los no afirmados. Obligación positiva la primera y negativa la segunda (debe considerar el hecho y no puede considerarlo respectivamente)<sup>70</sup>. En este sentido suele hablarse de “poder de disposición de las partes sobre el material de hecho” del proceso, y, por lo tanto, de la sentencia, poder que se acostumbra incluir en el principio dispositivo, junto con la necesidad de la demanda, pero entendido en forma muy amplia (en sentido estricto se refiere a la actividad probatoria). Desde este punto de vista puede hablarse de *carga de la afirmación*<sup>71</sup>, por cuanto para la obtención del fin deseado con la aplicación de cierta norma jurídica, la parte debe afirmar los hechos que le sirvan de presupuesto, sin lo cual no le es posible al juez tenerlos en cuenta, aun cuando aparezcan probados, e igualmente puede hablarse de determinación del tema de prueba por la afirmación de hechos. Se dice entonces que el hecho no afirmado es existente para los fines del proceso, a menos que sea accesorio o que la ley permita al juez declarar de oficio, si está probado.

Es decir, esta carga de la afirmación no se aplica rigurosamente al momento de la demanda o a su contestación; respecto de la primera, deben distinguirse los hechos esenciales de los simplemente accesorios, para permitir que éstos puedan ser considerados por la sola circunstancia de que exista su prueba o estén exentos de ellas y exigir, en cambio, que los primeros aparezcan en el libelo: en cuanto a la segunda, sólo en donde se exija expresamente proponer las excepciones en ese acto, puede regir una norma similar, pero en un procedimiento como el colombiano, que obliga al juez a considerar las excepciones de mérito no propuestas pero probadas (salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa) queda limitada a éstas y la solicitud de pruebas, por cualquiera de las partes, sobre los hechos accesorios que fundamentan las peticiones de la demanda y los que configuran excepciones distintas de las tres mencionadas, significan su alegación oportuna: cuando el juez las practique de oficio, la prueba suple su afirmación. La simple afirmación unilateral no es suficiente para que el hecho quede fijado vinculativamente en el proceso, pues para esto se requiere la prueba, a menos que exista exención legal;

<sup>70</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 3, p. 9.

<sup>71</sup> CARNELUTTI, ob. cit., núm. 3, p. 14.

en cambio, cuando la afirmación es conjunta, de todas las partes, o hay admisión expresa (o tácita si la ley la consagra), el hecho queda probado por su sola virtud (salvo que la ley exija una prueba solemne o rechace la de confesión) y no necesita más pruebas (*non bis in idem*), de modo que se produce el doble efecto de obligar al juez a considerarlo y a tenerlo como cierto<sup>72</sup> a menos que sospeche colusión o fraude, pues en tal caso debe decretar de oficio pruebas para verificar el hecho.

Pero si bien la afirmación de hecho, con las salvedades expresadas, determina en principio el tema de prueba, la segunda noción mencionada, es decir, la controversia o discusión sobre tales hechos, delimita en definitiva la necesidad de probarlos por los medios autorizados en la ley procesal, salvo los hechos que por otros motivos estén exentos de prueba. Se dice entonces que el tema concreto de prueba lo forman los hechos discutidos o controvertidos y los aceptados de acuerdo que no admiten prueba por confesión.

Sin embargo no aceptamos la tesis de que cuando existe admisión o aceptación expresa o tácita, no nos hallamos en presencia de una prueba del hecho<sup>73</sup>. Creemos que toda admisión es una especie de confesión; la diferencia radica en que la primera es siempre espontánea y la segunda puede ser provocada con la coerción del juramento, en que la alegación previa del hecho es necesaria en la admisión pero no en la confesión, y en que aquélla puede ser favorable sólo al admitente y ésta es generalmente desfavorable al confesante. Puede ser favorable a ambas partes, si buscan el mismo resultado del proceso (véase núm. 134, punto 4). Pero sus efectos son los mismos en el aspecto probatorio (véase núm. 138).

Estas observaciones nos conducen a la conclusión de que el hecho admitido es objeto de prueba, en cuanto existe confesión, pero *no requiere otras pruebas* ("lo que está ya probado por un medio de prueba no necesita que se vuelva a probar": *non bis in idem*)<sup>74</sup>; sólo

<sup>72</sup> DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. II, p. 449; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 340-341.

<sup>73</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 3-4; GUASP, ob. cit., ps. 340-341.

<sup>74</sup> LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 168.

en este sentido aceptamos que no forma parte del tema de prueba en ese proceso, si tal admisión ocurre en su comienzo, antes de iniciarse la etapa probatoria (la admisión posterior elimina la necesidad de prueba, si no se practicó, pero el hecho queda inicialmente como tema de prueba, en cuanto aparece la necesidad de probarlo, al precluir la etapa de la *litis contestatio*).

Puede suceder que la otra parte admita la existencia material del hecho, pero no su calificación, o las consecuencias jurídicas que de él se pretende deducir, caso en el cual respecto al hecho mismo se producirían los efectos normales de la admisión y el desacuerdo representará un punto de derecho que corresponde al juez resolverlo<sup>75</sup>.

Cuando la ley exige la expresa discusión o negación del hecho, el silencio de la parte o su manifestación de que “no le consta” o “no sabe”, se entiende como admisión tácita, a menos que no se trate del hecho propio o de su conocimiento, como ocurre en el proceso civil alemán<sup>76</sup> y en Colombia en los procesos abreviados cuando versan sobre restitución de tenencia y se acompaña a la demanda prueba documental siquiera sumaria (C. de P. C., art. 424, § 1º) o sobre entrega de la cosa por el tradente al adquirente cuando en el título no se declaró recibida (C. de P. C., art. 417); pero la manifestación de oponerse a la demanda significa el rechazo de sus hechos y la negación de éstos implica oposición.

Observamos que para formar parte del tema de prueba en un proceso es indispensable que el hecho sea pertinente o influyente en relación con las cuestiones litigiosas o planteadas simplemente en el proceso de jurisdicción voluntaria, o con las imputaciones formuladas en el proceso penal; es decir, que forme parte del objeto concreto de la prueba en ese proceso.

Que esté exento de prueba un hecho, no significa que las partes no puedan solicitar y presentar en relación con él las pruebas que quieran, si son pertinentes y posibles; pero la ley debe autorizar al juez para rechazarlas, por inútiles.

<sup>75</sup> ROCCO, *Trattato*, ed. 1966, t. II, p. 179; CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. II, p. 306; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 80, p. 485.

<sup>76</sup> ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 217-218.

33)a. El tema de prueba se halla circunscripto a los hechos *controvertidos* y de demostración necesaria (cuando la ley exige su acreditación no obstante su admisión o el acuerdo de partes), mediante expresa legislación en: ARG (NAC, 360; BUE, 358; CBA, 198; SFE, 145); BOL, 371 (los fija el juez); COL, arg. 178; COS, 230; CHI, 318; ECU, 117; GUA, 127; PAR, 105; PER, 336; ESP, 550, exige que el período probatorio sea solicitado por todos los litigantes.

Imponen el rechazo *in limine* de las pruebas ofrecidas, por ser ajenas al tema probatorio, o prohibidas por la ley, o notoriamente dilatorias, o propuestas con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso, o manifiestamente superfluas: ARG (NAC, 364; BUE, 362; SFE, 145); BOL, 376, 381; COL, 178; COS, 242; GUA, 127; PER, 339; ESP, 566; PAR, 109: “Las pruebas que se refieran a hechos no articulados, serán irremisiblemente desechadas al pronunciar la sentencia definitiva”. Similar, URU, 330.

#### 34. Cuándo es necesario probar las normas jurídicas

Una cosa es que pueda producirse prueba judicial para establecer que existe la norma (copia de ley, testimonios o dictamen de peritos sobre la costumbre, certificaciones oficiales, etc.), y otra muy diferente que sea necesario aducir esa prueba o llevarla oficiosamente con las formalidades procesales requeridas para la prueba de los hechos.

Veamos ahora cuándo puede ser necesaria la prueba de esas normas y, por lo tanto, cuándo forman parte del tema de prueba en un proceso determinado.

a) *Normas legales nacionales para el territorio del Estado.* Las reglas de derecho contenidas en las leyes o decretos con valor de leyes del Estado, vigentes en su territorio, deben ser conocidas por el juez, quien tiene la obligación de averiguarlas y estudiarlas, como también de aplicarlas oficiosamente de acuerdo con la interpretación que libremente les dé: *iura novit curia*. Por consiguiente no son tema de prueba.

34.a)a. Generalmente, las leyes procesales no regulan de modo expreso la necesidad de prueba de normas legales nacionales para el territorio del Estado, dejando tal tarea a la labor doctrinal o a la legislación de fondo. COL, 188, lo establece a contrario: “El texto

de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en el artículo 259. También podrá ser expedida por el consul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores. Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen". También legisla sobre el tema MEX, 284: "Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras..." También a contrario lo norma BRA, 337.

b) *Normas nacionales escritas de vigencia local o seccional.* La opinión de los autores es por lo general favorable a eximir de la necesidad de prueba a las leyes locales nacionales<sup>77</sup>.

En contra de la opinión general están Guasp, quien, sin embargo, expresa que la tesis "suscita, en cuanto a su fundamento, graves dudas"; Alzate Noreña y L. Prieto Castro<sup>78</sup>.

Nosotros adoptamos la primera tesis, que exige de prueba toda norma, o regla de derecho nacional, rija o no en todo el territorio y provenga del órgano central o de órganos seccionales (como las ordenanzas, los acuerdos y los decretos de carácter general, tanto nacionales como departamentales o municipales), no porque la inmensa mayoría de los autores así lo acepten, sino porque la naturaleza y la función de las reglas de derecho no varían por la mayor o menor extensión del territorio donde rijan o por el órgano que las adopte; si son reglas de derecho deben ser aplicadas por el juez y su conocimiento no debe depender de la actividad de las partes, que, como se acepta

<sup>77</sup> Entre otros: CARNELUTTI, *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 161, letra H; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, ed. cit., núm. 323; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 127-138; ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 212 y 213; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 202; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, p. 200; ARAGONESES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, p. 495.

<sup>78</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 343; ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, p. 88; PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, p. 400.

para las leyes extranjeras y la costumbre en las doctrinas italiana y alemana, sólo pueden tener naturaleza de simple colaboración.

Cuando se dice que las normas de derecho o normas jurídicas nacionales están exentas de pruebas, se contempla no el hecho de que tengan vigencia en todo el territorio nacional, sino de que no sean extranjeras. Por eso se habla de prueba de la norma extranjera, en oposición a la nacional, y no puede desconocerse el carácter de reglas de derecho a esas leyes locales.

34.b)a. La mayoría de las leyes procesales tampoco regula la necesidad de prueba de normas nacionales escritas de vigencia local, municipal o seccional. Para comprender mejor la delimitación propuesta, cabe recordar que en ARG, la Nación es *soberana*, las provincias, *autónomas* y los municipios o comunas (entes públicos menores), *autárquicos*: al hablar de ley local, lo hacemos en el sentido municipal o comunal, donde no existe obligación de publicación de ordenanzas. En estos casos, la jurisprudencia ha exigido uniformemente la prueba de estas normas, por considerar que no se trata de verdaderas leyes (sancionadas y promulgadas pero no publicadas). COL, 188, refiere expresamente al tema, al igual que BRA, 337.

c) *Normas consuetudinarias nacionales*. La necesidad de la prueba procesal de costumbre, cuando suple a la ley o la complementa, depende de la política legislativa adoptada en cada país. Por ello debemos contemplar dos hipótesis: existencia de norma legal que exija su prueba o que la haga innecesaria, y falta de regulación normativa.

Cuando el legislador guarda silencio sobre la necesidad de la prueba de la costumbre, la solución se busca en los principios expuestos sobre conocimiento y aplicación por el juez de las normas jurídicas<sup>79</sup>.

Creemos que sólo debe exigirse prueba procesal rigurosa cuando la ley lo diga, como sucede en Colombia, Chile y España. Dentro de las facultades oficiosas para decretar pruebas caben perfectamente las que tengan este fin, sea que las partes hayan llevado algunas o que

<sup>79</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 2, 9, nota 66, y núm. 20; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, núms. 31-32; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 1954, núm. 323; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 18.

se hayan limitado a alegarla; además, existe absoluta libertad para que el juez la investigue y pruebe en ambas instancias.

Debe tenerse en cuenta la vigencia de la costumbre, no en el momento de la sentencia ni de la recepción de la prueba, sino del acto o hecho que debe regular.

34.c)a. Idénticas referencias a las ya efectuadas en a) y b) de este número cabe hacer respecto de las normas consuetudinarias nacionales. En ARG, el uso, la costumbre o la práctica no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente (CC, 17). Ver ejemplos en CC, 950, 1424, 1427, 1504, 1556, 1574, 1595, 1632, 2285, 2631, 2873, 3020, etcétera. El artículo 217 del CCom. establece que "Las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el *uso general*, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo". Y el artículo 218, inciso 6°, agrega que "El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras".

COL, 190, regula la prueba de la costumbre mercantil invocada por alguna de las partes: puede acreditarse por medio de copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia o con certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija.

PER, 341, impone la carga de la prueba de la costumbre a quien la invoca como fundamento de su pretensión.

d) *Normas legales o consuetudinarias extranjeras*. La mayoría de los autores aceptan que las normas extranjeras pueden ser objeto de prueba y tema de ésta, no obstante que en algunos países se le otorga al juez libertad para investigarlas oficiosamente fuera del proceso; donde esto ocurra no desaparece la conveniencia para el interesado de aportar la prueba, a fin de evitar que por falta de medios o de actividad del funcionario deje de establecerse.

Desde un punto de vista doctrinario nos parece indudable que el juez debe tener libertad investigativa de la norma de derecho extranjera

fuera del proceso y sin necesidad de llevar a éste su prueba cuando necesite aplicarla, porque ella forma parte de la solución de derecho que es su deber declarar: *iura novit curia*. Así lo reconoce la mayoría de los autores<sup>80</sup>.

Se debe decretar oficiosamente esa prueba cuando sea necesaria y las partes no la hayan suministrado o aparezca incompleta; la copia puede solicitarse directamente al gobierno extranjero, por despacho al cónsul o embajador respectivo, cuando se trate de una nación amiga, o a dicho agente consular. Si el texto de la ley no está en castellano, se ordena su traducción oficial.

Cuando se trata de costumbre extranjera debe aplicarse el mismo criterio en cuanto a la necesidad de su prueba.

Son medios aptos para probar la costumbre extranjera los autorizados en el país de origen, como es obvio; la autenticación que el cónsul o agente diplomático nacional le dé al documento que contenga esa prueba, hará presumir que se conforma con la ley de su otorgamiento. Sin embargo, creemos que puede demostrarse la costumbre extranjera por los medios autorizados para la nacional, por no tratarse de acto jurídico ocurrido en el exterior, sino de norma jurídica.

La interpretación de la ley o costumbre extranjeras forma parte de la aplicación del derecho y corresponde libremente al juez, tal como sucede con las nacionales. Es claro que entonces serán útiles los conceptos de autores y la jurisprudencia del respectivo país, como también los de comentaristas nacionales.

e) *Las reglas o máximas de la experiencia*. Por lo expuesto en el número 29 consideramos que estas máximas no son objeto de prueba por sí mismas, sino que constituyen elementos para la formación del criterio del juez, como también de las partes, los peritos y testigos, sobre los hechos a que se aplican. No hay, pues, necesidad procesal de probarlas, ni forman parte del tema de prueba.

<sup>80</sup> FLORIAN, ob. cit., núms. 31-32; SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, p. 286; CHIOVENDA, *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 59, p. 283; también *Instituciones*, ed. cit., núm. 59, p. 283; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 18, ps. 122-126, y *Rivista de diritto processuale*, 1961, p. 286; ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 212-213; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 202; LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núms. 154-155.

### 35. Hechos que no necesitan prueba a pesar de ser parte del presupuesto de hecho de pretensiones y excepciones

Son diversas las causas para que un hecho quede excluido de la necesidad de probarlo o del tema de prueba, a pesar de formar parte del objeto concreto de prueba en ese proceso. Pasamos a explicarlas.

a) *Hechos confesados o admitidos por ambas partes. La noción procesal de admisión.* En el número 33 explicamos las nociones de afirmación, controversia o discusión, admisión y confesión, en las pruebas judiciales, y vimos que para que necesite prueba un hecho no basta su afirmación como presupuesto de la pretensión o excepción, sino que es indispensable que no esté admitido expresa o tácitamente o confesado por la otra parte, antes de abrirse la etapa probatoria, porque si lo está, esa admisión o confesión es prueba suficiente, salvo norma en contrario.

Cuando el hecho ha sido confesado judicialmente por la parte contraria, antes del proceso o en la contestación de la demanda, o antes de abrirse a prueba, se produce el mismo efecto jurídico procesal, esto es, queda eliminado del tema o necesidad de prueba, a menos que la ley exija un medio distinto.

Es entendido que se contempla la hipótesis de que la ley acepte la confesión como prueba del hecho, pues en caso contrario, su prueba es necesaria.

Estos hechos no necesitan otra prueba, pero existe en realidad una prueba en esa confesión expresa o tácita<sup>81</sup>. Sólo en este sentido los excluimos del tema de prueba. *Non bis in idem*.

La controversia es requisito para que el hecho necesite prueba (si es conducente la confesión) y no para ser objeto de ésta, como aceptan la mayoría de los autores<sup>82</sup>. Pero no basta el silencio del adversario para que el hecho se considere admitido, salvo norma legal que lo diga o que tácitamente lo consagre<sup>83</sup>, como sucede en nuestros procesos

<sup>81</sup> CARNELUTTI opina en contrario, respecto al hecho admitido; también GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, ps. 340-341, y GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 242.

<sup>82</sup> Véanse citas en el capítulo anterior.

<sup>83</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 16, p. 113.

abreviados de lanzamiento y de entrega de la cosa por el tradente al adquirente, cuando no hay oposición del demandado.

La admisión del hecho produce el doble efecto procesal de obligar al juez a tenerlo en cuenta y a considerarlo suficientemente probado (a menos que la ley exija otro medio especial, o que la parte que lo admita carezca de facultad para confesar o que el juez sospeche colusión o fraude, o que el hecho sea contrario a otro notorio o parezca imposible por contrario a reglas elementales de la experiencia). Sus efectos son similares a los de la confesión.

Cuando la ley exime de prueba al hecho por no ser discutido o negado, en realidad presume su admisión. Esto ocurre cuando se dispone que a falta de oposición se dicte sentencia sin abrir a pruebas la instancia, pues equivale a ordenar al juez que tenga como ciertos los hechos de la demanda (posesorios, cuentas, lanzamientos); en este caso se trata más bien de una admisión general de los hechos de la demanda, o de su reconocimiento<sup>84</sup>.

35.a)a. Varios y disímiles son los sistemas imperantes en los Códigos de América:

1) Los que otorgan al silencio del demandado un valor casi absoluto como conformidad con los hechos aducidos por el actor, generando a su favor una presunción legal que admite prueba en contrario: ARG (SFE, 143) expresa que "La falta de contestación a la demanda, aun en el juicio en rebeldía, o a la reconvencción, *implica el reconocimiento* de los hechos articulados por el actor o reconviniente, sin perjuicio de la prueba en contrario que produjere el demandado o reconvenido.

"Omitida la contestación, se llamarán los autos para sentencia, si correspondiere [por no existir hechos de demostración necesaria]; decreto que se revocará si aquéllos solicitaren la apertura a prueba". Este sistema extremo funciona a la perfección desde 1962 sin que hayan surgido problemas para los justiciables y logrando una exitosa descongestión de asuntos pendientes en sede judicial.

Igual solución adopta MEX, 266, y BRA, 302, que presume la verdad de los hechos no negados expresamente, salvo: a) si fuera admisible, a su respecto, la prueba de confesión; b) si la demanda

<sup>84</sup> ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 217.

no estuviera acompañada del instrumento público al cual la ley considera de la sustancia del acto; c) si estuvieran en contradicción con la defensa, considerada en conjunto.

2) Los que otorgan idéntica conformidad que el sistema anterior, pero librado al arbitrio judicial aplicar o no la presunción: en ARG (NAC, 356, 1º; BUE, 354, 1º; CBA, 192), el juez tiene la facultad de valorar el silencio, las respuestas evasivas o la negativa general, que *pueden* estimarse como reconocimiento de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren. Idéntico sistema adoptan PAR, 101; ESP, 549, y BOL, 346, 2º, referido a los documentos que se acompañan a la demanda o se citan en ella.

3) Muy similar al anterior, pero más explícito, COL, 95, otorga a la falta de contestación a la demanda y a la falta de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, el valor de indicio en contra del demandado. Igual solución adopta ECU, 104.

4) Los que no otorgan valor al silencio sino después de una labor extra desplegada por el actor: COS, 222, da nueva oportunidad al demandado cuya contestación no es categórica sino defectuosa: el juez le prevendrá, con indicación de los defectos, para que sean corregidos en el plazo de tres días. Recién cuando no se ha acatado este requerimiento, se tendrán por admitidos los hechos sobre que no haya dado correcta respuesta, salvo aquellos que resaltaren contradichos por un documento o por confesión judicial. El silencio guardado en rebeldía, después del acuse respectivo, impone al juez el deber de tener por contestada afirmativamente la demanda en cuanto a los hechos que le sirven de fundamento (COS, 228).

5) Los que no tratan el tema: PER, 325, ordena proseguir la causa en rebeldía.

b) *Hechos presumidos legalmente.* Cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de prueba, y éste es precisamente el objeto de las presunciones.

La presunción no es una prueba, sino exención o dispensa de la prueba (véase núm. 311). Si la parte interesada aduce pruebas sobre el hecho presumido, esa prueba es superflua o innecesaria, por lo cual el juez debe rechazarla, a menos que se esté impugnando; pero el

hecho es objeto concreto de prueba, aunque no requiera actividad probatoria<sup>85</sup>.

35.b)a. La explicación del texto se compadece con lo legislado en COL, 176: "Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice".

Sin hacer estas aclaraciones, eximen de prueba al hecho presumido BRA, 334, y ECU, 115. Sistema similar consagra GUA, 194 y 195: las presunciones de derecho admiten prueba en contrario, a menos que la ley lo prohíba expresamente. La presunción humana sólo produce prueba si es consecuencia directa precisa y lógicamente deducida de un hecho comprobado.

ARG (NAC, 163, 5º; BUE, 163, 5º), confundiendo *presunción* con *indicio* establecen: "...Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica". Texto similar se ve en ARG (CBA, 316; SFE, 226) y BOL, 477 (donde un solo indicio grave y suficiente puede producir presunción *hominis*), al igual que CHI, 426. MEX, 381, después de definir qué es presunción y cuáles son sus especies, establece que "el que tiene a su favor una presunción legal sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción".

c) *Hechos cuya prueba prohíbe la ley*. Si la ley prohíbe probar un hecho por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido del objeto concreto de prueba, aun cuando se relacione con la materia debatida y constituya un presupuesto de la pretensión o excepción; esto significa que con mayor razón tal hecho no puede formar parte del tema de prueba.

Muy diferente es el caso de la prohibición de un medio de prueba o de la exigencia de uno especial, para un hecho determinado; entonces

<sup>85</sup> ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 219; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, p. 200; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 242-244; PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 415; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 242-244.

no hay limitación al objeto ni al tema de prueba, porque el hecho puede ser probado y necesita prueba, sino a la libertad de medios.

35.c)a. Los ejemplos de hechos cuya prueba prohíbe la ley se hallan siempre en normas de fondo y pertenecen casi con exclusividad al Derecho de Familia. ARG, CC, 326: “La indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada”; CC, 341: “Es prohibida toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega”; CC, 342: “Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen, por las leyes, padre o madre o parientes algunos por parte de padre o madre. No tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad” (textos modificados por la ley 14.367, en cuanto la misma suprime la discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales; rige actualmente la ley 23.264 sobre patria potestad compartida y equiparación de hijos extramatrimoniales).

d) *Hechos materia de cosa juzgada o de decisión prejudicial*. Si el hecho está reconocido en sentencia con valor de cosa juzgada o que constituya prejudicialidad, es obvio que no necesita otra prueba.

35.d)a. Aunque es obvio, como lo destaca el autor, este tema se halla legislado en CHI, 427, que establece una presunción a favor de los hechos declarados en otro juicio entre las mismas partes.

En ARG es de plena aplicación este principio. Conforme CC, 1102, “Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil [resarcitorio] la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado”. A la inversa, CC, 1103: “Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución”. Ambas normas se explican luego de la lectura de CC, 1101: “Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes:

”1º) Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción

criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos.

"2º) En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada".

e) *Hechos no pertinentes o irrelevantes e imposibles*. La pertinencia o relevancia del hecho y su posibilidad de existencia son requisitos para que pueda ser objeto concreto de prueba, y, con mayor razón, para ser tema de ésta. Si el hecho no puede influir en la decisión, su prueba es claramente innecesaria. En este caso el juez debe rechazar la prueba, por economía procesal, pero sólo cuando sea absoluta o manifiesta la impertinencia.

El juez debe obrar con suma prudencia cuando se trate de rechazar pruebas por este motivo y en caso de duda debe aceptarlas, ya que en la sentencia podrá calificar su mérito definitivamente.

35.e)a. La salvedad final del autor muestra que el tema de la pertinencia probatoria no es pacífico en doctrina y legislación. Excluyen del tema de prueba al hecho impertinente (hecho no articulado en los escritos constitutivos del proceso): ARG (NAC, 364; BUE, 362); BOL., 371 (donde se establece el deber del juez de fijar, en auto expreso y en forma precisa, los puntos de hecho a probarse) y 376; COL., 178; COS, 230 y 242; CHI, 318; ECU, 117; MEX, 285; PER, 339; ESP, 566.

ARG (SFE, 145) se aparta radicalmente del sistema: "...La prueba deberá recaer sobre los hechos contradichos o afirmados en el proceso. El juez *no podrá pronunciarse antes de la sentencia sobre la pertinencia* de los hechos alegados o de la prueba solicitada. Pero será desechada la que sea notoriamente improcedente o prohibida por la ley". Similarmente, ARG (CBA, 199); GUA, 127; PAR, 109; URU, 330. ¿Cómo es posible la adopción por diferentes regímenes legales de tan antagónicos deberes? Para nosotros –tal como lo hemos sostenido en nuestra obra *El juez. Sus deberes y facultades* (Depalma. Buenos Aires, 1982)– el problema se debe resolver con la pauta filosófica-política que se tenga en mira al regular cada actividad procedimental. De tal modo, y por los argumentos expuestos en la obra citada, hemos defendido la bondad del sistema de SFE, respecto de cual no

existe memoria de que haya generado problemas ni dilaciones en los pleitos.

En la misma tesitura, Couture (*Fundamentos...*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 239), después de plantear el problema en agudos términos, opta por la solución que brinda SFE: "propuesta una prueba aparentemente impertinente, no corresponde debatir *in limine* sobre su incorporación o su alejamiento del proceso. El juez debe postergar siempre esa calificación para la sentencia definitiva". Y agrega: "la jurisprudencia ha reservado a los jueces, sin embargo, una especie de válvula de seguridad para aquellas pruebas notoriamente impropias o escandalosas, o cuyo costo desproporcionado excede de las exigencias del litigio, o escritos improcedentes, etcétera. Pero estas soluciones no pueden considerarse inherentes a la prueba sino de verdadera disciplina judicial, tendientes a evitar los excesos de litigantes notoriamente maliciosos. Fuera de estos casos y aun en la duda, la conducta que corresponde asumir [...] es reservar el pronunciamiento para el instante del fallo". Aceptando este pensamiento, somos partidarios de guardar la lógica prudencia y mesura que aconseja Devis en el cumplimiento del deber que consagran los regímenes que autorizan el rechazo *in limine* de la *prueba impertinente*, pues el juez puede caer fácilmente en prejuizgamiento o, lo que es peor, mermar el derecho de defensa de las partes, con todo lo que ello implica de disvalioso.

f) *Los hechos indefinidos. El problema de la prueba de las negaciones y afirmaciones indefinidas.* Mucho se ha escrito sobre la necesidad de probar las negaciones que tanto el actor como el demandado proponen como fundamento de pretensiones o excepciones, y es indudablemente uno de los puntos más interesantes de las pruebas judiciales. Es frecuente leer u oír afirmaciones como éstas: "las negaciones no se prueban", o "quien niega no está obligado a probar su negación" y "la carga de la prueba corresponde a quien afirma". Nada más equivocado. Como veremos enseguida, existen negaciones cuya prueba es imposible, pero la inmensa mayoría de ellas suponen en el fondo la afirmación de ciertos hechos, por lo que pueden y deben probarse (véase núm. 111). Igualmente, no siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo (cuando está presumido, o es notorio o

indefinido, no requiere prueba). El principio romano de que quien niega no necesita probar, es cierto sólo cuando el demandado se limita a negar los hechos alegados por el demandante, y no propone excepciones, o el imputado los que se le imputan<sup>86</sup>. Diferente es el caso cuando las partes alegan hechos negativos como fundamento de sus pretensiones o excepciones, pues entonces no todos son de igual naturaleza, ni producen unos mismos efectos jurídicos en materia de prueba<sup>87</sup>. Desde este punto de vista puede formularse la siguiente clasificación:

1) *Negaciones sustanciales o absolutas*, que son indefinidas y que no implican, por lo tanto, ninguna afirmación opuesta, indirecta o implícitamente (por ejemplo: en mi predio no existe petróleo; nunca he tenido propiedad alguna o propiedad inmueble en ninguna parte o en cierta ciudad, o no lo he tenido durante los diez últimos años; Pedro no me ha pagado los mil pesos, o no me ha entregado la cosa que me debe, pues eso no significa que la conserve en su poder; Juan no ha transitado por este camino o no ha utilizado esta servidumbre en diez años, pues el no haberlo hecho no significa afirmar que utilizó otro; nunca he visitado el museo de mi ciudad o no lo he visitado en el último año); éstas no requieren prueba.

2) *Negaciones formales o aparentes*, que en realidad en el fondo contienen una afirmación contraria, sea definida o indefinida (por ejemplo: esta piedra no es un diamante, lo cual significa afirmar que es de otra especie; Pedro no es mayor de edad o no es soltero, lo cual significa que es menor o casado; este inmueble no pertenece a Juan, es decir, pertenece a otra persona o al Estado; no existen edificaciones o cultivos actualmente en cierto terreno, lo cual equivale a afirmar que está inculto o libre de construcciones; este terreno nunca ha sido cultivado ni edificado, lo cual significa afirmar que siempre ha estado

<sup>86</sup> CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. III, núm. 45, ps. 95-99.

<sup>87</sup> ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 6, ps. 68 y 69, y núm. 25, ps. 295 y 299; FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1964, t. I, ps. 148-153; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 349-350, 397-399 y 452-454; PLANIOL y RIPERT, *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, ed. cit., t. VIII, ps. 769-781.

sin cultivos ni construcciones; en el último caso la afirmación implícita es de carácter indefinido, y en los demás, definida o concreta). Sólo las que contienen una afirmación indefinida están exentas de prueba.

3) *Las negaciones formales se subdividen en negaciones de derecho, de cualidad y de hecho.* a) Las de *derecho* se refieren a la titularidad de un derecho, a las condiciones requeridas por la ley para su existencia o para la validez de un acto jurídico, o a la calificación jurídica del acto, y equivalen a afirmar una situación o una condición jurídica opuesta a una distinta naturaleza jurídica del acto, por lo cual requieren prueba (por ejemplo: este contrato no es de mutuo, vale decir, es jurídicamente de otra especie; para este contrato no hubo consentimiento válido, lo cual significa que estuvo viciado por fuerza, dolo, error o incapacidad); b) las de *cualidad* ocurren cuando se niega a alguien o a algo una determinada cualidad, y entonces en realidad se está afirmando la opuesta, porque no puede haber sustancia sin cualidad, por lo cual también requieren prueba (por ejemplo: Juan no es legalmente capaz, lo cual significa afirmar que es incapaz por demencia, menor de edad, sordomudez, interdicción u otra causa legal; Pedro no es blanco, es decir, es negro o amarillo o de otra raza; esta mercancía no es de buena clase, con lo cual afirma que es de mala clase); c) las *negaciones de hecho* se refieren a los hechos en general, entendidos en el amplio sentido que expusimos al tratar del objeto de la prueba judicial y en el fondo equivalen a afirmar el hecho contrario, sea éste concreto o indefinido, por lo que sólo en el último caso están exentas de prueba; por ejemplo: Pedro no ha muerto, es decir, está vivo; este metal no es oro, lo cual significa que es de otra especie (afirmaciones concretas); nunca he usado vestido negro, esto es, siempre los he usado de otro color (afirmación indefinida).

Es decir, las negaciones de hecho pueden ser *definidas* o *indefinidas*: las *definidas* tienen por objeto hechos concretos, delimitados en tiempo y lugar (*negativa coartata loco et tempore*), que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente (por ejemplo: este metal no es plata, es decir, es otra clase de metal; mi domicilio no es Bogotá, lo cual quiere decir que es otro lugar; no estuve en Bogotá, cierto día, lo cual significa afirmar que estaba en otra parte; este terreno no forma

parte del predio de mi vecino, lo cual implica afirmar que corresponde a otro predio); las *negaciones indefinidas* son aquellas que no implican la afirmación indirecta de otro hecho concreto, delimitado en tiempo y espacio sino igualmente ilimitado en esos aspectos (por ejemplo: nunca ha existido un hombre de estatura superior a tres metros, pues si bien significa afirmar que todos los hombres han sido de estatura menor, tal hecho es ilimitado en tiempo y espacio; actualmente no existe en el mundo un paño mejor que éste, pues equivale a afirmar que los demás son inferiores o iguales, sin límite de espacio; entre mis antepasados nunca existió un demente, pues significa afirmar que siempre fueron cuerdos, sin límite de tiempo); o negaciones que, a pesar de ser limitadas en tiempo y espacio, contienen implícita una afirmación indefinida no susceptible de probarse (por ejemplo: durante mi vida o en los últimos diez años no he visitado a Bogotá, pues no obstante que indirectamente se afirma que durante ese tiempo he estado siempre en otros lugares, esta circunstancia es indefinida y solamente podrá probarse si he vivido recluido forzosamente en un lugar o en el lecho de enfermo, o en otro caso similar; nunca he incurrido en delitos ni tenido mala conducta, pues a pesar de que equivale a afirmar que en el tiempo que se lleva de vida y en los lugares donde se ha vivido siempre, se ha observado una conducta lícita o correcta, se trata de una afirmación indefinida, imposible de probarse, pues aun las personas que hayan convivido siempre con aquélla no pueden haber conocido todos sus actos; esto ocurre también si se limita la negación a un tiempo determinado relativamente corto, como un año).

Como se ve, el carácter indefinido de la negación o la afirmación no requiere que las circunstancias de tiempo y espacio, o una de éstas, sean absolutamente ilimitadas; por el contrario, para estos efectos es igual que implique no haber ocurrido nunca o haber ocurrido siempre, o que se refiera a todos los instantes de un espacio de tiempo más o menos largo (como la vida de una persona) o, relativamente corto (como un año), si envuelve una situación o actividad u omisión permanente, que en la práctica general no es susceptible de prueba por ningún medio, por lo cual se exime de ella a quien la alega (afirmándola o negándola).

La imposibilidad de suministrar la prueba debe ser apreciada en

cada caso, con un criterio riguroso y práctico, teniendo el cuidado de no confundirla con la simple dificultad, por grande que sea. En caso de duda, el juez debe decretar pruebas de oficio. Puede decirse que por este aspecto las negaciones y afirmaciones indefinidas están comprendidas entre la segunda clase de hechos imposibles, excluidos del tema de prueba, que mencionamos en el párrafo anterior, esto es, cuando a pesar de que puedan existir o ser ciertos no es posible demostrarlos (la primera clase comprende los hechos imposibles en sí mismos o por naturaleza).

De la anterior clasificación se deducen las siguientes conclusiones: 1<sup>a</sup>) las únicas verdaderas negaciones son las sustanciales o absolutas; 2<sup>a</sup>) las negaciones formales son en el fondo afirmaciones redactadas negativamente; 3<sup>a</sup>) *las únicas negaciones que no exigen prueba son las sustanciales y las formales indefinidas de hecho*, por la imposibilidad de suministrarla en razón de su carácter indefinido y no de la negación misma; 4<sup>a</sup>) las demás negaciones se prueban demostrando el hecho positivo contrario, bien sea directamente o mediante indicios o inferencias de otros hechos, y por este motivo, tanto el demandante, cuando base en ellas sus pretensiones, como el demandado, cuando las alegue para sus excepciones, están sujetos a la carga de probarlas; 5<sup>a</sup>) pero si el demandado se limita a negar expresamente el hecho alegado por el actor, tal negación no requiere prueba, porque ésta es entonces del cargo del segundo; 6<sup>a</sup>) lo mismo ocurre si aquél niega ese hecho indirectamente, alegando que el verdadero es otro (en este caso, el demandado puede abstenerse de probar el hecho distinto que alega mientras el demandante no haya demostrado el primero, y si esto sucede, la carga de la prueba de aquél se refiere al hecho positivo que alega y no a la negación del afirmado por éste).

Tampoco la afirmación indefinida, entendida con el mismo criterio expuesto para la negación indefinida, necesita prueba y la carga de la prueba del hecho contrario corresponde a quien alegue éste. Se debe dar igual tratamiento a las negaciones y afirmaciones indefinidas, como lo hace, para eximirlas de la necesidad de probarlas, el artículo 177 del C. de P. C. colombiano.

35.f)a. Además de COL, 177, trata expresamente el tema MEX, 282: "El que niega sólo será obligado a probar: 1) cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho; 2) cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante; 3) cuando se desconozca la capacidad; 4) cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción". ECU, 114, después de dejar en claro que el demandado no debe probar su negativa. Si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa, le impone la carga de probar si su negativa contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

g) *Los hechos notorios*. Aunque desde el antiguo derecho romano se ha venido aceptando el principio que exime de prueba al hecho notorio y a pesar de que ha sido consagrado por la doctrina y admitido por el derecho canónico, sin embargo, se trata de una cuestión discutida y sobre la cual existen todavía importantes desacuerdos entre los autores modernos.

En el derecho romano (*Institutas, De testibus, Cap. 3º*) se consagró expresamente tal principio en relación con la prueba testimonial: *si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari*. Y se le reconocía un alcance general y no limitado a la prueba de testigos, como se infiere de la máxima *notoria non egent probatione*.

El derecho canónico lo consagra en los cánones 1747 y 2197, ordinales 2 y 3. El derecho común lo recogió y fue aceptado generalmente durante la vigencia del sistema legal de las pruebas, a partir del siglo XVI, y parcialmente desde mucho antes; al decaer el sistema de la tarifa legal, primero en el proceso penal, a partir de la revolución francesa, y mucho más tarde en el civil, donde todavía se conserva en algunos países, se le dio cabida unas veces como norma legal (como en las legislaciones alemanas y austriacas de 1895 y 1898, lo mismo que en los códigos actuales de estos países y de Italia), y otras por vía de doctrina y jurisprudencia.

No han faltado, sin embargo, opiniones de autores notables en contra de la exención de prueba del hecho notorio. Pero la mayoría la acepta.

Entre los autores que no le reconocen a la notoriedad por sí misma,

la consecuencia de eximir de prueba al hecho, y exigen que aquélla se alegue y no se discuta por la parte contraria, se encuentran Bentham, Florian, Lessona, Carrara y Ellero<sup>88</sup>.

Otros autores eximen de prueba al hecho notorio, sin exigir que se alegue la notoriedad (pero sí el hecho mismo cuando es determinante de la *causa petendi*) y sin que importe su discusión por una de las partes.

La doctrina alemana moderna acepta sin vacilación que los hechos notorios no necesitan prueba, principio que, como ya dijimos, fue consagrado en la Ordenanza de 1898 y aparece en la actual<sup>89</sup>.

La doctrina italiana del presente siglo ha estado dividida, como se advierte en las citas de Lessona y Florian que hicimos en el punto anterior; pero la mayoría lo admite y tal es la opinión de Ugo Rocco, Carnelutti, Chiovenda, Calamandrei, Allorio, Scardaccione, Micheli. Lo mismo en Portugal João de Castro Mendes y así lo dispone precisamente el artículo 518 del C. de P. C. portugués; en España Guasp, Silva Melero, De la Plaza, Caravantes, Fenech, Aragoneses, Prieto Castro<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. cit., t. I. Cap. XVIII, p. 97; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núms. 43 y 182; LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 169-171, ps. 211-214; CARRARA, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, 1957, *Parte general*, II, nota a la p. 282.

<sup>89</sup> ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, ps. 217-218; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 200; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, ed. cit., p. 196; LENT, *Trattato del processo civile tedesco*, Napoli, p. 201.

<sup>90</sup> ROCCO, *Trattato*, ed. cit., ps. 178-179 y 185; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., nota 19, p. 16; CHIOVENDA, *Principios*, Madrid, 1941, t. II, vol. I, núm. 59, p. 282; CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, ps. 184 y 224, y *Per la definizione del fatto notorio*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, I, ps. 273 y ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'acertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, ps. 361-378; SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, ps. 30-34; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 17, ps. 116-119; GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, ps. 341-342; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, ps. 57-60; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, p. 453; FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 599; ARAGONESES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, p. 495; CASTRO MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961, ps. 614-647.

La doctrina sudamericana acepta esta opinión con Alsina, Couture, Antonio Rocha, Amaral Santos, Lopes da Costa y Pontes de Miranda<sup>91</sup>.

*Nuestro concepto.* Por nuestra parte, seguimos la doctrina predominante que exime de prueba al hecho notorio, aun cuando no lo acepten las partes de común acuerdo e inclusive se discuta, porque lo importante es que su notoriedad le parezca clara al juez y no a la parte contra quien se opone; lo contrario equivaldría a hacer que la prueba de la notoriedad dependa del consentimiento de la parte perjudicada por el hecho, y entonces esa prueba consistiría en la confesión o admisión del hecho afirmado por el adversario, tal como ocurre con cualquier hecho que la ley no exija probar con un medio distinto, y no existirá diferencia alguna entre el hecho notorio y el no notorio admitido o confesado, lo cual nos parece inaceptable. Entendida la notoriedad en la forma que en el número siguiente explicaremos, resulta una exigencia innecesaria su prueba, porque no queda duda sobre su existencia y la parte que la niegue debe suministrar la prueba en contrario.

En cuanto al punto de si tal hecho debe estar afirmado por la parte a quien interesa, creemos que deben distinguirse dos aspectos: a) la alegación del hecho mismo y la de su notoriedad; b) la condición de que el hecho sea fundamento de la demanda o de una excepción.

La mayoría de los autores exige que sea alegado, pero lo eximen de prueba, como Rosenberg lo reconoce<sup>92</sup>.

Como los procesos civiles están regidos por el principio de la congruencia, que exige enunciar en la demanda los hechos esenciales que sirven de fundamento a las pretensiones, a excepción del ruso, es indispensable que allí aparezcan los hechos principales o determinantes de la *causa petendi*, para que puedan ser considerados por el juez en la sentencia. Ese principio no puede sufrir excepción porque el hecho sea notorio, pues con él se persigue no sólo garantizar el debido con-

<sup>91</sup> ALSINA, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 187; COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948-1950, t. II, p. 193; ROCHA, *Derecho probatorio*, Bogotá, 1962-1963, ps. 19 y 26, y *De la prueba en derecho*, 1967, ps. 197-214; LOPES DA COSTA, *Direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1959, t. III, núm. 94, ps. 105-107; PONTES DE MIRANDA, *Comentarios ao Código de processo civil*, Rio de Janeiro, 1958, t. III, ps. 303-304; AMARAL SANTOS, *Prova judicial*, São Paulo, 3ª ed. cit., t. I, núms. 101-104.

<sup>92</sup> Véanse citas anteriores.

tradicitorio, y, por lo tanto, el derecho de defensa del demandado, sino también el alcance del litigio y delimitar el contenido de las resoluciones judiciales que deben desatarlo. La circunstancia de ser innecesaria su prueba y público su conocimiento no altera las razones que fundamentan ese principio, a menos que una norma legal disponga lo contrario, como sucede en el artículo 334 del C. de P. C. del Brasil<sup>93</sup>. Pero otra cosa es la afirmación de la notoriedad del hecho, pues en este caso se trata de una cualidad circunstancial que no altera la existencia del hecho ni los efectos jurídicos que de él se deducen, por lo tanto, no es necesaria.

En lo laboral, cuando el juez pueda fallar *plus* y *extra petita*, no es indispensable tampoco la alegación del hecho en la demanda del trabajador. En lo penal se debe aplicar este criterio, pero sólo cuando el hecho no sea constitutivo del delito y especialmente en favor del procesado<sup>94</sup>.

En materia de excepciones basadas en hechos notorios, es necesario distinguir el sistema legal que rija al respecto; en el europeo, que prohíbe al juez considerar la excepción de mérito no alegada, la conclusión es la misma que rige para los hechos que fundamentan la demanda, es decir, debe alegarse su existencia, pero no es indispensable alegar su notoriedad; en cambio, en el sistema colombiano, que exige al juez considerar las excepciones de mérito probadas aun cuando no hayan sido propuestas (salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa), la afirmación del hecho que la configura no es necesaria y por lo tanto debe tenerse en cuenta en la sentencia si se reconoce su notoriedad, a pesar del silencio del demandado. Si la excepción se deduce de hechos afirmados por el mismo demandante, bastará que se proponga aquélla sin necesidad de afirmar el hecho.

*La regulación legal en Colombia.* El artículo 177 del C. de P. C. dice expresamente que el hecho notorio no requiere prueba, y deja a la jurisprudencia y la doctrina precisar lo que debe entenderse por tal y sus requisitos. Este texto tiene aplicación a lo laboral, contencioso-

<sup>93</sup> AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria*, ed. cit., t. I, núm. 105.

<sup>94</sup> CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1966, ps. 22-23.

administrativo y penal; pero en éste nunca para el hecho delictuoso imputado.

35.g)j). Además de las normas legales citadas en el texto, BRA, 334, y COL, 177, se refiere a la notoriedad en términos más amplios MEX, 286: "Los hechos notorios no necesitan ser probados y el juez puede invocarlos aunque no hayan sido alegados por las partes".

### 36. El concepto de la notoriedad. Diferencia con el conocimiento privado del juez

Es indispensable precisar qué debe entenderse por notoriedad y por hecho notorio. Para ello resulta conveniente adoptar un criterio restringido, que reduzca los casos concretos a los que realmente no ofrezcan duda razonable sobre la existencia del hecho; pero sin llegar a extremos que conduzcan a soluciones ilógicas, como sucede con las exigencias de que sea conocido y aceptado por todo el mundo, o de que sea un hecho permanente y no transitorio, pues uno de los últimos (un terremoto o una inundación con características de calamidad pública) puede revestir mayor notoriedad y aparecer más cierto que muchos permanentes. En caso de duda, el juez debe decretar pruebas de oficio.

En primer lugar observamos que en realidad no existe la anarquía de conceptos de que algunos hablan, porque, salvo diferencias de redacción que no excluyen las opiniones similares en el fondo, existen sólo dos tesis: 1<sup>a</sup>) la de la minoría, que exige el conocimiento del hecho por todos en el círculo social respectivo<sup>95</sup>; 2<sup>a</sup>) la de la gran mayoría, que acepta como suficiente una divulgación o generalización relativa, en ese círculo, siempre que el juez tenga conocimiento de ella desde antes del proceso o pueda conocerla durante el proceso por investigaciones personales o gracias a pruebas aportadas con ese propósito, y no le quede duda sobre la verdad del hecho, aun cuando lo discuta alguna de las partes<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> LESSONA, *ob. cit.*, núms. 169-171; ROCCO, *Trattato*, *ed. cit.*, t. II, p. 181; GEORGI, *Teoría de las obligaciones*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, núm. 435; ROCHA, *De la prueba en derecho*, 1967, ps. 197-210; ARAGONESES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, p. 495.

<sup>96</sup> Entre otros: ROSENBERG, *Tratado*, *ed. cit.*, t. I, p. 218-219; SCHÖNKE,

Desde otro punto de vista se encuentran también dos tesis: 1ª) la de quienes exigen que el hecho sea de carácter permanente, como las verdades geográficas y algunas científicas (la importancia de una ciudad o la altura de una montaña), tesis defendida por Della Rocca, Reiffenstuel y Rocha, y 2ª) la de quienes rechazan expresa o tácitamente esta distinción y aceptan la notoriedad tanto para los hechos permanentes como para los ocasionales o transitorios (las verdades históricas, por ejemplo); esta tesis la sostiene la gran mayoría de los autores citados.

Sin vacilaciones adoptamos la segunda tesis en ambos puntos. Exigir que todos conozcan el hecho para que haya notoriedad, es contrario a la realidad social y cultural, y conduce a hacer inoperante esta noción. Por otra parte, no puede desconocerse que las verdades históricas, geográficas, científicas, pertenecen a una esfera de cultura por lo menos mediana, que está por encima de la mayoría del pueblo, ignorante o de educación elemental, y que inclusive muchas de ellas corresponden a una rama especial de conocimientos menos generalizada, sin que por ello dejen de ser suficientemente conocidas. Lo importante es que el juez conozca o pueda conocer esa notoriedad del hecho, bien sea por su conocimiento personal, por investigaciones propias o por la prueba aducida por las partes (testimonial o pericial, la última cuando requiera conocimientos especializados), que la comparta y que esté convencido del hecho mismo.

No es necesario que la notoriedad sea permanente, porque puede modificarse con el tiempo y lo importante es que exista en el momento de apreciarla el juez, ni debe exigirse que el hecho mismo tenga el carácter de permanente, porque su divulgación o conocimiento por la generalidad de las personas en el medio social y cultural a que corresponda, puede ser igual y aun superior respecto de hechos ocasionales y transitorios, como sucede con la mayoría de los históricos. Tal

*Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 259; CALAMANDREI, *Casación civil*, Buenos Aires, 1945, t. I, vol. II, núm. 121, y *Per la definizione del fatto notorio*, en *Studi sul processo civile*, 1931, t. II, ps. 289 y ss.; CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, núm. 4, nota 19, p. 16, e *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. I, núm. 224, p. 339; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, núm. 43, nota 72, y núm. 182; MICHELI, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, núm. 16, ps. 117-119.

condición no hace falta para el conocimiento general que se tenga del hecho, ni para que el juez adquiriera la certeza sobre su existencia, a pesar de haber sido transitorios y ocasionales, cuando sea indudable su notoriedad; en cambio, los efectos de tales sucesos en una propiedad o persona determinada no tienen esa condición y requieren prueba. Ejemplo de hechos notorios transitorios son la mayoría de los conocidos como verdades históricas (guerras, revoluciones, terremotos, ciclones, la clase de gobierno de un país en una época determinada y las personas que ocuparon el cargo de reyes, dictadores o presidentes, etc.); ejemplos de hechos notorios permanentes son los geográficos (altura de montañas, mares que existen, topografía plana o montañosa de una región, ciudades importantes de un país, etc.).

La notoriedad no es el hecho mismo, ni forma parte de éste, ni es cualidad esencial para su existencia, sino algo distinto y separado del hecho, que se produce en el entendimiento de las personas que lo presenciaron o que posteriormente lo conocen, por lo cual de dos hechos semejantes uno puede adquirirla y el otro no.

Si el juez está seguro de la notoriedad de un hecho que interesa al proceso debe darle preferencia sobre el acuerdo que en contrario exista, sea por admisión o por confesión expresa, pues entonces ésta resultará contraria a la evidencia, o el hecho afirmado por ambas partes aparecerá como imposible y deberá sospechar fraude. Igualmente, cuando una parte considere que se trata de una aparente notoriedad y que el hecho lo perjudica, puede aducir pruebas en contrario, y, si en virtud de éstas el juez lo considera dudoso o no encuentra ya clara su notoriedad, debe rechazarla y exigir la prueba del hecho a quien corresponda.

Puede decirse que sobre los anteriores aspectos hay acuerdo entre los autores del segundo grupo, que sin duda representan la opinión predominante entre los procesalistas de este siglo.

No vemos dificultad mayor para apreciar, con este criterio, si existe verdadera notoriedad en un caso concreto.

En resumen, creemos que hay notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existen o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas

de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación y que por su parte tenga certeza de tal hecho, en forma que no le deje dudas respecto de su existencia presente o pasada. Ese doble convencimiento del juez (sobre la existencia del hecho y acerca de su notoriedad) puede ser resultado de sus conocimientos previos o de la investigación privada que haga, o de las pruebas aducidas con ese propósito al proceso. Si el juez no tiene certeza acerca de la notoriedad del hecho, entendida de esa doble manera, debe rechazarlo, a menos que aparezca demostrado por los medios de prueba que la ley permite utilizar para ello; pero en la hipótesis contraria debe tenerlo por cierto, sin exigir prueba específica y aun cuando las partes estén de acuerdo en afirmar lo contrario o una de ellas lo discuta. Tal es el sentido y alcance del artículo 177 del C. de P. C. colombiano, en cuanto exime de prueba al hecho notorio. En caso de duda, el juez debe decretar pruebas de oficio; esta facultad le resta importancia práctica a la noción.

### 37. La llamada notoriedad judicial

Algunos autores, principalmente alemanes, reconocen, al lado de la notoriedad general estudiada en el número anterior, la llamada notoriedad judicial, noción que tuvo origen en el derecho común alemán. Se trata de los hechos conocidos por el juez o tribunal como institución, en razón de su actividad oficial o de procesos anteriores de cualquier naturaleza, como explica Rosenberg, en virtud de sus mismas funciones, como dicen Kisch y Lent. El primero pone estos ejemplos: interdicciones de incapaces, declaraciones de mayoría de edad o de fallecimiento, nombramientos de tutores, la fusión de dos sociedades, la manía de los pleitos o las persistentes imposturas de una de las partes<sup>97</sup>.

Salvo en el derecho alemán, donde existe norma legal que lo permite, la noción de notoriedad judicial ha sido rechazada por la mayoría de los autores y excluida de las legislaciones. Nuestras leyes procesales no la consagran.

No juzgamos conveniente aplicar la noción de notoriedad judicial

<sup>97</sup> LENT, *Trattato del processo civile tedesco*, Napoli, 1962, p. 202; ROSENBERG y KISCH, *cits.* anteriores.

como algo diferente de la notoriedad general, y la aceptamos sólo como una modalidad de ésta, es decir, cuando reúna los requisitos de divulgación y certidumbre que para la segunda se exigen, lo cual ocurrirá si estos hechos o antecedentes judiciales son conocidos no sólo por el juez de la causa en el desempeño de sus funciones, sino por la mayoría de los abogados, jueces y personas vinculadas al foro en cada lugar, de suerte que en ese medio no pueda haber duda razonable sobre su existencia.

Pero nuestros jueces tienen amplias facultades para decretar y allegar de oficio, en ambas instancias, las pruebas de los antecedentes judiciales y de los hechos que conozcan en razón de sus funciones, cuando no estén revestidos de notoriedad general, entendida como lo acabamos de explicar en el medio forense donde curse el proceso (véanse núms. 15-17).

### **38. Son diferentes las nociones de notoriedad y de máximas o reglas de la experiencia**

Estas nociones tienen dos características comunes: su divulgación o conocimiento general y su clasificación en dos grupos, según que pertenezcan a la cultura media, o que exijan conocimientos especiales propios sólo de un sector cultural determinado. Pero se trata de nociones diferentes: la notoriedad es una razón para eximir de prueba a un hecho, mientras que las reglas de la experiencia contribuyen a formar el criterio lógico del juzgador y del perito cuando éstos las aplican para la apreciación de los hechos y las pruebas; aquélla recae sobre hechos concretos y éstas se refieren a principios abstractos; el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, mientras que las máximas de la experiencia sirven para verificarlo, sin que pertenezcan al material probatorio allegado al proceso: los hechos notorios son objeto de prueba judicial, aun cuando no necesiten prueba y estén, por lo tanto, fuera del *thema probandum*, y en cambio, las máximas de la experiencia no son objeto de prueba judicial, puesto que son simples normas de criterio para el entendimiento de los hechos, que el juez aplica de acuerdo con su conocimiento privado: el hecho notorio está sujeto a contradicción procesal, y las

reglas de la experiencia no, por ser verdades generales obvias (véase núm. 29)<sup>98</sup>.

### **39. El conocimiento privado del juez; diferencia con la notoriedad general y judicial**

Es necesario cuidarse de no confundir el conocimiento o la ciencia personal del juez con la notoriedad general o judicial; aquél se refiere a los hechos de que el juez es testigo por haberlos conocido fuera del proceso, bien sea en su vida privada o en actividades judiciales, cuando no gocen de notoriedad general. Si el conocimiento del juez es compartido por la generalidad de las personas que forman el medio social donde ocurrió el hecho o ejerce aquél sus funciones, estaremos en presencia de un hecho notorio, exento de prueba; en el caso contrario ese hecho debe ser probado con los requisitos y medios ordinarios o especiales exigidos por la ley, y el juez no puede eximirlo de prueba a causa del conocimiento personal que de él tiene. A esos hechos no probados y conocidos por el juez se aplica el principio *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en los autos, no está en el mundo), es decir, el juez debe considerarlos como inexistentes. Todos los autores distinguen expresa o tácitamente estas nociones, inclusive los que aceptan la simple notoriedad judicial<sup>99</sup>. Pero ese conocimiento privado del juez le sirve para decretar pruebas de oficio, salvo la testimonial en lo civil.

### **40. La notoriedad es algo muy diferente de la fama y el rumor públicos**

Estas nociones tienen de común la divulgación o generalización que las caracteriza, pero la primera es no sólo diferente sino opuesta a las últimas.

<sup>98</sup> Véanse citas en el número mencionado, y en particular COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, ps. 192-193; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núms. 43 y 182.

<sup>99</sup> Entre otros: ROCCO, *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 179; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, 1940, p. 196; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, p. 451; FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, p. 599; ARAGONESSES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, p. 495; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, p. 60, nota 15; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria*, ed. cit., t. I, núm. 102.

La *fama pública* es una opinión generalizada, en cierto modo social y, por lo tanto, es un hecho social que no sólo puede ser objeto de prueba, sino que debe probarse cuando quiera que de ella se deduzca alguna consecuencia jurídica, como la personalidad de un sindicato o la publicidad de unas relaciones sexuales; en ningún caso es razón para eximir la prueba, sino por el contrario, es una cualidad o defecto generalmente asignado a personas o cosas, que debe ser probado y que puede resultar falso, como la honradez o deshonestidad de una persona, la peligrosidad o tranquilidad de un lugar, el ser alguien responsable de un crimen, o el haber ocurrido un ilícito (como la malversación de fondos de una entidad pública). Para probar la fama pública, tiene valor, como excepción, el dicho del testigo que depone sobre lo que oyó, sin haberlo presenciado. A diferencia de la notoriedad, la fama no se fundamenta en el conocimiento cierto del hecho o la persona, sino en lo que suele decirse al respecto, sin verificación alguna, y por ello apenas puede servir de indicio del hecho sobre el cual recae, cuando no es el objeto mismo de la prueba.

El *rumor público* es otro hecho social más vago e indefinido que la fama. Ésta puede tener un origen conocido, como la publicación de un periódico o lo dicho por cierta persona, al paso que el primero es siempre de origen desconocido; la fama se refiere a sucesos o actos que se afirman han sucedido, mientras que el rumor tiene cierto carácter de improbabilidad, porque quienes lo esparcen no aseguran, sino que manifiestan que puede haber ocurrido o parece que sea cierto. De ahí que en algunos códigos, como el de Procedimiento Penal italiano vigente a principios del siglo pasado (art. 349), se ha llegado a prohibir la prueba del rumor público.

Por ello el rumor no es objeto de prueba, no puede eximir de prueba al hecho, ni sirve para orientar el criterio del juez; es sospechoso y debe ser descartado radicalmente.

#### **41. El caso especial de la notoriedad como causa o fuente de un derecho material o sustancial**

Como muy bien lo explican Lessona y Rocha<sup>100</sup>, la noción de

<sup>100</sup> LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 175, ps. 217-218; ROCHA, *Derecho probatorio*, Bogotá. 1962-1963, ps. 24-25 y 259-265.

notoriedad tiene un significado sustancial cuando la ley lo contempla como causa o fuente de un derecho material, es decir, cuando para que se surtan determinados efectos materiales, como la posesión de estado civil, es necesario que exista notoriedad en la relación o situación (en el trato de padre a hijo o entre cónyuges, en los ejemplos anteriores).

Son dos aplicaciones muy diferentes de la noción; pero en ambas los requisitos exigidos para que exista notoriedad son los mismos.

En los casos que ahora contemplamos, la notoriedad se convierte en el objeto y tema de prueba en el respectivo proceso, ya que para obtener la sentencia que haga la declaración deseada es indispensable no sólo probar el hecho (trato de cónyuge o de padre a hijo), sino también su notoriedad. Por consiguiente, como lo observa Rocha, lejos de ser una excepción a la carga de la prueba o un motivo para eximir de prueba al hecho, resulta una exigencia que hace más estricta y difícil la prueba requerida.

Hay, sin embargo, un aspecto común en las dos aplicaciones de la notoriedad: en ambas se utiliza para producir en la mente del juez la certidumbre sobre la existencia del hecho; pero con una fundamental diferencia: en la primera suple la prueba del hecho, la hace innecesaria, sin que deba probarse la notoriedad, salvo casos excepcionales que requieran un medio cultural especializado; en la segunda adiciona y califica la prueba del hecho haciéndolo más complejo y difícil, porque debe probarse su notoriedad (la de la cohabitación o el trato de padre a hijo).

Puede pensarse que en las dos hipótesis la notoriedad prueba indirectamente el hecho; pero en realidad las situaciones son diferentes. En la aplicación sustancial de la noción, como en la posesión de estado civil, se prueban los hechos (cohabitación, trato, etc.) y la circunstancia de que éstos han sido notorios, y es de tales hechos de donde se deduce el hecho fuente del derecho (paternidad, matrimonio, etc.); en cambio, en la aplicación procesal de la noción, o nada se prueba, o sólo se aporta prueba de la notoriedad del hecho mismo (no de otros hechos que hagan presumir aquél). En el último caso la notoriedad parece ser por sí misma prueba indirecta del hecho, pero en realidad no es prueba; en el primero, la notoriedad es un requisito de los hechos, que a su vez prueban indirectamente el hecho supuesto, es decir, son estos hechos los que constituyen la prueba, al parecer notorios.

## CAPÍTULO VIII

### DEL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL

#### 42. Diferencia entre objeto y fin de prueba

En capítulo anterior estudiamos el objeto de la prueba en general y de la judicial en particular, que se resume en aquello sobre lo cual puede recaer o versar. Pero, ¿para qué se prueba en el proceso? ¿Qué se persigue al llevarle al juez la prueba? La respuesta a este interrogante constituye lo que debe entenderse por el fin de la prueba judicial.

#### 43. Fin extraprocesal y fin procesal

Claro es que, como lo vimos al tratar de su naturaleza, extraprocesalmente la prueba desempeña ciertas funciones importantes, tales como dar seguridad a las situaciones jurídicas y más comercialidad a los derechos reales y personales enajenables, lo mismo que prevenir y aun evitar los litigios. Éstos pueden ser los fines extraprocesales de la prueba procesal, ella tiene un fin definido, cuya fundamental importancia quedó precisada al tratar en general de la utilidad de la prueba en la vida del derecho.

Si se examina en forma parcial, el problema del fin procesal de la prueba judicial puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que la suministra o del juez que la valora: aquélla, pretendiendo vencer en el litigio o conseguir su pretensión en el proceso voluntario, y éste, tratando de convencerse de la realidad o verdad para declararla. Como en el proceso contencioso las pretensiones están encontradas generalmente (pero hay casos, como los de divorcio, nulidad de matrimonio y separación de bienes, en que pueden estar acordes, por desear ambas

partes un mismo resultado), ocurre que la prueba se convierte en un arma de ataque y defensa, con lo cual se busca obtener lo pedido en la demanda y las excepciones o conseguir su rechazo. Pero esos fines individuales y concretos que cada interesado busca con la prueba en el proceso, siempre en su favor y para su beneficio, no representan el fin que le corresponde por sí misma, por su naturaleza y su función procesal.

#### **44. Diversas teorías sobre el fin de la prueba judicial**

En esta materia, como en casi todas las relacionadas con las pruebas judiciales, hay diversas teorías, pero pueden reducirse a tres: a) la que considera como fin de la prueba judicial el establecer la verdad; b) la que estima que con ella se busca producir el convencimiento del juez o llevarle la certeza necesaria para su decisión; c) la que sostiene que persigue fijar los hechos en el proceso. Las examinaremos separadamente.

a) *Doctrina que le asigna a la prueba judicial el fin de establecer la verdad.* Defienden esta tesis, entre otros, Bentham, Ricci y Bonnier<sup>101</sup>.

Esta teoría es inaceptable porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar. La mayoría de los autores modernos la rechazan.

b) *Teoría que reconoce como fin de la prueba judicial el obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juez.* Los autores que sostienen esta segunda teoría parten de la base de que la verdad es una noción ontológica, objetiva, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho, y que, por lo tanto, exige la identidad de éste con la idea o el conocimiento que de él se tiene, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el juez considere que existe prueba suficiente. De esto deducen que el fin de la prueba es producir

<sup>101</sup> BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. cit., t. I, Cap. XVII, ps. 30, 85 y 86; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núms. 1 y 5; BONNIER, *De las pruebas en derecho civil y penal*, ed. cit., t. I, núms. 8 y 9; CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., p. 235.

en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que bien puede no corresponder a la realidad, es decir, que equivale a la creencia subjetiva de que existen o no existen. Defienden esta tesis la gran mayoría de los autores modernos<sup>102</sup>. En Colombia comparten esta tesis Rocha, Alzate Noreña y Gustavo Humberto Rodríguez<sup>103</sup>.

c) *La tesis que ve como fin de la prueba la fijación de los hechos del proceso*. Esta tesis está vinculada principalmente al sistema de la tarifa legal para la apreciación de las pruebas. En razón de las dificultades que con tal sistema se presentan para llegar al conocimiento de la verdad y de las mayores probabilidades que con él existen de un divorcio entre ésta y la conclusión a que forzosamente debe llegar el juez, algunos autores, especialmente Carnelutti, han hablado de la fijación formal de los hechos mediante esa tarifa legal<sup>104</sup>.

En resumen, esta teoría contiene un planteamiento incompleto del problema del fin de la prueba, pues tanto con la primera tesis como con la segunda puede decirse que por ella se fijan los hechos en el proceso. La consideramos sólo como una manera gráfica de indicar el resultado de la prueba, pero, como lo veremos en el punto siguiente, esa fijación de los hechos se considera obtenida cuando el juez adquiere certeza o convencimiento sobre su existencia, sin que pueda exigirse que esté siempre en posesión de la verdad.

d) *Nuestro concepto*. La verdad es la identidad del conocimiento

<sup>102</sup> LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 5, ps. 6 y 7; CHIOVENDA, *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 59, p. 280, e *Instituciones*, ed. cit., t. III, núm. 321, p. 221; GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, 1955, ps. 34, 485 y 486; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., t. I, núms. 2, 9 y 112; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 27, ps. 180-181; CARRARA, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, 1957, t. II, p. 381; ROCCO, *Trattato*, Torino, 1966, t. II, ps. 183-185 y 420; etc.

<sup>103</sup> ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1949, p. 4, y ed. 1962, p. 14; ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, ps. 14-44 y 67; RODRÍGUEZ, *Pruebas criminales en la legislación colombiana*, Bogotá, 1952, t. I, p. 61; *Pruebas penales colombianas*, Bogotá, 1970, ps. 162-163, y *Derecho probatorio colombiano*, Bogotá, 1976, ps. 17-20.

<sup>104</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 4, 10-11, 13 y 19; *Studi di diritto processuale civile*, t. I, p. 218; *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1947, t. II, p. 201; *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1930, t. II, núm. 335.

o de la idea con el objeto de éste, vale decir, con la cosa o el hecho, *adaequatio rei et mentis* o *adaequatio intellectus et rei*. De manera que la verdad, como decía San Agustín, es la cosa misma: *verum est id quod est*. Sin embargo, ella nos llega, bien directamente de la inteligencia y en ese caso la llamamos metafísica, o a través de los sentidos propios o de los sentidos de terceros que nos la narran, y entonces se habla de verdad física e histórica respectivamente; pero en los tres casos existe la posibilidad del error, esto es, de la inadecuación del hecho con la idea o conocimiento que adquirimos de él. Las pruebas son los medios para llevar al juez, en el proceso, ese conocimiento, y, por lo tanto existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función, no reproduzcan exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de ésta, sin que por ello dejen de cumplir el fin a que están destinadas: permitirle al juez resolver el litigio o la petición del proceso de jurisdicción voluntaria, con arreglo a lo que considera que es la verdad.

La verdad es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia, aquélla ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; su fin se satisface, sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y entonces existirá un error. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad.

Por otra parte, la teoría de la verdad como fin de la prueba judicial deja insoluble el problema de la fijación normal de la valoración de los medios de prueba en el sistema de la tarifa legal, que imperó en el proceso civil durante siglos y conservan algunos códigos obsoletos.

Estas irrefutables consideraciones conducen a asignarle a la prueba el fin de producir la convicción o certeza en el juez, es decir, la creencia de que conoce la verdad gracias a ella; pero esta certeza puede ser

moral subjetiva y real (si hay libre valoración de la prueba), o legal objetiva y formal (si hay tarifa legal para apreciarla). De esta manera el fin permanece igual en ambos sistemas de valoración (el libre o el tasado legalmente), pues apenas varía el procedimiento para adquirir la certeza: en el primero, mediante la libre apreciación de los medios aportados conforme a las reglas de la sana crítica; en el de la tarifa legal, asignándoles el mérito que obligatoriamente se les debe reconocer. Pero, en ambos casos el juez se declara en posesión de la certeza, y la prueba habrá cumplido su finalidad. Es absurdo hablar de verdad real y formal, porque sólo existe una verdad.

Naturalmente, no se trata de una certeza metafísica, absoluta, que vendría a confundirse con la prueba perfecta de la verdad, sino de una certeza histórica, lógica y psicológica, humana por lo tanto, con sus naturales limitaciones y su inseparable posibilidad de error. De ahí que en el derecho moderno se llame la atención sobre la analogía entre la actividad del juez y la del historiador.

Por último, observamos que el fin de la prueba no siempre se consigue en la práctica, porque puede no coincidir con su resultado; tal coincidencia ocurrirá solamente cuando, gracias a ella, el juez haya podido formarse su convencimiento o adquirir la certeza sobre los hechos; en caso contrario, el resultado no logrará alcanzar ese fin, y, entonces, para cumplir su función y el deber que la jurisdicción le impone, el juez recurrirá al sustituto de la carga de la prueba o al *in dubio pro reo*, con el objeto de resolver el litigio (véanse núms. 107-109).

#### **45. Resultado de la prueba**

El resultado de la prueba es, en definitiva, la conclusión a que llegue el juez, basado en el conjunto de los medios aportados al proceso, sobre los hechos afirmados o negados en él, y que deben servirle para la aplicación de las normas jurídicas sustanciales o procesales que los regulen.

Se toma aquí el término prueba en el sentido de medios, o sea, los diversos elementos probatorios aducidos y practicados en el proceso. Cuando se dice que "hay prueba" en un proceso, se da a entender que hubo convicción del juez sobre el hecho afirmado o negado; esto es,

se identifica el resultado con el fin. Pero si se entiende por prueba el medio utilizado para tratar de llevar la convicción (y no la convicción misma), es posible que exista prueba y que no se obtenga ese convencimiento, por lo cual el resultado será diferente del fin a que está destinado.

Para conocer el resultado de la prueba no basta examinar los diversos medios que concurren a producir el convencimiento en un sentido positivo o negativo sobre la existencia de un hecho; es indispensable también tener en cuenta los medios aportados por la parte contraria, para tratar de desvirtuar el valor de convicción de los primeros. Aquéllos formarán una prueba concurrente, y éstos constituirán una prueba en contrario.

Para la correcta deducción de ese resultado es fundamental la valoración o apreciación que de esos medios probatorios haga el juez, y de ahí la trascendencia que esta función tiene, no sólo respecto de la prueba, sino para el proceso y la justicia. Juegan asimismo papel importante en este resultado, los demás principios generales que se estudiaron en el Capítulo IV.

La diferencia que en materia de prueba existe entre el proceso penal inquisitivo y con libertad de valoración, y el viejo civil dispositivo y con tarifa legal, principalmente por el segundo aspecto, es de resultado y no de fin. Ambos persiguen la verdad, y la prueba tiene por fin en ambos llevarle al juez la convicción sobre cuál es esa verdad de los hechos. Lo formal es, en el último, la prueba y el convencimiento que el juez debe deducir de ella acerca de la verdad de los hechos; sólo puede hablarse correctamente de investigación real o formal de la verdad de los hechos, pero no de verdad real o formal.

## CAPÍTULO IX

### SUJETOS Y ÓRGANOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

#### **46. La actividad probatoria se realiza por diversos sujetos**

Entendida como todo medio que sirve para conocer cualquier hecho o como la actividad de comprobación de los hechos en el proceso, la prueba requiere siempre la intervención de un sujeto y frecuentemente de varios: de quien la solicita (pero puede faltar cuando el juez la decreta de oficio) y el juez que la decreta o admite, la practica cuando no es documental que sólo se agrega, la valora o aprecia, y a quien está destinada; en ocasiones, además existe la colaboración de terceros en su práctica, como testigos y peritos o de una parte cuando es interrogada, y, por último, de quien la contradice, que es la contraparte de quien la pide o aduce y el ocasional oponente en los procesos de jurisdicción voluntaria.

#### **47. No existen propiamente sujetos activos y pasivos de la prueba**

Puede hablarse de sujeto de la prueba, pero sólo en cuanto a la actividad probatoria. Todos los sujetos que intervienen en ella son activos, en uno u otro sentido, como se deduce de la enumeración hecha en el punto anterior.

La parte contraria de quien la pide o presenta no es sujeto pasivo de la actividad probatoria, porque la prueba no se dirige a aquélla, sino al juez, quien es su único destinatario<sup>105</sup>.

<sup>105</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 336, y ARAGONESES ALONSO, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, hablan de sujetos activos y pasivos de la prueba, pero nos parece que todos son activos.

#### **48. Órganos de la actividad probatoria.**

##### **Diferencia con sujetos**

Por *sujetos* entendemos las personas que desempeñan algunas de las actividades procesales probatorias, de presentación o solicitud, admisión o decreto, práctica, recepción o asunción, contradicción o discusión y valoración o apreciación de la prueba; esto es, el juez y las partes principales y secundarias del proceso. Por *órganos*, las personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria, como testigos actuarios de las inspecciones que exigen algunos Códigos de Procedimiento, o a suministrarle el conocimiento del objeto de la prueba, como los peritos, intérpretes, testigos comunes, funcionarios judiciales o administrativos o de policía que expiden copias o certificados, las partes que confiesan en interrogatorios y que no son las autoras de documentos allegados al proceso, y aun los detectives y funcionarios de policía o de laboratorios forenses y que investigan los hechos para suministrar indicios, huellas digitales, pruebas de otro orden y cualesquiera otros experimentos científicos que tengan algún valor probatorio; por lo tanto, los *órganos* de prueba son generalmente los terceros no intervinientes y las partes sólo cuando son autores del medio de prueba, confesión o documento; nunca el juez<sup>106</sup>.

#### **49. Diversos sujetos de la actividad probatoria**

De lo expuesto en los números anteriores se deduce cuáles son los diversos sujetos de la actividad probatoria:

a) *Sujetos de la proposición de la prueba o proponentes. La legitimación para la prueba.* En un sistema rigurosamente dispositivo, sólo las partes y terceros intervinientes (que son partes una vez admitidos) pueden ser sujetos proponentes de la prueba, y sin su solicitud no es posible admitirla ni practicarla. En un sistema inquisitivo (como en los procesos penales, laborales, contencioso-administrativos y civiles colombianos) y en los dispositivos atenuados (como el civil venezolano) tiene esta condición el juez y las partes principales o secundarias.

<sup>106</sup> CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. III, ps. 237 y 242.

En el derecho germano suele denominarse a la parte que propone o presenta la prueba "gestora de la prueba"<sup>107</sup>.

Surge aquí el concepto muy importante de la legitimación para la prueba, es decir, la determinación de quiénes tienen derecho a presentar o a solicitar pruebas en determinado proceso.

Este derecho corresponde de manera general, con legitimación total y permanente para toda la causa, a quienes sean partes permanentes, principales o secundarias (demandantes, demandados, intervinientes principales y accesorios o coadyuvantes) y de manera limitada, a quienes lo hacen sólo incidental o transitoriamente; estos últimos intervinientes no pueden presentar ni pedir pruebas para la causa, sino para el incidente o la cuestión específica que legitima su transitoria intervención, y por eso tienen legitimación parcial o transitoria<sup>108</sup>.

b) *Sujetos de la ordenación y admisión de la prueba u ordenadores.* Se trata de un aspecto de la dirección del proceso, que requiere necesariamente la facultad decisoria, puesto que se traduce en una providencia de fundamental importancia, como que define el contenido del debate probatorio con toda la trascendencia que la prueba misma tiene para el proceso. Esto demuestra que sólo al juez de la causa o su comisionado para ciertas diligencias le corresponde soberanamente la decisión de admitirlas u ordenarlas; también al superior que en apelación revisa el rechazo de la práctica o admisión de una prueba por el inferior.

c) *Sujetos de la recepción de la prueba o receptores.* Se trata de la persona encargada de recibir las pruebas aducidas por las partes (como documentos públicos o privados, copias de declaraciones ya rendidas y objetos diversos como armas o vestidos). Esta función corresponde al juez de la causa, o a su comisionado para ciertas diligencias, siempre que se relacionen con el objeto de ellas.

La recepción se confunde con la práctica de la prueba cuando las partes no la presentan para su admisión, sino que la solicitan para que el juez la ordene o decrete y luego proceda a su práctica.

<sup>107</sup> ROSENBERG. *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, p. 205.

<sup>108</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 19; LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 203 bis, p. 244.

d) *Sujetos de la práctica de la prueba o ejecutores.* Es otra función exclusiva del juez de la causa y de sus comisionados, por tratarse de cumplir una actividad procesal, que sin su intervención no podría tener esta calidad.

Las demás personas tienen la condición de órganos, como explicamos en el número anterior.

e) *Sujetos de la contradicción de la prueba o contradictores.* Se trata de las partes adversarias de quien la pide o presenta en los procesos contenciosos y de los demás interesados en los procesos de jurisdicción voluntaria (también en éstos puede ocurrir que una prueba perjudique a algunos de los interesados, por ejemplo cuando lleve la consecuencia de excluirlo de la sucesión por muerte o de mermarle su participación en la herencia).

Cuando la defensa de la parte contraria se traduce en la solicitud y práctica de otras pruebas, la posición de contradictor respecto de ésta se invierte, como es natural. Esa contradicción puede ejercitarse antes de su práctica, discutiendo la procedencia o admisibilidad y la forma como debe practicarse, o después, al negarle validez o mérito de convicción.

Cuando la prueba es decretada por el juez oficiosamente, son contradictores de ella todas las partes.

f) *Sujeto destinatario de la prueba.* Se trata de la persona a quien se dirige la prueba, no para soportarla, sino para que su fin se cumpla (llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos). El destinatario de ella es siempre y exclusivamente el juez de la causa. Cuando el juez de la causa haya comisionado a otro funcionario para que efectúe una diligencia, como entrega o secuestro de bienes, las pruebas que se aduzcan en ella y para esos efectos, están dirigidas de manera inmediata a ese comisionado; pero como la actividad del último se considera como si fuera del comitente, a quien sustituye, en el fondo sigue siendo el juez de la causa su destinatario.

En el proceso penal, como el juez instructor goza de autonomía y debe calificar la prueba para ciertos efectos, por ejemplo la detención del sindicado, puede decirse que es también destinatario de la prueba.

g) *Sujeto de la valoración o apreciación de la prueba.* Es otra

función exclusiva del juez, quizá la más importante de las actividades probatorias y una de las principales del proceso.

Por regla general es sujeto de tal actividad el juez o magistrado de la causa; pero en la práctica de diligencias por comisionado o cuando se separan las funciones de instructor y fallador (como ocurre en nuestros procesos penales), la ejercen también el primero y el segundo. Sin embargo, el comisionado obra a nombre del comitente, y el instructor sustituye en esa etapa al juez de la causa.

No obstante, cuando existen jurados de conciencia, como sucede en Colombia para algunos procesos penales (institución obsoleta y perjudicial que debe suprimirse), aquéllos vienen a ser también sujetos de esa actividad valorativa de la prueba. Si la ley le otorga al juez de la causa, como sucede entre nosotros, la facultad de rechazar el veredicto por contraevidente, resulta también sujeto de tal actividad, pero con la importante limitación de que prevalece la apreciación del jurado sobre la suya, a menos que aquélla resulte notoriamente absurda; es una facultad similar a la de la Corte para casar la sentencia recurrida en casación por error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba.

h) *Sujetos de la asunción de la prueba o asuntos.* La noción de *asunción de la prueba*. Por asunción de la prueba se entiende la fase de la actividad probatoria en la que cada medio es percibido sensorial y mentalmente por el juez, de suerte que éste "asume el dato que aquél le proporciona"<sup>109</sup>; es decir, consiste en la recepción sensorial y mental subjetiva de la prueba por el juez de la causa, como requisito previo de su valoración. Ordinariamente se confunden la práctica efectiva de la prueba con su asunción, porque aquélla se hace por el juez de la causa; pero en ocasiones éste dirige la prueba, la ordena o admite, mas su práctica se hace por comisionado o antes del proceso, y entonces se separan los dos momentos de la práctica y la asunción del medio, puesto que el segundo viene a ser posterior al primero.

El sujeto de la asunción es el juez de la causa; sin embargo, cuando existe juez instructor independiente, lo es también éste en tal etapa. Las partes son simples colaboradores. Se puede delegar la fun-

<sup>109</sup> FENECH, *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. 1, p. 577.

ción de practicar la prueba, pero la de asumirla es necesariamente subjetiva e indelegable cuando se trata de prueba de la causa; sólo cuando se comisiona para la práctica de una diligencia específica, como un secuestro o la entrega de un bien, el juez delegado o comisionado puede asumir las pruebas que se le presenten o que practique para sus fines limitados a esa diligencia, como la oposición de terceros o la identificación del bien, y su decisión se considera como del comitente.

## CAPÍTULO X

### FUENTES, MOTIVOS O ARGUMENTOS Y MATERIAS O FORMAS DE EXPRESIÓN DE LA PRUEBA

#### 50. Noción de fuentes de la prueba

Son fuentes de la prueba los “hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que va a probar”, sea que constituyan o no la representación del segundo, según opinión de Carnelutti, que la aceptamos<sup>110</sup>.

Pero debemos guardarnos de no confundir el objeto y la fuente de la prueba judicial: aquél es el hecho que se prueba, y ésta el que sirve para probarlo. Cuando un hecho conduce a la prueba de otro, el primero es su fuente y el segundo su objeto.

Para que la fuente de prueba llegue a la mente del juez y éste la reconozca, es indispensable una operación mental precedida de otra sensorial: la deducción que se hace sobre lo percibido. Esa deducción es más clara cuando se trata de pruebas indirectas (como la indiciaria o la testimonial) porque el hecho que se va a probar es distinto del hecho que sirve de prueba, y el silogismo necesario para llegar a la conclusión es expreso; no obstante, existe en la prueba directa de inspección judicial, porque el juez debe deducir de lo que percibe la existencia del hecho que está probándose, aun cuando en ocasiones esa deducción pase inadvertida. Esa operación mental es como el vehículo o conducto mediante el cual la fuente de prueba es conocida por el juez.

<sup>110</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 19 y 20, ps. 89-106; BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, 1959, t. II, Cap. VII, p. 276, y Cap. XV, p. 323.

La fuente de la prueba puede consistir, pues, en hechos representativos de otros o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas y aun las personas físicas o naturales, de donde el juez pueda deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos. Son los hechos que constituyen la fuente del conocimiento que el juez obtiene para los fines del proceso. El hecho fuente de prueba puede conducir a probar otro hecho o a desvirtuarlo y probar en contrario; en el último caso servirá de fuente del hecho diferente que se alega en sustitución del primero, o simplemente de la inexistencia de éste.

### **51. Diferencia entre fuente y medio de prueba**

No hay que confundir la fuente de la prueba con el medio a través del cual se manifiesta; esta última noción comprende los métodos aceptados en cada ley procesal como vehículo de la prueba: por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos. Gracias a estos medios el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar, bien sea en forma indirecta (mediante razonamientos deductivos e inductivos, en cuyo caso es preponderante la operación mental), o en forma directa si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse (lo último cuando el juez lo percibe en una inspección, y entonces, la actividad perceptiva es la preponderante, pero siempre existe actividad mental para calificar lo percibido).

Es decir, la distinción entre medio y fuente opera también en la prueba directa, porque aquél será la inspección, la confesión, la declaración del testigo que presencié los hechos, y fuente el hecho inspeccionado, confesado o narrado, del cual se deduce la prueba de otro o de él mismo.

Es importante observar que, a pesar de la clara distinción que en teoría puede hacerse entre estas dos nociones de medio y fuente, en la práctica, tanto los legisladores como los jurados utilizan el término prueba para referirse a ambos: así, cuando se dice que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente, y cuando se expresa

que la confesión o la escritura pública o dos testimonios son prueba de cierto hecho, se trata de medios.

## 52. Motivos, argumentos o fundamentos de prueba.

### Su diferencia con fuentes y medios de prueba

De esas operaciones mentales resultan los motivos, argumentos o fundamentos por los cuales el juez reconoce o niega determinado valor de convicción a cada prueba o al conjunto de las recibidas respecto de un hecho. Son las razones, motivos o argumentos que justifican o fundamentan el valor de convicción de la prueba<sup>111</sup>. Se trata de la respuesta al interrogante de por qué un hecho (genéricamente entendido) es prueba de otro o de sí mismo.

Esas razones son de naturaleza lógica y psicológica, y se basan de modo inmediato en la experiencia y en la cultura general, cuando el juez es libre para apreciarlos; pero en el sistema de la tarifa legal adquieren en su mayor parte un carácter jurídico, puesto que al juez le basta el mandato que la ley contiene para reconocerle a cada medio de prueba un determinado valor, a menudo en desacuerdo con la realidad, lo cual hace censurable ese criterio legislativo (véase núm. 18); sin embargo, como el legislador por su parte ha adoptado esas normas abstractas de apreciación con fundamento en la experiencia, puede decirse que aun en el sistema de la tarifa legal es aquélla la fuente mediata de los motivos, argumentos o fundamentos de la prueba judicial.

Aparece clara la distinción entre fuente y motivo o argumento, lo mismo que entre éstos y los medios: la declaración del testigo o confesión de la parte o el documento o dictamen del perito, es el *medio* de prueba; los hechos narrados o contenidos en ese medio, que sirvan para establecer el hecho que se debe probar, son la *fuentes* de prueba; las razones por las cuales el juez obtiene su convencimiento y saca la conclusión, son los *motivos o argumentos*; el testigo, el perito, la parte confesante, son los órganos de esa prueba<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 335; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, vol. I, núm. 59, e *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. cit., t. III, núm. 324; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 46, ps. 195-196.

<sup>112</sup> CARNELUTTI, ed. cit., ps. 197 y 198.

### **53. Materia o formas de expresión de la prueba**

Como enseña Guasp, se entiende por materia de la prueba “aquellas sustancias, a las que el medio va incorporando”, como la persona física del testigo o el papel del documento<sup>113</sup>.

La materia es inseparable del medio de prueba, puesto que es la forma que éste adopta en cada caso.

<sup>113</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 335; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 470.

## CAPÍTULO XI

### FASES Y ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO

#### 54. Procedimientos probatorios

Se entiende por procedimientos probatorios la totalidad de las actividades procesales relacionadas con las pruebas en sus diversas etapas y fases; comprenden, por lo tanto, la investigación, el aseguramiento, la proposición o presentación, la admisión y el ordenamiento, la recepción y práctica de los diversos medios.

#### 55. Las varias fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso

La actividad probatoria en el proceso tiene diferentes fases o aspectos, que pueden comprenderse en tres: 1<sup>a</sup>) la fase de producción u obtención de la prueba, en la cual colaboran el juez, las partes y los auxiliares, o sea los sujetos de la prueba y sus órganos; esta fase se subdivide en: a) averiguación o investigación; b) aseguramiento; c) proposición o presentación; d) admisión y ordenación; e) recepción y práctica, en la cual se presenta, en ocasiones, la coerción para su realización; 2<sup>a</sup>) la fase de su asunción por el juez; 3<sup>a</sup>) la fase de su valoración o apreciación por el juez, en la cual colaboran las partes defendiendo o contradiciendo su validez y sus resultados o su eficacia<sup>114</sup>.

<sup>114</sup> FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 576; ARAGONESES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, p. 498; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, t. I, núms. 104 y 114.

## **56. La producción y obtención de la prueba y sus requisitos**

Para que la prueba pueda ser producida u obtenida válidamente y, por lo tanto, se surtan los efectos procesales y las consecuencias legales sustanciales que de ella pueden deducirse, es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos que examinaremos en el Capítulo XIII.

## **57. Averiguación o investigación de la prueba**

Esta fase de la producción de la prueba tiene una importancia extraordinaria en el proceso penal, tanto antes de éste como durante su curso, y en el civil inquisitivo durante el proceso, porque corresponde principalmente al juez, quien tiene no sólo el derecho, sino el deber de averiguar o investigar los hechos que deben probarse y los elementos o medios que para ello pueden servir, con la limitación, en el segundo, de lo expuesto en la demanda y excepciones, en virtud del principio de la congruencia, y en cuanto a testigos mencionados en el proceso. Pero también en el proceso civil es importante la investigación previa de la prueba, a pesar de que corresponde exclusivamente a las partes y de que se realiza por éstas fuera del proceso e inclusive antes de éste.

## **58. Aseguramiento o defensa de la prueba**

Íntimamente relacionado con la investigación de la prueba es su aseguramiento, es decir, las medidas encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda, o que su práctica se haga imposible por otras causas, y a conservar las cosas y circunstancias de hecho que deben ser probadas en el proceso.

Dichas medidas son de tres clases<sup>115</sup>:

- a) Apoderamiento material preventivo de cosas, en calidad de custodia o secuestro, e inclusive retención de personas, para su conservación y presentación posterior al proceso, autorizado

<sup>115</sup> FLORIAN, ob. cit., núms. 127-138; BENTHAM, ob. cit., t. II, Cap. I, p. 232; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 211 y 212; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, ed. cit., p. 215.

generalmente en lo penal, pero desusado en lo civil, aun donde rige el principio inquisitivo.

- b) Recepción anticipada o extraproceso de la prueba, como testimonios o inspecciones para futura memoria y pruebas practicadas por la policía judicial antes de iniciarse el sumario por el juez investigador.
- c) Coerción oficial para la práctica, que puede ser física, como en los allanamientos de inmuebles o incautación de objetos (lo segundo en el proceso penal) y en la conducción de los testigos ante el juez por la fuerza o mediante consecuencias jurídicas (presunción de ser cierto el hecho o de existir el documento, pérdida de un derecho procesal) o económicas como multas.

Los Códigos de Procedimiento Civil y los de Procedimiento Penal contemplan la obtención coactiva de los medios de prueba en la exhibición, el allanamiento, la concurrencia de testigos, el interrogatorio de parte, el reconocimiento de documentos privados, la inspección judicial.

58)a. La producción anticipada de la prueba, como aseguramiento de ella, medida cautelar o preparatoria de proceso ordinario, se halla legislada en todos los códigos.

a) La exhibición y eventual secuestro de la cosa mueble, sobre la que ha de versar el proceso, se autoriza genéricamente en carácter de medida preparatoria: ARG (NAC, 323; BUE, 323; CBA, 485, 486; SFE, 390); BOL, 319; COL, 286; COS, 181; CHI, 290; ECU, 71; GUA, 101; MEX, 193; VEN, 375; ESP, 497; PAR, 58; PER, 209; URU, 253.

El articulado recién citado refiere también al interrogatorio de parte y exhibición de documento o de libros de comercio o de testamento.

b) Diversos medios de prueba pueden ser producidos antes de la promoción de la demanda o después de ella, pero antes de su contestación. En general, los códigos otorgan –a quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho por sentencia pueda sufrir un perjuicio inminente o irreparable– la facultad de solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, sean más aptas para asegurar el resultado pretendido.

Así, quienes ya sean o vayan a ser partes en un proceso y tengan motivos suficientes y justificados para temer que la producción de la prueba de la que intenta valerse resulte imposible o muy dificultosa en el periodo de prueba, pueden solicitar: a) declaración de testigos de avanzada edad o gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país: ARG (NAC, 326; BUE, 326; SFE, 273); BOL, 324; BRA, 846; COL, 298; COS, 165; ECU, 258; GUA, 104; PER, 209; URU, 254; ESP, 502; b) examen pericial y reconocimiento judicial para hacer constar la existencia de documentos o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares: ARG (NAC, 326; BUE, 326; SFE, 273); BOL, 319; BRA, 846; COL, 300; COS, 165; ECU, 71; GUA, 103; PAR, 58; PER, 209; c) informativa: ARG (NAC, 326; BUE, 326).

Por supuesto, la producción anticipada de prueba debe tramitarse con la presencia y la posibilidad de contradecir de quien puede resultar afectado por ella, salvo que la respectiva citación sea imposible por razones de urgencia o por temor de que el interesado haga fracasar la prueba. En tal caso ARG (SFE, 273) autoriza la citación del Ministerio Fiscal pero ordena que, una vez producida la prueba, se le confiera traslado a la parte para observarla. Similarmente, ARG (NAC, 327; BUE, 327); BOL, 326 (bajo sanción expresa de nulidad); COS, 166.

## 59. Proposición y presentación de la prueba

En el número 49 vimos que son sujetos de esta fase de la actividad probatoria y que, por lo tanto, tienen el derecho procesal de proponer o presentar pruebas, el juez, con las limitaciones más o menos estrictas que en los sistemas dispositivos atenuados se le imponen, y las partes principales y secundarias, iniciales e intervinientes.

Se habla de presentación de la prueba cuando la parte interesada aduce el medio y el juez se limita a admitirlo, sin que deba adelantarse actividad alguna de práctica (por ejemplo, cuando se presentan documentos); existe en este caso una simultánea proposición de la prueba, en el momento de su presentación. Hay simple proposición de la prueba cuando la parte se limita a indicar un posible medio, con el fin de que el juez lo decrete y proceda a su práctica (como cuando pide se reciban testimonios o peritaciones).

La proposición o presentación de la prueba está sujeta a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar, esto es, oportunidad y consecuente preclusión, idioma y forma oral o escrita, concentración en audiencia o en un período o término para la presentación de los memoriales petitorios, según el sistema oral o escrito del proceso. Pero también está sujeta a condiciones intrínsecas: legitimación para el acto en el peticionario, y competencia y capacidad en el funcionario.

### **60. Admisión, ordenación y decreto de la prueba**

Entendida en sentido genérico, la admisión comprende tanto la aceptación por el juez del medio que se presenta (escrituras públicas o privadas, copias de sentencias e inspecciones practicadas extrajudicialmente en otro proceso, etc.), como la del que debe practicarse en el curso del proceso (recepción de testimonios, exhibición de documentos, citación a las partes, dictámenes de peritos, etc.). Pero utilizando un lenguaje más preciso, pueden distinguirse esas dos actividades, para designar como admisión los primeros casos y como ordenación los segundos, e incluir ambos en el concepto de decreto de pruebas. Se admite la prueba aducida por las partes; se ordena la práctica de las pedidas por éstas; se decretan pruebas en ambos casos.

Sin la admisión, la prueba presentada o practicada carece de valor legal, y no puede ser tenida en cuenta para la decisión de la causa o del incidente a que se refiere; de lo contrario, se violarían los principios de la lealtad, la contradicción, la publicidad y la formalidad de las pruebas.

Sin embargo, cuando el juez decreta oficiosamente pruebas, ese acto implica, obviamente, su admisión, y si tal cosa ocurre en el curso de una diligencia de inspección judicial, de secuestro o de entrega de bienes u otra similar, su práctica implica el decreto y la admisión.

En la admisión opera una calificación previa de la legalidad y pertinencia del medio presentado o aducido, sin que por ello se esté valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción, que es una tarea propia del acto decisorio.

La admisión de un medio de prueba o su presentación con la demanda, las excepciones o sus contestaciones, no vinculan al juez en

el momento de decidir, si estima que era inadmisibile o que no se cumplieron las formalidades para su admisión.

Véase lo que expusimos respecto al decreto y práctica officiosos de pruebas, en nuestro actual sistema procesal civil (aplicable a lo comercial, laboral y contencioso-administrativo), en el número 17.

### **61. Recepción o práctica de la prueba**

La recepción de la prueba comprende su simple agregación cuando la presente la parte, o su práctica cuando se limita a solicitarla; es, por lo tanto, un término más general que el de práctica, que literalmente significa el procedimiento para llevar a cabo el medio probatorio (oír al testigo o a la parte interrogada, observar las cosas en la inspección, etc.). Pero es usual identificar ambos términos dándole al primero el doble sentido indicado.

Se entiende, pues, por práctica o recepción de la prueba, los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos o solicitados se incorporen o ejecuten en el proceso.

Cuando se presenta el medio para que el juez lo admita y lo agregue al expediente, la práctica o recepción se confunden con la admisión, y lo mismo ocurre cuando el juez procede a practicar la prueba en el curso de una diligencia, sin ordenarla expresamente.

Nada impide darle validez a las pruebas que se practiquen sin haberse señalado término para su práctica, si fueron debidamente decretadas.

### **62. La asunción de la prueba**

Es frecuente confundir la recepción de la prueba con su asunción. No obstante, el segundo concepto se refiere no al hecho físico o material de la recepción o práctica del medio, sino a la comunicación subjetiva del juez con ese medio mediante operaciones sensoriales e intelectuales de éste, necesarias para conocerlo y entenderlo, es decir, para saber en qué consiste y cuál es su contenido (sin que en esta fase proceda todavía a valorar su mérito o fuerza de convicción). Así, pues, entiéndese por asunción la percepción sensorial y la aprehensión mental de la prueba por el juez (véase núm. 49, h).

## CAPÍTULO XII

### VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

#### **63. Qué se entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial**

Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.

Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez, como lo vimos al estudiar los sujetos de la prueba, pues las partes o sus apoderados tienen únicamente una función de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vista en alegaciones o memoriales. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria: define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso han sido provechosos o perdidos e inútiles; es decir, si esa prueba cumple o no el fin procesal a que estaba destinada, de llevarle la convicción al juez. Su importancia es extraordinaria<sup>116</sup>.

#### **64. Los dos sistemas fundamentales para la apreciación de la prueba**

En el Capítulo V estudiamos ampliamente los sistemas de apreciación de la prueba judicial y vimos que en realidad se reducen a

<sup>116</sup> Un magnífico estudio sobre este tema es el publicado por SENTÍS MELENDO, Santiago, en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1976, núms. 2-3, ps. 267-368.

dos: el de la tarifa legal (con o sin atenuaciones) y el de valoración personal por el juez o libertad de apreciación; en los números 12 y 13, puntos 21 y 24, vimos su aplicación en nuestros procesos civiles, penales, laborales y contencioso-administrativos.

### **65. Diversas operaciones del proceso mental de valoración o apreciación de la prueba**

Este proceso de valoración o apreciación de la prueba no es simple ni uniforme, sino, por el contrario, complejo y variable en cada caso. Con todo y ser así, pueden señalarse en general sus fases y sus diversas operaciones sensoriales e intelectuales, lo cual procuraremos sintetizar a continuación.

a) *Tres aspectos básicos de la función valoratoria: percepción, representación o reconstrucción y razonamiento*<sup>117</sup>.

El juez debe percibir los hechos a través de los medios de prueba, pero luego es indispensable que proceda a la representación o reconstrucción histórica de ellos, no ya separadamente sino en su conjunto, poniendo el mayor cuidado para que no queden lagunas u omisiones que trastruequen la realidad o la hagan cambiar de significado. Es la segunda fase indispensable de la operación<sup>118</sup>.

Esta representación o reconstrucción puede hacerse respecto de algunos de los hechos por la vía directa de la percepción u observación, pero a muchos otros se llega indirectamente, por la vía de la inducción o deducción, es decir, infiriéndolos de otros hechos, porque sólo los segundos y no los primeros hayan sido percibidos por el juez.

Pero en la observación directa opera siempre una actividad analítica o razonadora, por elemental y rápida que sea, mediante la cual se

<sup>117</sup> COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. I, p. 55; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., p. 64; FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ed. cit., t. I, ps. 133, 170 y 218; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 368, p. 379; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 465; GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, Buenos Aires, 1955, ps. 60 y 167.

<sup>118</sup> COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. I, p. 55; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, ps. 61 y 62; GORPHE, ob. cit., p. 53; ROCCO, *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 522; VISHINSKI, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951, p. 255.

obtienen las inferencias de los datos percibidos; por ejemplo, la identificación de lo que el juez ve, oye, toca o huele.

De ahí que la tercera fase del proceso de valoración de la prueba sea la intelectual o la de raciocinio o razonamiento, sin que esto signifique que deba estar precedida por la segunda o de reconstrucción, y también, en ocasiones, a un mismo tiempo con la primera o perceptiva (cuando el juez debe resolver inmediatamente conoce los hechos a través de las pruebas).

b) *Función fundamental de la lógica.* Sin lógica no puede existir valoración de la prueba. Se trata de razonar sobre ella, así sea prueba directa, como ya hemos observado, y la lógica es indispensable para el correcto razonamiento<sup>119</sup>. Pero se trata de la lógica común o general, porque sus reglas son unas mismas, cualquiera que sea la materia a que se aplican. Esa actividad lógica tiene la peculiaridad de que siempre debe basarse en las reglas de la experiencia (físicas, morales, sociales, psicológicas, técnicas, científicas, y las corrientes a que todos enseña la vida)<sup>120</sup>. En conjunto forman las *llamadas reglas de la sana crítica*.

Si bien el razonamiento se presenta generalmente en forma silogística, ya que se trata de juicio, no existe la mecánica exactitud de un silogismo teórico o de una operación aritmética, debido a que la premisa mayor está constituida por regla general de la experiencia y la menor por las inferencias de la actividad perceptiva, falibles siempre, deficientes muchas veces; ni constituye una mera operación inductiva-deductiva<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> FRAMARINO, *Lógica de las pruebas*, ed. cit., t. I, ps. 174-175 y 206-211; COUTURE, *Estudios*, ed. cit., p. 191; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., ps. 61 y 123; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 5, p. 64; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., núms. 5 y 168; GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., ps. 8, 50, 54, 164 y 165; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, p. 464; ROCHA, *Derecho probatorio*, Bogotá, 1962-1963, p. 66; LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núms. 368, 379.

<sup>120</sup> STUART MILL, ROMAGNOSI y PESCATORE, citados por FLORIAN, *Delle prove penali*, núm. 5; GORPHE, ob. cit., ps. 49 y 54; FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 206-211.

<sup>121</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, ps. 61 y 123; COUTURE, *Estudios*, Buenos Aires, 1948-1950, p. 192; CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, núm. 15, p. 64.

c) *Al lado de la razón y la lógica, actúan la imaginación, la sicología y la sociología, además de otros conocimientos científicos y técnicos.*

Pese a que es imposible prescindir de la lógica al valorar las pruebas, como se trata de reconstrucción de hechos generalmente pasados y en ocasiones presentes, pero que ocurren fuera del proceso, la imaginación es un auxiliar utilísimo para la búsqueda de datos, huellas, cosas, analogías o discrepancias del caso. Y como esos hechos son humanos generalmente o se relacionan con la vida de seres humanos, raro será el proceso en que para la calificación definitiva del conjunto probatorio no deba recurrir el juez a conocimientos psicológicos y sociológicos; las operaciones psicológicas son de importancia extraordinaria en el examen del testimonio, la confesión, el dictamen de peritos y los documentos privados o públicos, razón por la cual es imposible prescindir de ellas en la tarea de valorar la prueba judicial, pues el factor psicológico es inseparable del sensorial y del lógico en la formación del juicio que el testigo, la parte o el perito exponen<sup>122</sup>.

En un sistema de tarifa legal rigurosa, estas reglas para la valoración de las pruebas adquieren carácter jurídico, en el sentido de que se convierten en mandatos legales imperativos que el juez debe aceptar y aplicar sin valoración subjetiva o personal. Pero aun en este caso hay ciertas excepciones, como en la apreciación de la concordancia y la razón del dicho de los testimonios, que permiten la aplicación de reglas lógicas, psicológicas y morales. Cuando la tarifa legal se encuentra atenuada o abolida, esas reglas lógicas y de la experiencia tienen amplia aplicación: así ocurría en Colombia hasta 1970.

Por otra parte, es evidente que las normas consagradas en la tarifa legal son reglas lógicas y de experiencia acogidas por el legislador de manera abstracta, con el fin de dirigir el criterio del juez; o sea, son la lógica y la experiencia del legislador, mas no la del juez ni la del abogado litigante.

En un sistema de libre apreciación existe además la diferencia

<sup>122</sup> Véase cita anterior y VISHINSKI, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, ed. cit., p. 255; FRAMARINO, *Lógica de las pruebas*, Bogotá, 1964, t. I, p. 206; GORPHE, ob. cit., ps. 8, 54, 59, 61 y 79; FLORIAN, ob. cit., núm. 6; ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, p. 206.

sustancial de que esas reglas son concretas, para casos específicos examinados mientras que en la tarifa legal son abstractos o de carácter general. Son las reglas de la sana crítica que constituyen “un *standard* jurídico”, esto es, un criterio permanente para la valoración de la prueba judicial; pero no son inflexibles ni estáticas, porque son tomadas del normal comportamiento social e individual que está sujeto a las leyes de la evolución cultural, técnica, científica, moral y económica. Su naturaleza y flexibilidad son similares a las de “las reglas o máximas de la experiencia” (véase núm. 29).

De consiguiente, ese método que el juez emplea para la valoración, no es simple, sino complejo, tanto respecto a los instrumentos, como al proceso síquico que en la mente de aquél se realiza.

#### **66. Momento en que se ejerce la actividad valorativa**

Si se distingue correctamente la admisibilidad de la prueba y su apreciación o valoración, no se presenta dificultad alguna para comprender que la segunda corresponde siempre al momento de la decisión de la causa o del punto incidental. Generalmente la valoración corresponde a la sentencia, pero en ocasiones se presenta en providencias interlocutorias, cuando por ellas deben adoptarse decisiones sobre hechos distintos de los que fundamenten las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito que se les hayan opuesto, como sucede en las oposiciones a la entrega o secuestro de bienes, en las objeciones a dictámenes de peritos, en las recusaciones de jueces, tachas de testigos o de falsedad de documentos, etcétera.

#### **67. Fin de la apreciación o valoración de la prueba**

Son diferentes el fin de la prueba y el fin de su valoración. Aquél es siempre el convencimiento o la certeza del juez; éste es precisar el mérito que ella pueda tener para formar el convencimiento del juez, es decir su valor de convicción, que puede ser positivo, si se obtiene, o, por el contrario, negativo, si no se logra. Por ello, gracias a la valoración podrá saber el juez si, en ese proceso, la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin. Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido el fin que le corresponde.

Dicho de otra manera, el resultado de la prueba se conoce mediante su valoración.

### **68. Unidad y comunidad de la prueba y apreciación global o de conjunto**

Para esta labor de valoración de los diversos medios de prueba, debe el juez considerarlos en conjunto, sin hacer distinción alguna en cuanto al origen de la prueba, como lo enseña el principio de su comunidad o adquisición, es decir, no interesa si llegó al proceso inquisitivamente por actividad oficiosa del juez o por solicitud o a instancia de parte y mucho menos si proviene del demandante o del demandado o de un tercero interventor. Por otra parte, como dijimos al estudiar el principio de la unidad de la prueba, los diversos medios aportados deben apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe que su resultado sea adverso a quien la aportó, porque no existe un derecho sobre su valor de convicción; una vez que han sido aportadas legalmente, su resultado depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre (véase núm. 13).

Se entiende por comunidad de la prueba el principio conforme al cual practicada o presentada (lo último si es documental) pertenece al proceso, no a quien la pidió o la adujo; de ahí que no sea admisible su renuncia o desistimiento, porque se violarían los principios de la lealtad procesal y de la probidad de la prueba, que impiden practicarla para luego aprovecharse de ella si resulta favorable, o abandonarla, en el caso contrario (véase núm. 13, punto 4). El desistimiento es procedente sólo cuando no ha sido practicada ni presentada.

Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que en realidad le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una "masa de pruebas", según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos.

Para que ese examen de conjunto sea eficiente, debe formarse, como aconsejan Wigmore y Gorphe, un cuadro esquemático de los diversos elementos de prueba, clasificándolos de la manera más lógica,

relacionándolos entre sí, debido a sus conexiones más o menos estrechas, comparando los elementos de cargo con los de descargo respecto de cada hecho, a fin de comprobar si los unos neutralizan a los otros o cuáles prevalecen, de manera que al final se tenga un conjunto sintético, coherente y concluyente; todo eso antes de sacar conclusiones de ellos, de acuerdo con la gran regla cartesiana de proceder objetivamente, sin ideas preconcebidas con desconfianza o duda provisional respecto de las varias hipótesis.

Es una triple tarea: fijar los diversos elementos de prueba, confrontarlos para verificar y apreciar su verosimilitud y obtener la conclusión coherente que de ellos resulte. Para esto debe utilizarse un método crítico de conjunto, luego de analizar cada prueba aisladamente, teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias, con las demás. Y en la motivación debe el juez explicar su concepto sobre cada prueba y sobre el conjunto de ellas.

Inclusive cuando la única prueba aceptada por la ley para un hecho es la de escritura pública o documento auténtico, el estudio comparativo de los otros elementos allegados al proceso es indispensable, para conocer su verdadero contenido o significado.

La apreciación o valoración en su conjunto, de toda la prueba que exista en el proceso, es forzosa en todos los casos.

Esa crítica de conjunto del acervo probatorio debe orientarse hacia el examen de todas las hipótesis posibles, sin dejarse llevar por el mayor interés o la simpatía o antipatía respecto de alguna de ellas, pues sólo examinándolas aisladamente y comparándolas luego, con serena imparcialidad, es posible llegar a la exclusión progresiva de unas y a una síntesis final afortunada<sup>123</sup>.

Sin embargo, el juez debe concretar su estudio a los hechos que sean pertinentes, es decir, que no se debe perder en divagaciones inútiles sobre cuestiones irrelevantes<sup>124</sup>.

Un buen método para valorar cada prueba es examinar si reúne

<sup>123</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, ps. 122-123 y 130; GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., p. 472; FRAMARINO, ob. cit., t. I, ps. 4 y 104; COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, 1954, p. 445.

<sup>124</sup> ROSENBERG, *Tratado*, Buenos Aires, 1955, t. II, p. 207.

los requisitos para su existencia, su validez y su eficacia probatoria o fuerza de convicción, que al tratar de cada medio en particular examinaremos.

### **69. Diversas maneras para concebir el trabajo de valoración del juez**

Los hechos que aparezcan debidamente probados y que apenas sirvan como elementos incompletos de convicción deben ser clasificados y ordenados con lógica rigurosa, teniendo en cuenta sus concordancias y discrepancias, para que no haya oposición entre ellos, sino que unos sirvan de base a los otros. De ahí las varias maneras como suele concebirse este trabajo del juez.

Unos lo consideran como un arquitecto que intenta “reconstruir y representar, con mayor o menor perfección, el mismo caso original”, para lo cual deben colocar cada material en su lugar preciso y en las posiciones adecuadas, con un acoplamiento perfecto, a fin de que con los antiguos materiales resulte de nuevo el edificio derruido, en la forma más idéntica que sea posible conseguir<sup>125</sup>.

Otros lo conciben como una cadena, cuyos eslabones son los diversos hechos probados, que se apoyan mutuamente en un orden sucesivo; concepción bastante aceptable, pero que tiene el efecto de que no representa la necesaria unión de los diversos elementos, que, a pesar de provenir de fuentes distintas, forman un cuerpo homogéneo, es decir, no se da la imagen exacta de la múltiple conexión de los unos con los otros, pues generalmente concurren varios a darle fundamento a un mismo punto y no en orden sucesivo.

Más exacta nos parece la imagen, acogida por Gorphe<sup>126</sup>, de un conjunto de hilos que forman un cable, pues todos se apoyan recíprocamente en cada punto, formando un conjunto conexo en cada uno de sus puntos: así, cierto número de líneas entrelazadas forman siempre un nexo poderoso.

<sup>125</sup> BURRIL, Alexander M., *A treatise on circumstantial evidence*, 1868, cita de WIGMORE, que reproduce GORPHE en *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., p. 476.

<sup>126</sup> GORPHE, ob. cit., p. 476.

También es correcto el ejemplo de Carlos Cossio<sup>127</sup> quien habla de rompecabezas semielástico, cuyas piezas las acomoda el jurista, apretándolas unas a otras, hasta que sus perfiles coincidan; de modo que la deformación de una deforma las vecinas. Aun cuando Cossio se refiere a los conceptos normativos, su frase tiene perfecta aplicación a la valoración de la masa de pruebas.

Lo anterior significa también que en la reconstrucción de los hechos que deben conducir a la conclusión final, debe tenerse sumo cuidado de aceptar sólo aquellos que parezcan plenamente demostrados, pues, de lo contrario, se romperá la armonía del conjunto, y la síntesis podrá extraviarse por el camino de razonamientos apenas en apariencia firmes.

## 70. Crítica subjetiva o intrínseca y objetiva o extrínseca

Para que esa crítica de los diversos elementos probatorios resulte completa deben examinarse dos aspectos esenciales de cada prueba: a) *su autenticidad y sinceridad*, cuando se trate de documentos, confesiones y testimonios, y sólo la primera para huellas, rastros o cosas que se examinen directamente por el juez; b) *su exactitud y credibilidad*.

Las primeras significan que no haya alteración maliciosa o intencional de la prueba (que el testigo sea sincero, que en el documento no aparezca alterada conscientemente la verdad, ni tenga firmas falsificadas o contenido alterado, y que las cosas o huellas no hayan sido deformadas o substituidas por alguien). Las segundas significan que lo que espontáneamente se deduzca de las pruebas corresponda a la realidad, es decir, que el testigo o el perito no se equivoquen de buena fe, o que el hecho indiciario no sea aparente o no tenga un significado distinto y no haya sufrido alteración por obra de la naturaleza, o que la confesión no se deba a error, o que lo relatado en el documento no se separe de la verdad también por error y sin mala fe de sus autores.

No basta la autenticidad y sinceridad de la prueba<sup>128</sup>. Fue un error

<sup>127</sup> COSSIO, ob. cit., p. 221.

<sup>128</sup> Corte, 30 de abril de 1942, G. J., t. LIV bis, p. 198; 11 de diciembre de 1945, t. LIX, p. 839; 29 de mayo de 1954, t. LXXVII, núm. 2141, p. 714; 2 de septiembre de 1954, t. LXXVIII, núm. 246, p. 549; 3 de mayo de 1955, t. LXXX, núm. 2154, p. 283, y 11 de mayo de 1955, ibidem, p. 736; 20 de octubre de 1955, t. LXXI, núm. 2159, p. 451.

creer que como el hombre honrado dice la verdad, lo relatado por él debía considerarse como la realidad de los hechos; se olvidaba que también él puede equivocarse en la percepción o en la simultánea o posterior inducción de lo que relata con base en lo percibido, y que la memoria puede fallarle cuando declara después de cierto tiempo.

Para referirse a este doble examen de la prueba se ha hablado de crítica subjetiva o intrínseca y objetiva o extrínseca<sup>129</sup>. La primera contempla su sinceridad, exactitud y credibilidad; la segunda, su autenticidad y los requisitos de forma.

### 71. Fuerza o valor probatorio de los medios de prueba

Puede decirse que apreciar la prueba “es la actividad intelectual que lleva a cabo el juez para medir la fuerza probatoria de un medio de prueba”<sup>130</sup>. Por lo tanto, fuerza o valor probatorio es la aptitud que tiene un hecho (solo o en concurrencia con otros) para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado<sup>131</sup>.

Naturalmente, no todo hecho o cosa o documento aducido por las partes goza de fuerza o valor probatorio. Para que exista se necesitan ciertos requisitos de forma y de fondo.

Entre los requisitos de forma está, en primer lugar, que el medio mismo sea legalmente admisible como tal cosa, ora porque se encuentre entre los taxativamente autorizados por la ley, o ya porque se haya dejado a los jueces libertad de acoger los que consideren aptos conforme a su buen criterio y los encuentren aceptables. En segundo lugar, están las formalidades prescriptas por la ley procesal para su producción.

Los requisitos de fondo atañen al contenido del medio, lo que él relata o indica al juez (su autenticidad y sinceridad, su exactitud y verosimilitud)<sup>132</sup>. A éste corresponde apreciarlos, según las reglas de la sana crítica.

71)a. Ver núms. 18)a y 19)a.

<sup>129</sup> FRAMARINO, cita de GORPHE, *De la apreciación de la prueba*, ed. cit., ps. 204 y 205.

<sup>130</sup> KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, ed. cit., p. 199.

<sup>131</sup> ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 204.

<sup>132</sup> KISCH, *Elementos*, ed. cit., p. 199.

## 72. Qué se entiende por argumentos de prueba

Se entiende por argumentos de prueba los motivos que hacen reconocer el valor o la fuerza probatoria a un medio de prueba o a varios en conjunto: responden a la pregunta: por qué el juez le da valor probatorio a tal medio o a cierto conjunto de medios<sup>133</sup>.

Puede decirse, por ello, que el valor o la fuerza probatoria de un medio de prueba aislado o de un conjunto de medios, depende de los argumentos de prueba que de él o de ellos se deduzcan.

## 73. Apreciación de la prueba de hechos imposibles, improbables o difíciles de probar

La dificultad en la prueba no debe influir, salvo norma legal en contrario, en la valoración de la practicada. Su imposibilidad (no su dificultad) tiene otra consecuencia muy distinta: exonerar el hecho de prueba, como sucede con las negaciones o afirmaciones indefinidas<sup>134</sup> (véase núm. 35).

Otra cosa es la improbabilidad física del hecho objeto de la prueba, en concepto del juez, porque entonces dicha circunstancia influye lógicamente en la apreciación de ésta, y para ello debe utilizar el juez las máximas o reglas de la experiencia, o el concepto de peritos cuando el carácter técnico lo requiera<sup>135</sup>. Lo importante es que tal concepto tenga bases firmes objetivas, formadas por máximas de la experiencia o con la asesoría de expertos, y no por la ignorancia, el fanatismo, los defectos o los deseos conscientes o inconscientes del juzgador.

## 74. Resultado final de la valoración de la prueba

Para adoptar su decisión con fundamento en la prueba es indispensable que el juez se considere convencido por ella, o, dicho de otra manera, que se encuentre en estado de certeza sobre los hechos que declara. Si la prueba no alcanza a producirle esa convicción, porque no existe o porque pesa en su espíritu, por igual en favor y en contra,

<sup>133</sup> ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 204.

<sup>134</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 54, p. 349.

<sup>135</sup> FRAMARINO, *Lógica de las pruebas*, ed. cit., t. I, ps. 74, 77, 81 y 84.

o más en favor de una conclusión pero sin despejar completamente la duda, le está vedado apoyarse en aquélla para resolver, y, por consiguiente, si se trata de proceso penal, deberá resolver a favor del sindicado (*in dubio pro reo*) y si de proceso civil, laboral o contencioso-administrativo, recurrirá a la regla de la carga de la prueba que le permite decidir en contra de la parte que la tenía; pero entonces su sentencia no se basa en la duda ni en la probabilidad, sino en esa regla jurídica elaborada precisamente para evitar el *non liquet*, esto es, para que no se vea obligado a abstenerse de resolver por falta de prueba<sup>136</sup> (véase Cap. XVI).

Si el juez está regido por la tarifa legal, se tratará de una convicción o certeza formal, impuesta por el legislador (en vez de la convicción o certeza real que el juez obtiene con la libre apreciación), pero de todas maneras será indispensable llegar a esa convicción o certeza.

La certeza judicial no es la metafísica, que se aplica únicamente a las ideas puras por obra exclusiva de la inteligencia, ni es simplemente física, vale decir, basada sólo en las percepciones, porque aun en el caso en que el juez se fundamente sólo en hechos percibidos directamente por él, es indispensable que de ellos induzca una conclusión, y para hacerlo debe recurrir a la ayuda del razonamiento. Por consiguiente, la certeza judicial es histórica, porque se trata de reconstruir hechos pasados o de llevarle al proceso la exacta representación de los presentes, para lo cual se utilizan los sentidos, el razonamiento, la crítica lógica, psicológica y científica<sup>137</sup>.

Esa certeza judicial no significa que el juez está en posesión de la verdad, sino que cree haberla encontrado, y es, por lo tanto, relativa o sujeta a error. Por ello, al tratar del fin de la prueba judicial dijimos que consiste en llevarle al juez el convencimiento de que se le ha

<sup>136</sup> FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 577; SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1950, ps. 19 y 238; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1959, ps. 115 y 120.

<sup>137</sup> Sobre la tendencia del derecho moderno a reconocer la analogía del juez y el historiador, véase a GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, p. 250; DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, 1961, ps. 7 y 66.

demostrado la verdad, y no en probar ésta, pues bien puede suceder que tal convencimiento no corresponda a la realidad (véase núm. 44).

**75. Casos en que se atenúa el grado de convicción de la prueba.  
La atendibilidad o la simple justificación del hecho. Prueba sumaria y prueba prima facie**

El juez sólo puede declarar un hecho sobre la base de la certeza que tenga de él, tanto en materias civiles como penales o de otro orden, o si está legalmente presumido o la ley lo exime de prueba y no se probó el hecho contrario.

Pero esta regla, que es inflexible en la sentencia, sufre atenuaciones para ciertas materias incidentales o de previo pronunciamiento. Por ejemplo, cuando la ley permite al juez decretar medidas preventivas no obstante carecer de autenticidad el título aducido para ellas, si tiene la firma de dos testigos; entonces no se exige que el juez tenga certeza sobre el hecho (existencia del contrato contenido en el documento, en el ejemplo anterior); basta que le parezca verosímil su autenticidad. Es lo que se llama *prueba sumaria*, porque le falta autenticidad (si se trata de documento) o contradicción (si de testimonio); pero su contenido debe producir certeza<sup>138</sup>.

Creemos que tal debe ser el criterio para apreciar la prueba del "caso fortuito" o la "fuerza mayor" exigido por la ley procesal para ciertos casos o para justificar la no comparecencia a absolver un interrogatorio y en ocasiones similares; el criterio debe ser amplio, para aceptar la simple justificación del no uso del término o la no comparecencia. Lo mismo ocurre con la prueba de que no pudo practicarse sin culpa otra prueba en la primera instancia, para que se permita practicarla en la segunda<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> LENT, *Trattato del processo civile tedesco*, Napoli, 1962, p. 197; CHIOVENDA, *Principios*, Madrid, 1941, t. II, núm. 50, p. 282; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 464.

<sup>139</sup> PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil, Parte general*, Madrid, 1964, ps. 396 y 397; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1959, p. 256.

## 76. Diferencia entre eficacia probatoria y fuerza obligatoria de ciertos medios según la persona contra quien se oponen

Como acertadamente lo expresa Antonio Rocha<sup>140</sup>, una cosa es el efecto o la eficacia probatoria de un medio, y otra muy distinta su fuerza obligatoria. Es decir, un medio, escritura pública o privada, por ejemplo, puede probar frente a todos y sin embargo no obligar sino a ciertas personas.

La eficacia probatoria la determina la ley en la tarifa legal o el juez en el sistema de libre apreciación, pero en ambos casos está dirigida principalmente a éste, a fin de obtener su convencimiento en el proceso. Cuando el medio probatorio es exigido por la ley como requisito para la existencia o la validez del acto (*ad substantiam actus*) o cuando la ley o la sana crítica le da valor pleno para demostrar el acto (*ad probationem*), tiene también eficacia probatoria frente a cualquier persona en las relaciones extrajudiciales, en cuanto éstas no pueden desconocer que ese acto existió si se les presenta esa prueba (documento público o privado auténtico y, en ocasiones, sin autenticidad, pero con la firma de dos testigos que le dan el valor de prueba sumaria). Ese acto existe como hecho, no como fuente de obligaciones, para todo el mundo.

Mas es cosa diferente que el contenido del acto jurídico obligue y perjudique a todo el mundo. Por este aspecto es indispensable distinguir entre quienes fueron partes o sus sucesores a título universal o singular (es decir, partes en sentido jurídico) y quienes son terceros (también jurídicamente entendido). La situación es entonces similar a la que se presenta respecto a la prueba de la sentencia y a la fuerza vinculativa de la cosa juzgada, pues aquélla existe frente a todos y nadie puede desconocer que fue pronunciada si se deduce su copia auténtica, aunque por regla general la decisión contenida en ella obliga sólo a quienes fueron parte en ese proceso y sus sucesores a título universal o singular.

Sólo aparentemente varía la eficacia probatoria de los instrumentos públicos, en cuanto el instrumento prueba entre partes la verdad de

<sup>140</sup> ROCHA, *Derecho probatorio*. Bogotá, Facultad del Rosario, 1962-1963, ps. 287-290.

las declaraciones y no frente a terceros: pero en el fondo se trata de deducir las obligaciones y derechos de su contenido y, por lo tanto, de su fuerza obligatoria, como que los terceros no están obligados por esas declaraciones, en razón de no haberlas hecho ni ser causahabientes de quienes las hicieran<sup>141</sup>. Lo mismo cabe decir de los documentos privados auténticos y de los reconocidos judicialmente.

### **77. La inevitable posibilidad de error judicial en la apreciación de la prueba y el necesario carácter objetivo y social que debe tener. La conclusión del juez**

Hemos visto que son múltiples los factores que pueden conducir al juez a una incorrecta apreciación de la prueba: defectos o insuficiencias en la observación o percepción de los hechos y en la asunción de los medios; descuidos en su estudio de conjunto; afectos o desafectos para las partes o la tesis; ignorancia de conocimientos psicológicos, jurídicos, morales, técnicos y de las máximas de la experiencia que deben orientar su criterio, es decir, de la vida y de los hombres; deficiencia de capacidad razonadora o lógica, y posiblemente otros más.

No existen reglas ni métodos que descarten la posibilidad de ese error judicial, sino apenas para disminuirla. De ahí la importancia de las dos instancias, para que un superior revise la apreciación del juez de la causa, y de admitir casación por error manifiesto de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, que por fortuna existe en Colombia.

Enemigos de una buena valoración de la prueba son: la ignorancia, la pereza intelectual, la pretensión de no necesitar asesoría de la doctrina y la jurisprudencia y en ocasiones de expertos, el dejarse llevar de la simpatía o antipatía, el contentarse con la primera impresión que dejen las pruebas, el omitir una adecuada clasificación de ellas, el olvidar el examen del contenido de cada una y el estudio comparado de conjunto.

<sup>141</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, ps. 263-268; CARLUCCI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 39, p. 170.

## CAPÍTULO XIII

### REQUISITOS INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DE LOS ACTOS DE PRUEBA

#### 78. Cuáles son estos requisitos

En el capítulo anterior vimos que las pruebas exigen ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos; los primeros atañen al medio mismo utilizado en cada caso, incluyendo su objeto, y los segundos se refieren a circunstancias que existen separadas de ese medio, pero que se relacionan con él y lo complementan.

*Son requisitos intrínsecos:* a) la conducencia del medio; b) la pertinencia o relevancia del hecho objeto de la prueba; c) la utilidad del medio; d) la ausencia de prohibición legal de investigar el hecho. Rigen para la fase de producción de la prueba y se revisa su cumplimiento en la de valoración.

*Son requisitos extrínsecos:* a) la oportunidad procesal o ausencia de preclusión; b) las formalidades procesales; c) la legitimación y postulación del juez que la decreta oficiosamente; d) la competencia del juez o de su comisionado; e) la capacidad general del juez o funcionario comisionado y de los órganos de la prueba (testigos, peritos, intérpretes, partes cuando confiesan) y la ausencia de impedimentos legales en aquéllos y éstos. Rigen para la fase de producción, pero en la valoración debe revisarse su cumplimiento.

El derecho subjetivo de probar (véase núm. 10) se limita, por lo tanto, a utilizar los medios conducentes y respecto a hechos pertinentes para la causa, cuando no existe prohibición legal y no sea inútil su práctica (*inutile est probare quod probatum non relevat*). Cumplidos

estos requisitos, las partes tienen derecho a que se admitan las pruebas que propongan, siempre que se cumplan también los requisitos extrínsecos. Éste es precisamente el sentido del brocárdico *probationis non sunt coartandæ*.

## 79. Noción de conducencia de la prueba.

### Diferencias con su admisibilidad y su eficacia

La conducencia de la prueba es la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere. Es requisito intrínseco para su admisibilidad, debe ser examinada por el juez cuando vaya a resolver sobre las peticiones por las partes o las que oficiosamente puede decretar y persigue un doble fin: a) evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero, pues la inconducencia significa que el medio que quiere utilizarse es ineficaz para demostrar el hecho a que se refiere; b) proteger la seriedad de la prueba y evitar que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso<sup>142</sup>.

La conducencia exige dos requisitos: 1º) que el medio respectivo esté autorizado por la ley (sea porque se contemple entre los enumerados taxativamente cuando rige el sistema de la prueba legal, o porque al juez le resulte lícito cuando goce la libertad para los que considere revestidos de valor probatorio, como ocurre en nuestro proceso civil) y no se encuentre prohibido expresa o tácitamente por una norma legal, para el caso concreto o en razón del método empleado para obtenerlo (existe prohibición tácita, cuando el medio o el procedimiento para obtenerlo esté reñido con la moral o viole derechos tutelados por la ley, como el tormento, el hipnotismo y el narcoanálisis para conseguir confesiones o testimonios, o viole la reserva legal o profesional); 2º) que una norma legal no excluya el valor probatorio del medio respecto del hecho que se quiere probar, por exigir otro especial, como ocurre con los testimonios e indicios cuando se exige documento *ad substantiam actus*.

Puede incluirse en la inconducencia el caso de prohibición legal de investigar el hecho, cuando no se contemple como requisito separado.

<sup>142</sup> LESSONA, *Teoría general de la prueba*, Madrid, 1928, t. I, núm. 232, p. 277.

La conducencia de la prueba no es cuestión de hecho (como sí lo es su pertinencia), sino de derecho, porque se trata de determinar si es legalmente apta para probar el hecho. La admisión por el juez y su práctica no sanean la inconducencia que efectivamente exista, y, por lo tanto, al apreciarla puede negársele valor por ese motivo<sup>143</sup>. El error en que el tribunal pueda incidir en esta materia, al proferir la sentencia de segunda instancia, es acusable en casación como error de derecho en la apreciación de la prueba (en Colombia).

En doctrina no pueden identificarse la conducencia de la prueba con su eficacia, porque aquélla es sólo uno de los requisitos de ésta, como lo es también su pertinencia y cualquier defecto en su contenido o en su práctica; la ley colombiana incurre en esa confusión al usar el segundo término con el sentido del primero. La eficacia de la prueba se aprecia en definitiva cuando se hace su valoración o apreciación, y no es requisito para su admisión<sup>144</sup>.

En todos los códigos de procedimientos se encuentra consagrada la inadmisibilidad *in limine* o de plano de la prueba notoriamente inconducente. La doctrina, en general, le reconoce al juez esa facultad, por obvias razones de economía procesal, si su inconducencia es evidente, porque aparezca *prima facie* y no le quede duda sobre ella; pero, en cambio, se pronuncia en favor de la admisión cuando el punto sea dudoso, ya que en el momento de valorarla, conocido su contenido y su resultado, se debe volver a examinar aquel requisito para negarle todo mérito en el supuesto de que falte<sup>145</sup>.

79)a. Ver núm. 33)a.

## **80. De la pertinencia o relevancia de la prueba o, mejor dicho, del hecho objeto de ésta**

La pertinencia o relevancia es diferente de la conducencia; aquélla contempla *la relación que el hecho por probar puede tener con el*

<sup>143</sup> RICCI, *Tratado de las pruebas*, Madrid, t. I, núm. 5, p. 18.

<sup>144</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, ps. 350-351.

<sup>145</sup> BONNIER, *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, 1913-1914, t. I, núms. 60-64, ps. 80-84; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núms. 4-7, ps. 15 y 28; LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 230-232, ps. 276-277; etc.

*litigio o la materia del proceso de jurisdicción voluntaria o de la investigación penal, o con el incidente si fuere el caso.*

Explicado lo anterior, aparece muy sencilla la noción de prueba impertinente o irrelevante, pues será sólo aquella que se aduce con el fin de llevar al juez al convencimiento sobre hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio, o la materia del proceso penal o de jurisdicción voluntaria o del incidente, y que, por lo tanto, no pueden influir en su decisión. De esta noción resultan los principios *inutile est probare quod probatum non relevat* y *frustra probatum non relevat*<sup>146</sup>.

Con este requisito se persigue el mismo doble fin que explicamos al tratar de la conducencia de la prueba.

Fijado el verdadero contenido de la noción de la pertinencia o relevancia de la prueba, se obtienen varias conclusiones de suma importancia:

a) *No se confunde con la utilidad de la prueba.* Si bien desde un punto de vista práctico la prueba no pertinente resulta inútil, puede suceder que a pesar de su pertinencia sea inútil, porque el hecho esté suficientemente acreditado con otras, o porque goce de presunción legal o de notoriedad pública, o porque la ley exija una distinta.

b) *Corresponde al juez apreciarla y es cuestión de hecho, no de derecho.* Por lo cual, en la casación colombiana no puede atacarse la decisión que declaró admisible o inadmisibile una prueba por ser pertinente o impertinente<sup>147</sup>.

c) *En qué momento debe examinarse.* Como se trata de un requisito para la admisibilidad de la prueba en concreto, debe examinarse por el juez en el momento de formularse la solicitud para que agregue al expediente el medio que se le presente o proceda a practicarlo y debe rechazarla de plano o *in limine* si la considera indudablemente impertinente (ver núm. 35.e).

<sup>146</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 229-232; RICCI, ob. cit., t. I, núm. 5, p. 18; BONNIER, ob. cit., t. I, núms. 60-61, p. 81; PLANIOL y RIPERT, *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, t. VII, ps. 756-757; SICARD, *La preuve en justice*, ed. cit., ps. 33-38; ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. II, ps. 210-211; etc.

<sup>147</sup> RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núms. 5-6, ps. 18-19.

d) *La pertinencia puede ser mediata o directa e inmediata o indirecta, y debe apreciarse con un criterio amplio.* La impertinencia del hecho que se desea probar es una cuestión difícil de apreciar en el momento de solicitarse la prueba (mucho más que la inconducencia del medio, entendida como la explicamos en el número anterior), razón por la cual el juez debe guiarse por un criterio muy amplio cuando resuelve sobre la admisibilidad del medio propuesto. Sólo cuando la impertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa o el incidente, debe el juez rechazar o declarar inadmisibles la prueba, pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto de jurisdicción voluntaria o del proceso penal o incidente, es mejor decretar y practicar la prueba.

Los autores están generalmente de acuerdo con ese criterio amplio para la admisión de la prueba<sup>148</sup>.

e) *No se requiere que el hecho haya sido alegado en la demanda o en los escritos de excepciones*<sup>149</sup>. Recuérdese que sólo es necesario alegar en la demanda los hechos esenciales y no los meramente circunstanciales o accesorios y que las excepciones de mérito se deben declarar si aparecen probadas, aunque no hayan sido alegadas, salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa.

f) *El carácter inverosímil o la aparente imposibilidad del hecho.* Nada tiene que ver esto con la pertinencia de la prueba, sino con su utilidad<sup>150</sup>.

g) *El caso de los hechos inmorales.* Tampoco se relaciona con la pertinencia de la prueba la inmoralidad del hecho que se pretende probar porque, no obstante tal circunstancia, ese hecho puede tener relación más o menos estrecha con la cuestión debatida.

80)a. Ver núm. 35)e, a.

<sup>148</sup> ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. I, ps. 184-185; ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 211; BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 61, p. 81.

<sup>149</sup> ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1949, p. 39, y *Derecho probatorio*, ed. rosarina, p. 91; ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 211; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. VII, núm. 1415.

<sup>150</sup> RICCI, ob. cit., t. I, núm. 7, p. 28.

## 81. El requisito de la utilidad de la prueba

Significa este requisito que, desde el punto de vista procesal, la prueba debe prestar algún servicio, por ser necesaria o por lo menos útil para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos que interesen al proceso; esto es, que no sea completamente inútil. Se persigue el mismo doble fin que con los requisitos de la conducencia y pertinencia de la prueba.

En un sentido general puede decirse que la prueba inconducente o impertinente es inútil, puesto que ningún servicio puede prestarle al proceso, e inclusive algunos autores y legisladores se abstienen de estudiar o reglamentar la utilidad de la prueba como un requisito separado, como que la consideran un aspecto de su consonancia o pertinencia y, desde un punto de vista más general, de su eficacia.

Pero la posible utilidad debe apreciarse con un criterio muy amplio, de suerte que debe aceptarse cuando exista alguna posibilidad de que la prueba, por sí sola o en concurrencia con otras, pueda servir para apreciar o aclarar cualquier detalle de los hechos principales o accesorios que tengan alguna relación con el proceso.

A continuación examinaremos los diversos casos de posible inutilidad de la prueba:

a) *Pruebas de hechos imposibles e inverosímiles.* La imposibilidad puede ser metafísica, física o natural, y ordinaria o común. La primera consiste en que el hecho se oponga al principio de contradicción, o porque la causa que se le imputa lo excluya radicalmente; la segunda consiste en que el hecho se oponga a las que creemos leyes constantes de la naturaleza; la última radica en una oposición entre el hecho afirmado y lo que consideramos una regla segura de experiencia o norma aceptada como constante y regular en el medio cultural en que vivimos.

Creemos que sólo en el caso de una evidente imposibilidad metafísica del hecho, que no deje la menor duda al respecto, es aceptable el rechazo de la prueba pedida. Lo que creemos físicamente imposible, puede parecer posible a otra persona de mejores conocimientos o en otra época. La imposibilidad ordinaria no existe sino en relación con

los conocimientos subjetivos de cada persona o con la manera cómo se plantee la cuestión.

b) *Imposibilidad del medio probatorio propuesto en relación con el hecho por probar.* Se trata de una hipótesis muy diferente a la anterior: el hecho puede ser posible y el medio propuesto (inspección, testimonio, confesión, dictamen de peritos) puede ser manifiestamente inepto para establecerlo. Por ejemplo: la prueba de peritos para establecer si una persona es de buena o mala fe, porque es una calificación sobre hechos y conductas que corresponde exclusivamente al juez; o la inspección judicial, porque no es un hecho perceptible.

c) *Prohibición legal para investigar el hecho o utilizar el medio propuesto en relación con el hecho por probar.* En este caso sobra cualquier prueba.

d) *Pruebas pedidas para demostrar un hecho que goza de presunción legal "iuris et de iure" o "iuris tantum".* La diferencia entre estas dos clases de presunciones radica en la posibilidad de probar en contrario cuando se trate de la segunda, pero no de la primera; pero en ambas el hecho presumido no requiere prueba ninguna. Por lo tanto, resulta claramente inútil la práctica de medios para corroborar lo presumido y el juez debe rechazarlos por economía procesal<sup>151</sup>, a menos que la segunda esté siendo impugnada.

e) *Imposibilidad jurídica del hecho.* Existe cuando hay una presunción legal *iuris et de iure* en contrario.

f) *Pruebas para establecer o desvirtuar hechos declarados en sentencia anterior con valor de cosa juzgada.* Es inútil practicar otras con ese fin.

g) *Hechos probados ya plenamente por otros medios.* En principio parece clara la inutilidad de la prueba para estos hechos<sup>152</sup>. Sin embargo, ante la posibilidad de que el superior le encuentre diferencias, resulta muy difícil rechazar la que para mayor abundamiento pida el interesado.

h) *Pruebas simultáneas para un mismo fin u opuestas entre sí.*

<sup>151</sup> FENECH, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 596; PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, t. VII, núm. 1413, p. 736; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 4, p. 17, nota 20.

<sup>152</sup> PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil, Parte general*, Madrid, 1964, p. 419.

El juez no puede saber si como resultado de otras pruebas que la parte contraria presente o haga practicar, la que considere suficiente en ese momento pierde su valor de convicción. Sería una peligrosa limitación al derecho de probar y al más general de defensa, el rechazarlas<sup>153</sup>. Lo mismo ocurre cuando se trate de dos medios de prueba opuestos entre sí, es decir, de prueba y contraprueba<sup>154</sup>.

## 82. Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho

Quienes no contemplan como un requisito especial de la actividad probatoria la ausencia de prohibición legal para investigar el hecho, deben incluir estos casos en los de inconducencia de la prueba, como lo dijimos al tratar de este concepto. Pero es mejor contemplarlo como requisito separado. No importa que la ley procesal no diga expresamente que es inadmisibile la prueba cuando exista una prohibición, porque ella implica tal requisito<sup>155</sup>.

En materia civil se prohíbe investigar algunos hechos en defensa de la moral. Un ejemplo existe en materia de investigación civil de paternidad, cuando se trata de relaciones sexuales adulterinas, en cuanto a la mujer se refiere, pues la presunción de paternidad del marido no puede ser impugnada por terceros en vida de aquél (salvo para la declaración judicial de la paternidad de un tercero, cuando la ley autoriza).

82)a. Ver núm. 35)c, a.

## 83. Oportunidad procesal o ausencia de preclusión

Sobre este requisito indispensable para el orden del proceso, y para la lealtad en la actividad probatoria, hemos hablado suficientemente al tratar de los principios generales de la prueba judicial y del procedimiento.

Estas razones justifican que en nuestro sistema civil se exija la presentación de las pruebas en la primera instancia y se permita sólo

<sup>153</sup> RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., núms. 8 y 10.

<sup>154</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 235, ps. 280-282.

<sup>155</sup> BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 64, p. 83; FENECH, *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, p. 596.

excepcionalmente aducirlas en la segunda (sin perjuicio, naturalmente, de la facultad del superior para decretar de oficio las que estime convenientes).

La prueba aducida inoportunamente, así sea documental, en principio no debiera ser tenida en cuenta<sup>156</sup>; pero si las partes tienen oportunidad de contradecirla, deben considerarse las practicadas en las instancias antes de la sentencia, siempre que hubieren cumplido los requisitos legales para su práctica y contradicción. La preclusión es más rigurosa para su petición que para su práctica. La petición inoportuna de parte debe desecharla el juez; pero puede decretar de oficio las mismas pruebas si las considera necesarias y es su deber hacerlo.

83)a. Sin perjuicio de que anotaremos luego para cada medio de prueba en particular cuál es la oportunidad procesal de su ofrecimiento útil, hacemos notar que COL, 183, consagra —de modo general—: “Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este Código. Si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones, o a aquellos en que promuevan incidentes o se les dé respuesta. El juez resolverá expresamente sobre la admisión de dichas pruebas, cuando decidida la solicitud de las que pidan las partes en el proceso o incidente...”

Similarmente, ARG (NAC, 384; BUE, 382): “Las medidas de prueba deberán ser pedidas, ordenadas y practicadas dentro del plazo. A los interesados incumbe urgir para que sean diligenciadas oportunamente...” Similarmente, CBA, 212. BOL, 377, resulta más drástico: “Las partes producirán sus pruebas dentro del período fijado por el juez; fuera de ese período serán rechazadas de oficio...”

Esta extrema publicización del proceso, gracias a la cual el juez —so pretexto de ser director de la discusión se convierte de hecho en su dictador— no condice con la esencia del litigio, considerado como medio de debate dialéctico. En efecto: si en pleito por objeto transigible —inmensa mayoría dentro de los asuntos justi-

<sup>156</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 184, 191 y 194.

ciables— las partes pueden autocomponer sus diferencias por medio de transacción (es decir, pueden hacer lo más), creemos que con mayor razón pueden establecer cómo han de litigar (hacer lo menos); en último caso, ello es de plena aplicación si someten el asunto a arbitraje privado. De tal modo, nos resistimos a asignar al proceso y a los actos de postulación y de prueba en particular caracteres irrenunciables de orden público, pues no vemos en qué forma puede estar comprometido el superior interés de la colectividad porque se alongue o no una discusión *civilizada* entre dos de sus componentes.

Es así que concebimos al proceso formado o integrado por tres planos diferentes: uno *vertical* (que va desde el juez hacia las partes y viceversa), otro *horizontal* (va desde una parte a la otra y viceversa) y otro *insular* (rodea a cada una de las partes).

Sólo aceptamos la tesis del orden público en el primero, comprensivo de los principios esenciales del proceso y de las reglas de competencia y recursivas. En los demás, creemos que todo es transigible y, por ende, renunciable. No vemos óbice alguno, por ello, en que las partes pacten un período mayor para ofrecer prueba, no pudiendo el juez hacer nada al respecto.

#### 84. Formalidades procesales para la validez de la prueba

La prueba, como todo acto procesal, debe estar revestida de ciertas formalidades de tiempo, modo y lugar, que, lejos de ser limitación al derecho de probar, son una preciosa garantía para las partes y un requisito para que se hagan efectivos los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la igualdad de oportunidades, la imparcialidad del juez, la inmaculación del medio y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del funcionario, que estudiamos en el Capítulo IV, y no se oponen al sistema de la libertad de apreciación de las pruebas.

Estas formalidades son de notorio interés público, porque representan requisitos procesales que son ritualidades de orden público, y garantizan la obtención del fin de la prueba, que es igualmente de interés público<sup>157</sup>.

<sup>157</sup> ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1949, p. 43.

Como vimos en el número 19, la facultad que se otorga al juez para apreciar la prueba libremente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no exonera de las formalidades que la ley procesal consagra para la recepción y práctica de las pruebas y por consiguiente no autoriza al juez para darle mérito probatorio a las que no cumplan tales requisitos. Pero el juez o tribunal puede decretar oficiosamente esas pruebas ilegalmente llevadas al proceso, para que se repita su práctica, o aceptarlas si son documentos ya allegados al expediente.

La petición de la prueba debe hacerse en días y horas hábiles; en cambio, se autoriza su práctica en días y horas de vacancia o inhábiles cuando el juez lo considere conveniente (por ejemplo porque el testigo deba ausentarse o esté enfermo o los hechos puedan sufrir alteración), siempre que sea con conocimiento de las partes (previa notificación del auto que así lo disponga o por un simple aviso de secretaria del cual se deja constancia pero sin necesidad de esperar su ejecutoria). En lo penal se practican en cualquier día. La ordenación de la prueba será siempre en horas y días hábiles, en el proceso oral, pero en el escrito o mixto puede ser redactada y afirmada la providencia en días u horas de vacancia, siempre que su notificación sea en forma legal; este requisito rige también para lo penal.

El lugar donde ocurre el acto probatorio tiene también importancia, constituye una formalidad para su validez y es el que rige en general para los actos del proceso: la audiencia, el despacho judicial, el sitio señalado para la inspección o diligencia de entrega o secuestro. Si se pudiera practicar o admitir pruebas en cualquier lugar, estarían las partes en imposibilidad de ejercer su derecho a conocerlas oportunamente y contradecirlas. En el proceso penal es más elástico este requisito en la etapa investigativa, porque el juez puede movilizarse continuamente; pero en lo laboral, contencioso-administrativo y civil, inclusive inquisitivo, debe ser cumplido rigurosamente.

En cuanto al modo, la ley exige ciertas formalidades.

Como sucede con la preclusión de la etapa procesal respectiva, las informalidades de tiempo, modo y lugar para su ordenación y práctica, afectan de invalidez el acto del juez, mas es innecesario declarar su nulidad, porque basta negarle valor a las pruebas así practicadas cuando se aprecien en la sentencia o la resolución del incidente, pero

el juez debe ordenar de oficio su repetición si las considera útiles para la sentencia<sup>158</sup>.

El conjunto de estas formalidades constituyen el procedimiento de la prueba en todas sus fases, de orden público, de interés general, como hemos dicho, y está sometido a un orden especial, de acuerdo con la ordenación del proceso y sus fases (véase Cap. XI)<sup>159</sup>.

La práctica de la prueba decretada no está sujeta a un orden legal especial, pero el juez debe adoptar el que lógicamente resulte cuando un medio implique el conocimiento del resultado de otro<sup>160</sup>.

La ordenación de las pruebas tampoco se somete a un orden determinado. Es obvio que la ordenación debe preceder a la práctica o ser simultánea con ella; pero la última lleva implícita la primera, cuando se trate de pruebas recibidas en el curso de diligencias o audiencias.

Entre las formalidades para la prueba están las exigidas por la ley para la expedición de copias de documentos o expedientes y para la práctica anticipada o su aseguramiento previo. Las copias expedidas sin la autorización del funcionario o con ésta, pero ilegalmente, carecen de valor, lo mismo que las pruebas recibidas antes del proceso o anticipadas que no reúnan los requisitos necesarios; las últimas deben ser, además, ratificadas en el curso del proceso cuando son testimonios y no se practicaron con citación de quien es parte en el proceso, pues de lo contrario se violaría el principio fundamental de la contradicción.

84)a. Muy diferentes son las formalidades exigidas en los códigos en cuanto a tiempo, modo y lugar de ofrecimiento y práctica de la prueba. Sin perjuicio de desarrollar extensamente el tema al tratar cada medio probatorio en particular, a fin de mantener la estructura comparativa que venimos dando a estas anotaciones, señalaremos aquí las normas que rigen los distintos temas detallados.

#### 1. *Ofrecimiento de la prueba.*

1.1. *¿Cuándo se ofrece?: a) Confesión:* ARG (NAC, 384, 367, 404; BUE, 382, 365, 402; CBA, 217, 218; SFE, 157); BOL, 379;

<sup>158</sup> FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, núm. 158; GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 344.

<sup>159</sup> GUASP, *ob. cit.*, p. 348.

<sup>160</sup> LESSONA, *ob. cit.*, t. I, núm. 239.

COL, 183, 184; COS, 231; CHI, 385; ECU, 128; GUA, 123; MEX, 290; PAR, 126; PER, 364; URU, 437; VEN, 282, 289; ESP, 553, 579. b) *Juramento*: COL, 183, 184; ECU, 154; VEN, 282, 289, 306. c) *Testimonio*: ARG (NAC, 367, 384; BUE, 365, 382; CBA, 212, 284; SFE, 146); BOL, 379; BRA, 407; COL, 183, 184; COS, 231; VEN, 282, 289. d) *Pericia*: ARG (NAC, 367, 384; BUE, 365, 382; SFE, 146); BOL, 379, 421; COL, 183, 184, 236; COS, 231; MEX, 347. e) *Reconocimiento judicial*: ARG (NAC, 367, 384; BUE, 365, 382; SFE, 146); BOL, 379; COL, 183, 184; COS, 231; GUA, 172; VEN, 282, 289, 338. f) *Documentos*: ARG (SFE, 183, 185); BOL, 330, 379; BRA, 396; COL, 183, 184, 283; COS, 231; MEX, 294; VEN, 282, 289, 315. g) *Indicios*: ARG (SFE, 146); COL, 183, 184. h) *Informes*: ARG (SFE, 146).

1.2. *¿Cómo se ofrece?*: a) *Confesión*: ARG (NAC, 410; BUE, 408; CBA, 220; SFE, 160); BOL, 380, 415; COL, 183; COS, 251; CHI, 390 y ss.; PAR, 129; PER, 366; URU, 437. b) *Juramento*: VEN, 306. c) *Testimonio*: ARG (NAC, 429; BUE, 427; CBA, 212, 284; SFE, 200); BOL, 380, 451; BRA, 407; COL, 183, 219; COS, 305; ECU, 240; GUA, 145; MEX, 360; PAR, 182; PER, 465; URU, 378; VEN, 290; ESP, 638. d) *Pericia*: ARG (NAC, 459; BUE, 458; CBA, 264, 260; SFE, 187); BOL, 380, 431; BRA, 421; COL, 183, 236; COS, 285; GUA, 164; ESP, 611. e) *Reconocimiento judicial*: BOL, 380; COL, 183, 245. f) *Documentos*: BOL, 380; BRA, 356; COL, 183, 253, 268; GUA, 177; MEX, 336; ESP, 607. g) *Indicios*: COL, 183.

## 2. *Práctica de la prueba.*

2.1. *¿Cuándo se practica?*: a) *Confesión*: ARG (NAC, 384; BUE, 382; SFE, 162); BOL, 377, 390; COL, 180, 182, 204; COS, 231, 233; CHI, 328; ECU, 128, 129; GUA, 129, 131; MEX, 309; PAR, 128; PER, 370; URU, 439; VEN, 282; ESP, 553, 583. b) *Juramento*: COL, 211, 212, 180, 182; VEN, 282, 309. c) *Testimonio*: ARG (NAC, 431; BUE, 431; CBA, 285; SFE, 202); BOL, 377; COL, 220, 180, 182; COS, 231, 233, 307; CHI, 340; GUA, 146; PAR, 183; PER, 368; URU, 379; VEN, 282, 348. d) *Pericia*: ARG (SFE, 187); BOL, 377; COL, 236, 180, 182; COS, 231, 233; CHI, 412; ECU, 274; PAR, 174; PER, 495. e) *Reconocimiento judicial*: ARG (NAC, 479; BUE, 477; CBA, 256; SFE, 227); BOL, 377; COL, 180, 182, 245; COS, 231, 233, 301; CHI,

403; ECU, 265; MEX, 354; PAR, 211; URU, 431; VEN, 282; ESP, 633. f) *Documentos*: ARG (NAC, 387; BUE, 385; SFE, 176); BOL, 377, 390; COL, 180, 182, 272; COS, 231, 233; GUA, 185; VEN, 282. g) *Indicios*: COL, 180, 182. h) *Informes*: ARG (NAC, 398; BUE, 396).

2.2. *¿Dónde se practica?*: a) *Confesión*: COL, 181, 206; GUA, 129. b) *Juramento*: COL, 181. c) *Testimonio*: COL, 181, 220, 231; COS, 313. d) *Pericia*: COL, 181, 236. e) *Reconocimiento judicial*: COL, 181, 246; COS, 301. f) *Documentos*: COL, 181, 272. g) *Indicios*: COL, 181.

2.3. *¿Cómo se practica?*: a) *Confesión*: ARG (NAC, 409; BUE, 407; CBA, 222; SFE, 164); BOL, 416/417; BRA, 336, 343; COL, 180, 208; COS, 255; ECU, 121, 127; GUA, 129, 134; MEX, 316; VEN, 299; ESP, 585. b) *Juramento*: COL, 180; ECU, 157; VEN, 311. c) *Testimonio*: ARG (NAC, 442; BUE, 440; SFE, 204); BOL, 452; BRA, 336, 410; COL, 180, 227/228; COS, 315; CHI, 363; ECU, 244; GUA, 129, 149; MEX, 299, 363; VEN, 356; ESP, 646. d) *Pericia*: ARG (NAC, 471; BUE, 469; CBA, 265; SFE, 192/193); BOL, 440; BRA, 336, 433; COL, 180, 236, 237; COS, 296; CHI, 419; ECU, 278; GUA, 129, 169; MEX, 299, 350; VEN, 334; ESP, 627. e) *Reconocimiento judicial*: ARG (NAC, 480; BUE, 478; CBA, 256; SFE, 227); BOL, 428; BRA, 336; COL, 180, 246; COS, 302; CHI, 405; ECU, 265; GUA, 129, 174; MEX, 299, 354; VEN, 339; ESP, 634. f) *Documentos*: ARG, SFE, 178; BRA, 336; COL, 180, 273, 284; COS, 275; GUA, 129, 184; MEX, 299, 338; VEN, 324. g) *Indicios*: COL, 180. h) *Informes*: ARG, SFE, 228; BRA, 336.

En todos los casos en los cuales cada código dedica varios artículos a un tema dado, hemos consignado precedentemente la primera de las normas que aparece en la ley.

## 85. Legitimación y postulación para la prueba

Sabemos que no toda persona tiene derecho a solicitar pruebas en un proceso, sino que, por el contrario, ese derecho está reservado a las partes principales y secundarias, originarias o intervinientes, sean permanentes o incidentales, pero con la limitación, respecto a las últimas, de que esas pruebas valen únicamente para el incidente o la

cuestión específica que motiva su intervención y deben referirse a ésta. Esto lo estudiamos al tratar del derecho subjetivo de probar, del principio general de la legitimidad de la prueba y de la proposición y presentación de pruebas (véanse núms. 10, 13 y 59). Por consiguiente, si quien solicita o presenta la prueba no tiene la adecuada legitimación para hacerlo, el juez debe rechazarla.

Además, como sucede con todos los derechos procesales, salvo algunas excepciones (como en asuntos de mínima cuantía), la ley exige que se ejercite por quien sea abogado inscripto en el despacho judicial respectivo o por conducto de apoderado que tenga esa calidad; es lo que suele denominarse derecho de postulación. El juez debe rechazar la prueba pedida o presentada por quien, no obstante estar legitimado, no goza de postulación para actuar en su propio nombre; mas si el memorial firmado por esa parte es ratificado por el abogado inscripto que le sirva de apoderado, se cumple el requisito.

Por otra parte, una vez presentada o pedida por quien tiene legitimación y postulación, la prueba debe ser admitida u ordenada y practicada por el juez legitimado para ello, que es siempre el de la causa y el comisionado para ciertas diligencias (inspecciones, entregas, secuestros) sólo en cuanto se refiere a puntos concretos materia de la comisión. La legitimación del juez puede calificarse de competencia específica para el acto de prueba: admisión, recepción, práctica y valoración. Igual sucede con la prueba de oficio.

Tanto la legitimación de las partes e intervinientes, como la del juez, está limitada por los demás requisitos extrínsecos que estudiamos en este capítulo.

Es importante tener en cuenta que cuando a la petición o presentación le faltan los requisitos examinados, si el juez considera conveniente esas pruebas puede decretarlas de oficio.

## **86. Competencia del juez de la causa o del comisionado según el caso**

Si el juez no es competente para el proceso o la comisión, tampoco lo es para los actos de prueba que aquél o ésta impliquen, como es

obvio. Esa competencia general es, por lo tanto, otro requisito para todas las fases de la prueba.

El juez de la causa tiene en principio competencia para los actos de prueba relacionados con ella, pero existen limitaciones importantes, como la práctica en un territorio de otra circunscripción (a menos que se trate de inspecciones sobre inmuebles ubicados en la parte dentro de la suya), y el decreto en segunda instancia o en casación fuera de los casos autorizados en la ley. El juez comisionado sólo adquiere competencia para el objeto preciso de la comisión, mas cuando se trata de diligencias de inspección o entrega y secuestro de bienes, puede admitir y practicar las pruebas que se relacionan con ellas; si extralimita la comisión y recibe pruebas ajenas a ella, éstas carecerán de todo valor, sin que sea necesario declarar su nulidad.

La competencia es necesaria inclusive para la práctica de pruebas fuera de proceso con un propósito de aseguramiento.

La ratificación en debida forma y en el curso del proceso sana el vicio que pueda existir. Si el juez es incompetente para el proceso mas no se alega la nulidad durante su curso, el vicio se sana con la sentencia final, y, por lo tanto, quedan válidos los actos de pruebas que allí se ejecutaron. Si la parte interesada reclama oportunamente la falta de competencia o el juez la observa oficiosamente, pero la ley mantiene la validez de lo actuado y se limita a ordenar que pase el expediente al juez competente, los actos de prueba conservan también su valor; lo mismo ocurre cuando se sana expresamente el vicio o se revalida a pesar de haberse ya declarado la nulidad; por último, si el proceso se anula y no hay revalidación, las pruebas practicadas en él pueden ser válidas al trasladarlas a otro proceso, en los casos que en el número 93 examinaremos.

### **87. Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos u órganos**

Este requisito se refiere, por una parte, al funcionario judicial y, por otra, a las partes y auxiliares de la prueba, esto es, a sus sujetos y órganos.

La capacidad del funcionario judicial tiene dos aspectos: en sentido

estricto es la capacidad jurídica general y la capacidad procesal, esto es, gozar de facultades mentales y no ser sordomudo que no pueda hacerse entender por escrito; en sentido amplio comprende además la competencia y la legitimación para los actos de prueba y para cada uno en particular, vistas en los dos números anteriores<sup>161</sup>.

La ausencia de impedimentos legales para el funcionario constituye la capacidad subjetiva y como rige para los actos del proceso general, por consiguiente rige para los de prueba en particular, por ejemplo, cuando se trata de juez comisionado. Sin embargo, las actuaciones del juez o magistrado impedido son válidas, mientras no hayan declarado su impedimento o reciba el escrito de recusación (véase núm. 93).

La capacidad de las partes se requiere para ser sujetos del proceso (capacidad general) y para comparecer por sí mismos y, por consiguiente, para la validez de los actos procesales que ejecuten (*legitimatío ad processum*). Ambos aspectos de la capacidad son indispensables para la validez de los actos de prueba de las partes y deben ser examinados por el juez en el momento de resolver sobre su admisibilidad, para rechazar los que carezcan de ella, pues de lo contrario se incurre en nulidad de su actuación por ilegitimidad de personería adjetiva.

La capacidad es necesaria también como regla general para los actos de prueba de los órganos o auxiliares, aunque hay excepciones. Los testigos pueden ser incapaces por edad, pero deben ser mentalmente capaces y disponer del órgano o sentido necesario para conocer el hecho correspondiente; es decir, rige para ellos la capacidad en cuanto a sanidad mental y física, mas no en cuanto a edad. Los peritos deben ser capaces en el mismo sentido y lo mismo los intérpretes. También los secretarios y otros empleados judiciales. Los demás funcionarios que intervienen en las pruebas (personal de los laboratorios forenses, detectives e investigadores) deben ser mentalmente sanos, pero no se requiere que sean mayores de edad.

Tanto los testigos como los peritos están sujetos a inhabilidades por ciertas causas. Para los primeros se exige también la capacidad moral, por ejemplo no haber sido condenado en sentencia ejecutoriada

<sup>161</sup> FLORIAN, ob. cit., núms. 154-155.

por perjurio o falsedad; por ello cuando falta esa capacidad, sus declaraciones carecerán de mérito probatorio.

Los actos de prueba, como los procesales en general, deben ser voluntarios, en el sentido de que no sean impuestos o forzados por violencia física o moral, por lo cual incluimos entre los principios fundamentales de la prueba judicial el de su naturalidad o espontaneidad, y entre las causales de nulidad procesal en general, la violencia. Estos vicios pueden afectar los actos de las partes, del juez y de los testigos, peritos e intérpretes; pero generalmente no pueden ser apreciados por el juez en el momento de admitir o decretar la prueba (excepto cuando la violencia se ejerce sobre él para ese acto), razón por la cual deben alegarse y probarse posteriormente y el juez debe proceder de oficio a declararlos inválidos cuando tenga conocimiento procesal de ellos o se hayan ejecutado sobre su persona.

La violencia del juez para obtener la confesión o testimonio hace que la prueba sea ilícita e inexistente o nula, como lo veremos más adelante (véanse núms. 117.n, 135, 188 y 221).

Para que la prueba sirva, es indispensable que esté libre de estos vicios, por lo cual uno de los principios generales es el de su inmaculación (véase núm. 13).

## CAPÍTULO XIV

### DE LA PRUEBA TRASLADADA Y SUS REQUISITOS ESPECIALES

#### 88. Qué es prueba trasladada

Se entiende por prueba trasladada aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica, o mediante el desglose del original si se trata de documento y la ley lo permite, en el segundo proceso.

88ja. Sólo COL, 185, legisla específicamente este tema: “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”. Concuera con esta norma la contenida en COL., 229: “Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos: 1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior. 2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299. Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria. Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción de testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”.

CHI, 427, establece una presunción que admite prueba en contrario a favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes.

PER, 342, contiene regla diferente: "Las pruebas actuadas en un juicio civil o criminal o en una diligencia preparatoria, con excepción de la de testigos, conservan su eficacia en otro juicio entre las mismas partes y las que derivan de ellas su derecho".

### **89. Pruebas practicadas en otros procesos entre las mismas partes o entre partes total o parcialmente distintas**

Es obvio que son muy diferentes estos dos casos, porque en el primero la prueba ha sido controvertida por la parte contra quien se opondrá, mientras que en el segundo puede ocurrir lo contrario. Como consecuencia, en la primera hipótesis basta llevar la copia auténtica o el desglose del original (lo último es posible cuando se trate de documentos), con las constancias necesarias para que se pueda conocer si fue practicada con las formalidades procesales y entre qué partes transcurrió o cursa el proceso, sin que sea indispensable ratificarla en el proceso a donde se lleva<sup>162</sup>; en cambio, en la segunda hipótesis, debe distinguirse si la parte contra quien se opondrá la prueba es o fue parte en el proceso en que se practicó o admitió, o si, por el contrario, estuvo ausente de él. Cuando la prueba fue practicada en el primer proceso con audiencia de la parte contra quien se aduce en el segundo, tampoco se requiere su ratificación aun cuando quien la aduzca no haya sido parte en aquel proceso por haber cursado o estar tramitándose entre ese oponente y otra persona, puesto que tal circunstancia no altera la debida contradicción que allí tuvo por aquél; en el caso contrario, como la prueba no ha sido practicada con audiencia de esa parte en el otro proceso, es indispensable proceder a ratificarla<sup>163</sup> si es testimonio; pero la inspección judicial podrá ser apreciada por el juez libremente y la peritación tendrá valor de indicio, mas es conveniente repetir las, inclusive de oficio y especialmente en materia penal.

Téngase en cuenta que por "la misma parte" se entiende no solamente las mismas personas físicas y jurídicas que intervinieron en

<sup>162</sup> RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núms. 15 y 16; LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, 1928, t. I, núms. 12-13; ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, ps. 108-112; ROCHA, *Derecho probatorio*, Colegio del Rosario, 1962-1963, ps. 85-143.

<sup>163</sup> LESSONA, ed. cit., t. I, núms. 11-12, p. 13.

el primer proceso y lo hacen en el segundo, sino, también, los sucesores de aquéllas a título universal o singular; es el mismo criterio que rige para la cosa juzgada.

No necesitan ratificación los documentos auténticos, ni los documentos privados no reconocidos; pero éstos conservan esa condición si provienen de quien no fue parte en el otro proceso, a pesar de que allí no hayan sido tachados de falsos, o que hayan sido declarados auténticos en razón de dictámenes de peritos o pruebas de otro orden, porque dichas pruebas no vinculan a quien no pudo contradecirlas (pero si se trató de testimonios, pueden ratificarse en el nuevo proceso y servir para que en éste se declare auténtico el documento). En cambio, si el obligado con el documento fue parte en el otro proceso y no lo tachó, o lo reconoció, adquiere autenticidad *erga omnes*, y, por lo tanto, para el nuevo proceso, sin necesidad de ratificación, porque el reconocimiento es un acto personal del obligado.

## 90. Cuándo es posible la ratificación y en qué consiste

La ratificación procede en realidad solamente para testimonios, y consiste en llamar al testigo que declaró antes para que bajo juramento repita la declaración, sometién-dole de nuevo las preguntas y adicionándolas como el juez y las partes lo deseen, sin leerle ni dejarle leer su anterior declaración.

Suele establecerse un sistema especial para ratificar la declaración del testigo que haya fallecido, mediante la de dos personas que lo hayan conocido y a quienes les conste su probidad y veracidad en razón de hechos concretos que hayan percibido esos declarantes; no es suficiente con la simple afirmación de los testigos de abono de que era una persona honesta y veraz, pues debe aplicarse un criterio riguroso a esta prueba. Lo mismo debe hacerse, por analogía, cuando sobreviene incapacidad del testigo.

Cuando la ratificación consista en la repetición del interrogatorio del mismo declarante, es indispensable cumplir todos los requisitos procesales para la recepción del testimonio y si falta alguno la prueba carecerá de valor.

La confesión no necesita ratificación en ningún caso, puesto que

proviene de la parte contra quien se aduce. Los indicios y presunciones no son susceptibles de ratificación por su naturaleza especial; pero sí los testimonios que sirvan de prueba de aquéllos o de los hechos en que éstas se basan. Cuando la confesión judicial, hecha en otro proceso, proviene de quien es tercero en el nuevo, tiene en éste valor de testimonio y debe ratificarse por consiguiente.

### **91. No puede suplirse el traslado de la prueba con la relación y las conclusiones que sobre ella aparezcan en las motivaciones de una sentencia anterior entre las mismas partes**

Corresponde al juez del nuevo proceso calificar la prueba, para obtener sus conclusiones personales, por lo cual no está vinculado por las que aceptó el juez del anterior; de ahí que se deban trasladar las pruebas en copias o desgloses, para que las pueda estudiar y apreciar, aunque no necesiten ratificación por tratarse de pruebas ya controvertidas por el oponente en ese proceso. Ni siquiera vale para suplir el traslado en copia o desglose de las propias pruebas, la transcripción que en una sentencia o auto dictado en otro proceso se haya hecho de los testimonios o actas de inspección o dictámenes de peritos o interrogatorios de parte, aun cuando las partes de ambos procesos sean las mismas.

### **92. Pruebas practicadas extraproceso**

Cuando la prueba se haya practicado fuera de proceso, con citación personal de la parte contra quien se aduce o con notificación a un apoderado o curador de ésta, designado en forma legal, tiene el mismo valor que las trasladadas de un proceso en que estuvo presente, y si es testimonio no necesita ratificación; tal es el caso de las inspecciones judiciales y declaraciones de personas muy ancianas o enfermas. Cuando se trata de declaraciones extraproceso sin citación de esa parte contraria, apenas tiene el valor de prueba sumaria por no estar controvertidas y sólo se autorizan cuando la ley acepte prueba sumaria del hecho. Estas últimas actuaciones son simples "informaciones judiciales", como las califica Lessona<sup>164</sup>.

<sup>164</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 18, p. 21.

La inspección practicada sin audiencia de la parte contraria la aprecia libremente el juez y la peritación tiene valor de indicio. Conviene repetir las aun de oficio: la segunda con distintos peritos, pero no se trata de ratificarlas, sino de nuevas pruebas.

### 93. Pruebas practicadas en un proceso anulado

La cuestión de saber qué valor tiene la prueba practicada en un proceso anulado en su totalidad o parcialmente, pero desde un momento procesal anterior a la etapa probatoria, es interesante y de difícil solución. La subsistencia del valor de la prueba a pesar de la nulidad del proceso, sea allí mismo, cuando sólo afecta una parte que debe reponerse, o en otro posterior, depende únicamente de la naturaleza del vicio que la produjo, como sabiamente enseña Lessona y se deduce de lo dicho por Ricci<sup>165</sup>, por lo cual creemos que puede enunciarse la siguiente regla: si a pesar de la nulidad resulta que la prueba estuvo decretada y practicada con sus formalidades propias, es decir, que el vicio se refiere a otros actos del proceso, y se cumplió además el requisito de contradicción que exige la adecuada personería adjetiva de la parte contra quien se aduce la prueba (capacidad, representación y postulación) y la citación o el emplazamiento de esa parte en forma legal, debe reconocerse valor a la prueba, porque reúne los requisitos intrínsecos y extrínsecos explicados en el capítulo anterior; en el supuesto contrario, la prueba queda afectada por la nulidad.

En otros términos, cuando la nulidad ha sido por incompetencia o falta de jurisdicción especial, por ilegitimidad de personería adjetiva o falta de citación legal de terceros o de la parte que aduce la prueba, por pretermisión grave del procedimiento diferente del trámite de la prueba misma, debe reconocérsele validez para el mismo proceso o para otro posterior, entre las mismas partes (o entre terceros con el requisito de la ratificación, si es testimonio); en cambio, si la nulidad se decretó por falta de citación o emplazamiento legal, o de capacidad o representación adecuada de la parte contra quien se opone la prueba (en estos casos falta la debida contradicción), o por pretermisión del

<sup>165</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 48, p. 53; RICCI, ob. cit., t. I, núm. 17, ps. 49 y 51.

trámite procesal de las mismas pruebas u otros vicios que las afecten en forma directa (como la incapacidad por demencia del juez que las ordenó y practicó o la violencia sobre el testigo o el confesante), las pruebas quedan inexorablemente afectadas por la nulidad y son inválidas para cualquier proceso.

En el primer supuesto, bastará pedirle al juez del mismo proceso que tenga en cuenta las pruebas que obran en el expediente, y así deberá disponerlo; o solicitar al juez del nuevo proceso que pida copia auténtica de las pruebas del anterior, junto con las otras piezas en donde aparezcan quienes eran partes (la demanda, su aceptación y notificación; la adecuada representación y citación o emplazamiento y las providencias que decretaron la nulidad); también se pueden presentar las copias de una vez con la nueva demanda o su contestación. Cuando las pruebas son inválidas, es indispensable repetir las en el nuevo proceso o en el mismo.

#### **94. El caso de la acumulación de procesos**

Un caso similar al traslado de la prueba se presenta cuando se acumulan dos o más procesos y se han practicado pruebas en uno, diferentes de las recibidas en los demás. En estos casos vale la prueba que existe en cualquiera de ellos, para la decisión de todos, siempre que la persona contra quien se aduce sea parte en el proceso en que se practicó, como resultado de la unidad de la prueba y porque se cumplen a cabalidad los principios de publicidad y contradicción necesarios para su eficacia.

#### **95. Pruebas de un proceso penal o de otra jurisdicción no civil**

Dada la unidad de la jurisdicción, no obstante la división y especialización que para su ejercicio se haga, es jurídicamente igual que la prueba trasladada se haya recibido en un proceso anterior civil o penal o contencioso-administrativo, etcétera, siempre que haya sido pública y controvertida por la parte contra quien se aduce en el nuevo proceso.

Pero para su traslado de un proceso penal a otro civil, debe distinguirse la prueba practicada en la etapa del sumario penal sin audiencia del presunto sindicado y antes de recibírsele indagatoria (acto

que lo incorpora o hace parte en el proceso), de la practicada después. Aquélla no ha sido controvertida por el sindicado, y ésta sí; en consecuencia, el traslado de la segunda a un proceso civil contra ese sindicado o imputado, no necesita ratificación, mientras que el de la primera equivale al de la prueba practicada extraproceso y debe ratificarse o repetirse; igual ocurre cuando en ambos casos el traslado se hace a un proceso civil contra persona que no fue parte en el penal, y puede ser civilmente responsable por los mismos hechos; pero debe hacerse la salvedad de que las peritaciones practicadas sin intervención de la parte contra quien se oponen tienen el valor de indicios cuya gravedad aprecia el juez como las practicadas fuera de proceso sin citación de la parte opositora y que las inspecciones judiciales las aprecia el juez libremente.

No importa que el proceso penal haya concluido por indulto, amnistía, prescripción, muerte del reo o por sentencia absolutoria o condenatoria, ya que sólo se tiene en cuenta si la prueba ha sido pública, contradicha y formalmente practicada<sup>166</sup>.

Para que el juez penal expida copias de las pruebas practicadas allí en la etapa sumarial sujeta a la reserva, debe exigir juramento de no violarla a la parte que la solicita; ello significa que durante esa etapa no deben expedirse tales copias con destino a su traslado a un proceso civil. Pero si, a pesar de esto, se llevan esas copias al proceso civil, creemos que tienen valor legal en éste, cuando reúnen los requisitos de haber sido controvertidas y los formales de recepción; porque la violación de la reserva constituye una infracción personal, que se sanciona con multa, pero la prueba en sí conserva su validez, ya que no existe norma legal que diga lo contrario.

Las consideraciones anteriores rigen para el traslado de pruebas practicadas en procesos militares, contencioso-administrativos, fiscales, de aduanas, eclesiásticos, etcétera.

## 96. Pruebas en proceso caducado o perimido

Es claro que la prueba practicada en el proceso cuya caducidad

<sup>166</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 28 y 48, ps. 32-35; RICCI, ob. cit., t. I, núm. 15, p. 44, y núm. 16, p. 48.

o perención se declaró es válida, porque no se trata de nulidad ni de algo similar<sup>167</sup>. Entre las mismas partes o contra una de éstas, no requieren ratificación y tienen la eficacia probatoria que de su contenido se concluye.

96)a. ARG (SFE, 237) establece de modo expreso que "No obstante la perención, las partes podrán usar en el nuevo juicio que promovieren las pruebas producidas en el primero". Similarmente, GUA, 592; URU, 1319. Sólo respecto de las confesiones judiciales y de los documentos públicos y privados, con las diligencias practicadas para establecer su autenticidad y reconocimiento: ARG (CBA, 347).

### **97. Pruebas en proceso terminado por desistimiento, transacción o arbitramento**

Como en estos casos la validez del trámite del proceso no se afecta por su anormal terminación, la prueba conserva todo su valor y puede trasladarse con los requisitos comunes, según se trate de oponerla a quien fue parte en él o a un tercero.

Cuando se suspende el proceso judicial porque las partes disponen concluirlo entre árbitros, en realidad hay una transformación de la relación jurídica procesal, pero no su extinción, y por ello las pruebas que se alcanzaron a practicar ante el funcionario judicial conservan su valor. Si el proceso se adelantó íntegramente ante árbitros, las pruebas, como los demás actos de aquél, tienen igual valor que si hubiera transcurrido ante jueces del Estado, y se aplican las reglas generales para su traslado. Si cesa el arbitramento antes de dictarse el laudo, las pruebas practicadas conservan validez.

### **98. Pruebas de proceso extranjero**

Es indispensable distinguir dos casos: a) cuando se trate de pruebas practicadas en un proceso extranjero sin la citación previa de la parte contra quien se quiere aducir en el proceso nacional, se les debe negar

<sup>167</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 15, 16 y 48, ps. 17, 20 y 53; ALZATE NOREÑA, ob. cit., p. 108.

valor, a menos que sean ratificadas si se trata de testimonios, con la salvedad que respecto de inspecciones y peritaciones hicimos en el número 95; b) pero cuando la prueba corresponde a un proceso en que fue previamente citada, en la forma que la ley local autoriza, la parte contra quien se aduce en el nacional, y se cumplieron las formalidades procesales que para su práctica se exigen en esa ley, no vemos inconveniente alguno en aceptar su traslado, con el valor que pueden tener si se trasladaran de un proceso nacional, porque se cumplen los requisitos de publicidad y contradicción.

La autenticación por el cónsul o diplomático nacional, de esas copias de procesos, hace presumir que se conforman a la ley de su otorgamiento; esto significa que no hace falta probar que el proceso extranjero y la práctica de las pruebas se ajustan a la ley local. Pero no se presume que la parte contra quien se aducen las pruebas en el proceso nacional haya sido legalmente citada antes de su práctica; en las copias que se aduzcan para el traslado debe aparecer esta circunstancia o una certificación al respecto.

### 99. Requisitos de las copias para el traslado de pruebas

Si de las copias de pruebas practicadas en otro proceso, aducidas por una de las partes, no aparece que fue anulado o que adolecen de nulidad no declarada allí o de informalidades que las privan de eficacia, le corresponderá a la otra parte pedir las complementarias para acreditar esa circunstancia, porque el juez debe reconocerles validez si esto no se demuestra, ya que la nulidad es una anomalía y opera una especie de presunción de que fueron practicadas con las formalidades legales y en un proceso válido. Por esta razón es conveniente, pero no es necesario, aducir con las copias de pruebas trasladadas las de la providencia que las ordenó y su notificación; en cambio es indispensable acreditar que fueron practicadas con audiencia de la parte contra quien se oponen en el nuevo proceso, y, por lo tanto, debe aducirse copia de la demanda, del auto que la admitió y su notificación (con inclusión del emplazamiento y designación de curador *ad litem* si es el caso) o de la providencia que aceptó la intervención de esa persona posteriormente, y su notificación y constancia de ejecutoria.

## CAPÍTULO XV

### VIGENCIA DE LA LEY SOBRE PRUEBAS EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

#### 100. La vigencia de la ley sobre pruebas no es siempre la de la ley procesal en general

Sabemos que se aplica la ley procesal vigente en el momento de ejecutar el acto procesal, como la demanda, el recurso, el incidente, etcétera, y que para ella rige el principio de la territorialidad, de manera que se aplica la ley local o *lex fori*, es decir, la ley del país donde cursa el proceso.

En cambio, en materia de prueba hay que distinguir su admisibilidad y producción, del valor de convicción que ellas tengan, en especial cuando se trate de requisitos *ad substantiam actus*, e igualmente su práctica en el país donde cursa el proceso o en otro, además de la exigencia de cierto medio para algunos actos celebrados en el exterior.

#### 101. Vigencia en el tiempo de la ley sobre pruebas

Puede decirse que en general existe acuerdo en la doctrina moderna sobre este punto.

Es necesario distinguir varios aspectos de esta cuestión:

a) *Leyes sobre admisibilidad procesal de los medios de la prueba.* Entendida la admisibilidad de la prueba en un sentido estrictamente procesal, como su ingreso al proceso, la ley nueva se aplicará siempre que esté vigente en el momento de ocurrir el acto procesal de solicitarla o decretarla oficialmente, sea que autorice medios antes no contem-

plados o que prohíba algunos que antes estaban permitidos<sup>168</sup>, pero en el último caso debe tenerse en cuenta lo expuesto en el literal d.

Por otra parte, si la ley incluye entre los medios de prueba judicial uno nuevo, tiene aplicación inmediata en los procesos en curso o iniciados antes de su vigencia, y con mayor razón en los posteriores, aunque los hechos hayan ocurrido antes de su vigencia.

b) *Leyes sobre formalidades para la presentación o solicitud del decreto y práctica de las pruebas.* Es fácil comprender que se trata de aspectos de la formalidad procesal, y, por lo tanto, de regular una etapa del proceso; por consiguiente, se sujetan a la ley que rige para el proceso en general, vale decir, a la vigente en el momento de ejecutarse el respectivo acto procesal<sup>169</sup>.

No obstante, debe tenerse en cuenta que cuando el trámite de la prueba corresponde a un incidente, o a una instancia cuya regulación modificó la ley nueva, si cuando ésta entre en vigencia estaban en curso, o simplemente se había propuesto el incidente o interpuesto el recurso para la instancia, se aplica la ley anterior, lo cual significa que ella sigue siendo aplicable para la ritualidad correspondiente, y, en consecuencia, para la forma de las diversas fases de la actividad probatoria: pero no para la procedencia del decreto oficioso que la nueva ley introduzca, aspectos que se rigen por la ley nueva.

c) *Leyes reguladoras del valor de convicción de cada medio, o del conjunto llevado al proceso.* El caso de estas leyes es diferente al de las anteriores. Ya no se trata de regular una formalidad del proceso, sino el mérito que el juez debe reconocerle a cada prueba y a su conjunto, es decir, la actividad intelectual (lógica, psicológica y técnica) del juez.

Dos casos pueden presentarse: 1º) la ley nueva consagra en general un sistema de apreciación de la prueba judicial distinto del que existía, por ejemplo, de libertad para el juez en lugar de tarifa legal o viceversa,

<sup>168</sup> LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 32; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. II.

<sup>169</sup> RICCI, ob. cit., t. I, núm. 11, p. 35; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 32, ps. 36 y 37; CHIOVENDA, *Principios*, ed. cit., t. I, ps. 155 y 156; CARNELUTTI, *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 33; PINEDA LEÓN, Pedro, *Lecciones elementales de derecho procesal civil*, Mérida, Venezuela, 1964, t. I, p. 35.

o lo hace más amplio, o lo restringe; 2º) la ley nueva varía ese sistema únicamente respecto de cierto medio, como los testimonios.

En el primer caso (que ocurrió con el C. de P. C. colombiano), indudablemente la vigencia de la ley nueva es general y se aplica no sólo a las pruebas de hechos ocurridos antes de ella, sino a las allegadas al proceso en curso y aun cuando hayan sido practicadas antes de entrar a registrar<sup>170</sup>.

Si la ley nueva restringe el mérito de convicción de un medio (no que lo prohíba para ciertos actos), también tiene aplicación general, inclusive a hechos acaecidos antes; por ejemplo, si exigiera la prueba de tres testigos por lo menos, cuando la ley anterior acepta dos o uno. Nadie puede alegar derechos adquiridos sobre el mérito de convicción de una prueba exigida simplemente *ad probationem*, porque con eso no se está desconociendo su derecho ni negándose su pretensión, sino regulando la manera de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos que lo fundamentan<sup>171</sup>. Pero a las pruebas practicadas antes en el mismo proceso tendría que aplicarse la ley anterior para no vulnerar el derecho de defensa.

d) *Leyes que modifican los medios exigidos para establecer ciertos hechos.* Puede suceder que una ley nueva exija para la prueba de ciertos hechos un medio nuevo o distintos requisitos del medio aceptado por la ley anterior (como una formalidad adicional del documento) o que prohíba probarlo por medio antes aceptado, o, por el contrario, que permita una prueba antes no suficiente o la exima de ciertos requisitos. La situación entonces es diferente de la examinada en los números anteriores, no obstante que tampoco se trata de regular la formalidad procesal sino el valor probatorio de ciertos medios.

En efecto, en los primeros supuestos contemplados, de que se exija un medio distinto o se le impongan nuevos requisitos, o se prohíba uno admitido, se atentaría contra la seguridad del comercio jurídico y contra la buena fe de las personas, facilitando, en cambio, la mala fe

<sup>170</sup> RICCI, ob. cit., t. I, núm. 13, ps. 41 y 43.

<sup>171</sup> FRAMARINO, *Lógica de las pruebas*, ed. cit., t. I, p. 108; FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, t. I, núm. 12; LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 34 y 37; Corte Suprema, G. J., t. LXXIV, núm. 2127, ps. 598-618. doctrina ratificada en fallos posteriores.

y la mentira judicial, si se impidiera aplicar la ley anterior vigente cuando ocurrieron los actos jurídicos objeto de la prueba, porque es obvio que los interesados procuran cumplir sólo con los medios de prueba y con las formalidades exigidos por las normas legales existentes en ese momento<sup>172</sup>.

En cambio, la aplicación de los nuevos medios de prueba o de la ley que elimina algún requisito exigido antes respecto de determinado medio, es igual en el proceso civil que en el penal. En ambos se aplican tanto a los hechos ocurridos antes como después de su vigencia, porque como se trata de simples elementos de convicción y no de requisito *ad substantiam actus*, no pueden alegarse derechos adquiridos ni situaciones oponibles contra la nueva ley<sup>173</sup>.

Es importante tener en cuenta que la ley nueva sobre admisibilidad y decreto oficioso de los medios de prueba, sobre su valor de convicción y sobre las formalidades para su solicitud, ordenamiento y práctica, se aplica siempre a los procesos iniciados antes o después de su vigencia, inclusive para hechos ocurridos antes como lo vimos en los puntos a, b y c; pero debe tenerse en cuenta que las solemnidades para su validez o existencia deben ser siempre las coetáneas con aquéllos, como veremos en el punto siguiente.

En el caso de pruebas del estado civil de las personas se aplica esta doctrina, por ejemplo, en procesos de filiación extramatrimonial.

Sin embargo, en esta materia, como en general respecto a la aplicación de la ley nueva sobre pruebas, puede suceder que el legislador adopte soluciones diferentes de las que conforme a la doctrina rigen para el caso de no existir norma que las regule, y entonces el juez estará obligado a respetarlas, a menos que violen un principio constitucional, pues está facultado para darle preferencia a éste.

e) *Leyes que determinan los medios necesarios para la validez o existencia de ciertos actos jurídicos materiales, es decir, "ad substan-*

<sup>172</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 36 y 37; RICCI, ob. cit., t. I, núm. 11, p. 33; PLANIOL y RIPERT, *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, t. VII, núm. 1430, p. 772; PINEDA LEÓN, ob. cit., t. I, p. 35; FLORIAN, ob. cit., t. I, núm. 12; FRAMARINO, ob. cit., t. I, p. 108.

<sup>173</sup> RICCI, ob. cit., t. I, núms. 12 y 13, ps. 41-43; LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 32-36, ps. 37 a 40; Corte, véase cita 171.

*tiam actus*". Hay unanimidad en las opiniones de los autores, en cuanto a exigir la aplicación de la ley vigente en el momento de celebrarse el acto jurídico material, por ejemplo, la compraventa o hipoteca de inmuebles. Por consiguiente, si la ley nueva exige otra formalidad adicional del mismo medio u otro distinto, sólo se aplica a los actos ocurridos después de su vigencia; los anteriores se prueban en la forma aceptada por la ley anterior. Viceversa, si la ley antigua exigía cierto medio o determinadas formalidades de éste, a pesar de que la nueva los considere innecesarios y acepte otros medios o elimine esas formalidades, los actos jurídicos celebrados en contravención con la primera y durante su vigencia no adquieren existencia jurídica ni validez en virtud de la nueva ley<sup>174</sup>.

La misma doctrina se aplica a los medios de prueba contemplados como elementos constitutivos del delito, según explica Florian.

f) *Vigencia de las leyes sobre carga de la prueba y presunciones.* Es indudable que el juez debe aplicar las que rijan al tiempo del proceso, aunque su vigencia se haya iniciado cuando éste estaba en curso. Esto es evidente, porque se trata de una regla de juicio para que el juez pueda decidir de fondo cuando la prueba no se adujo o resultó insuficiente, es decir, es una regla sustitutiva de la prueba (véanse núms. 108-109).

Sin embargo, observamos que no se puede imponer una carga ni una obligación nueva a quien está ya imposibilitado para cumplirla, por lo cual creemos que debe aclararse la regla anterior, en el sentido de que se aplica la ley vigente en el *momento de hacerse efectiva* para las partes la carga de la prueba, esto es, durante la etapa procesal en que debían solicitarse o presentarse los medios para establecer los hechos a que se aplica.

Lo anterior es aplicable a las normas legales que consagran *presunciones*, pues en la práctica se traducen en la imposición de la carga de probar a quien esté interesado en sostener lo contrario.

Si el juez tiene facultades inquisitivas para decretar pruebas, la solución del problema está en el decreto oficioso de las que faltan.

<sup>174</sup> RICCI, ob. cit., t. I, núm. 14; LESSONA, t. I, núm. 32; ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1949, p. 52; Corte, véase cita 171.

## 102. Vigencia de la ley sobre pruebas en el espacio

En materia de normas sobre pruebas rige el principio de la *lex loci actus*, en cuanto a la forma de celebrar los actos jurídicos y medios exigidos para probarlos; por consiguiente, se aplica la ley extranjera cuando se trata de actos ocurridos en otro país. En cambio, el procedimiento probatorio se rige por la ley del lugar del proceso o *lex fori*. Es un principio de orden público internacional, reconocido en todos los países y por todos los autores, pues de lo contrario se incurriría en el absurdo de exigir el conocimiento y cumplimiento de leyes extranjeras cuando no se sabe si existirá o no litigio en el país donde rigen, desobedeciendo las vigentes en donde tiene lugar el acto o contrato<sup>175</sup>.

El mismo principio se aplica a la prueba de simples hechos jurídicos, como un accidente involuntario, el nacimiento o la muerte de una persona, etcétera; porque es lógico que si la prueba debe ser allegada donde ocurrieron, debe regirse por la ley local.

Como explican Planiol y Ripert<sup>176</sup>, a partir de Bartolo la doctrina acepta la distinción entre la admisibilidad de la prueba (*decisoria litis*) y su producción (*ordinaria litis*). Respecto a la primera que incluye la determinación del medio pertinente y sus requisitos formales, se aplica la ley local y no la del lugar del proceso; respecto a la segunda, esto es, a las formalidades procesales para pedirla o presentarla en el proceso y decretarla el juez, rige la ley del país donde cursa éste.

Estamos de acuerdo, pero entendiendo la "admisibilidad" en el sentido de conducencia de los diversos medios y sus requisitos, sin confundirla con la apreciación de la prueba, que se rige indudablemente por la *lex fori* o local, ni con las formalidades para la admisión de la prueba misma, que forman parte de la ritualidad procesal, por lo cual se rigen también por la *lex fori*. Creemos que los autores que aplican esta última ley a la admisibilidad de la prueba, se refieren a estos dos últimos aspectos<sup>177</sup>. Es decir, no puede el juez rechazar una prueba

<sup>175</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 34; LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 43 y 48; HUET, André. *Le conflits de lois en matière de preuves*, Paris, 1965, ps. 31-32.

<sup>176</sup> PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. VII, núm. 1431, ps. 772-774.

<sup>177</sup> LORETO, Luis, *El conflicto de leyes en materia de pruebas en el derecho*

que se conforma a la ley local extranjera, con el pretexto de que la nacional no la contempla o la prohíbe, puesto que su práctica tiene lugar en otro país, ni exigir que reúna requisitos de forma que aquella no exija, aun cuando la segunda los contemple; la manera cómo deben expedirse las copias, el contenido de los documentos, los funcionarios que intervienen en él, la capacidad y forma de identificarse los otorgantes o los testigos, la condición de auténticos, de privados o públicos, se rigen por la ley extranjera local. En cambio, la competencia de los jueces para conocer del proceso, la vía procesal pertinente, inclusive la procedencia de la ejecución y los requisitos que debe reunir el título ejecutivo, las formas procesales en general, y la manera de apreciar esas pruebas, se rigen por la ley del lugar del proceso o *lex fori*.

En cuanto a la ley que debe regular la carga de la prueba, se ha presentado discusión<sup>178</sup>. Creemos que la carga de la prueba se rige por la ley nacional o *lex fori*, puesto que se trata de regular un acto procesal, como es la actividad probatoria de las partes y la conducta del juez a falta de ésta<sup>179</sup>.

Cuando los documentos privados otorgados en el exterior y que se quiera hacer valer en el país nacional gozan de la presunción de autenticidad que consagra la ley nacional, no hace falta someterlos al trámite consular, por ser aquella norma especial y de preferente aplicación.

*internacional privado*, en *Revista del Colegio de Abogados*, Caracas, abril-junio de 1961, ps. 31 y 32, y en *Ensayos jurídicos*, Caracas, 1970, ps. 337-362.

<sup>178</sup> PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. I, VII, núm. 1431, p. 772; HUET, ob. cit., ps. 126-129 y 145-165.

<sup>179</sup> MICHELI, ob. cit., núm. 34, p. 229; LORETO, ob. cit.

## CAPÍTULO XVI

### **NOCIÓN DE CARGA PROCESAL EN GENERAL Y DE CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR**

#### **103. Noción de carga procesal**

La relación jurídico-procesal impone a las partes o sujetos determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas, más o menos graves, como la pérdida de las oportunidades para su defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables, e inclusive la pérdida del proceso. De esto se deduce que las partes deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas, alegar hechos y hacer peticiones, todo ello dentro de los límites de tiempo y lugar que la ley procesal señale, si quieren obtener buen éxito y evitarse perjuicios en el proceso.

Hay veces que disponemos de un verdadero derecho procesal para ejecutar esos actos, por ejemplo, los derechos de recurrir y de probar. En otros casos estamos en presencia de un acto necesario para la eficacia del ejercicio de un derecho, como la alegación en la demanda de los hechos fundamentales de la pretensión para obtener sentencia favorable. En ambos casos existe la carga procesal, pues aquellos derechos no excluyen la posibilidad de que su no ejercicio ocasione a la parte consecuencias adversas, aun cuando no esté obligada a ejecutarlos. Por esta razón existe la carga procesal de recurrir y de probar, no obstante que la parte tiene indudablemente un derecho subjetivo para ejecutar esos actos en el proceso.

#### 104. Planteamiento del problema

La noción de carga procesal es aceptada por todos los autores y tiene un origen histórico muy antiguo, aun cuando estuvo limitada, hasta el siglo pasado, a la actividad probatoria. En cuanto a dotarla de autonomía conceptual y a que represente una noción fundamental para la teoría del derecho y del proceso, hay unánime acuerdo; sin embargo, ha sido tarea difícil y controvertida precisar su contenido y distinguirla de las nociones de obligación y deber.

#### 105. El concepto moderno sobre la noción de carga procesal

La noción de carga tiene su principal aplicación en el campo del derecho procesal, y a pesar de las divergencias entre los autores existe hoy un concepto suficientemente claro y técnico sobre esta noción<sup>180</sup>.

1) *Las diferencias entre la carga y la obligación o el deber* pueden resumirse así:

- a) La obligación o el deber son relaciones jurídicas pasivas, y la carga es una relación activa, como el derecho y el poder;
- b) en la obligación o el deber hay un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, el cual no existe en la carga;
- c) en la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga conserva completa libertad de ordenar su conducta;
- d) en la obligación o el deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga;
- e) el incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es lícita, y, por lo tanto, no es sancionable;
- f) el cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observancia de la carga sólo beneficia al sujeto de ella; por esto puede decirse que aquéllos satisfacen un interés ajeno y ésta sólo un

<sup>180</sup> MICHELI, ob. cit., ps. 59-104; ROSENBERG, ob. cit., ps. 49-53.

interés propio (sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en liberarse de la obligación o el deber, esto es, en adquirir la libertad).

2) *Definición*: La carga es un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables<sup>181</sup>.

### 106. Breve historia de la noción de carga de la prueba

En el antiguo derecho romano, como puede observarse en el procedimiento de la *legis actio sacramento* y en general en el proceso *per actiones*, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. En el período clásico existieron normas que asignaban indistintamente la carga, en cada caso, con un criterio práctico de equidad, o le dejaban esa tarea al juez, a manera de árbitro. Posteriormente, en el derecho justinianeo surgieron principios generales y, en particular, el fundamental que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho como base de su acción o excepción, la prueba de él, ya fuera actor o demandado<sup>182</sup>.

No existe acuerdo respecto a quién debía probar en los procesos germanos primitivos. Conforme observa Lessona, se admite generalmente que estaba a cargo del demandado, aunque otros autores consideran que la prueba correspondía a ambas partes, sin estar atribuida especialmente a ninguna; un tercer grupo opina que la prueba le incumbía al actor, si fundaba su pretensión en un hecho propio, y al

<sup>181</sup> Santiago Sentís Melendo, en comentario a nuestro *Tratado*, con el cual nos honró en *Revista de derecho procesal*, Madrid, abril-junio de 1965, p. 173; CARNE-LUTTI, *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 410; COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948 a 1950, ps. 143 y 157; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 59-104; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 49-53.

<sup>182</sup> LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, 1928, núm. 91, p. 121; AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, ps. 12-14; MICHELI, ob. cit., ps. 14 y ss.

demandado en el caso contrario; una cuarta tesis sostiene que el juez determinaba a quién pertenecía la obligación de probar, escogiendo a la parte que parecía tener la razón o que aducía hechos más decisivos, lo cual, sin duda ocurre en un periodo más avanzado; por último, una teoría que, según Lessona, es digna de crédito, fue expuesta por Declaureil; en ella se afirma que la prueba correspondía al más débil social y económicamente, sea demandante o demandado.

En la Edad Media, y por obra especialmente de los juristas de Bolonia, que reviven el derecho romano, reaparece el concepto de carga de la prueba basado en el principio de que incumbe al actor, pero se le da este carácter al demandado cuando excepciona. La doctrina romana pasó también, en términos generales, al derecho canónico<sup>183</sup>. En España aparecen estos principios en *Las Partidas*.

Siglos más tarde advino la Revolución Francesa y con ella el Código Civil de Napoleón, en el cual se introdujo un principio similar al español en el artículo 1315, pero referente sólo a obligaciones, que se encuentra mejor redactado en el artículo 1757 del Código Civil colombiano y en el artículo 1698 del Código Civil chileno, de donde se tomó aquél: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Normas equivalentes se consagran en el artículo 1312 del Código Civil italiano de 1865, y en el artículo 1315 del Código Civil español. El artículo 177 del C. de P. C. colombiano modernizó y generalizó la regla, siguiendo las doctrinas de Rosenberg y Micheli, que más adelante expondremos.

El aspecto fundamental de la evolución de esta teoría en el derecho moderno consiste, como observa Micheli, en considerarla como *regla de juicio para el juez*, ya que le señala a éste la forma de decidir a falta de prueba suficiente que le otorgue certeza<sup>184</sup>.

### 107. Qué debe entenderse por carga de la prueba

Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica

<sup>183</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, p. 83.

<sup>184</sup> MICHELI, ob. cit., p. 56.

cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones<sup>185</sup>.

Estos dos aspectos de la noción de carga de la prueba aparecen también en el proceso penal y en los procesos inquisitivos laborales y civiles; aunque en el primero se suple parcialmente la noción con el principio *in dubio pro reo* que es una aplicación de aquélla, aunque de alcance más general<sup>186</sup>.

Esta noción opera tanto en el sistema de la tarifa legal como en el de la libre apreciación por el juez.

De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: *Carga de la prueba es una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte.*

<sup>185</sup> LESSONA, ob. cit., núm. 90, p. 119; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 104-105; ROSENBERG, ob. cit., ps. 21, 29 y 56; MICHELI, ob. cit., ps. 56-57, 95, 104, 176-187, 213; CARNELUTTI, *Istituzioni*, ed. cit., t. I, p. 214, y *La prueba civil*, ed. cit., Apéndice, p. 221; SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, ps. 3-8.

<sup>186</sup> Entre los autores que aceptan la aplicación de esta regla a los procesos penales e inquisitivos en general están: FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, ps. 586-588; VISHINSKI, *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951, ps. 217-219; CARNELUTTI, citas en el Apéndice de *La prueba civil*, VII, especialmente de *Istituciones*, t. I, p. 214; SICARD, *Le preuve en justice*, París, 1960, p. 39; MICHELI, ob. cit., núms. 26 y 40; ROSENBERG, ob. cit., núms. 3 y 8. Un magnífico estudio sobre el brocardico *in dubio pro reo* es el publicado por Santiago Sentís Melendo, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1971, núms. 2-3, ps. 503-571.

Salta a la vista la íntima relación que existe entre la carga de la alegación y de la prueba, en los procesos civiles, porque los hechos fundamentales deben ser alegados y probados.

Pero la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción; sino que señala apenas a quién interesa la demostración de ese hecho en el proceso. Se exige que aparezca la prueba, mas no importa quién la aduzca. De ahí que consideramos incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién *debe* probar cada hecho, pues únicamente señala quién *tiene interés* jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba; sólo cuando no aparece ésta, corresponde determinar la parte que debía evitar su omisión. Es decir: indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él, pero si el juez o la contraparte la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta. Si es un hecho exento de prueba, no existe carga de probarlo.

En todos los procesos (civiles, laborales, penales, contencioso-administrativos, fiscales, etc.), el juez puede y debe suplir la falta de actividad probatoria de las partes y por tanto la carga de probar que pesaba sobre ellas, mediante el decreto de pruebas de oficio, con entera libertad.

#### **108. Aspectos subjetivo y concreto, objetivo y abstracto de la carga de la prueba**

De lo expuesto en el número anterior, se deduce que la noción de carga de la prueba es compleja: por una parte es subjetiva y concreta; pero, por otra parte, es objetiva y abstracta.

Es *subjetiva* porque contiene una norma de conducta para las partes y porque les señala cuáles hechos les conviene que sean probados en cada proceso, a fin de obtener una decisión favorable a sus pretensiones o excepciones, no obstante dejarlas en libertad de no hacerlo; en este sentido se habla precisamente de distribución de la carga de la prueba entre demandante y demandado. Es *concreta*, pues si se mira por el

aspecto subjetivo o en relación con las partes, determina los hechos particulares que en cada proceso les interesa demostrar, entre los muchos que allí se aleguen. Es *objetiva*, por cuanto implica una regla general de juicio conforme a la cual, cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan el litigio o la petición de jurisdicción voluntaria o la responsabilidad investigada en el proceso penal, el juez puede suplirla con ella, en vez de proferir un *non liquet*, o fallo inhibitorio. Es *abstracta*, considerada como regla de juicio para el juez, porque no se refiere a casos particulares sino que asume un valor general, de norma de derecho para todos los casos<sup>187</sup>.

### 109. Importancia de la noción de la carga de la prueba

Lo dicho en los números anteriores es suficiente para comprender la inmensa importancia que esta noción tiene en el derecho en general y en la administración de justicia en particular.

Si no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el *non liquet*, cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes, pues podría plantearse de nuevo. La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición *sine qua non* de toda buena administración de justicia.

Por otro aspecto, es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios y del proceso penal, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión; sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de certeza<sup>188</sup>.

En materia penal, evita la injusticia de someter de nuevo al reo a otro proceso, con el pretexto de absolverlo transitoriamente por falta de pruebas. Se incluye en la noción más amplia del *in dubio pro reo*.

<sup>187</sup> MICHELI, ob. cit., ps. 96, 152-157, 371 y 487-489; ROSENBERG, ob. cit., ps. 15, 20, 28, 49 y 59; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 3, p. 14, y Apéndice VII, ps. 217-221; véanse citas de los otros autores en el núm. 479.

<sup>188</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 90 y 94; ROCCO, *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 191; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 104-105; ROSENBERG, ob. cit., núms. 3 y 6; MICHELI, ob. cit., núms. 1, 9 y 80; CARNELUTTI, citas en Apéndice de *La prueba civil*, VII, ps. 218-221.

### 110. Fundamento de la noción de carga de la prueba y de su distribución

El fundamento de la carga de la prueba debe examinarse teniéndose en cuenta los dos aspectos de la noción: la regla de juicio para el juez, y la distribución entre las partes del riesgo de la falta de prueba.

Por el primer aspecto, su fundamento radica en la extraordinaria importancia que reviste esta noción en el campo general del derecho y en el particular del proceso, como acabamos de verlo en el número anterior: la seguridad jurídica, la armonía social, el interés general en que se realicen los fines propios del proceso y la jurisdicción, reclaman su existencia<sup>189</sup>.

Creemos que el fundamento de la carga de la prueba, como norma de distribución del riesgo de la falta de certeza (segundo aspecto de la noción), se encuentra en los principios de la lógica, la justicia distributiva y la igualdad de las partes ante la ley y el proceso, esto es, en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada e igual oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos y de su libertad<sup>190</sup>, en lo penal, además, en la necesidad jurídica de absolver al reo cuando no haya plena prueba en su contra (*in dubio pro reo*).

### 111. Criterio o regla general de distribución de la carga de la prueba

El tema de la regla de distribución de la carga de la prueba, es tan debatido como el de la naturaleza de la carga en general. Los criterios de autores y legisladores han sido muy diversos; nos parece, con todo, que pueden resumirse en ocho:

a) *Tesis que impone al actor la carga de la prueba, pero le da este carácter al demandado que excepciona*. Este criterio se conoce por las máximas latinas heredadas del derecho romano: *onus probandi incumbit actori*; o *necessitas probandi incumbit ei qui agit*; *actori non*

<sup>189</sup> CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. III, núm. 45, p. 98; MICHELI, ob. cit., núm. 72, p. 454, nota 67; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 86-87; ROSENBERG, ob. cit., núm. 8.

<sup>190</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, ed. cit., t. III, núm. 45, p. 98; ROSENBERG, ob. cit., p. 88.

*probante, reus est absolvendus; reus in excipiendo fit actor, o reus in excipiendo actor est.* El olvido de la segunda parte condujo en ocasiones a desvirtuar radicalmente la doctrina romana, haciéndola ilógica e injusta al dejar en cabeza del demandante toda la prueba, es decir, no sólo del nacimiento de su derecho, sino también la de la ausencia de hechos impeditivos, extintivos o modificativos que el demandado le oponga, lo cual resulta generalmente imposible y absurdo. Entendida correctamente esta regla, conduce a exigir que cada parte pruebe el fundamento de su propia *intentio*, y debe complementarse con la que estudiaremos en el punto siguiente, también de origen romano.

Este criterio es, sin duda, muy útil y cierto en la mayor parte de los casos, pero no alcanza a constituir una regla general para todos, pues, según lo han demostrado muchos autores, es incompleto e insuficiente<sup>191</sup>. En efecto, existen hechos que no requieren prueba, por gozar de presunción legal o de notoriedad, o por la naturaleza indefinida de la afirmación o negación, a pesar de servir de fundamento a las pretensiones del demandante y, en tales casos, corresponde al demandado la carga de probar el contrario; hay otros hechos que, no obstante alegarse en la demanda, no la necesitan porque son impertinentes o irrelevantes.

b) *Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exige de ella a quien niega.* También este criterio encuentra su fundamento en una máxima del derecho romano, que suele expresarse de tres maneras análogas: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; affirmanti non neganti incumbit probatio* y *negativa non sunt probanda*. Se traslada el criterio de distribución, de la condición procesal de las partes (demandante o demandada), al objeto de la prueba según sea una afirmación o una negación. Este criterio ha tenido menos aceptación que el anterior, por diversas razones.

En primer término, la negación o afirmación puede ser simple

<sup>191</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, ed. cit., t. III, núm. 45; ROSENBERG, ob. cit., núms. 8 y 21-22; LESSONA, ob. cit., núms. 104 y 118; GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 337; ALSINA, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 190; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, p. 456; CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil*, Santiago, t. XII, núm. 1969, p. 661; EISNER, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 61.

modalidad de redacción; en segundo lugar, la circunstancia de afirmarse o negarse un hecho no altera la mayor o menor posibilidad de su prueba, pues es la naturaleza definida o indefinida del hecho y no su negación o afirmación lo que determina si debe exigirse su prueba (esto, sin embargo, tampoco sirve de suficiente criterio para distribuirla entre las partes, porque puede suceder que cualquiera de éstas se encuentre en posibilidad de probar los hechos afirmados o negados por ambas). Ni siquiera en el derecho romano se eximía de prueba a las negaciones en general.

Por otra parte, como vimos en el punto anterior, no siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo, pues los presumidos, los notorios y los indefinidos están exentos de prueba, y ésta corresponde a la otra parte si los niega.

De lo expuesto resulta evidente que el criterio de las afirmaciones y negaciones es inexacto, porque muchas negaciones deben probarse, y es insuficiente para explicar la regla de la carga de la prueba; por ello, quienes lo defienden deben recurrir a otros para complementar-lo<sup>192</sup>. De ahí que la mayoría de los autores modernos estén de acuerdo en rechazarlo<sup>193</sup>. Por ejemplo, en la ejecución por incumplimiento de obligaciones de no hacer, el actor debe probar que no se cumplió, demostrando el hecho positivo contrario. Por otra parte, el mismo hecho puede ser positivo respecto de una de las partes y negativo en relación con la otra, verbigracia, cuando aquélla afirma que ejecutó un hecho y ésta niega que haya sido ejecutado.

c) *Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones.* Ricci defiende esta tesis, también Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurruga, lo mismo que Josserand y Amaral Santos<sup>194</sup>.

<sup>192</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 96-99 y 103-107; FITTING, cita de LESSONA, núms. 103-107; CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, 3ª ed., Madrid, núm. 214; FERRARI, Luigi, *La prova nel proceso internazionale*, Napoli, 1958, p. 106; ROCHA, *Derecho probatorio*, Bogotá, ed. Rosarina, 1962-1963, ps. 51-52 y *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1949, ps. 16 y 18.

<sup>193</sup> RICCI, BONNIER, MICHELI, ROSENBERG, CHIOVENDA, ALSINA, GUASP, ob. cit., etc.

<sup>194</sup> RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 39, p. 88; ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de derecho civil*, Santiago de

En realidad, esta tesis nada nuevo aporta al debate, porque equivale a la que exige probar al actor, pero le da este carácter al demandado cuando excepciona.

El principio así enunciado no puede servir como regla general absoluta, pues tiene numerosas excepciones y no es suficientemente claro, tal como sucede con el contenido en la primera tesis. Las críticas formuladas a aquélla son aplicables a ésta.

d) *Teoría de lo normal y lo anormal (regla y excepción)*. De acuerdo con esta tesis, se impone la carga a quien alega el hecho anormal, porque el normal se presume. Gorphe dice que en general no existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas, de manera que acepta esta tesis; Lessona y Fitting la aceptan como complemento del criterio de la afirmación<sup>195</sup>.

Quizá podamos hacer entender mejor esta teoría, explicándola de la siguiente manera: lo normal es la libertad jurídica, económica, física, el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos ajenos; por consiguiente quien alegue que otra persona está sujeta a él por una obligación o relación jurídica o que por haber incurrido en violación de normas legales o perturbación de derechos reales tiene el deber de restituir las cosas a un estado anterior, debe probar el nacimiento de ese vínculo o esa situación previa y su perturbación o el acto violatorio de la ley; probado el nacimiento del derecho y la obligación del demandado, lo normal es que subsista, por lo cual debe presumirse e imponerse la prueba a quien alegue que se extinguió por cumplimiento u otra causa legal.

Se le pueden hacer las siguientes críticas: la regla de la normalidad depende del criterio subjetivo y en cierto grado caprichoso de cada cual, cuando el legislador no la consagra como presunciones en normas de valor general y de excepción, que no es posible prever para todos

Chile, 1941, t. III, *De las obligaciones*, p. 465; JOSSERAND, *Cours de droit civil*, París, 1932, t. II, núm. 1959; AMARAL SANTOS, *Prova judicial*, ed. cit., t. I, núms. 83, 84 y 89-91.

<sup>195</sup> LESSONA y FITTING, véanse citas en el punto anterior; GORPHE, *De la apreciación de la prueba*. Buenos Aires, 1955, p. 158; PLANIOL y RIPERT, *Tratado*, t. VII, núm. 1418, ps. 760-762; CLARO SOLAR, ob. cit., núm. 1988, ps. 659-661; FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, 1964, t. I, p. 146.

los casos; más aún: es un concepto variable según los principios políticos, económicos, jurídicos, religiosos y morales de cada época; hay siempre cierta arbitrariedad al determinarlo. Este criterio puede servir para explicar la distribución de la carga de la prueba en muchos casos, como cuando se impone a quien reivindica contra el poseedor, a quien imputa una obligación a otro o reclama un gravamen sobre la propiedad ajena o impugna la paternidad del hijo de la esposa. Igualmente, puede aceptarse como guía del criterio del legislador para la creación de presunciones legales y del juez para la valoración de indicios y para deducir presunciones de hombre. Pero no es correcto como regla general sobre la carga de la prueba<sup>196</sup>.

e) *Teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar*. Es una teoría similar a la anterior, pues, en el fondo, por innovación se entiende lo que modifica la normalidad, principalmente cuando se trata de hechos extintivos, impeditivos o modificativos, o de demandar para que altere la situación de hecho existente, como la posesión o el estado civil o la libertad económica y jurídica del demandado. Bentham aconseja atenerse a la máxima, tan antigua como sabia, que protege el *statu quo* y la presunción de la libertad. Sostienen igualmente esta tesis Bonnier, Claro Solar, Alzate Noreña, Antonio Rocha, Rodríguez y Peña<sup>197</sup>.

Son aplicables a esta teoría las críticas formuladas a la anterior, pues, como hemos dicho, son criterios similares.

f) *Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva o, por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos*. Esta teoría constituye un apreciable avance, porque no se limita a contemplar la situación procesal de las partes (demandante o demandada), ni la forma

<sup>196</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, Madrid, 1954, t. III, núm. 45, p. 102; MICHELI observa en este sentido que esta teoría es sólo un aspecto de la doctrina de las presunciones: ob. cit., núm. 50, nota 25 y núm. 59, p. 381.

<sup>197</sup> BONNIER, *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, 1929, núms. 36-37; BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, Buenos Aires, 1959, t. II, Libro 2º, Cap. II; CLARO SOLAR, ob. cit., p. 660; ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, p. 100; ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1949, p. 19 y *Derecho probatorio*, Bogotá, 1962-1963, ps. 42-52, pero utiliza también el criterio de la afirmación (véase punto b); RODRÍGUEZ y PEÑA, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1956, p. 64.

como se presentan los hechos (afirmaciones o negaciones), sino que explica cuáles, entre los presentados en la demanda o en las excepciones, debe probar cada parte, sea que los haya afirmado o negado. Esta teoría ha tenido muchos simpatizantes y predominó durante algún tiempo. Sin embargo, tiene inconvenientes y deficiencias.

Éste fue el criterio que guió a los redactores del artículo 1315 del Código Civil francés, que literalmente se refiere sólo a las obligaciones, al exigir que quien afirme el nacimiento de ellas, debe probarlo, y quien replique alegando su extinción, debe suministrar la prueba. Esta norma fue adoptada por muchos otros códigos, como el antiguo italiano, el chileno, el colombiano, como vimos en el número 106. La doctrina francesa, acogida por chilenos y colombianos<sup>198</sup>, como también la jurisprudencia colombiana<sup>199</sup>, han considerado que el principio así establecido tiene un alcance general, y no sólo para las obligaciones. Una regla similar, pero de alcance general, consagró más tarde el artículo 2697 del nuevo Código Civil italiano.

Diversas críticas se han formulado a esta teoría. Guasp opina que no puede hallarse la determinación exacta de la carga de la prueba "a base de una consideración aislada de su objeto, esto es, de los datos procesales por probar", y que a esto equivale la clasificación de los hechos en constitutivos, impeditivos y extintivos, para imponerla al demandante, respecto de los primeros, y al demandado respecto de los últimos. Carnelutti recuerda que en ocasiones la ley impone al demandante la prueba de hechos extintivos y al demandado la de hechos constitutivos<sup>200</sup>. Es más claro el error de esta teoría si se asigna siempre al demandante la carga de probar los hechos constitutivos y al demandado la de los extintivos o impeditivos<sup>201</sup>; pero aunque la regla se

<sup>198</sup> PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. VII, núm. 1418; CLARO SOLAR, ob. cit., t. XII, núm. 1988, ps. 659-660; ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, ob. cit., t. II, p. 465; PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, 1954, t. II, p. 225; MICHELI, ob. cit., núm. 50, p. 313; ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, ed. cit., ps. 13-14, y *Derecho probatorio*, ed. cit., p. 49.

<sup>199</sup> Corte, 31 de mayo de 1938, G. J., t. XLVI, núm. 1936, p. 572.

<sup>200</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, ps. 337-338; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, t. II, p. 343, y Apéndice de *La prueba civil*, VII.

<sup>201</sup> RUBINO, *Negozio indiretto*, Milano, 1937, ps. 65 y ss., cita de MICHELI, ob. cit., núm. 51, p. 318, nota 31, quien acoge la crítica.

desvincule de la situación procesal de demandante o demandado, sólo es correcta para muchos casos, pero no para todos, como ocurre con los anteriores y lo explicamos atrás.

Razón evidente asiste a las críticas anteriores y para confirmarlas basta recordar que el poseedor sin títulos, el deudor y cualquier sujeto pasivo de una relación jurídica sustancial, pueden demandar para que se declare extinguida la propiedad que era del demandado o su derecho, o para impugnar un estado civil, etcétera, alegando como fundamento de su demanda hechos impeditivos o extintivos, cuya carga de la prueba le corresponde, naturalmente. Es una situación frecuente en las acciones declarativas puras. Además de esto, un hecho puede ser constitutivo para el derecho pretendido por una parte y extintivo respecto del alegado por la otra, como ocurre con la posesión material de bienes ajenos, pues para el poseedor es constitutiva de propiedad, si cumple los requisitos legales, y para el anterior propietario extintiva de su derecho. Quien alegue el incumplimiento de una obligación de no hacer debe probar ese incumplimiento y no solamente el hecho que originó esa obligación.

Además, no hay acuerdo sobre lo que debe entenderse por hecho impeditivo y distinguirlo de los constitutivos es difícil en ciertos casos<sup>202</sup>. Creemos que el verdadero hecho impeditivo configura una excepción perentoria, por lo cual es siempre positivo aun cuando se enuncie como negación (verbigracia, si se niega la capacidad o el consentimiento, se está afirmando en realidad el hecho positivo que los excluye, como la locura o la menor edad, el dolo, la violencia o el error); que quien alega la falta de una condición necesaria para el nacimiento del derecho reclamado por la otra parte, en realidad se limita a negar éste, lo cual no requiere prueba ni constituye excepción, vale decir, es ausencia de un elemento constitutivo cuya prueba corresponde a quien alega tal derecho, a menos que se presuma (así, la falta de documento cuando la ley lo exige para la validez del contrato, o de una ceremonia oficial en un matrimonio, no es un hecho impe-

<sup>202</sup> MICHELI, ob. cit., núms. 51-52; CARNELUTTI, *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. I, 425; CHIOVENDA, cita anterior; FINZI, *Rivista di diritto processuale civile*, II, ps. 166 y ss., cita de MICHELI, ob. cit., núm. 52; SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 156.

ditivo, sino ausencia de un elemento constitutivo); es decir, que el hecho impeditivo debe ser algo diferente de la falta de una condición o un elemento para el nacimiento del derecho pretendido.

g) *Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable.* Esta teoría es defendida principalmente por el gran jurista alemán Leo Rosenberg y acogida en forma expresa, entre otros, por Guasp, Aragoneses, Silva Melero, Fenech, Eisner, Prieto Castro, De la Plaza, y, de modo indirecto, por Carnelutti, Schönke, Couture y Laserra<sup>203</sup>.

Dicha teoría parte de la base de que es imposible elaborar una regla general fundada en los criterios expuestos antes, esto es, el que sólo contempla la situación procesal de las partes (demandante o demandada) y el que toma aisladamente el hecho objeto de la prueba (afirmación o negación, normal o anormal, esencial o innovativo, constitutivo o extintivo e impeditivo), punto en el cual tiene razón y constituye un gran avance. Se utiliza un criterio diferente que consiste en considerar *la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte y con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación* y de tal premisa se deduce la regla general: quien resulte favorecido por esa norma, porque consagre el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probarlo (excepto que por estar admitido o confesado por la otra parte no requiera más pruebas, o que esté exento de ésta por gozar de presunción o de notoriedad o por su carácter indefinido). Como dice Rosenberg: "la carga de la certeza pesa sobre la parte en cuyo provecho redundaría el efecto de la norma", y agrega: "cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favo-

<sup>203</sup> ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., núms. 3 y 9; GUASP, ob. cit., ps. 337-338; ARAGONESES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, p. 496; SILVA MELERO, ob. cit., ps. 99-102; FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 586; PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, t. I, núm. 283; EISNER, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 58; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 457-460; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., p. 21 y Apéndice, y *Lezioni di diritto processuale civile*, t. I, p. 335; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, p. 203; LASERRA, *La prova civile*, Napoli, 1957, p. 100; COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948-1950, t. I, p. 222.

rable"; sean ellos positivos (para que se aplique la norma) o negativos (para que no se aplique).

Rosenberg utiliza la clasificación que sirve de base a quienes sostienen la teoría expuesta en el punto anterior; pero ya no contempla los hechos, sino las normas jurídicas que los contienen como presupuesto para su aplicación y habla de normas constitutivas de derechos, impeditivas o extintivas. De esta manera se disminuye el problema que se presenta para determinar a qué clase pertenece el hecho, porque se identifica más fácilmente el efecto jurídico de la norma y se le da mayor claridad y generalidad a la regla. Sin embargo, las dificultades de utilizar la clasificación para distribuir la carga de la prueba no desaparecen trasladándola a las normas. En esta parte la teoría de Rosenberg tiene inconvenientes. Creemos que no hace falta recurrir a esta clasificación de las normas en constitutivas, impeditivas y extintivas para adoptar un criterio general en cuanto a distribuir la carga de la prueba, y que utilizarla trae inconvenientes y perjudica la elaboración de una regla clara y exacta. Además, nos parece que es el *efecto jurídico* de la norma, y no ésta, lo que puede ser clasificado en esos tres grupos.

Esta tesis quedó incorporada, en lo esencial, lo mismo que la siguiente, en el artículo 177 del nuevo C. de P. C. colombiano, así: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

h) *Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido.* Es la elaborada por Gian Antonio Micheli, ilustre profesor de la Universidad de Florencia<sup>204</sup>.

Micheli coincide con Rosenberg y demás autores citados en el punto anterior, en cuanto considera que no es posible elaborar una regla general con base en los criterios de la posición procesal de las partes, o del carácter negativo o positivo de la alegación, o de la diferencia que hay entre los hechos constitutivos, impeditivos y extintivos, lo mismo que en la normalidad o innovación, esto es, en la distinta relevancia de los hechos que constituyen la hipótesis legal.

<sup>204</sup> MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núms. 50-51, 69, 73 y nota 8.

Opina que la distribución de la carga de probar "está establecida principalmente por la posición ocupada por la parte misma, respecto del efecto jurídico pedido: tal relación está determinada por el derecho sustancial".

Creemos que en el fondo las tesis de Rosenberg y Micheli coinciden. Ambos autores basan la distribución de la carga de la prueba en la posición sustancial de las partes, respecto a la norma legal que consagra el efecto jurídico perseguido con su pretensión o excepción; aunque Micheli hable del efecto jurídico pedido y Rosenberg se refiere a los presupuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se persigue, lo cual, en el fondo equivale a lo mismo. Efectivamente, distribuir la carga de la prueba, de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido, tal como quiere Micheli, significa necesariamente imponer la carga respecto de cada hecho a quien pretenda deducir de él dicho efecto jurídico y al mismo resultado se llega si se tiene en cuenta, como lo hace Rosenberg, cuál de las partes reclama la aplicación a su favor de la norma que considera ese hecho como supuesto para que se produzcan los efectos jurídicos que consagra. Los dos criterios tienen unos mismos efectos prácticos e igual contenido jurídico, por lo cual el C. de P. C. colombiano de 1970, por ponencia nuestra, los adoptó, armonizándolos, en el artículo 177. Micheli mismo lo acepta implícitamente, cuando al final de su libro dice que responde al significado de su doctrina expresar que "las consecuencias de la falta de prueba sean distribuidas, teniendo en cuenta el interés normal en demostrar determinados elementos de hecho, presupuestos para la aplicación de la norma invocada, a fin de conseguir cierto efecto"; es el reconocimiento de que la relación entre la parte y el efecto jurídico pedido, es la misma que entre aquélla y la norma que contempla el hecho como supuesto para su aplicación<sup>205</sup>.

Calamandrei, Redenti. Gentile y Pavanini adoptan un punto de vista similar al de Micheli, pero sus opiniones pueden también invocarse en apoyo de la tesis de Rosenberg<sup>206</sup>.

<sup>205</sup> MICHELI, ob. cit., núm. 82, p. 493.

<sup>206</sup> CALAMANDREI, *Istuzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941, ps. 58 y 136; *Studi*, t. I, p. 27; REDENTI, *Profili pratici del dir. proc. civ.*, Milano, 1938,

11)a. Sólo los códigos más modernos regulan en forma expresa cómo juega la carga de la prueba. Obviamente, COL, 177, se halla acorde con la tesis sostenida en el texto por el autor: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba". Similarmente, pero mezclando ingredientes propios del sistema b. de los expuestos en el texto, se halla ARG (NAC, 377; BUE, 375): "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

"Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

"Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio".

A nuestro juicio, encuadran en el sistema f, los códigos de BOL, 375: "La carga de la prueba incumbe: 1) Al actor en cuanto al hecho constitutivo de su derecho. 2) Al demandado en cuanto a la existencia del hecho impeditivo, modificadorio o extintivo del derecho del actor"; BRA, 333: "La carga de la prueba incumbe: I) Al actor en lo que refiere al hecho constitutivo de su derecho; II) Al demandado, en lo que refiere a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del actor [...] Es nula la convención que distribuya de manera diferente la carga de la prueba cuando: I) Recayera sobre derecho indisponible de parte; II) Convirtiera en excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho"; GUA, 126: "Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión. Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes, los jueces apreciarán de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente, las omisiones o las deficiencias en la producción de la

103-105 y 276: GENTILE, Francesco Silvio, *La prova civile*, Roma, 1960, p. 14; PAVANINI, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, 1937, p. 278.

prueba"; MEX, 281: "El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones". También, PER, 337, y URU, 329.

Antiguo y menos aceptado universalmente, consagra el sistema b, ECU, 114: "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada".

En cuanto a la carga probatoria que genera la negativa, se halla legislada en detalle en MEX, 282: "El que niega sólo será obligado a probar: I) Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho; II) Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante; III) Cuando se desconozca la capacidad; IV) Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción".

Sobre prueba de hechos notorios ver núm. 35)g.

## 112. Nuestro concepto

Ya hemos adelantado mucho acerca de nuestro concepto sobre la regla para la distribución de la carga de la prueba, al criticar las tesis anteriores. Procuraremos resumirlo en los siguientes párrafos:

a) *Contenido de la regla.* No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado.

En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés de que tal hecho resulte probado o de evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte (el cual se traduce en una decisión adversa).

b) *Cuál es el criterio correcto.* Estamos de acuerdo con Rosenberg, Micheli y los autores que los siguen, en que el único criterio aceptable

para una regla general en esta materia, debe contemplar no solamente la posición procesal de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con éste en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse. Lo fundamental es la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como su presupuesto; es decir, hay que determinar cuál de las partes pretende ese resultado, aun cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues al juez le corresponde aplicarla oficiosamente: *jura novit curia*.

Dicha regla resulta más clara y completa, si se hace expresa mención tanto del efecto jurídico perseguido por la parte, como de la norma que lo contempla y de la cual es presupuesto el hecho de cuya prueba se trata. De este modo se da una visión más completa de la regla general, porque los efectos jurídicos perseguidos por una parte tienen precisamente como presupuesto los hechos que contempla la norma legal que los consagra, y por lo tanto, el riesgo de que falte su prueba debe correrlo esa parte.

Recordemos que como regla general en lo civil, solamente los hechos controvertidos permiten que el juez recurra a la regla de la carga de la prueba, debido a que su admisión por el adversario los deja suficientemente probados, a no ser que la ley excluya para ellos la confesión: en el último caso, no interesa la falta de controversia, lo cual ocurre siempre en lo penal respecto a la prueba del delito o la contravención.

c) *Regla general para su distribución.* Conocido cuál debe ser el criterio para elaborar esta regla general, resulta muy sencillo enunciarla: *a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.* Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable, que en lo penal será adversa a la pretensión punitiva del Estado a cuyo cargo está la prueba de la responsabilidad del procesado (*in dubio pro reo*; pero este principio es más amplio, pues comprende también la duda en materia de derecho sustancial penal y de cualquier norma de procedimiento).

La anterior fórmula quedó consagrada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970.

Con la regla general enunciada se comprenden también los casos de hechos presumidos, indefinidos y notorios, que con las primeras tesis representan excepciones, pues con ésta quedan fuera del supuesto del hecho de la norma. Con el objeto de que se entienda bien esto, pondremos algunos ejemplos: para la aplicación de la norma que declara hijo del marido al habido por su esposa durante el matrimonio, no es presupuesto el hecho de la paternidad de aquél (que se presume), sino los del matrimonio y el parto; en cambio, la norma que declara a ese hijo ilegítimo, tiene como presupuesto el hecho de la paternidad de un tercero y los que en ella se contemplan como impeditivos de la paternidad del marido, como el adulterio de la esposa y la imposibilidad de relaciones sexuales con aquél. Para la aplicación de la norma que consagra el derecho de reivindicación contra el poseedor actual, es presupuesto la prueba del hecho que genera el dominio para el actor y el de la posesión material del demandante; en cambio, la norma que le otorga al poseedor el derecho de ser amparado en su posesión, no tiene como presupuesto el hecho generador de propiedad en su favor (debido a que se presume dueño), sino únicamente los que configuran esa posesión material. La norma que declara hijo extramatrimonial de un hombre al concebido en el concubinato de éste, con la madre, siempre que ella no haya tenido relaciones sexuales con otro hombre durante la época de la concepción, no tiene como presupuesto para su aplicación este último hecho negativo indefinido, sino los enunciados en primer término; en cambio, la excepción que esa norma consagra tiene como presupuesto el hecho positivo y concreto de las relaciones sexuales de la madre con un tercero en esa época. En todos estos casos, quien invoque el determinado efecto jurídico, lleva la carga de probar los hechos que la norma que lo consagra tiene como presupuestos.

La regla tiene, por lo tanto, un alcance verdaderamente general.

La carga de la prueba no puede ser alterada por voluntad de las partes en pactos o contratos, por lo cual dichas cláusulas carecen de validez, como la que pretende invertirla para negaciones indefinidas

u otros casos de imposible prueba. Igual criterio exponemos en los números 163-164.

En materia penal, como hemos dicho, la regla sobre carga de prueba tiene aplicación, aunque se sustituye, en lo fundamental, por el principio *in dubio pro reo*, conforme al cual debe absolverse al procesado si no existe plena prueba de su responsabilidad y por tanto también de la existencia del hecho ilícito, la cual corre a cargo del Estado (representado por el juez en el sistema nuestro; por el ministerio público en el sistema acusatorio de otros países) y de la parte civil, y también cuando haya duda respecto al derecho sustancial. Pero el procesado tiene interés en que aparezca en el proceso la prueba de los hechos atenuantes o exculpativos de su responsabilidad, por lo cual debe colaborar en su práctica, aunque en principio tanto el juez como el ministerio público tienen el deber procesal de procurar que esas pruebas lleguen al proceso, pues les corresponde investigar tanto los aspectos desfavorables como los favorables al procesado. Por esto puede decirse que la regla sobre la carga de la prueba tiene cierta relativa aplicación a cargo del procesado; porque sufre las consecuencias adversas de la falta de esas pruebas, si el hecho ilícito y su autoría se encuentran plenamente demostrados.

d) *Algunos casos concretos sobre la carga de la prueba:*

1º) *Cuando se alega expresa o implícitamente que no existen personas con mejor o igual derecho a recibir lo pretendido.* La persona que reclama una herencia no tiene la carga de probar la inexistencia de otros herederos concurrentes o de mejor derecho, pues le basta afirmarlo y probar su propia vocación herencial; quien demanda por alimentos a un pariente de segundo o tercer grado, no tiene necesidad de probar que no existen otros más cercanos, y si el demandado alega que los hay, le corresponde la carga de probarlo.

2º) *Carga de la prueba del dolo, de la buena y la mala fe, del error, la violencia y la ignorancia.* Corresponde a quien invoque cualquiera de estos vicios del consentimiento o la existencia de una de tales circunstancias en el terreno contractual, para deducir efectos jurídicos favorables, la carga de probarlo.

3º) *Carga de la prueba de la culpa y del caso fortuito o la fuerza mayor que la exonera.* Le corresponde a quien pretenda deducir efectos

jurídicos favorables de una culpa, como pretensión o excepción, sea en lo contractual o extracontractual; a menos que la ley la presuma. La prueba de la fuerza mayor o el caso fortuito se somete a la misma regla general: cuando la norma legal los contemple como presupuesto para ciertos efectos jurídicos y la parte los reclama, estará gravada con la carga de probarlos; esto ocurre implícitamente cuando haya presunción de culpa. Si las dos partes se imputan culpa recíproca o concurrente, cada una está sujeta a la carga de probarla según la regla general.

4º) *La carga de probar el nacimiento de la obligación o su extinción por cumplimiento u otra causa.* Corresponde a quien lo alega, por ser presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido.

Sin embargo, *el caso de las obligaciones de no hacer* es una importante excepción al principio general que exige al actor de la prueba del incumplimiento del deudor, aun cuando se comprende perfectamente en la regla general sobre distribución de la carga. En efecto, la naturaleza negativa de la conducta impuesta al deudor en estos casos, da como resultado que el acreedor demandante debe probar el hecho positivo que viola tal conducta, por ser presupuesto para la aplicación de la norma que le otorga el derecho a la indemnización, o a la destrucción o suspensión de lo hecho por el demandado, cuando sea posible.

Si el demandado alega que el no cumplimiento se debía a estar pendiente un plazo o condición o que su cumplimiento fue oportuno por ese motivo, le corresponde probarlo, puesto que se trata de un hecho que sirve de presupuesto a la norma cuyo efecto jurídico reclama.

Naturalmente, cuando exista una presunción de cumplimiento o incumplimiento, la carga de probar el hecho contrario corresponde a la otra parte.

5º) *El caso de la excepción de incumplimiento ("exceptio non adimpleti contractus").* Este caso se sujeta asimismo a la regla general. Si dicha excepción se refiere a una obligación del demandante de dar, hacer o entregar, al demandado le basta probar su nacimiento, y a aquél le corresponderá la carga de demostrar que cumplió, exactamente como si el demandado obrara como actor y éste como demandado: si

se trata de una obligación de no hacer, la carga de probar su incumplimiento recae sobre el demandado que lo alega.

6º) *La carga de la prueba en el caso de las negaciones.* La regla general que hemos enunciado para distribuir la carga de la prueba tiene aplicación absoluta al caso de las negaciones, tanto definidas como indefinidas. Corresponde la prueba del hecho negativo no indefinido a quien persiga los efectos jurídicos consagrados en ella, pero cuando se trate de una negación indefinida, hay exención de prueba (ver núm. 35, punto f), lo cual debe ser apreciado por el juez con criterio riguroso.

7º) *La carga de la prueba en los casos de afirmaciones indefinidas.* Como lo hemos dicho (véase núm. 35, punto f), las afirmaciones indefinidas tienen el mismo tratamiento probatorio que las negociaciones indefinidas, esto es, que se encuentran exentas de prueba.

8º) *La carga de la prueba en cuestiones procesales.* La regla sobre la carga de la prueba no solamente opera respecto a los hechos de la pretensión y la excepción, esto es, para efectos sustanciales, sino también en muchas cuestiones procesales durante el trámite del proceso. Siempre que se trate de aplicar una norma jurídica procesal que suponga presupuesto de hecho, debe recurrirse a la regla sobre carga de la prueba para imponer la consecuencia desfavorable de la falta de prueba, a la parte que resulte beneficiada con los efectos jurídicos que en tal norma se consagran.

Citaremos algunos ejemplos: corresponde al demandante la carga de probar los hechos que la ley procesal contempla como presupuestos procesales de la acción y previos del proceso; corresponde a la parte que alegue una nulidad del proceso o un motivo de recusación, ó una objeción a un dictamen de peritos o a unas costas, o una tacha de un testigo o a un documento auténtico, y a quien formule oposición al secuestro o la entrega de un bien, la carga de probar los hechos en que se hasa (pero una vez que el opositor haya probado plenamente su derecho con prueba sumaria, o sea otorgándole certeza al juez sobre su derecho, porque el contenido y la razón del dicho lo convencen, si la parte interesada insiste en que debe efectuarse el secuestro o la entrega del bien en el incidente que sigue a ella le corresponde probar el hecho que desvirtúe los probados por el opositor); quien opone la

excepción previa de cosa juzgada o *litis pendentia*, o alega una prejudicialidad o transacción o un desistimiento definitivo y total, soporta la carga de probar tales hechos; quien pretende intervenir en un proceso, debe presentar la prueba de su interés para hacerlo; quien ofrece una caución debe acreditar su suficiencia; quien reclama la terminación del proceso por transacción extrajuicio necesita aducir su prueba, y lo mismo quien alega incompetencia por virtud de un compromiso arbitral; quien alega la suspensión del proceso, está sujeto a la carga de probar los hechos que la configuran.

Naturalmente, en todos los casos enunciados pueden existir pruebas suficientes en el expediente, y entonces a la parte gravada con su carga le basta referirse a éstas, sin que necesite aducir otras y el juez debe tenerlas en cuenta aun de oficio, si han sido allegadas legalmente; pero esto no significa que esté relevado de la carga, sino que la cumple satisfactoriamente, en virtud del principio de la comunidad o adquisición de la prueba.

### **113. Carácter procesal de las normas sobre carga de la prueba**

En el número 3 estudiamos la naturaleza de las normas sobre pruebas y vimos que existen varias teorías al respecto. El estudio de estas diversas opiniones y de la nuestra lo hicimos allí. Las reglas sobre cargas de la prueba son un sustituto de la prueba que no se llevó al proceso y le indican al juez cómo debe fallar en tal situación; por ello creemos en su naturaleza procesal, conclusión que no se modifica por la circunstancia de que a un mismo tiempo influyan en la conducta de las partes, porque esto ocurre también con otras normas de indiscutible carácter procesal, como las que regulan los recursos o los requisitos de la demanda y las cargas procesales en general.

## CAPÍTULO XVII

### INVALIDEZ DE LOS PACTOS O CONTRATOS SOBRE PRUEBAS

#### 114. Diversos pactos o contratos sobre pruebas

Pueden existir cinco clases de pactos o contratos sobre esta materia: 1) los que tengan por objeto darle valor de prueba a un medio no autorizado por la ley; 2) los que persigan otorgarle a un medio autorizado por la ley, un valor o mérito de convicción superior o diferente al que ésta le dé o al que el juez libremente les reconozca (según rija tarifa legal o la libre apreciación); 3) los que intentan quitarle o disminuirle a un medio de prueba el valor que la ley le asigna o que el juez libremente pueda reconocerle (según el sistema de valoración que rija) o exijan un medio especial de prueba que la ley no requiere (que en el fondo equivalen a desconocerle a los demás su propio mérito probatorio); 4) como modalidad del segundo grupo, los que pretenden darle mérito ejecutivo o para un lanzamiento u otra acción procesal especial, a un medio al que la ley no le otorga ese valor, y como modalidad del último, los que, por el contrario, persigan privar a un medio de ese mérito procesal que la ley le asigna; 5) los que pretenden alterar la regla legal sobre la carga de la prueba.

La doctrina rechaza generalmente las tres primeras clases de pactos o contratos, y más enfática aún es al rechazar los del cuarto grupo que altera las formalidades que la ley señala para la procedencia de determinada vía procesal, como la ejecutiva, porque atentan contra el sistema procesal mismo. En cuanto a la inversión convencional de la

carga de la prueba, con excepción de Lessona, Rosenberg, Planiol y Ripert, los demás autores les niegan también valor<sup>207</sup>.

### 115. Nuestro concepto

Las citas anteriores, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respaldan totalmente la tesis que por nuestra parte hemos sostenido siempre, sobre la invalidez de esos contratos o convenios o cláusulas, tanto cuando exista tarifa legal, como en un sistema de libre apreciación<sup>208</sup>.

Si la ley nada dice acerca de la carga de la prueba respecto de un hecho determinado, puede admitirse que valga la estipulación privada que la impone a una de las partes; pero si la ley consagra normas sobre la carga de la prueba, tampoco éstas pueden ser alteradas por los acuerdos particulares.

El caso de los requisitos contemplados por la ley procesal para la viabilidad de una acción especial, como la ejecutiva o la posesoria o la de lanzamiento o la liquidación de cuentas, es todavía más claro, pues los pactos o las cláusulas que traten de eliminar algún requisito o de incluir otro no exigido por la ley, ya no pretenden dirigir exclusivamente la prueba sino el procedimiento mismo, la manera cómo el Estado ha regulado el ejercicio de su jurisdicción, por lo cual atentan contra el orden público y contra normas de derecho público de imperativo cumplimiento.

Tan inválida es la cláusula que otorga mérito ejecutivo a un documento que no lo tiene, como la que priva de ese mérito al que sí

<sup>207</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, ed. cit., t. III, núm. 281, ps. 211-212; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 78-80, 148-150 y 200-217; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 199-200; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 460-461 y cita a GOLDSCHMIDT; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. 1, p. 94; ROCCO, *Trattato*, ed. cit., parte VI, p. 129; GUASP, ob. cit., p. 334; LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 47 y 231; FLORIAN, *Delle prove penali*, ed. cit., t. I, núm. 111; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., 1961, núms. 37-38.

<sup>208</sup> DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá, 1962, Temis, t. V, núm. 764 y *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1972, t. I, núm. 135, Zavalía, y las eds. posteriores de ésta (la 5ª de 1981).

lo tiene, según la regulación legal. En ese sentido se expresan los autores citados.

Por ejemplo: son nulas las cláusulas que le dan valor ejecutivo a las liquidaciones unilaterales que haga una parte de la deuda a cargo de la otra, sin que lleven la firma auténtica del ejecutado o su representante, o hayan sido aceptadas en confesión judicial por éste o reconocidas en sentencia previa, porque la ley exige que el título ejecutivo provenga del deudor o sea una providencia judicial que apareja ese mérito.

El artículo 6º del C. de P. C. colombiano acogió la doctrina expuesta y eliminó toda posible discusión al respecto, pues dice: "Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas".

115)a. El tema referido a orden público y proceso entronca con la posición que ya adoptamos en número 17.a, mostrándonos discrepancias con la filosofía política que inspira al Código de COL con el cual concuerda, casi textualmente, BRA, 90.

Por nuestra parte, insistimos en que el de orden público es un concepto que será necesario precisar o abandonar, pues su extrema ambigüedad se presta a la incerteza y a las soluciones carentes de toda base. La circunstancia relativa a que se acepte pacíficamente que el Derecho Procesal es una rama del Derecho Público, no conlleva —necesariamente— que sus normas deban ser caracterizadas como de orden público y, por ende, irrenunciables para las partes.

Sostenemos que ello puede ser afirmado sólo dentro de las relaciones que integran el plano vertical del proceso (competencia y recursos) y en cuanto a los dos auténticos principios que hacen a la esencia misma del proceso (igualdad de los parciales e imparcialidad del juzgador).

Por lo contrario, las relaciones que surgen dentro del plano horizontal siempre son renunciables en litigio con objeto susceptible de transacción. De tal forma, exhibimos esta opinión discrepante con la del texto a efecto de mostrar que el problema no es pacífico en doctrina —por influencia de diferente filosofía política

en tiempo y lugar dados— y que, por tanto, la solución de los diferentes códigos es disímil en cuanto al tema.

Tanto es así que, según lo explica A. Hernández Bretón al anotar el CPC de Venezuela, del juego armónico de CPC, 11 y CC, 1141 y 1157, “aun cuando una ley se declare como de orden público, es preciso examinar en cada caso si contiene tal carácter en que se cimenta la organización social (conjunto de principios fundamentales religiosos, morales, políticos y económicos) y que, consecuentemente, de infringirse, se vulneran esos principios básicos sobre los cuales reposa el orden legislativo de la Nación. Y siempre será el juez quien decida si la norma legal reviste o no ese carácter”. Para sustentar esto hacemos aquí la misma referencia al arbitraje privado que hemos efectuado en número 17)a, al cual remitimos.

## CAPÍTULO XVIII

### CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

#### 116. Diversos criterios para clasificar las pruebas judiciales

Diversos criterios suelen adoptar los autores para la clasificación de las pruebas judiciales.

Una buena clasificación debe contemplar la prueba judicial desde los diversos aspectos o puntos de vista y quizás el criterio más aceptable consiste en distinguirlas según su objeto, su forma, su estructura o naturaleza, su función, su finalidad, su resultado, su origen, sus sujetos, su oportunidad o sea el momento en que se producen, su utilidad y sus relaciones con otras pruebas; y desde un punto de vista accesorio y secundario, que contempla en realidad actividades procesales relacionadas con las pruebas, pero no a éstas en sí mismas, pueden clasificarse según el sistema procesal para obtenerlas y llevarlas al proceso y según la manera como el juez deba valorarlas.

#### 117. Clasificación principal o verdadera

Entendemos por clasificación principal o verdadera la que contempla la prueba desde los varios aspectos enunciados en primer término.

a) *Según su objeto (pruebas directas e indirectas; pruebas principales y accesorias)*. Desde dos diferentes puntos de vista es posible distinguir por su objeto las pruebas en directas e indirectas.

1º) De acuerdo con la relación de identidad o de diversidad que exista entre el hecho percibido por el juez y el hecho objeto de la prueba; el juez llega al conocimiento del hecho por probar de manera directa e inmediata, mediante su percepción. Existe en la actividad del

juez un cierto grado de razonamiento inductivo que le permite la identificación de lo percibido por él con lo que se trata de probar, pero sin duda alguna la función predominante es de simple percepción mediante los sentidos del juez; ejemplo de esta clase de prueba es únicamente la inspección: el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba. Las demás pruebas son indirectas y *mediatas* porque el juez no percibe el hecho por probar sino la comunicación o el informe que de la percepción de ese hecho tuvo otra persona (parte en la confesión y en el documento; terceros, en el testimonio y la peritación) o un hecho diferente que le sirve de medio para inducir el que se trata de probar (indicios).

Éste es el punto de vista de Carnelutti, Florian y otros<sup>209</sup>. Suele decirse que en la prueba directa o inmediata de la indirecta o mediata, según que el hecho objeto de la prueba sea o no el mismo hecho por probar, es decir, el que constituye el tema de prueba; se contempla el modo o la manera cómo el objeto de la prueba practicada sirve para demostrar el hecho que quiere probarse; si directa o indirectamente. Prueba *directa* es entonces aquella que presenta esa identificación, de tal modo que sólo existe un hecho que es al mismo tiempo el objeto de ella y aquel cuya prueba se persigue, aunque el juez no perciba ese hecho, es decir, basta que el medio de prueba recaiga directamente sobre el hecho por probar; por ejemplo: las confesiones, los testimonios, los dictámenes de peritos y las inspecciones judiciales, cuando versan sobre el hecho que desea probarse. Prueba *indirecta* viene a ser, en cambio, la que versa sobre un hecho diferente del que se quiere probar o es tema de prueba, de manera que el segundo es apenas deducido o inducido del primero, por una operación lógica o el razonamiento del juez; por consiguiente, sólo la prueba indiciaria o circunstancial tendría siempre ese carácter, pues los demás medios pueden ser pruebas directas cuando recaigan sobre el mismo hecho que desea probarse

<sup>209</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 1, ps. 53-55 y *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, núm. 207; FRAMARINO, *Lógica de las pruebas*, ed. cit., t. I, ps. 163-182 y 206-223; FLORIAN, ob. cit., t. II, núm. 64; GUAP, ob. cit., p. 335; PRIETO CASTRO, ob. cit., t. I, p. 397; BONNIER, *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, 1929, t. I, ps. 17, 18 y 211; MITTERMAIER, *Tratado de las pruebas*, Madrid, 1887, p. 114.

(el testimonio de quien presencié el homicidio o el cultivo de un terreno; la confesión del autor del hecho; el documento que lo narra; la inspección para probar ese cultivo); o indirectas cuando recaigan sobre otro hecho que le sirva de indicio (el testimonio, o la confesión o el documento acerca de un hecho que sirva de indicio de relaciones sexuales, o del homicidio; la inspección de un hecho, como rastro de sangre o huellas de pies, que sirva de indicio del crimen).

Este criterio lo adoptan juntamente con el anterior Carnelutti y Florian, Gorphe, Bonnier, Rocco, Silva Melero, Fenech, Dellepiane y otros<sup>210</sup>.

Creemos que es correcto utilizar los dos criterios, pues sin duda el carácter directo o indirecto de la prueba existe en ambos casos. Es decir, son dos aspectos de la prueba directa y de la indirecta.

Entendida la prueba directa como percepción inmediata por el juez del mismo hecho que se quiera probar (primer punto de vista), es imposible obtenerla en muchos procesos, bien sea porque están ubicados en un lugar distante, o porque para comprenderlos se requieren conocimientos que el juez no posee y exigen el dictamen de peritos; en cambio, muy pocas veces se encontrará un proceso sin prueba indirecta, aun cuando se haya practicado una inspección judicial. Pero si se entiende por prueba directa la que versa directamente sobre el hecho por probar, aunque el juez no perciba éste (segundo sentido del concepto), se la encontrará en casi todos los procesos, ya que la indirecta queda reducida a la indiciaria.

También es posible distinguir las pruebas, según su objeto, en *principales* cuando el hecho al cual se refieran forme parte del fundamento fáctico de la pretensión o excepción, en cuyo caso su prueba es indispensable; y *accesorias* o *secundarias*, cuando aquel hecho, por el contrario, apenas indirectamente se relacione con los supuestos de la norma por aplicar, por lo que su prueba tiene menor importancia.

b) *Según su forma (pruebas escritas y orales)*. Ejemplos de las primeras son los documentos públicos y privados, los dictámenes de

<sup>210</sup> CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 259; FLORIAN, ob. cit., núm. 37; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, p. 39; BONNIER, ob. cit., núm. 6, ps. 16-20; ROCCO, *Trattato*, t. II, p. 189; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, p. 75; etc.

peritos cuando se rinden por escrito, los certificados de funcionarios, los planos, los dibujos y las fotografías; ejemplos de las segundas son la confesión judicial en interrogatorio de la parte, los testimonios y las peritaciones recibidas en audiencia. Se trata propiamente de una clasificación de los medios de prueba.

c) *Según su estructura o naturaleza (pruebas personales y reales o materiales)*. Si se contempla la estructura del medio que suministra la prueba desde un punto de vista formal, se tiene que unas veces se trata de personas, como en el testimonio, la confesión, el dictamen de peritos y la inspección judicial en cuanto es una actividad del juez asesorado de testigos o peritos; al paso que otras veces se trata de cosas, como documentos (incluyendo los planos, dibujos, fotografías, etc.), huellas o rastros y objetos de toda clase<sup>211</sup>.

d) *Según su función (pruebas históricas y críticas o lógicas)*. En ocasiones el medio de prueba le suministra al juez una imagen del hecho por probar, es decir, tiene una función representativa de tal hecho y es, por lo tanto, un hecho representativo de otro hecho real acaecido o de una experiencia: la prueba fija históricamente ese hecho, lo describe tal como ocurrió y fue percibido por quien lo comunica al juez, por lo cual se la denomina *histórica*; cuando el juez decide con fundamento en esta clase de prueba, su actividad y su función se asemejan a la del historiador y requiere la concurrencia de otro sujeto, el que transmite la imagen del objeto representado mediante su discurso, su dibujo u otro acto; ejemplos de esta clase de pruebas son el testimonio, la confesión, el dictamen de peritos (pruebas personales) y el escrito, el dibujo, el plano, la fotografía (pruebas reales). Otras veces la prueba carece de función representativa y no despierta en la mente del juez ninguna imagen distinta de la cosa examinada, pero le suministra un término de comparación para obtener el resultado probatorio mediante un juicio o razonamiento, razón por la cual se la denomina crítica o lógica; tal es el caso de los indicios y la inspección<sup>212</sup>.

<sup>211</sup> CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, ed. cit., núm. 209; e *Instituciones*, ed. cit., t. I, p. 260; FRAMARINO DEL MALATESTA, *Lógica de las pruebas*, ed. cit., t. I, ps. 29 y 128; ROCCO, Ugo, *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 190; FLORIAN, ob. cit., I, núm. 64.

<sup>212</sup> CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, ed. cit., núms. 209-211; *Institu-*

e) *Según su finalidad (prueba de cargo y de descargo o contrapuebas; pruebas formales y sustanciales)*. La parte que suministra la prueba puede perseguir una de dos finalidades: satisfacer la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte<sup>213</sup>, en el primer caso podemos denominarla prueba de cargo y en el segundo de descargo o contrapueba o prueba contraria. Ambas partes pueden recurrir a las dos clases de pruebas.

*Pruebas formales y sustanciales*. Las primeras tienen un valor simplemente *ad probationem* y las segundas *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*; en el primer caso cumplen una función exclusivamente procesal: la de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos del proceso (lo son casi todas las pruebas); en el segundo tienen además un valor material o sustancial, puesto que son condiciones para la existencia o la validez de un acto jurídico material, tal como sucede con la escritura pública para la compraventa o hipoteca de inmuebles.

f) *Según su resultado (pruebas plenas, perfectas o completas y pruebas imperfectas o incompletas, mal llamadas también semiplenas)*. Teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser darle al juez la convicción, o por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ella con el auxilio de otros medios que lo complementen, es posible calificar las pruebas en plenas, perfectas o completas (en el primer caso) y en imperfectas o incompletas (en el segundo)<sup>214</sup>. Pero la prueba aparentemente plena puede ser desvirtuada con otras.

La convicción sólo existe cuando se tiene certeza, y como ésta no tiene grados (existe o no), es la eficacia o valor demostrativo de

ciones, ed. cit., t. I, ps. 206 y 260; ROCCO, ed. cit., t. II, p. 189; GUASP, ob. cit., ed. 1962, p. 335; COUTURE, *Estudios*, Buenos Aires, 1949, t. II, p. 55; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 76; AMARAL SANTOS, ob. cit., t. I, núm. 46, p. 71; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1966, t. V, ps. 37-38; BRISEÑO, Humberto, *Categorías institucionales del proceso*, México, 1956, p. 306.

<sup>213</sup> LENT, ob. cit., p. 201; GUASP, ob. cit., ed. 1962, p. 335.

<sup>214</sup> COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. I, p. 92; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 19, y *Teoría general del derecho*, ed. cit., núm. 207; FRAMARINO, ob. cit., t. 96, etc.

la prueba lo que puede graduarse, según que produzca esa convicción, por sí sola, o sirva apenas para formarla con la ayuda de otras.

Es posible también distinguir las pruebas, según su resultado, en *veraces y falsas o no veraces*, si se considera que como su fin no consiste en establecer la verdad, sino en dar al juez el convencimiento sobre ésta (véase núm. 44), puede suceder que en unos casos ese convencimiento corresponda a la realidad y en otros no; igualmente si se considera al medio mismo, como un testimonio o un documento, puede hacerse la misma distinción, en cuanto la declaración o narración contenida en aquéllos puede corresponder a la verdad o ser intencionalmente falsa.

g) Según el grado o categoría (*primarias o de primer grado y secundarias o de grado posterior; principales o supletorias*). Se entiende por pruebas *primarias* las que tienen por objeto el hecho que se pretende demostrar, bien sea directamente o a través de otro hecho; son pruebas *secundarias* las que tienen por objeto otra prueba, es decir, cuando con ellas se pretende probar otra prueba. Ejemplos de las segundas son los testimonios de terceros sobre confesión extrajudicial de una parte, el microfilm de cheques bancarios, la fotocopia o la copia que establece la existencia de un documento, las declaraciones de testigos que sirven de indicios, las certificaciones del juez sobre las pruebas tomadas en un proceso destruido o perdido y las declaraciones de quienes fueron peritos y rindieron dictamen acerca del contenido de éste. En el mismo supuesto, mientras mayor sea el grado de la prueba, menor es su valor de convicción<sup>215</sup>.

Desde un punto de vista similar al anterior, puede hablarse de pruebas *principales y supletorias o sucedáneas*; éstas cuando la ley dispone que sólo a falta de las primeras, es posible probar el hecho con las segundas. Nosotros tenemos un ejemplo en las pruebas del estado civil: sólo cuando no exista la partida o acta civil de nacimiento o matrimonio, puede probarse aquél o éste con la partida eclesiástica, para hacer sentar la civil y con testimonios de quienes presenciaron el hecho para con ellos también sentar la partida civil, o con posesión de estado civil mediante proceso judicial.

<sup>215</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 48; GUASP, *Derecho procesal civil*, 1962, p. 335; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 76-77.

No toda prueba de segundo o posterior grado es supletoria, porque ésta sólo tiene valor cuando se prueba la inexistencia de la principal, al paso que las primeras tienen valor siempre.

h) *Según los sujetos proponentes de la prueba* (pruebas de oficio, de partes y terceros). Sobra toda explicación.

i) *Según la oportunidad o el momento en que se producen (en proceso y extraproceso; preconstituidas y casuales)*. Se entiende por pruebas *en proceso* las que se practican o aducen en el curso de un proceso y por pruebas *extraproceso* las que tienen origen fuera del mismo, como declaraciones de nudo hecho, inspecciones judiciales para futura memoria, documentos públicos y privados en que consten actos no procesales<sup>216</sup>. Suele usarse para las segundas la denominación de *extrajudiciales*; pero si se practican por un juez son necesariamente judiciales.

Las pruebas son *preconstituidas* o *casuales*, según el destino para que son creadas: si para servir de medios de convicción en un proceso o para fines extraprocesales y ocasionalmente son llevadas a un proceso.

j) *Según su contradicción (sumarias y controvertidas)*. En principio, la prueba no contradicha carece de valor procesal. Sin embargo, excepcionalmente el legislador les otorga mérito a pruebas que no han sido tomadas con audiencia de la parte contraria, quien tampoco ha dispuesto de oportunidad procesal para discutir las; son las llamadas **pruebas sumarias**, como las declaraciones extraproceso o de nudo hecho o anticipadas, que se acompañan a ciertas demandas para que el juez las admita y los documentos privados no auténticos que llevan la firma de dos testigos para la procedencia de medidas cautelares preventivas. Las pruebas sumarias son siempre extraproceso; pero éstas no tienen siempre aquel carácter, pues las hay con valor de plena prueba, como las escrituras y demás documentos públicos y las anticipadas cuando se practican con citación de la futura parte contraria.

k) *Según su utilidad (pruebas conducentes e inconducentes, pertinentes e impertinentes o irrelevantes, útiles e inútiles, posibles e imposibles)*. Al estudiar en el Capítulo XIII los requisitos intrínsecos de los actos de prueba, vimos que entre ellos se cuentan su conducencia,

<sup>216</sup> RICCI, ob. cit., t. I, p. 15; FLORIAN, ob. cit., t. I, núm. 64, etc.

su pertinencia o relevancia, su utilidad y la ausencia de prohibición legal. Las pruebas judiciales pueden ser clasificadas según que en ellas se cumplan o no dichos requisitos.

Pruebas *posibles* son todas las que físicamente pueden practicarse, e *imposibles* las que no pueden ser practicadas en el caso concreto, aun cuando estén autorizadas en general.

l) *Según sus relaciones con otras pruebas (pruebas simples y compuestas o complejas; concurrentes y contrapuestas)*. Se entiende que la prueba es *simple* cuando tiene existencia autónoma para llevarle al juez por sí sola convicción sobre el hecho por demostrar; a la inversa, la prueba es *compuesta o compleja*, cuando esa convicción se obtiene de varios medios. Ejemplos de las primeras son la inspección judicial sobre el hecho mismo, las escrituras públicas en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, la confesión en materias civiles cuando no existe norma legal que la excluya y reúna los otros requisitos para su validez y eficacia; ejemplos de la segunda: el testimonio único cuando no convenza al juez o un indicio no necesario, complementados con otras pruebas.

Las pruebas complejas se subdividen en *concurrentes o concursales y contrapuestas*. Las primeras existen cuando los varios medios de prueba sirven para producir la convicción del juez en un mismo sentido, es decir, sobre la existencia o inexistencia del hecho; en cambio, las segundas se presentan cuando los varios medios están en contraposición, porque unos sirven para una conclusión y otros para la contraria. En ambas hipótesis el convencimiento del juez es el resultado del estudio de conjunto de los diversos medios<sup>217</sup>.

m) *Según los diversos medios de prueba*. Se trata, en realidad, de la clasificación de los medios de prueba y desde este punto de vista puede hablarse de prueba documental, testimonial, indiciaria, de inspección, de confesión, de juramento decisorio y de peritación.

El estudio de esta clasificación será materia del capítulo siguiente.

n) *Según su licitud o ilicitud (pruebas lícitas o ilícitas)*. El proceso

<sup>217</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., núms. 48-49; ROCCO, *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 192; DELLEPIANE, ob. cit., ps. 8, 53, 165 y 168; ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 174.

contencioso no es un campo de batalla en el cual se permitan todos los medios útiles para triunfar; por el contrario, es un trámite legal para resolver jurídicamente, con lealtad y buena fe, los litigios y los problemas que presentan los hechos delictuosos, en interés de la colectividad, y también para tutelar los derechos particulares que en él se discuten. Lo mismo el juez que las partes deben obrar con lealtad, buena fe, moralidad y legalidad, sin violar el respeto a la libertad y dignidad humanas, en todo momento y particularmente en el debate probatorio. Consecuencia lógica de tales principios es que no puede ser lícito utilizar en la investigación de los hechos en el proceso civil o penal, medios que los desconozcan o violen, aun cuando no exista una expresa prohibición legal.

Son pruebas ilícitas las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o que violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan. Cualquiera que sea el sistema procesal vigente, debe considerarse implícitamente consagrada la prohibición de utilizar pruebas cuya ilicitud sea evidente<sup>218</sup>.

La ilicitud de la prueba puede resultar de varias causas: a) puede radicar en el medio mismo, como la inspección judicial sobre los hechos de un estupro o una violencia carnal, que implique la repetición de los mismos ante el funcionario, y la exploración del subconsciente contra la voluntad del sujeto y anulando su personalidad por medios físicos o síquicos; b) puede consistir en el procedimiento empleado para obtener la prueba, por sí misma lícita, como la confesión y el testimonio obtenidos mediante el uso del tormento físico o moral o de drogas que destruyan el libre albedrío, los documentos obtenidos

<sup>218</sup> CORDERO, Franco, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, t. I, núms. 23-27; y II, núms. 1-11; ALTAVILLA, Enrico, *Psychologie judiciaire*, París, 1959, Cap. IV, núms. 1-9; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., ps. 68-69; BAUDOUIN, Jean Louis, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, París, 1965; BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 64; SICARD, Jean, *La preuve en justice*, París, 1960, p. 15; FENECH, *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, p. 596; CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso e ideología*, Il Mulino, Bologna, 1969, ps. 111-112.

por hurto o violencia, los documentos públicos o privados aducidos subrepticamente al proceso o aprehendidos por el juez por medios ilegales, el dictamen de peritos o el testimonio o la confesión logrados mediante cohecho o violencia; c) puede radicar en la violación de una norma legal que prohíba utilizar cierto medio de prueba, autorizado en general, para un caso determinado o respecto de ciertos hechos, como el testimonio que viole el secreto profesional del médico, el confesor o el abogado, cuando la ley lo consagre para fines procesales en lo civil o en lo penal, la inspección judicial que viole la reserva legal de la correspondencia privada o de las declaraciones de renta y patrimonio para efectos impositivos.

En la mayoría de las veces la ilicitud de la prueba no es causal de nulidad. Generalmente el único efecto jurídico procesal de su ilicitud consiste en la inadmisibilidad o la ineficacia de la prueba, si por error fue practicada; tal es el caso de la prueba tomada a pesar de existir prohibición legal, pero sin vicios de procedimiento. Sin embargo, cuando la ilicitud consiste en el empleo de la violencia física, moral o psicológica para la obtención de la prueba, se produce su nulidad<sup>219</sup>.

Muchos países prohíben expresamente el empleo por los funcionarios de toda violencia física o síquica en el proceso penal y con mayor razón en el civil; entre otros podemos mencionar a Francia, Alemania, Italia, Suiza, Estados Unidos de Norteamérica, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría, Colombia (C. de P. P., arts. 284 y 289 núm. 8; C. de P. C., art. 195, núm. 4). En donde no exista tal prohibición, debe considerarse implícita por las razones ya expuestas<sup>220</sup>.

También se prohíbe expresamente en muchos países el empleo de drogas para obtener la confesión o los testimonios, destruyendo la conciencia del sujeto y, por consiguiente, sin que exista voluntad ni espontaneidad en la narración obtenida; tal es el caso del narcoanálisis, la narcosugestión, el hipnotismo, la exploración farmacodi-

<sup>219</sup> CORDERO, ob. cit., t. I, ps. 139-70; CARNELUTTI, *Rivista di diritto processuale civile*, 1935, ps. 62-63, y 1961; ALTAVILLA, ob. cit., parte segunda, Cap. IV; ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 301-306.

<sup>220</sup> GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, p. 222; LO-CARD, cita de GORPHE.

námica por medio de barbitúricos<sup>221</sup>. De todas maneras es una prohibición implícita obvia.

a. Precisamente porque la confesión debe ser un acto consciente que presupone un estado de libertad para elegir entre la verdad y la mentira —debido a ese arbitrio la ley presume que cuando un litigante declara algo contrario a su interés dice la verdad— es que la aplicación de técnicas para inhibir, anular o forzar la voluntad de la parte viola su integridad individual; de consiguiente, tales técnicas son contrarias al orden político vigente, que consagra el respeto a la persona como fundamento y fin del ordenamiento jurídico.

Con estos sintetizados argumentos, el Tribunal Colgado de Juicio Oral de Rosario, Argentina (competente en problemas de familia), desechó el pedido del demandado de someter a su mujer —actora en el pleito de divorcio— a una absolución de posiciones bajo efectos de pentotal sódico (fallo del 14-2-66, en revista *Juris*, t. 29, p. 116).

Agregó en la oportunidad que resulta admisible la prueba pericial médica para acreditar anomalías del carácter o temperamento del cónyuge —por cierto que prescindiendo de técnicas inhibitorias de la voluntad (narcoanálisis e hipnosis)— sujeto al incuestionable derecho de la interesada a negar su cooperación, caso en el cual no es factible su realización compulsiva.

Es discutible la licitud del empleo de grabaciones obtenidas subrepticamente, muy usadas en la actualidad, para sorprender conversaciones por teléfono o diálogos íntimos. Algunos autores consideran que con esos métodos se violan los derechos constitucionales de la persona y se atenta contra su dignidad, por lo cual los consideran ilícitos y procesalmente inaceptables; en este sentido se ha pronunciado recientemente parte de la doctrina alemana. Creemos que en ausencia de norma que la prohíba, esta prueba puede ser admitida, siempre que no se viole la intimidad del hogar, asimilándola a la confesión extrajudicial en documento no auténtico. Su valor depende de la certeza que pueda tenerse sobre su autenticidad (que debe ser probada plenamente, por ejemplo con declaraciones de testigos imparciales que hayan

<sup>221</sup> ROCHA, cita anterior.

presenciado la grabación o tomado parte en ella) y de la interpretación rigurosa de su contenido, porque las conversaciones grabadas así suelen ser equívocas, ya que sus autores pueden usar términos y frases impensadamente, con intención de manifestar conceptos distintos de los que gramaticalmente les correspondan o pueden ser causados por preguntas insidiosas o maniobras similares, y teniendo cuidado de no confundir interrogaciones con afirmaciones, cambiando radicalmente el sentido de la frase<sup>222</sup>.

a. Interesante enfoque del tema del empleo de grabaciones como medio de prueba exhibe en Argentina el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (14 de mayo de 1981, ver revista *Juris*, t. 65, p. 180) enjuiciando a un letrado a quien se le imputó haber grabado subrepticamente una conversación privada de carácter profesional con miras conciliatorias, por entender que ello "afecta la ética profesional toda vez que el denunciado le dio publicidad como medio probatorio en un proceso penal, violando el deber de libertad".

Por considerar que la motivación de dicho pronunciamiento puede resultar de notable interés para el lector ante tema que no es pacífico doctrinalmente— se transcribe a continuación la parte pertinente: "La sentencia es objetada por el sancionado en cuanto afirma que la grabación implica la apropiación subreptica e ilegítima del pensamiento del interlocutor, sin su consentimiento; que ella importa un atentado a la personalidad al violentar la libertad que cada uno tiene de decidir por sí mismo si sus expresiones de índole privada pueden quedar o no registradas en una cinta propiedad de su interlocutor [...] En respuesta general a los agravios del apelante, puede señalarse que los discos o cintas grabados son hoy admitidos por la doctrina y jurisprudencia como medios de prueba, sometidos en cuanto a la justificación de su autenticidad y contemporaneidad a los medios ordinarios de impugnación y de prueba. Cierta doctrina y jurisprudencia (Colombo, Leonardo A., *Algunas consideraciones sobre la prueba fonográfica de los hechos*, en *Juris*, t. 5, p. 483; *La Ley*, t. 77, p. 679, N° 36625) admite que, bajo ciertas circunstancias, las mismas grabaciones sobre conversaciones privadas pueden ser ofre-

<sup>222</sup> CORDERO, ob. cit., p. 153.

cidas como prueba y que tanto su procedencia como su eficacia dependen del magistrado. Colombo coloca sobre las garantías constitucionales de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y telegráfica y los papeles privados y de la de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, CN); el interés público que a su juicio debe prevalecer sobre el interés particular, alegando que la ley y los jueces, en numerosos casos, permiten que aquellos derechos sean hollados y se cita el caso de un fallo que admitió que el esposo puede interceptar una epístola de su esposa infiel al amante, dejando así de lado el artículo 1036 del CC. Esta construcción jurídica cuyo mérito no discutiremos aquí, se coloca siempre en el punto de vista de que la cinta o grabación emana del partícipe en el hecho que se investiga, lo que justifica que el autor se haya preocupado por rebatir los argumentos que se vinculaban a la garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Este caso reviste, en cambio, matices diferenciales. En primer lugar, los partícipes de la conversación grabada subrepticamente son ajenos al hecho investigado y, en segundo término, ambos son abogados en ejercicio de su profesión y vinculados al hecho investigado, uno como denunciante, el otro como defensor, debiendo aclararse que quien provocó el registro clandestino fue el segundo. Media pues, en la especie, un ingrediente especial que no ha sido considerado en la elaboración de aquella doctrina, cuya finalidad —por otra parte— no es apreciar actitudes éticas sino consecuencias jurídicas. Dicho ingrediente especial es el *secreto profesional* amparado por los artículos 216 del CPC y 253 del CPP. Obsérvese que las normas mentadas no sólo permiten que el abogado rehúse su testimonio sino que, en el caso de la segunda —con mayor implicancia en esta causa por la índole del hecho investigado y el destino de la cinta— declara inadmisibile su testimonio. Bien, la conversación grabada clandestinamente por el abogado N. N., según el texto que obra en autos, no tiene propósitos conciliatorios sino el fin decidido de arrancar a su interlocutor confesiones vinculadas a las razones que tuvieron sus clientes para promover la denuncia que hicieron contra la defendida de N. N. Y tal intento violenta la ética dado que procura que el interlocutor viole involuntariamente el secreto profesional ante el estrado ya que, como se ha visto, la cinta correspondiente fue presentada en el juzgado

de instrucción donde se ventilaba la causa, como prueba de descargo. La violación del secreto profesional implica una grave falta de ética que, según lo que queda dicho *ut supra*, debe encasillarse en la norma genérica del inciso u) del artículo 53 del Estatuto del Colegio de Abogados, toda vez que el ejercicio de la profesión de abogado importa un ministerio en el que los secretos o confidencias que hagan los clientes deben quedar en la más absoluta reserva, como un medio de garantizar también al litigante su innegable derecho al resguardo de la intimidad, que es sin duda una garantía de relieve constitucional (art. 33, CN). Si ello es así, es obvio que quien pretende arrastrar a un letrado a la violación involuntaria de ese secreto, comete a su vez una falta ética mucho más grave por la clandestinidad del medio empleado y el amañamiento de la requisitoria tendiente a lograr la publicidad de una conversación que, por la índole de los interlocutores, no podía exceder el marco puramente privado. Y no se encuentre en lo dicho que consideramos que el letrado denunciante haya incurrido en violación del secreto profesional. Simplemente señalamos que lograrlo fue el propósito de su colega. De todo ello se infiere que se halla incurso el abogado N. N. en falta ética y es razonable la sanción aplicada”.

Existen otros métodos científicos para determinar la sinceridad y veracidad de las confesiones y declaraciones, como los detectores de mentiras, los exámenes siquiátricos o sicotécnicos, los tests psicológicos y otros similares, cuya licitud no presenta problemas, porque no se usa de la fuerza o coacción, ni de drogas, ni se afecta la libertad de conciencia, y, por lo tanto, no constituyen atentado contra ningún derecho subjetivo del examinado y mucho menos contra su dignidad personal.

#### **118. El caso de la violación del secreto profesional o de la reserva legal**

De tres maneras diferentes puede regular la ley el secreto profesional: 1º) como un derecho del profesional a negarse a declarar en justicia, que puede ser renunciado por él, sin que excluya la acción del cliente a indemnización de perjuicios cuando esa renuncia no esté

consentida por él y resulte lesionado patrimonial o moralmente por la infidencia, y que puede tener dos modalidades según el cliente tenga o no derecho a exigir la declaración judicial del profesional, renunciando al secreto (lo cual no tiene aplicación al caso del confesor religioso), es decir, según que pertenezca de manera absoluta o relativa al segundo; 2º) como un deber u obligación del profesional que no puede violar sin ser sancionado y quedar sometido a indemnizar los perjuicios que su cliente sufra, pero que el cliente pueda relevar; 3º) como una obligación o un deber no relevable, y por lo tanto, como una prohibición absoluta de recibir o admitir en justicia esos testimonios. Las legislaciones se diferencian en estos puntos, pues al paso que unas permiten al cliente disponer del secreto del profesional, otras lo dejan exclusivamente a la conciencia del último y unas terceras consagran la prohibición absoluta de recibir el testimonio.

En Colombia está consagrado el primer sistema, con la primera modalidad, en los artículos 214 del Código de Procedimiento Civil y 240 del Código de Procedimiento Penal.

a. A nuestro juicio, y por las razones que el propio Devis expresa luego, el sistema colombiano encuadra en el segundo de los supuestos mencionados: el secreto profesional se halla legislado a favor de la persona a quien perjudica, y no puede ser violado sin anuencia expresa del interesado. Y es que la norma dice: "No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: 1) Los ministros de cualquier culto admitido en la República. 2) Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional. 3) Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto" (por ejemplo, el propio juez, entre cuyos deberes -COL, 37, 5º se halla el de guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos) (COL., 214).

Más amplio, ARG (NAC, 444; BUE, 442) establece que el testigo *puede rehusarse* a contestar las preguntas si no puede responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial. Similarmente, BOL, 462; BRA, 406, en formulación más lata: "el testigo no está obligado a deponer sobre hechos a

cuyo respecto, por estado o profesión, deba guardar secreto". ARG (SFE, 216) lo reduce a secreto científico, artístico e industrial; en cuanto al profesional, SFE, 216, ampara sólo a abogados, procuradores, médicos, sacerdotes, farmacéuticos y parteras sobre hechos que les fueron comunicados *confidencialmente* en el ejercicio de su profesión o ministerio. Similarmente, COS, 308; CHI, 360; PER, 457; VEN, 347.

Se ha discutido si el fundamento del secreto profesional es contractual o consiste en razones de orden público; la primera tesis no comprende los casos en que el cliente es obligado a someterse a exámenes médicos o similares y en que el profesional está obligado a recibir la confidencia por razones legales, y no explica por qué existe la obligación para el juez de respetar tal secreto; la segunda tesis reclama la importancia que para la sociedad tiene el respeto al secreto profesional, como norma de seguridad y armonía sociales, por lo cual se le da el carácter de deber público y se la vincula a la noción de orden público familiar y profesional. Sin duda, la segunda tesis tiene mejor fundamento, pero se le han señalado algunos inconvenientes, como el de la imprecisión de la noción de orden público y el dejar sin explicación el derecho del cliente o del profesional a renunciar a tal secreto. Lo mejor es asignarle un carácter mixto, contractual y de interés público, conciliando ambos fundamentos, como lo aconsejan Perraud-Charmantier y Jean-Louis Baudouin<sup>223</sup>; naturalmente, en los casos del secreto profesional y cuando no aparezca el libre consentimiento para recibir o prestar el servicio, el fundamento contractual no puede existir.

Las consecuencias procesales que en materia de prueba tiene la violación del secreto profesional son muy distintas en cada sistema. Si la ley le otorga al juez la facultad de decidir sobre el punto, es claro que la prueba será lícita siempre que éste la haya decretado; en cambio, si la ley consagra el derecho al secreto frente al juez, como en Colombia, la situación es diferente: si se trata de un derecho del profesional (sistema colombiano), la declaración voluntaria de éste o la entrega voluntaria del documento que contiene el secreto, serán

<sup>223</sup> BAUDOUIN, *Secret professionnel et droit au secret*, cit.

licitas, pero si son obtenidas mediante coacción del funcionario y a pesar de la oposición del profesional, será una prueba ilícita por violar un derecho subjetivo que la ley ampara: si se consagra como un deber o una obligación del profesional, relevable por el cliente, el testimonio o el documento serán pruebas lícitas cuando el cliente haya autorizado su recepción, e ilícitas en el caso contrario; si se establece como prohibición absoluta de ser admitida esa prueba, tendrá siempre el carácter de ilícita.

Similar al caso del secreto profesional es el del secreto reconocido por la ley a ciertos documentos, como a la correspondencia epistolar, a las declaraciones impositivas de renta y patrimonio o a las cuentas bancarias; la prueba será lícita cuando se practique con los requisitos legales, en los casos expresamente autorizados, y en los demás resultará ilícita.

## CAPÍTULO XIX

### DE LOS DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA

#### 119. Noción de medio de prueba

En el Capítulo X estudiamos las nociones de fuente, motivo o argumento y medio de prueba, las cuales es indispensable distinguir para una buena comprensión de esta materia.

Los *medios de prueba* pueden ser considerados desde dos puntos de vista. De acuerdo con el primero, se entiende por medio de prueba *la actividad del juez o de las partes*, que suministra, al primero, el conocimiento de los hechos del proceso, es decir, la confesión de la parte, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la inspección o percepción del juez, la narración contenida en el documento, la percepción e inducción en la prueba de indicios<sup>224</sup>. Desde un segundo punto de vista se entiende por medio de prueba los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento, a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de indicio, es decir, los elementos personales y materiales de la prueba; también este concepto es correcto porque comprende la manera cómo se verifica la adquisición procesal de la prueba y se lleva al juez el conocimiento de los hechos que prueban<sup>225</sup>. Es la misma noción contemplada desde dos aspectos.

<sup>224</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 16 y 17; ROSENBERG, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 203; KISCH, *Elementos*, ed. cit., p. 199; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 466; ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 177.

<sup>225</sup> CARNELUTTI, *ob. cit.*, núm. 46; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. 1962, p. 352; ARAGONESES, *Técnica procesal*, Madrid, 1958, p. 505; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, t. I, p. 398; FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 580.

El medio suministra los hechos fuentes de la prueba y por tanto el hecho por probar no se deduce de aquél sino de éstos; por ejemplo: si se trata de probar un contrato y se aducen medios de prueba como testimonios, confesión y documentos, aquél no se deduce propiamente de estos medios, sino de los hechos narrados en ellos. En el lenguaje jurídico de legisladores, jueces y autores es frecuente denominar "pruebas" tanto a los medios como a las fuentes; así, cuando se dice que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente, y cuando se expresa que la confesión o la escritura pública o unos testimonios son prueba de cierto hecho, se hace referencia a los medios.

Creemos que se obtiene mayor claridad en esta materia, si se distinguen adecuadamente las nociones de órganos, fuentes, argumentos o motivos y medios, adoptando para los últimos el primer punto de vista ya explicado. Así, por ejemplo, el testigo, el perito y la parte confesante, son los órganos; el testimonio, el dictamen y la confesión, son los medios; los hechos narrados o explicados son las fuentes y lo que hace convincente esa prueba son los argumentos y motivos.

## **120. Los medios de prueba pueden ser libres o taxativamente determinados**

Existen dos sistemas para la fijación de los medios de prueba: el de prueba libre, que deja al juez en libertad para admitir u ordenar los que considere aptos para la formación de su convencimiento, y el de pruebas legales, que señala legislativamente cuáles son. Puede existir también un sistema mixto, en el cual se enumeran los medios que el juez no puede desconocer, pero se le otorga la facultad de admitir u ordenar otros que estime útiles.

En los sistemas de tarifa legal, se limitan por el legislador los medios de prueba utilizables en el proceso (sistema de pruebas legales), pues de otra manera no se podría fijar de antemano el mérito de cada uno; el juez sólo puede servirse de determinados medios y luego debe apreciarlos según reglas determinadas. Se produce así la acumulación de dos sistemas vinculados entre sí, pero de diferente contenido. El sistema de libre apreciación, también llamado de sana crítica o apreciación razonada, puede coincidir con el de pruebas legales que limita

los medios admisibles, como en efecto ocurre en muchos países (véase Cap. XV): pero puede haber también libertad de medios de prueba.

Creemos que la libertad de medios de prueba o sistema de la prueba libre es un complemento ideal del sistema de la libre apreciación, como ocurre en el moderno Código alemán de Procedimiento Civil y en el colombiano.

### 121. La clasificación de los medios de prueba

Puede hacerse una primera clasificación de los medios de prueba, según las diversas clases de prueba examinadas en el capítulo anterior, y así se hablaría de medios directos e indirectos, críticos, plenos o completos e imperfectos o incompletos, de cargo y de descargo, simples y complejos o compuestos, formales y sustanciales, sumarios y contradichos, preconstituidos y extraprocesales, personales y reales o materiales, de primer grado o de grado mayor, principales y accesorios. Con esta clasificación se identifican los conceptos de prueba y medio, pero como frecuentemente se incurre en tal confusión en el lenguaje legislativo y forense, no deja de tener alguna utilidad.

Si se consideran los medios en sí mismos pueden formularse varias clasificaciones. En primer término, si se tiene en cuenta que puede existir libertad de medios o, por el contrario, una regulación legal taxativa, es posible distinguir los medios en *libres y legales o regulados*. En segundo lugar, si se considera que la ley puede prohibir determinados medios en general o para ciertos hechos en particular, aun dentro de un sistema de libertad de medios como excepciones al mismo, y que existe prohibición implícita cuando haya razones de moral o se violen derechos subjetivos que la ley ampara, puede hablarse de medios *licitos o permitidos e ilícitos o prohibidos* (por ejemplo, la ley puede prohibir el narcoanálisis, la confesión bajo hipnotismo, el tormento para obtener confesiones o testimonios y esa prohibición debe considerarse siempre implícita en estos casos; véase núm. 117, n).

Queda, por último, la clasificación de los medios de prueba de acuerdo con cada uno de los instrumentos que los constituyen, que se encuentra consagrada generalmente en los códigos de procedimiento tanto civiles, como penales y laborales, y en algunos códigos civiles.

## 122. Cuándo la enumeración legal de los medios de prueba tiene carácter exhaustivo

Algunos códigos le dan expresamente un carácter taxativo a la enumeración de los medios de prueba; otros los reglamentan, sin que exista un texto que los enumere como los únicos utilizables en el proceso. En el segundo caso puede discutirse si sería válido un medio diferente de los contemplados en la ley. Creemos que en todo sistema de regulación legal de los medios de prueba, la numeración que contenga, bien sea un texto especial o en los varios que los reglamenten, tiene carácter taxativo, aun cuando no se diga expresamente, a menos que se autorice al juez para admitir otros que considere útiles o convenientes; es decir, para que exista el sistema de prueba libre o libertad de medios es indispensable norma legal que lo consagre<sup>226</sup>.

### 122 bis. Sistema consagrado en nuestros códigos

El sistema de la libertad de medios está más de acuerdo con las modernas concepciones del proceso, tanto civil como penal<sup>227</sup>, por lo cual hemos sido partidarios de consagrarlo legislativamente, dejando al juez la calificación de la relevancia probatoria que pueda tener el aducido o solicitado por las partes y en libertad de decretar oficiosamente los que considere útiles<sup>228</sup>. Así se hizo por ponencia nuestra en el Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970.

El sistema de medios legales no significa que estén excluidos del proceso los métodos de investigación que la técnica y la ciencia moderna han puesto en práctica y los que en el futuro aparezcan. En las siete clases de medios probatorios que generalmente se consagran para lo civil y laboral (confesión, juramento, documentos, testimonios, indicios, dictamen de peritos e inspección judicial) o en los seis admitidos en el proceso penal (se excluye el juramento), pueden comprenderse los instrumentos modernos y futuros para la investigación de los hechos, para lo cual basta interpretarlos en un sentido amplio y genérico, como

<sup>226</sup> RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 2, p. 14.

<sup>227</sup> NORMAND, Jacques, *Le juge et le litige*, Paris, 1965, ps. 305-395.

<sup>228</sup> DEVIS ECHANDÍA, *Tratado*, ed. cit., t. VI, núm. 771 y la 1ª ed. de *Compendio*, 1969, núm. 122.

es apenas natural hacerlo; por ejemplo: dentro de la noción de documentos se deben incluir todos los medios materiales con función representativa, como las fotografías, los dibujos, etcétera, y no solamente los escritos, las huellas dactilares, los exámenes de sangre y de cabellos humanos y medios similares, están incluidos entre los indicios o pueden ser aportados a través de dictámenes de peritos; el empleo de aparatos detectores de mentiras o para medir la sinceridad del declarante, forman parte de la prueba pericial<sup>229</sup>.

122 bis)a. Sin perjuicio de lo que disponen al efecto las leyes de fondo de cada país –cuya compulsua escapa al cometido de estas anotaciones– los distintos CPC de América regulan los medios de prueba según el siguiente detalle: COL, 175, declaración de parte, juramento, testimonio de terceros, dictamen pericial, inspección judicial, documentos, indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. BOL, 374, enumera “los documentos, la confesión, la inspección judicial, el peritaje, la testificación y las presunciones”. CHI, 341, enumera: instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informes de peritos y presunciones. GUA, 128, efectúa similar enunciación, agregando los “medios científicos de prueba”. Más extenso, MEX, 289, enumera: “confesión, documentos públicos, documentos privados, dictámenes periciales, reconocimiento o inspección judicial, testigos, fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia; fama pública; presunciones y demás medios que produzcan convicción en el juzgador”. URU, 349, legisla que “las pruebas se hacen con los instrumentos, declaración de testigos, dictamen de peritos, vista de los lugares o inspección ocular, juramento o confesión contraria y presunciones o indicios”. Añade que también pueden utilizarse otros medios no prohibidos por la ley, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a las expresamente previstas por la ley. VEN, 288, remite al Código Civil y legisla acerca de: confesión, juramento decisorio, instrumentos, experticia, inspección ocular y testigos. ESP, 578, enumera: confesión en juicio; documentos

<sup>229</sup> GUASP, ob. cit., p. 353; ALSINA, ob. cit., t. II, p. 177.

públicos y solemnes; documentos privados y correspondencia; libros de los comerciantes que se lleven con las formalidades legales; dictamen de peritos; reconocimiento judicial y testigos. PER, 347, enuncia: confesión, juramento decisorio, inspección ocular, instrumentos, testigos y peritos.

ARG (NAC) carece de norma que enumere los medios, que se deducen del título de las secciones respectivas: "prueba documental" (387 a 395); "prueba de informes" (396 a 403); "prueba de confesión" (404 a 425); "prueba de testigos" (426 a 456); "prueba de peritos" (457 a 478) y "reconocimiento judicial" (479 a 480); igual, ARG (BUE). Idéntico sistema exhiben ARG (SFE y CBA), que agregan la "prueba de presunciones", y BRA, que trata de: declaración de parte, confesión, exhibición de documento o cosa documental, testimonial, pericial e inspección judicial. COS enuncia confesión, documentos, cotejo de letras, peritos, inspección ocular y testimonial. Similarmente, ECU, que legisla el juramento dentro del capítulo relativo a la confesión judicial.

### 123. Inadmisibilidad de medios convencionales

En el Capítulo XVII estudiamos el problema de los pactos o contratos sobre pruebas y vimos que la doctrina universal, la jurisprudencia y el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil colombianos les niega validez. La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles, lo mismo que su mérito o valor, corresponde, exclusivamente, al legislador o al juez cuando esté autorizado por aquél; se trata de una materia de orden público, que forma parte de la actividad jurisdiccional del Estado y de la regulación del proceso, fuera del alcance de la libertad contractual<sup>230</sup>.

123)a. Ver núm. 17)a.

### 124. El conocimiento privado del juez no es medio de prueba

Cuando el legislador ha establecido los medios de prueba admisibles en procesos, implícitamente consagra la prohibición para el juez de basar sus decisiones en el conocimiento personal y extraprocetal

<sup>230</sup> Véanse citas en el núm. 114.

que pueda tener de los hechos. La misma prohibición existe en un sistema de libertad de medios, porque éste significa que el juez puede admitir los que considere útiles, pero no que pueda prescindir de ellos para basarse en su conocimiento privado (véase núms. 13 a 18 y 19)<sup>231</sup>.

### 125. Distinción entre medio y sucedáneo de prueba

El concepto de sucedáneo de prueba es útil para aplicarlo a los casos en que el juez puede recurrir a otro expediente para suplir la falta de prueba de un hecho que interese al proceso, con el fin de resolver en el fondo la cuestión debatida. Desde este punto de vista existen dos sucedáneos de prueba: las presunciones legales *iuris tantum* e *iuris et de iure*, pues hacen innecesaria la prueba del hecho presumido, y la carga de la prueba que utiliza el juez cuando no ha podido adquirir certeza sobre la existencia o inexistencia de un hecho que interese al proceso, por ausencia o deficiencia de la prueba, y no le es posible producirla de oficio o está precluida la etapa procesal para hacerlo (véanse núms. 109 y 311-313); esta carga está incluida en el principio del *in dubio pro reo* para los procesos penales y disciplinarios.

<sup>231</sup> Además de las citas hechas en el núm. 7, pueden consultarse: SICARD, Jean, *La preuve en justice*, Paris, 1960, y RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 2, p. 14.

## CAPÍTULO XX

### DECLARACIÓN DE PARTE Y PRUEBA DE CONFESIÓN

#### 126. Del testimonio en general, como fuente de prueba

El testimonio humano en general, esto es, tanto el que proviene de terceros como de las partes del proceso, pertenece a las clases de pruebas personales e históricas o representativas.

Se suele denominar testimonio la declaración de terceros, y calificar de confesión la declaración de las partes; pero ninguna de las dos expresiones es cierta porque, como veremos más adelante (véase núm. 134), la parte que declara rinde en verdad un testimonio y no todas las veces hace una confesión.

#### 127. La declaración de parte como acto procesal

Uno de los actos procesales que emanan de las partes es su propia declaración. Ésta es el género y la confesión una de las especies; es decir, toda confesión es una declaración de parte, pero ésta puede contener o no confesión.

Las declaraciones de parte pueden ocurrir de diferentes modos y para fines diversos. Por ello es posible clasificarlas así: a) declaraciones procesales y extraprocesales; b) documentales y orales; c) espontáneas o por iniciativa propia y provocada por interrogatorio, que se subdivide en interrogatorio formal o regulado e informal o libre; d) con fines probatorios y con fines informativos; e) como especie separada, el llamado juramento (véase Cap. XXI).

## 128. Declaraciones de parte con o sin fines probatorios

Ejemplos de declaraciones extraprocesales con fines de prueba son las que se hacen oralmente ante terceros en calidad de testigos de un acuerdo o contrato, las contenidas en las actas de estado civil y las que se consignan en documento privado con el fin de preconstituir una prueba, sin que para la validez del acto sea necesario tal requisito; ejemplos de declaraciones procesales con fines de prueba son las que se hacen al cumplir el juramento decisorio o al contestar un interrogatorio del juez o del adversario durante el debate probatorio.

Ejemplos de declaraciones extraprocesales sin fines de prueba son las contenidas en las cartas o conversaciones entre amigos, y de procesales las alegaciones de conclusión hechas ante el juez.

## 129. El interrogatorio de las partes en el proceso. Necesidad del libre interrogatorio por el juez y la parte contraria

Una de las principales fuentes de prueba en el proceso penal ha sido siempre la declaración de la parte sindicada, para lo cual se utiliza el interrogatorio libre del juez, sin formulismos ni limitaciones; no hay razón para que sea diferente en el proceso civil, en el laboral o en los demás. Las limitaciones al interrogatorio de una parte por la otra no tienen justificación lógica ni explicación satisfactoria<sup>232</sup>. En todos los procesos debe autorizarse el libre interrogatorio de las partes, introducido ya en el proceso civil de algunos países.

129)a. No obstante la indiscutible eficacia del sistema de libre interrogatorio, sólo se halla legislado en COL. 202, 207 y 208; BRA, 344 y 414 y ss.; MEX, 317; URU, 437; VEN, 296. Ceñidos al rigorismo formal que exige la presentación previa del pliego escrito conteniendo las posiciones están los códigos de ARG (NAC, 410; BUE, 408; CBA, 220; SFE, 160); BOL, 415; COS, 251; CHI, 387; ECU, 124; GUA, 131; PER, 366; URU, 437; ESP, 581.

<sup>232</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, ps. 3, 17-19, 46, 195; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, ps. 159-168 y 73; DENTI, Vittorio, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1965, I, ps. 31-70; CAPPELLETTI, *Proceso e ideología*, Il Mulino, Bologna, 1969, ps. 35 a 98.

### 130. Interrogatorio informal de la parte por el juez con fines aclarativos (interrogatorio *ad clarificandum*)

Esta especie de interrogatorio de las partes se encuentra en algunos ordenamientos legales del proceso civil y es común en los penales a través de la indagatoria del sospechoso. Con él se persigue, principalmente pero no de manera exclusiva, poner al juez en contacto con las partes para conocerlas y obtener mayor claridad sobre los hechos que interesan al proceso, sin una finalidad probatoria, por lo cual excluye necesariamente el juramento del interrogado y tiene ocurrencia antes del periodo probatorio<sup>233</sup>.

Creemos que no se justifica asignarle al interrogatorio informal de las partes un fin exclusivamente aclaratorio, no sólo porque es inevitable reconocerle una indirecta función probatoria, sino también porque es ilógico quitarle a las declaraciones de parte que por ese medio se obtengan el valor de confesión espontánea o de admisión libre de los hechos, cuando favorezcan a la parte contraria, en procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, o cuando pueden perjudicar al imputado en los penales, sujeta a la libre crítica del funcionario<sup>234</sup>.

### 131. Interrogatorio de las partes con fines específicos de prueba

El interrogatorio de las partes con fines de prueba persigue obtener su declaración sobre el conocimiento que tengan de los hechos que interesan al proceso, como fuente de confesiones para formar el convencimiento del juez; se remonta al derecho romano, fue adoptado por el derecho común europeo y por las *Leyes de Partidas*, y luego pasó al Código francés y de éste a todos los posteriores.

Este interrogatorio con fines específicos probatorios puede ser regulado legislativamente de varias maneras: a) como interrogatorio informal, esto es, sin que la ley reglamente el número de preguntas y la manera de formularlas, y con o sin el requisito del juramento del interrogado; b) como interrogatorio formal, reglamentado en aquellos

<sup>233</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, t. I, ps. 62-65 y 202-207.

<sup>234</sup> SCARDACCIONE, Aurelio, *Le prove*, Torino, 1965, núm. 115.

aspectos (preguntas asertivas y limitadas en su número) y con juramento, ejemplo del cual son las llamadas posiciones de los Códigos del siglo pasado.

131)a. A nuestro juicio, ningún CPC adopta un sistema puramente informal de interrogatorio, como se verá luego en detalle.

### **132. El interrogatorio formal de parte, con fines probatorios**

En el moderno proceso civil publicístico, que persigue la decisión justa y acertada en interés general, resulta obsoleto e inconveniente el sistema de las posiciones formales reguladas, con preguntas necesariamente asertivas y limitadas en su número, tal como está consagrada todavía en los códigos italiano, español, venezolano y de otros países de Sudamérica.

Más absurdo sería en el proceso penal.

132)a. Ver núm. 129)a.

### **133. La confesión propiamente dicha**

Hemos visto que la confesión es una declaración de parte, entendemos ésta en un sentido formal procesal. Sin embargo, es necesario distinguir entre declaración de parte (género) y confesión (especie); toda confesión es una declaración de parte, pero ésta no es siempre una confesión.

Debemos, pues, precisar el concepto de confesión y a tal fin destinaremos los números siguientes.

Ante todo es preciso advertir que los requisitos de la confesión pueden clasificarse en tres categorías, a saber: a) requisitos para su existencia; b) requisitos para su validez, y c) requisitos para su eficacia probatoria. Una cosa es saber cuándo existe confesión, otra cuándo tiene valor y otra su eficacia probatoria y el grado de ésta. Es frecuente la confusión de unos y otros, en perjuicio de una debida comprensión de la naturaleza de este instituto.

### 134. Requisitos para la existencia de la confesión

Examinaremos a continuación los requisitos para la existencia de la confesión en general, es decir, judicial y extrajudicial.

1) *Debe ser una declaración de parte.* La declaración debe provenir de quienes están reconocidos como partes en el proceso en que se aduce (demandados, demandantes, sucesores procesales, intervinientes *ad excludendum* o litisconsorciales, ocasionales en incidentes o para cuestiones específicas)<sup>235</sup>.

134.1)a. Aunque este requisito es obvio, no todos los CPC hacen expresa referencia a la declaración de la *parte*. Así ARG (NAC, 404; BUE, 402; CBA, 218; SFE, 157); BOL, 404; BRA, 348; COL, 194; COS, 250; CHI, 285; ECU, 124; GUA, 130; MEX, 308; PAR, 126; PER, 363; URU, 436; VEN, 296; ESP, 579.

Pocos son los que contienen definición: BRA, 348, establece que hay confesión cuando la parte admite la verdad de un hecho, contrario a su interés y favorable al adversario. ECU, 124, de contenido similar, también refiere al reconocimiento de la existencia de un derecho.

2) *Debe ser declaración personal, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro.* Ejemplo de lo segundo es la confesión del representante legal o convencional y del apoderado judicial, mientras estén en ejercicio de sus funciones; aquéllos pueden ser los padres de familia en ejercicio de la patria potestad, los tutores y curadores permanentes (no los curadores *ad litem*), los representantes de personas jurídicas y los mandatarios extrajudiciales. Es necesario que se tenga facultad para obligar al representado o mandante con el acto o contrato confesado (por ejemplo, si las facultades se limitan a celebrar contratos o adquirir obligaciones hasta diez mil pesos, el gerente de la sociedad o el apoderado no puede confesar la celebración de un contrato por mayor valor; pero los otros efectos jurídicos del acto confesado, como los perjuicios causados a la otra parte, pueden exceder de tal límite, sin que por eso deje de ser válida).

Los representantes legales, mientras lo sean, pueden y deben ab-

<sup>235</sup> GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 152; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 391; BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 134; RICCI, ob. cit., t. II, núm. 283.

solver interrogatorios sobre hechos que ellos hayan ejecutado en nombre de sus representados o de que tengan conocimiento; pero se excluyen los representantes legales de las entidades públicas, en razón de que su confesión no vale. A los mandatarios judiciales (excepto los curadores *ad litem*) les basta que se les otorgue una facultad genérica de confesar, la cual en Colombia se considera por ley que existe en los procesos civiles para la demanda, las excepciones previas y las correspondientes contestaciones (art. 197); por consiguiente, los apoderados judiciales que no reciban esa autorización, no pueden confesar extrajudicialmente por sus poderdantes y sus declaraciones contenidas en alegatos de conclusión, memoriales de prueba y otros escritos distintos de los mencionados, no pueden considerarse como confesiones y a lo sumo servirán como indicios libremente valorables por el juez, como es la conducta que en general tengan las partes en el proceso.

Los representantes legales pueden confesar no sólo hechos de sus representados de los cuales tengan conocimiento, sino también hechos personales suyos, ejecutados en ejercicio de su representación.

Los sustitutos procesales, los litisconsortes y los coadyuvantes, pueden confesar en sus propios nombres, pero no en nombre del sustituto ni del coadyuvado o de los otros litisconsortes, quienes no pueden resultar obligados con tal confesión, que tendrá frente a ellos el valor de simple testimonio si fue hecha bajo juramento.

Las anteriores conclusiones se aplican a lo civil, laboral y contencioso-administrativo; pero no a lo penal, donde la confesión debe ser personal del imputado o sindicado y jamás por conducto de apoderado o representante.

134.2)a. Muchas diferencias exhiben los CPC respecto de la confesión por medio de representante convencional: COL, 197, la autoriza expresamente cuando el apoderado haya recibido autorización de su poderdante, que se presume para la demanda, las excepciones, correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101 (de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio).

ARG (NAC, 405; BUE, 403) permite citar al apoderado para absolver posiciones por hechos realizados a nombre de su mandante, mientras esté vigente el mandato; pero también por hechos

anteriores del mandante cuando éste estuviera fuera del lugar en el cual se sigue el juicio, siempre que el mandatario tenga facultades para ello y lo consienta la parte contraria.

También ARG (SFE, 158) autoriza la citación para absolver posiciones del apoderado con poder especial, pero con la aclaración de que "no será tenido por confeso si declara no contar con las instrucciones necesarias".

BOL, 405, establece de modo expreso que la confesión es un acto *personal*; empero, permite hacerla por mandatario "con poder notariado especial y explícito, a menos que se refiera a hechos diferentes o fuere contraria a las leyes".

BRA, 349, exige poderes especiales del mandatario.

COS, 259, establece que la confesión es un acto personal de la parte cuya declaración puede exigir el ponente de la prueba. También permite la confesión por mandatario, a menos que éste ignore los hechos sobre los cuales deba versar la declaración.

CHI, 396, consagra un régimen más amplio: puede exigirse confesión al procurador de la parte sobre hechos personales de él mismo en el juicio, aun cuando no tenga poder para absolver posiciones.

ECU, 144, autoriza la confesión de mandatario legítimamente constituido. Y GUA, 132, permite articular posiciones al apoderado que tenga cláusula especial para absolverlas o cuando se refieran a hechos ejecutados por él en el ejercicio del mandato.

MEX, 310, contiene idéntico régimen que COS, 259.

PER, 364, exige declaración de la parte cuando así lo requiere el ponente, aunque tenga apoderado con facultad para prestar confesión.

URU, 442, requiere poder especial y conformidad de la contraria.

VEN, 297, establece la carga para el apoderado de contestar posiciones que versen sobre hechos que le consten y que estén relacionados con el pleito, a menos que sean aquellos respecto de los cuales está obligado a guardar secreto.

ESP, 585, exige que la declaración sea personal; el artículo 587 agrega que "cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del que haya de absolverla, podrá negarse a contestarla. Sólo en este caso podrá admitirse la absolución de posiciones por medio de un tercero que esté enterado personal-

mente de los hechos por haber intervenido en ellos a nombre del litigante interrogado, si éste lo solicita aceptando la responsabilidad de la declaración”.

Intentando sistematizar mínimamente regímenes que presentan tantas diferencias, podemos decir que la confesión es un acto *personal* de la parte; pero se autoriza que la efectúe el mandatario:

1) Que cuente con poder especial (ARG [NAC, 405; BUE, 403; SFE, 158]; BOL, 405; BRA, 349; ECU, 144; GUA, 132; URU, 442) cuya existencia se presume en COL, 197. No requiere poder CHI, 396;

2) que tenga conformidad del contrario (ARG [NAC, 405; BUE, 403]; URU, 442);

3) que el apoderado declare acerca de:

a) hechos personales de su mandante, a menos que no cuente con instrucciones al respecto (ARG, SFE, 158) o que la posición se refiera a hechos diferentes (BOL, 405) o que sea contraria a las leyes (BOL, 405) o que el mandatario ignore los hechos (COS, 259; MEX, 310) por no ser personales (ESP, 587) o que deba guardar secreto profesional (VEN, 297) o que el mandante resida en el lugar del juicio (ARG, NAC, 405);

b) hechos personales del mandatario efectuados a nombre del mandante durante la vigencia del mandato (ARG [NAC, 405; BUE, 403]; CHI, 396; ECU, 144; GUA, 132), con las mismas salvedades ya apuntadas.

En cuanto a la representación legal, los CPC establecen diferencias respecto de si se trata de persona de derecho privado o de derecho público.

Referente a las primeras, COL, 198, norma que “Vale la confesión del representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, mientras esté en el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a actos y contratos comprendidos dentro de sus facultades para obligar al representado o mandante. La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación”. Similarmente, ARG, NAC, 405, 3º; BUE, 403, 3º; SFE, 158, 2º; añade este último que el representante está sujeto a absolver posiciones acerca de hechos en los cuales haya intervenido personalmente o que pueda conocer en esa calidad.

BOL, 406, después de establecer norma parecida a las ya mencionadas, agrega que si el llamado a absolver en calidad de representante negare su calidad de tal, "estará obligado a demostrarlo e indicar la persona que invistiere la representación".

GUA, 132, señala que si la representación legal de una entidad jurídica la tienen varias personas, dicha entidad deberá designar a la que haya de absolver posiciones.

En lo que toca a las personas de derecho público, "absolverá posiciones el funcionario facultado por la ley para representarla, en cuyo caso, se le requerirá por oficio fijándole un término prudencial dentro del que habrá de evacuarlas, con los mismos apercibimientos establecidos para los obligados a comparecer" (ARG, SFE, 159). Similarmente, ESP, 595.

Diferente solución consagra COL, 199: "No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos. Tampoco podrá provocarse confesión mediante interrogatorio de dichos representantes, ni de las personas que lleven la representación administrativa de tales entidades. Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir el informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa..."

3) *Debe tener por objeto hechos*. Este requisito es consecuencia natural del carácter de medio de prueba que tiene la confesión<sup>236</sup>.

La confesión puede versar sobre una relación jurídica, como un arrendamiento, un mutuo, una compraventa celebrada por el confesante, pero entonces en realidad existe una confesión abreviada de hechos que se suponen implícitos en la denominación jurídica empleada por el confesante (como el recibo en tenencia del inmueble, o del dinero en calidad de préstamo). Es decir, con la denominación jurídica se están relatando los hechos que la configuran, como se explicó al tratar

<sup>236</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 358; LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, Napoli, 1962, p. 178; SICARD, *La preuve en justice*, París, 1960, p. 25.

del objeto de la prueba en general. El reconocimiento de argumentos jurídicos favorables a la parte contraria o desfavorable a quien lo hace, no es confesión.

134.3) a. Una prolija enumeración de los requisitos de la confesión se halla sólo en COL, 195, y BOL, 408.

El primero de ellos establece como exigencias: "1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4. Que sea expresa, consciente y libre. 5. Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento. 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada". BOL., 408, reproduce la norma transcrita, salvo su inciso 3°. También BRA, 348, hace referencia a los hechos al definir la confesión.

4) *Los hechos sobre que versa deben ser favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante.* Sólo existe confesión cuando el hecho reconocido es desfavorable al declarante, o favorable a la parte contraria. Debe tenerse en cuenta que existen algunos procesos contenciosos en los cuales el demandado coincide con el demandante en el efecto jurídico perseguido con la demanda, por ejemplo, en ciertos casos de divorcio, de separación de bienes, de nulidad del matrimonio; en ellos el hecho invocado por el demandante como fundamento de su pretensión puede ser favorable al resultado jurídico que el demandado también desea se obtenga con el proceso, y sin embargo, existe confesión del segundo, cuando espontáneamente o por interrogatorio declara ser cierto ese hecho (nos referimos a cuando el demandado también desea el divorcio o la separación o la nulidad).

Como se ve, no es indispensable que el hecho confesado sea realmente perjudicial al confesante, caso en el cual existe sin duda confesión y por eso los autores suelen hablar sólo de él<sup>237</sup>. Es suficiente que resulte favorable a la contraparte, aun cuando también favorezca al confesante.

<sup>237</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 370-373, y núm. 391; BONNIER, ob. cit., t. I, núms. 345-347; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 3; etc.

Cuando el proceso es de jurisdicción voluntaria, el carácter perjudicial de la confesión consistirá en que el hecho es contrario a las pretensiones del demandante. En lo penal, bastará que sea desfavorable al imputado, al procesado o a la parte civil que declara.

Esa calidad de favorable o desfavorable debe ser examinada en el proceso y de acuerdo con las pretensiones, oposiciones o excepciones allí formuladas. Por consiguiente, no es necesario que aparezca en el momento de producirse la confesión, cuando ésta es extrajudicial o ha ocurrido en un proceso anterior<sup>238</sup>.

Este principio se aplica a lo civil, laboral y contencioso-administrativo. En lo penal sólo puede hablarse de hecho perjudicial al imputado o sindicado en la etapa del sumario, al procesado durante el proceso o juicio, y a la parte civil cuando ésta confiese.

134.4)a. Ver núm. 134.3)a.

5) *Debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos.* Algunos autores limitan la confesión a los hechos personales; otros la extienden a los hechos conocidos por el confesante, sean de terceros o simplemente naturales; igual desacuerdo existe en las legislaciones. En realidad, en el segundo caso lo confesado es el conocimiento personal que se tiene del hecho ajeno o simplemente natural cuando no es obra del hombre, pero la aceptación que de éste hace la parte tiene el valor de confesión, siempre que sea desfavorable a dicha parte o favorable a la contraria. Creemos que se deben aceptar ambos casos.

134.5)a. Ver núms. 134.1)a y 134.2)a.

6) *La declaración debe tener siempre una significación probatoria.* Es decir, si la declaración no tiene contenido probatorio alguno, no puede ser confesión, porque no podrá favorecer a la contraparte o perjudicar a su autor<sup>239</sup>. No implica que necesariamente pruebe el hecho, sino que desempeñe alguna función probatoria en el caso de ser aducida como prueba. Es requisito obvio.

<sup>238</sup> DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile*, Torino, 1901, núm. 30.

<sup>239</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 370-371.

7) *Debe ser consciente* (el problema de la voluntariedad de la confesión y del llamado *animus confitendi* y sus diversos significados). Sobre este requisito de la confesión en general (judicial o extrajudicial en cualquier forma) ha habido una intensa discusión en la doctrina, que todavía perdura.

Si se entiende este requisito en un sentido amplio, esto es que el acto no sea el producto involuntario de un estado de inconsciencia debido a enfermedad o producido artificialmente (por hipnosis o drogas u otros procedimientos similares), resulta sin duda indispensable para que haya confesión, porque jurídicamente sin él no puede existir declaración (toda declaración debe ser consciente, sea que provenga de parte o de terceros) y la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones son unánimes en cuanto a la necesidad de exigirlo.

Pero cuando se dice que la confesión debe ser un acto de voluntad, comienzan las dificultades y surgen los desacuerdos; especialmente si se habla de *animus confitendi*. Expondremos a continuación algunas opiniones para luego expresar la nuestra.

1ª tesis) La que exige el *animus confitendi*, entendido como la intención de renunciar al derecho *material* que se genera del hecho sobre que versa. La sostienen Lessona, Amaral Santos y Becerra<sup>240</sup>.

Rechazamos esta tesis, en primer lugar, porque quien declara no tener un derecho, a nada está renunciando: además, la intención de renunciar al derecho es un factor subjetivo imposible de comprobar cuando aquélla no aparece expresamente declarada. Tal intención puede presentarse en los casos de falsa confesión, por ejemplo en procesos fraudulentos para sustraer bienes del alcance de los acreedores, pero sólo excepcionalmente en las confesiones serias y veraces.

2ª tesis) La que exige el *animus confitendi*, entendido como la intención de renunciar al derecho procesal de probar en contra del hecho confesado. Entre los defensores de esta tesis podemos mencionar a Pescatore, Planck, Wach y Becerra<sup>241</sup>.

Con esta tesis se evita el grave inconveniente de suponer una

<sup>240</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 395-396, p. 409; BECERRA, *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Bogotá, 1933, t. II, p. 45; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria no civil e comercial*, São Paulo, t. II, p. 78.

<sup>241</sup> PESCATORE, *Trattato sulla prove giudiziali*, 1852, ps. 111-118; PLANCK,

necesaria renuncia al derecho material, que es el error principal de la anterior; pero al conservar la idea de una renuncia consciente al derecho de defenderse y de probar, se apoya en una ficción, porque el confesante generalmente no tiene tal intención e inclusive es frecuente que después pretenda desconocer los efectos legales de su acto y discuta el hecho mismo confesado.

3<sup>a</sup> tesis) La que exige el *animus confitendi*, pero limitado a la intención de suministrarle o allanarle la prueba del hecho al adversario. Defienden esta tesis, Lessona, Ricci, Wach, Alsina, Amaral Santos y otros<sup>242</sup>. En esta tesis se suprime la idea de renuncia intencional, tanto del derecho material como del derecho procesal de defenderse y probar en contrario, lo cual significa un notable avance en la depuración conceptual del instituto; pero como sucede en las teorías anteriores, se basa en una ficción que en la mayoría de los casos no se presenta y que implica un elemento subjetivo improbable, a menos que aparezca expresamente declarado, lo cual en la práctica ocurre muy raras veces.

4<sup>a</sup> tesis) La que exige un *animus confitendi* reducido a la intención de reconocer la verdad del hecho o de darlo por cierto en un proceso actual o futuro. Defienden esta tesis, entre otros, Eduardo Bonnier y Camelutti. Esta tesis significa un paso más hacia la correcta comprensión del instituto<sup>243</sup>.

Sin embargo, la exigencia por vía general de tal *animus confitendi* sigue siendo un error; porque, si bien es cierto que puede presentarse en muchos casos, en otros, también numerosos, hay confesión judicial sin que se tenga otra intención distinta de la de hacer una declaración sobre el hecho, sin consideración alguna sobre las consecuencias jurídicas de su acto y sin intención de darlo por cierto para efectos

cita de CARNELUTTI, *La prueba civil*, núm. 8, nota 43; WACH, cita de PANNUCCIO, ob. cit., ps. 20-21; BECERRA, ob. cit., t. II, p. 8.

<sup>242</sup> LESSONA, ob. cit., I, núm. 373, p. 389; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., II, núms. 234 y 237, ps. 95 y 99; WACH, cita de CARNELUTTI, ob. cit., núm. 8, nota 43; ALSINA, *Tratado de derecho procesal*, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 236; AMARAL SANTOS, *Prova judiciaria no civil e comercial*, ed. cit., t. II, núm. 54, p. 76.

<sup>243</sup> BONNIER, *De las pruebas*, Madrid, 1929, t. I, núms. 347 y 353; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núms. 8 y 28.

procesales; es decir, es necesaria la plena conciencia de lo que se declara, pero no hace falta pensar que se está haciendo un reconocimiento del hecho para que sea considerado verdadero en el proceso en que ocurre o en uno futuro, ni con ningún fin específico. Por estas razones tampoco es aceptable esta tesis, no obstante ser indudablemente mejor que las anteriores.

5ª tesis) La que elimina el requisito del *animus confitendi* como voluntad de obtener un fin especial y sólo exige la conciencia o el conocimiento del carácter desfavorable del hecho confesado. Entre quienes aceptan esta tesis recordamos a Panuccio, Von Bülow, Montesano, Pugliatti, Betti, Satta y Redenti<sup>244</sup>. Para estos autores, el *animus confitendi* es un concepto irreal y ficticio, que no aparece en los textos legales antiguos o modernos y que, por lo tanto, reposa en una falsa idea que le asigna al confesante una supuesta voluntad, que no es solamente la de declarar sino la de obtener con su declaración un resultado, o el de renunciar a un derecho, o el de suministrar una prueba o el de comprometerse a no discutir un hecho, o el de fijarlo y darle certeza para efectos del proceso. Por eso proponen que se elimine el concepto.

La jurisprudencia italiana exigió durante algún tiempo el *animus confitendi* calificándolo de diversas maneras; pero a partir de 1956 se decidió por exigir solamente la conciencia del carácter favorable para la parte contraria, con o sin la voluntad de reconocer la verdad del hecho e independiente del conocimiento de las consecuencias jurídicas de la declaración.

Esta tesis representa un importantísimo avance en relación con las anteriores, y únicamente le hacemos la observación de que ese conocimiento o esa conciencia de lo desfavorable del hecho o lo favorable al adversario, es una cuestión puramente psicológica, que pertenece al fuero interno del confesante y que no es susceptible de com-

<sup>244</sup> PANUCCIO, Vincenzo, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, núm. 5, ps. 20-24; MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, en *Giurisprudenza compl. cas. civile*, 1948, I, p. 29; PUGLIATTI, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, II, p. 459; BÜLLOW, cita de PANUCCIO, ob. cit., notas 58 y 63; BETTI, *Diritto processuale*, Roma, 1936, p. 413; SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, p. 214; REDENTI, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, núm. 79, p. 286.

probación, excepto cuando se declare expresamente, lo que ocurre muy raras veces; por lo que hay que presumirlo. Por otra parte, esta conciencia de lo desfavorable del acto no existe en la práctica en la mayoría de las confesiones judiciales y extrajudiciales, y nunca en las confesiones fictas por incomparecencia, ni en las tácitas por la no impugnación o negación por el demandado del hecho alegado en la demanda, cuando la ley le da ese efecto a su silencio.

6ª tesis) La que prescinde igualmente del *animus confitendi* y exige solamente la voluntariedad genérica de todo acto jurídico, sin intención específica alguna. Esta tesis es acogida por muchos autores contemporáneos y por algunos de épocas menos recientes, como Guasp, Garraud, Gorphe, Scardaccione, Andrioli, Chiovenda, Furno, Natoli y Ferrucci, Cappelletti<sup>245</sup>. Comparte con la anterior el mérito de prescindir por inútil y ficticia de la idea de un *animus* especial y para fines específicos, que exigen en cambio las cuatro primeras expuestas en este número, y además evita el defecto de exigir esa conciencia de lo desfavorable del acto.

Panuccio y Scardaccione citan una docena de sentencias de la casación italiana de los últimos años, en las cuales se acepta que puede existir confesión "con o sin la voluntad de reconocer la verdad de tal hecho, independientemente del conocimiento de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse".

*Nuestro concepto:* Es importante observar que en los códigos procesales modernos no se habla de *animus confitendi*. Su exigencia por muchos autores fue un error de interpretación de textos romanos que

<sup>245</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, 1962, p. 359; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, ps. 219-220; SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, ps. 285-288; PANUCCIO, Vincenzo, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, p. 24, nota 65; ANDRIOLI, *Confessione*, en *Nuovis digesto italiano*, Torino, 1959, IV, p. 13; FURNO, *Confessione*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, VIII, ps. 88-895, y *Animus confitendi*, en *Giurisprudenza italiana*, 1949, t. I, ps. 565 y ss.; NATOLI y FERRUCCI, *Della tutela dei diritti, trascrizione, prove*, en *Commento al Codice Civile*, Torino, 1959, VI, p. 263; MONTESSANO, *Sull'animus confitendi e sulla teoria oggettiva della confessione*, en *Rivista di diritto processuale*, 1950, II, ps. 12 y ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, t. I, ps. 348-385 y 399; CHIOVENDA, *Principios*, Madrid, 1941, t. II, núm. 55, p. 260, c *Instituciones*, Madrid, t. III, núm. 57, p. 230, y muchos otros.

lo exigían sólo para la confesión *in iure* o fuera de proceso, con el ánimo de evitar éste y de concluir el litigio.

No vacilamos en acoger la última tesis expuesta, por ser la única que comprende la totalidad de los casos prácticos con sus diversas modalidades y al mismo tiempo se ajusta a la noción teórica de confesión. El artículo 195 del Código de Procedimiento Civil colombiano la consagró al exigir en el número 4 solamente que la confesión sea: "expresa, consciente y libre", texto aplicable a lo penal, laboral y contencioso-administrativo.

Es decir, para que se cumpla el requisito que estamos examinando y exista confesión, basta que sea un acto consciente, por encontrarse el declarante en condiciones de saber lo que hace y no en situación de inconsciencia producida por causas naturales o artificiales, transitorias o permanentes, tal como se exige para todo acto jurídico procesal o extraprocesal. No importa que no se conozcan los efectos procesales y extraprocesales de la declaración, ni el carácter desfavorable del hecho declarado o de sus efectos, y menos aún que se deseen esos efectos o que se tenga la intención de producirlos, lo cual en muchas ocasiones no ocurre, no obstante existir confesión, y en otras es imposible conocerlo.

134.7)a. Ver núm. 134.3)a.

8) *Debe ser expresa y terminante (La cuestión de si existe confesión en los interrogatorios)*. Significa este requisito que no hay confesiones implícitas, esto es, que sólo resulten por razonamientos inductivos o deductivos de la interpretación de las declaraciones escritas u orales de la parte. Es indispensable que no haya dudas acerca de la declaración misma y de su contenido, razón por la cual debe ser expresa y cierta o terminante; no vaga, ni genérica, ni implícita<sup>246</sup>.

Se relaciona con este requisito la interesante cuestión de saber si existe confesión en los interrogatorios a testigos o a las otras partes. Creemos que quien se limita a formular unas preguntas o un interrogatorio, no confiesa por ello el hecho interrogado, porque no formula

<sup>246</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 395; BONNIER, ob. cit., t. I, núms. 345-349; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, p. 194; RICCI, ob. cit., t. II, núm. 237.

una declaración de ciencia o conocimiento, sino que inquiriere acerca del conocimiento que el interrogado tenga sobre tal hecho, que bien puede ser desconocido para el primero (no siempre se pregunta sobre lo que se conoce, sino frecuentemente sobre lo que no se conoce). Sin embargo, puede ocurrir en la práctica que quien interroga formule simultáneamente declaraciones afirmativas o negativas de hechos personales o de los cuales tiene conocimiento y que no se limite a inquirir del interrogado su conocimiento de tales hechos; en este caso nada impide reconocerle a esas declaraciones el carácter de confesión, si reúnen los otros requisitos. En los demás casos no habrá confesión, salvo norma legal en contrario.

Pondremos algunos ejemplos: hay confesión en una pregunta como ésta: "Diga usted si es cierto, tal como yo lo afirmo, que el día tal me entregó usted cinco mil pesos a título de mutuo", pero no hay si se formula así: "Diga usted si es o no cierto, que el día tal me entregó usted la suma de cinco mil pesos a título de mutuo", porque con ella puede perseguirse una respuesta negativa; tampoco hay confesión de paternidad en estas preguntas: "si a usted le consta que la señora fulana dio a luz el día tal un hijo de ella y del suscrito", o "si a usted le consta que el hijo habido por la señora fulana, el día tal, es hijo del suscrito"; pero habría confesión si la pregunta se formula así: "si a usted le consta que es cierto, como yo lo afirmo o como efectivamente lo es, que el suscrito es el padre del hijo habido el día tal por la señora fulana", pues en el último ejemplo aparece la expresa declaración de ser el padre de tal niño. Además, si el interrogatorio lo formula un apoderado judicial, debe tener facultad de confesar.

La parte que se encuentra en función investigativa, tratando de obtener pruebas favorables, con el ánimo de defender su causa, al interrogar no ejerce una actividad declarativa, ni hay allí confesión expresa y cierta. Igual opinión expresan Bonnier, Ricci, Lessona y Silva Melero<sup>247</sup>.

Tampoco existe confesión en las peticiones subsidiarias de la demanda, ni en las excepciones propuestas como subsidiarias por el

<sup>247</sup> BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 353; RICCI, ob. cit., t. II, núms. 470 y 488 y nota 6; SILVA MELERO, ob. cit., t. II, ps. 27-31.

demandado, porque no se formulan con el propósito de declarar, sino de perseguir el beneficio menor, en el supuesto de que sea negado el principal; quien así demanda o excepciona no declara, sino que pide una declaración favorable, luego es imposible admitir que en ellas exista una confesión expresa y terminante de hecho o del derecho pretendido o de la excepción propuesta subsidiariamente. Igual opinión expresan Lessona, Alsina y Rocha; este último agrega que tampoco existe en propuestas de transacción, en lo que estamos de acuerdo<sup>248</sup>.

9) *La capacidad jurídica del confesante.* La doctrina está de acuerdo en que, por regla general, la confesión de un incapaz carece de valor probatorio, salvo en los casos exceptuados por la ley, por ejemplo, en materias penales, la de menor púber; es decir, hay unanimidad en exigir la capacidad como requisito para la validez de la confesión. Pero creemos que la capacidad al menos relativa, es un requisito para la existencia de la confesión, porque su falta implica un estado de inconsciencia; mientras que la capacidad plena lo es generalmente tan sólo para su validez, porque su falta no impide que el acto sea consciente, aunque lo vicia de nulidad. Al estudiar los requisitos para la validez de la confesión examinaremos nuevamente el caso de los incapaces relativos.

134.9)a. Ver núm. 134.3)a.

ECU, 140, refiere expresamente al tema estableciendo que "no podrá exigirse confesión al impúber y el valor probatorio de la confesión rendida por el menor adulto se apreciará libremente por el juez".

10) *Que la declaración no sea el resultado de métodos violentos o artificiales que destruyan la voluntariedad del acto.* Este requisito es también consecuencia lógica del carácter consciente que debe tener toda confesión, judicial o extrajudicial, es decir, de la llamada voluntariedad de la confesión (véase punto 7 de este número). Todos los autores aceptan que la coacción o violencia vicia de nulidad la confesión; pero nosotros creemos que si causan una situación de incons-

<sup>248</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 396, p. 411; ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 236, nota 36; ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 223-227.

ciencia, de manera que el sujeto no pueda conocer lo que dice o hace, no existe jurídicamente confesión.

134.10)a. Ver núm. 134.3)a.

11) *Debe ser seria*. Este requisito significa que no hay confesión en las declaraciones formuladas en broma, o para dar una excusa o disculpa simulada a la negativa de prestar un servicio, pues en estos casos carece de significación probatoria (véase punto 6 de este número). Este requisito es importante para la confesión extrajudicial, ya que la judicial necesariamente es seria (aun cuando puede ser falsa o simulada)<sup>249</sup>.

Probada la declaración extrajudicial, corresponde a quien la hizo desvirtuarla con la prueba de que fue obra de una broma o una disculpa social, para que el juez le niegue el carácter de confesión, porque debe presumirse seria, especialmente si consta en documentos públicos o privados (por ejemplo: que se dijo deberle dinero a una persona, para excusarse de prestárselo a otra). No se trata, en estos casos, de disminuir su eficacia probatoria o de negarle validez, sino de excluir la existencia misma de la confesión.

### 135. Requisitos para la validez de la confesión

De la distinción entre actos jurídicos inexistentes y actos jurídicos nulos surge la necesidad de separar los requisitos atinentes a la existencia y los referentes a la validez de la confesión.

La falta de los requisitos que ahora examinaremos vicia de nulidad la confesión, pero no es necesario que el juez declare tal nulidad, pues le basta negarle valor como medio de prueba en el momento de valorarla, y lo mismo ocurre cuando falte alguno de los requisitos para su existencia. En estos casos, si la confesión se efectuó en diligencia de interrogatorio por el juez u otra parte, debe ordenarse repetirla oficiosamente o a solicitud de parte, sin que importe que el término para pedir pruebas haya vencido, si todavía es posible su práctica.

<sup>249</sup> ROCHA, *De la prueba en derecho*, 1967, ps. 224-226; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 234, p. 96; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, p. 194.

También se podrá pedir la repetición de la prueba en la segunda instancia, porque equivale a haberse dejado de practicar válidamente, sin culpa del interesado, siempre que éste no sea el autor del vicio que la haya invalidado.

A continuación veremos cuáles son esos requisitos para la validez de la confesión.

1) *La plena capacidad del confesante, salvo excepción consagrada en la ley.* En el número anterior vimos que cuando falta totalmente la capacidad del sujeto que confiesa, no puede existir confesión (impúber, demente, sordomudo que no puede darse a entender por escrito); pero cuando se trata de incapaces relativos, como los menores púberes, los interdictos, los quebrados, es un requisito subjetivo para la validez, tanto de la confesión judicial como de la extrajudicial<sup>250</sup>.

La plena capacidad para confesar es la misma capacidad civil general o la procesal para demandar y ejecutar actos procesales válidamente. La capacidad especial se requiere a los casos en que la ley le reconoce valor a la confesión de los incapaces relativos, como al menor emancipado, al púber en materias penales, o al quebrado en asuntos no patrimoniales.

El menor adulto habilitado de edad tiene capacidad jurídica general en materia civil y comercial, excepto para los actos que la ley excluya expresamente y, por lo tanto, podrá confesar válidamente en proceso o fuera de él, a menos que la confesión verse sobre alguno de esos actos que por excepción no puede ejecutar libremente. En materia penal su capacidad es plena.

El menor adulto no habilitado de edad carece, por regla general, de capacidad jurídica, y, por lo tanto, no vale su confesión. Pero si su padre o madre en ejercicio de la patria potestad o su curador lo autorizan para comparecer al proceso por sí mismo, puede hacerlo, y tendrá entonces capacidad para confesar válidamente, pero sólo respecto a los hechos relacionados con el litigio que allí se ventile. En materia penal su confesión puede ser aceptada por el juez, siempre

<sup>250</sup> ROCHA, ob. cit., 224-226; BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 351; CHIOVENDA, *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 61, e *Instituciones*, ed. cit., t. III, 57; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 410; COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, p. 285; etc.

que esté plenamente probado el cuerpo del delito con otros medios, requisito que rige también para la confesión de los capaces.

El quebrado o concursado pierde la administración de sus bienes y con mayor razón su capacidad para disponer de ellos, deja de ser capaz para comparecer en proceso por sí mismo cuando verse sobre litigios de índole patrimonial y en cualquier otro proceso no penal que pueda relacionarse con la quiebra es representado por el síndico que el juez designe; pero su confesión es válida si versa sobre cuestiones ajenas a disposición de bienes, como en litigios familiares de filiación o divorcio, en los cuales puede comparecer por sí mismo<sup>251</sup>, y en materias penales.

El interdicto por dilapidador es un incapaz relativo, comparece al proceso representado por su curador, y, por lo tanto, carece de capacidad para confesar, con las mismas excepciones que para el quebrado explicamos, en asuntos civiles; pero su confesión tiene valor en materia penal. Los demás interdictos por demencia o sordomudez son incapaces absolutos y no pueden confesar en ningún caso.

2) *La libre voluntad del confesante o ausencia de coacción.* Suele hablarse de la espontaneidad de la confesión, como requisito para su validez, en el sentido de que debe estar libre de coacción física, psicológica o moral que perturbe la libre voluntad de declarar. Pero esta denominación tiene el inconveniente de que se presta a confusiones con la llamada confesión espontánea, por oposición a la provocada con interrogatorios del juez o de la otra parte. Preferimos hablar de ausencia de coacción.

Puede decirse que existe unanimidad en la doctrina acerca de este requisito elemental para la validez de la confesión<sup>252</sup>, aunque no alcance a producir inconsciencia.

<sup>251</sup> GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, p. 457.

<sup>252</sup> SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., t. I, p. 195, y t. II, p. 28; COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, p. 286; ALSINA, *Tratado*, ed. cit., t. II, p. 236; CORDERO, Franco, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, II, *Prove ilicite*, núm. 10, ps. 167-170; PANUCCIO, Vincenzo, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, núm. 12, ps. 49-56; SICARD, Jean, *La preuve en justice*, ed. cit., ps. 301-326; CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1932, t. II, p. 239; BONNIER, *Tratado teórico-práctico de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 353; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., ps. 220-223; LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., núms. 395 y 590; etc.

La confesión obtenida por medios violentos o mediante graves amenazas por los modernos medios de coacción psicológica, con o sin ayuda de drogas especiales, es una prueba ilícita, como lo explicamos al tratar de la clasificación de las pruebas (véase núm. 117.n).

3) *El cumplimiento de las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar, cuando es confesión judicial provocada.* La confesión extrajudicial puede ocurrir en cualquier momento y lugar, lo mismo que de cualquier modo; pero la confesión judicial provocada por interrogatorio del juez o de la parte contraria, es una actuación procesal sujeta a los requisitos de tiempo, modo y lugar que la ley contempla, como lo veremos al tratar de ella. La judicial espontánea debe ocurrir en las instancias, porque en casación resulta ineficaz.

4) *Que no exista otra causal de nulidad que vicie la confesión, cuando es judicial.* Si la confesión reúne los requisitos para su existencia y validez, la nulidad del proceso no causa la de aquélla; pero si el vicio que afecta al proceso se extiende al acto mismo de la confesión, ésta resultará igualmente nula.

Por ejemplo, la nulidad del proceso por falta de citación o emplazamiento o en lo penal por violación del derecho constitucional de defensa de la parte contraria a la confesante o de un litisconsorte de ésta o por pretermisión del procedimiento, no vicia de nulidad la confesión; tampoco es nula si el proceso se anula por falta de competencia del juez, si reúne los otros requisitos (véase núm. 137).

### 136. Requisitos para la eficacia de la confesión

En los dos números anteriores vimos cuáles son los requisitos necesarios para que la confesión exista y sea válida. Pero no toda confesión libre de vicios es procesalmente eficaz, en el sentido de que tenga mérito probatorio; por el contrario, puede ocurrir que la confesión exista jurídicamente y que sea válida, por estar exenta de vicios, pero que al mismo tiempo carezca de mérito probatorio en ese proceso o para el hecho de que se trata. Para su eficacia debe reunir además los siguientes requisitos:

1) *La disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado.* Contemplamos la disponibilidad del

derecho mismo, en sentido general u objetivo, es decir, que por su naturaleza y por no existir norma legal que lo prohíba, se pueda disponer de él mediante un acto de voluntad de persona capaz. Por ejemplo, la calidad de esposo o esposa no se determina por la declaración de aquél o de ésta, ni con la de ambos, porque es consecuencia del hecho del matrimonio y no de la simple voluntad de asumir esa condición jurídica.

Puede decirse que en lo penal falta este requisito siempre, porque la ley no acepta que el imputado o sindicado durante el sumario y el procesado durante el juicio, se imponga la responsabilidad penal por su sola confesión, y exige que se haya probado por otros medios plenamente el cuerpo del delito; se desconfía de todas las confesiones en materia penal<sup>253</sup>.

2) *La legitimación para el acto, si es de representante o apoderado.* Al tratar de los requisitos para la existencia de la confesión vimos (núm. 134, puntos 1 y 2) que debe ser una declaración de quien es parte, en el proceso en que se produce o se hace valer, o de su representante legal o convencional o de su apoderado judicial con facultades; lo último en procesos no penales.

Pero no toda confesión de representante legal o convencional tiene la eficacia o el mérito probatorio que la ley le asigna a este medio de prueba. Debe reunir otro requisito, a saber: que el representante o apoderado tenga facultades para imponerle al representado o poderdante la obligación, o para disponer del derecho que del hecho confesado se deduce. En este sentido se habla de legitimación para el acto<sup>254</sup>.

Es ineficaz la de los representantes de las entidades públicas Nación, departamentos, intendencias, comisarías, distritos especiales, municipios y establecimientos públicos; pero sus informes escritos juramentados sirven de testimonio. En cambio, sí es eficaz la de los representantes de empresas industriales o comerciales del Estado, aun en procesos contencioso-administrativos.

<sup>253</sup> GENTILE, ob. cit., p. 486; SCARDACCIONE, ob. cit., núm. 116, ps. 311 y 312; HUET, ob. cit., ps. 210-211; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 393, p. 405; SICARD, ob. cit., núm. 244, ps. 286-287.

<sup>254</sup> RICCI, ob. cit., t. II, núms. 240 y 243; LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 414-424; GENTILE, ob. cit., ps. 454-455.

En lo penal no opera esta clase de confesión, pues debe ser siempre personal.

Esas confesiones ineficaces, de representantes, mandatarios y apoderados judiciales tienen, sin embargo, el valor de indicios libremente valorados por el juez, en el proceso civil contra el representado o mandante, como lo observa Lessona<sup>255</sup>.

3) *Su conducencia o idoneidad como medio de prueba del hecho confesado o la aptitud legal para probar tal hecho.* Se trata de un requisito general para la eficacia de cualquier medio de prueba, como lo vimos al estudiar los requisitos intrínsecos de los actos de prueba (núm. 79); es decir, de su aptitud legal como medio de prueba, respecto al hecho confesado.

La conducencia de la confesión exige dos condiciones: que la ley no la prohíba expresamente y que no exija otro medio de prueba para el hecho que con ella se pretende demostrar.

4) *Que el hecho sea metafísica y físicamente posible.* Aun dentro del sistema de tarifa legal, el precepto que otorga a la confesión judicial el valor de plena prueba no tiene aplicación absoluta y rigurosa, porque debe entenderse obviamente limitado por el indispensable requisito intrínseco de que el hecho sobre el cual versa no resulta absurdo<sup>256</sup>, cualquiera que sea la clase de proceso.

5) *Que la confesión tenga causa y objeto lícitos y que no sea dolosa ni fraudulenta.* Hay objeto ilícito en "todo lo que contraviene al Derecho Público de la Nación", "en todo contrato prohibido por las leyes" y en la enajenación de cosas que no están en el comercio, de derechos o privilegios intransferibles, de cosas embargadas, sin autorización del juez o del acreedor; es decir, hay objeto ilícito en todo acto prohibido por la ley. En estos casos la nulidad no radica en la confesión, sino en el contrato o acto confesado; por lo tanto, la licitud del hecho confesado no es requisito para la validez, sino para la eficacia

<sup>255</sup> LESSONA, cita anterior.

<sup>256</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 361; LESSONA, *Teoría de la prueba*, ed. cit., t. I, núms. 176-177; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 25; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 4, nota 20; FENECH, *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, ps. 594-595; DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 453.

de la confesión, no porque si falta nada pruebe, sino en cuanto de ella no se deducen las obligaciones o consecuencias desfavorables que del hecho confesado emanaría, de no ser ilícito.

Puede decirse lo mismo respecto a la causa ilícita de la confesión. Existe ilicitud de la causa en todo acto o contrato, cuando el motivo que induce a celebrarlo o ejecutarlo está prohibido por la ley o es contrario a las buenas costumbres o al orden público; la confesión de tal acto o contrato realmente ejecutado es válida y sirve para probarlo, pero en razón de la nulidad de éste, ninguna consecuencia jurídica se deducirá de aquélla contra el confesante.

Existe también causa ilícita en la confesión, cuando a pesar de que el hecho confesado es lícito, aquélla es formulada a sabiendas de que tal hecho no es cierto, es decir, cuando es dolosa o fraudulenta. Si el juez encuentra la prueba de ese dolo o fraude, sea que la haya aportado el mismo confesante u otra de las partes, debe negarle valor probatorio a la confesión. Entonces no se trata de probar en contrario, sino de establecer su ilicitud y, por lo tanto, su ineficacia<sup>257</sup>.

*Cosa muy distinta es la inmoralidad o criminalidad del hecho confesado.* Creemos que no puede dudarse de la validez y eficacia de la confesión que versa sobre hechos inmorales o criminosos, a menos que la ley prohíba investigarlos; de tales hechos se deducen efectos jurídicos en contra del confesante, tanto en materia civil o laboral, como en lo penal y suelen ser invocados como fundamento de pretensiones y excepciones en muchísimos casos (adulterio, lesiones o injurias, fraude, dolo, incesto, violencia carnal, etc.)<sup>258</sup>.

6) *Que la ley no prohíba investigar el hecho.* Puede incluirse este requisito en el anterior, porque todo hecho prohibido por la ley constituye un objeto ilícito para cualquier acto jurídico, pero creemos que es mejor considerarlo por separado, debido a que entonces tal hecho no puede ser objeto concreto de prueba en ningún proceso (véase núm. 27). La confesión de tal hecho resultará, por consiguiente, jurídicamente

<sup>257</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 592; ROCHA, *De la prueba en derecho*, ed. cit., p. 229; BONNIER, ob. cit., t. I, núm. 352; GUASP, ob. cit., p. 361.

<sup>258</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 516-525, ps. 512-521.

ineficaz, ya que el juez no puede considerarla como elemento de convicción<sup>259</sup>.

7) *Que el hecho confesado no sea contrario a otro que goce de notoriedad.* El hecho notorio está exento de prueba y el juez debe considerarlo cierto para los fines de su decisión (véanse núms. 35.g y 36). Por consiguiente, si el hecho confesado está en oposición al notorio, el juez debe rechazar el primero. Puede decirse que es un caso de imposibilidad física del hecho confesado, puesto que no puede existir simultáneamente con el hecho notorio que lo excluye.

8) *Que el hecho confesado no esté en contradicción con máximas generales de la experiencia.* Cuando el hecho confesado contradiga esas verdades obvias, conocidas como reglas generales de la experiencia, el juez debe rechazarlo por ser físicamente imposible. Es un caso similar al anterior<sup>260</sup>.

9) *Que el hecho confesado sea jurídicamente posible, por no existir presunción de derecho "iuris et de iure" o cosa juzgada en contrario.* Es inútil cualquier prueba, así sea de confesión judicial, que tenga por objeto un hecho contrario a otro que por la ley se presume *iuris et de iure* o que sea objeto de una cosa juzgada.

10) *No existir otras pruebas que la desvirtúen.* Por regla general, la confesión judicial constituye plena prueba, siempre que reúna los requisitos que hemos examinado, aunque el juez tenga libertad de valoración. Sin embargo, se permite probar en contrario en todo caso: 1º) cuando se trata de confesión ficta por la no comparecencia a absolver el interrogatorio, mediante previa citación para ello, o por negarse o contestar con evasivas la pregunta, o de confesión tácita (que es mejor denominar admisión tácita), por el silencio ante la alegación de la contraparte cuando la ley la consagre expresamente; 2º) cuando sea confesión judicial falsa por simple error del confesante o por dolo suyo o como resultado del dolo de la parte contraria; 3º) cuando se

<sup>259</sup> BONNIER, ob. cit., núm. 64; FENECH, ob. cit., t. I, p. 596.

<sup>260</sup> GENTILE, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 17; SCARDACCIONE, *Le prove*, ed. cit., ps. 35-36; CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notorio*, en *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 639; ROCCO, *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 181-190; KISCH, *Elementos*, Madrid, 1940, p. 196; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, ed. cit., p. 60, nota 15; ARAGONESES, *Técnica procesal*, Madrid, 1955, p. 495.

trata de confesión extrajudicial, cualquiera que sea la causa del error o la falsedad.

El primero y el último casos los estudiaremos al tratar de las diversas clases de confesión y sus efectos; el segundo, al explicar su revocación o retracto y su impugnación.

En materia penal la regla general se invierte: la confesión no es nunca plena prueba, por sí sola, sino que debe estar confirmada por otros medios fehacientes, y no existen confesiones fictas y las extra-procesales apenas constituyen indicios.

11) *Que se pruebe oportunamente el hecho de la confesión, si es extrajudicial o judicial trasladada.* La confesión judicial ocurrida en el mismo proceso se prueba por sí misma, sea provocada por interrogatorio o hecha espontáneamente en memorial o en manifestación oral en audiencia o diligencia. Como la confesión extrajudicial ocurre fuera del proceso, debe ser probada en debida forma, para que pueda servir de medio de prueba en ese proceso; es decir, es indispensable "probar la prueba", para que ésta pueda ser considerada por el juez; luego veremos cuál puede ser esa prueba. La confesión judicial ocurrida en otro proceso está sujeta también al requisito de su prueba, que consistirá en la copia del memorial o acta o diligencia que la contenga<sup>261</sup>. Esa prueba puede consistir en testimonios, documentos, confesión judicial de haberse hecho la extrajudicial, en general cualquiera de los diversos medios de convicción que prevé el Código de Procedimiento Civil, que sean legalmente eficaces y razonablemente apreciados por el juzgador, en forma de que otorguen a éste certeza de su ocurrencia.

12) *Oportunidad procesal de su ocurrencia, cuando es confesión judicial espontánea.* Se refiere este requisito a la preclusión de las pruebas en general. La inoportunidad conduce a que el juez no la considere (por ej., si ocurre durante el trámite del recurso de casación). Si la confesión judicial, provocada por interrogatorio de parte o del juez, es practicada inoportunamente, será nula por tratarse de un vicio del procedimiento, como lo explicamos en el número anterior.

<sup>261</sup> GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 208; REDENTI, *Derecho procesal civil*, t. I, núm. 70; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, 1940, ps. 161-162.

### 137. Requisito especial de la confesión judicial

Para que exista confesión judicial y sea válida, es indispensable que, además de los requisitos señalados en los números 135 y 136, *se haga en un proceso o en diligencia judicial previa, es decir, a un juez en ejercicio de sus funciones*. Cuando la confesión sea espontánea tiene el carácter judicial si es dirigida a un juez, pero no es necesario que ocurra ante éste, porque no requiere la presentación personal del memorial. De lo contrario será extrajudicial.

Si la confesión tiene lugar ante un juez, en la etapa previa de conciliación, es judicial, porque aquél se encuentra en ejercicio de sus funciones. Si ante funcionario administrativo o inspector del trabajo, es extrajudicial. Si ocurre en un proceso arbitral, debidamente constituido, tiene el carácter de judicial porque los árbitros ejercen en tal caso una función jurisdiccional y lo mismo es si se confiesa en el proceso ante un juez en ejercicio del cargo o ante el jurado en el curso de un proceso penal.

Para que la confesión sea judicial no es necesario que ocurra ante el mismo juez del proceso donde se aduce como prueba.

Cuando la confesión ocurre ante un juez, espontáneamente o por interrogatorio de éste pero sin que se encuentre en ejercicio de sus funciones, es extrajudicial (véase núm. anterior, punto 11)<sup>262</sup>.

No es correcto exigir también que el juez a quien se haga la confesión sea competente para el proceso al cual se lleve como prueba en razón de la naturaleza de la causa; este requisito no se justifica porque lo que le da el carácter de judicial o en diligencia es el hecho de que ocurra en un proceso judicial o en diligencia judicial previa<sup>263</sup>.

Por lo tanto, la confesión hecha en un proceso tramitado ante otra jurisdicción (como la penal, si se traslada a un proceso civil o laboral) tiene valor de confesión judicial<sup>264</sup>. La hecha ante funcionario de policía

<sup>262</sup> SCARDACCIONE, *Le prove*, ed. cit., p. 306; GENTILE, *La prova civile*, ed. cit., p. 483; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 435.

<sup>263</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 403 bis, 428 y 437-441; RICCI, ob. cit., t. II, núm. 235; SCARDACCIONE, ob. cit., núm. 114; GENTILE, ob. cit., p. 482; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 361.

<sup>264</sup> ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, 1967, p. 238.

ordinaria o judicial tiene en los procesos civiles, penales, etcétera, valor de extrajudicial.

La declaración judicial de un testigo puede considerarse como confesión judicial en otro proceso, si es parte en éste y es perjudicial al mismo o favorable a su contraparte. Y la confesión judicial se convierte en testimonio de tercero si se aduce en otro proceso en que el confesante no es parte.

137.a) Existen CPC que se apartan de la tesis sostenida por el autor. Así COS, 248, exige que la confesión se haga ante juez *competente* para poder ser estimada "judicial".

Similarmente, ECU, 125, establece que "para que la confesión constituya prueba plena es necesario que sea rendida ante juez competente..."

Por lo contrario, PER, 379, norma que "es válida la confesión expresa prestada ante *cualquier* juez del fuero común, aunque sea declarado incompetente".

### 138. Confesión, admisión y reconocimiento o allanamiento. Sus analogías y diferencias

a) *Noción de admisión y sus diferencias con la confesión.* Hay *admisión* cuando en un proceso contencioso una parte acepta como cierto uno o varios hechos determinados que han sido alegados por el adversario<sup>265</sup>. Generalmente la admisión se produce en la contestación a la demanda o a las excepciones previas; pero puede ocurrir en una oportunidad posterior, por ejemplo, en el alegato de conclusión o en otro memorial, lo mismo que la confesión.

Existe *admisión tácita o implícita* cuando falta la discusión de un hecho alegado por la parte contraria, si la ley otorga ese efecto al silencio o a la ausencia de oposición<sup>266</sup>. Consideramos que en cuanto a los requisitos necesarios para su existencia, los únicos elementos diferenciales entre admisión y confesión judicial son cuatro: 1º) en la

<sup>265</sup> PRIETO CASTRO, ob. cit., *Parte primera*, p. 400; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 3; CASTRO MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, Bilbao, 1961, núm. 136, ps. 547-557.

<sup>266</sup> BELLO LOZANO, Humberto, *Pruebas*, Caracas, 1966, ps. 18 y 21.

admisión el hecho debe haber sido alegado previamente por la contraparte, lo cual no ocurre en la confesión; 2º) la admisión debe ser siempre espontánea, al paso que la confesión puede ser también provocada mediante un interrogatorio del juez o de la parte contraria; 3º) las consecuencias de la admisión pueden ser favorables o desfavorables al admitente (lo primero cuando el hecho resulte adverso a las pretensiones o excepciones de la parte contraria que lo había alegado), mientras que en la confesión esa consecuencia es siempre adversa al confesante en cuanto favorece a su contraparte; 4º) la admisión sólo puede ocurrir en el proceso y la confesión puede ser también extra-procesal.

El Código de Procedimiento Civil colombiano le da a la admisión de hechos el valor de confesión.

b) *Noción de reconocimiento o allanamiento, diferencias con la confesión y la admisión.* Para que esta noción tenga entidad propia y diferente de la admisión es indispensable limitarla a la aceptación total o parcial de las pretensiones del actor por el demandado o de las excepciones de éste por aquél, es decir, al allanamiento o la adhesión a aquéllas o éstas (la doctrina por lo general habla de reconocimiento en relación con la demanda<sup>267</sup>, pero creemos que es igual el caso cuando el demandante acepta total o parcialmente las del demandado, porque entonces adhiere o se allana a éstas).

Vale decir que el reconocimiento es, en definitiva, una admisión general de los hechos que fundamentan las pretensiones o excepciones, que conlleven su adhesión o allanamiento, bien sea en su totalidad o parcialmente.

Entre la confesión y el reconocimiento podemos señalar estas cuatro diferencias importantes<sup>268</sup>:

- 1º) La confesión no implica necesariamente la intención de asumir las consecuencias desfavorables que del acto pueden sobrevenir al confesante y de beneficiar con ellas a la otra parte, intención que bien puede faltar, sin que por eso deje de existir y ser

<sup>267</sup> CARNELUTTI, ob. cit., núm. 29; DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 454.

<sup>268</sup> CARNELUTTI, ob. cit., nota 251, núm. 29, de la 2ª ed. de la misma obra, y *Studi di diritto processuale civile*, t. III, p. 307; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 378, p. 395.

válida (véase núm. 134, punto 7); en cambio, el reconocimiento es la manifestación clara de que se aceptan esas consecuencias contenidas en las pretensiones o excepciones reconocidas.

- 2<sup>a</sup>) La confesión de uno o varios hechos favorables al confesante no impide que éste discuta o niegue la pretensión o excepción de su adversario que los tenga como fundamento, mientras que el reconocimiento implica necesariamente la renuncia a discutir las pretensiones o excepciones del adversario, o al menos algunas de éstas cuando es apenas parcial, por cuanto hay una adhesión expresa a ellas.
- 3<sup>a</sup>) El reconocimiento implica la afirmación previa de los hechos por la contraparte y la confesión no.
- 4<sup>a</sup>) El reconocimiento se refiere siempre al *conjunto* de hechos que fundamentan la pretensión o excepción y la confesión puede recaer sobre uno de tales hechos.

*En dos aspectos se semejan la confesión y el reconocimiento:* 1<sup>o</sup>) en cuanto a los requisitos para su validez y eficacia, y 2<sup>o</sup>) en cuanto exigen que los hechos sobre que versan sean desfavorables a su autor o favorables al contrario.

*Entre el reconocimiento y la admisión existen estas diferencias:* 1<sup>o</sup>) el reconocimiento implica necesariamente la intención de asumir las consecuencias del acto, lo cual puede suceder o no en la admisión; 2<sup>o</sup>) el reconocimiento es siempre desfavorable a quien lo hace o favorable al adversario, mientras que la admisión puede ser favorable al admitente; 3<sup>o</sup>) el reconocimiento se refiere siempre a las pretensiones o excepciones del contrario, aun cuando implica aceptar los hechos en que se fundamentan, y la admisión recae sobre ciertos hechos alegados por la otra parte con prescindencia de sus efectos jurídicos; 4<sup>o</sup>) es posible que quien admite un hecho discuta o niegue el derecho o la excepción que del mismo pretende deducir su contraparte, al paso que quien reconoce una pretensión o excepción no puede luego discutirla o negarla porque la ha aceptado expresamente.

En el procedimiento civil, cuando la admisión y el reconocimiento o allanamiento ocurren en la contestación a la demanda o las excepciones previas, se consideran confesiones espontáneas, aun cuando pro-

vengan del apoderado sin mandato especial, y lo mismo ocurre cuando se hacen en una ocasión posterior, si es acto procesal de la parte o de apoderado con facultad expresa para ello. Cuando el demandado no se opone oportunamente a la demanda en ciertos procesos en que la ley procesal ordena dictar sentencia favorable al demandado si no ocurre la oposición oportuna, se considera que existe reconocimiento implícito de las pretensiones y consiguiente admisión implícita de sus hechos, con el mismo valor de confesión. Es ésta una razón para que se cumpla la carga de contestar la demanda, porque su incumplimiento trae consecuencias desfavorables.

### 139. Naturaleza jurídica de la confesión

Aunque mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la confesión, sin embargo hasta el presente no existe sobre ella acuerdo en la doctrina. El concepto que se tenga respecto al *animus confitendi* como requisito para la existencia de la confesión (véase núm. 134.7) influye decisivamente sobre este punto.

#### a) *Diversas teorías*

*1ª tesis*) No han faltado quienes consideran la confesión como declaración de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial, de derecho privado, como consecuencia de exigir para la existencia de la confesión, que tenga el *animus confitendi*, entendido como renuncia al derecho sustancial<sup>269</sup>. Pero ni la confesión es un contrato, ni para su eficacia se requiere la aceptación de ella por el adversario; por otra parte, la confesión prueba el derecho, pero no lo crea ni modifica y tampoco lo extingue<sup>270</sup>, pues es un instrumento para la convicción del juez sobre los hechos del proceso, y por tanto su naturaleza es procesal y de derecho público. Asignarle una naturaleza sustancial, de derecho

<sup>269</sup> GOSSIN, en *Sirey, Recueil general*, XXXIII, 1833, 11, ps. 138 a 146; PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, 1883, ps. 111 y 117-118; MATTIROLO, *Trattato*, 5ª ed., t. II, núm. 716; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núms. 234-235; MESSINA, *Contributo a la dottrina della confessione*, en *Scritti giuridici*, Milano, 1948, t. III, ps. 51-52.

<sup>270</sup> PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, núm. 3, ps. 13-18; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. II, p. 150.

vengan del apoderado sin mandato especial, y lo mismo ocurre cuando se hacen en una ocasión posterior, si es acto procesal de la parte o de apoderado con facultad expresa para ello. Cuando el demandado no se opone oportunamente a la demanda en ciertos procesos en que la ley procesal ordena dictar sentencia favorable al demandado si no ocurre la oposición oportuna, se considera que existe reconocimiento implícito de las pretensiones y consiguiente admisión implícita de sus hechos, con el mismo valor de confesión. Es ésta una razón para que se cumpla la carga de contestar la demanda, porque su incumplimiento trae consecuencias desfavorables.

### 139. Naturaleza jurídica de la confesión

Aunque mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la confesión, sin embargo hasta el presente no existe sobre ella acuerdo en la doctrina. El concepto que se tenga respecto al *animus confitendi* como requisito para la existencia de la confesión (véase núm. 134.7) influye decisivamente sobre este punto.

#### a) *Diversas teorías*

*1ª tesis*) No han faltado quienes consideran la confesión como declaración de voluntad, de naturaleza sustancial y negocial, de derecho privado, como consecuencia de exigir para la existencia de la confesión, que tenga el *animus confitendi*, entendido como renuncia al derecho sustancial<sup>269</sup>. Pero ni la confesión es un contrato, ni para su eficacia se requiere la aceptación de ella por el adversario; por otra parte, la confesión prueba el derecho, pero no lo crea ni modifica y tampoco lo extingue<sup>270</sup>, pues es un instrumento para la convicción del juez sobre los hechos del proceso, y por tanto su naturaleza es procesal y de derecho público. Asignarle una naturaleza sustancial, de derecho

<sup>269</sup> GOSSIN, en *Sirey, Recueil general*, XXXIII, 1833, 11, ps. 138 a 146; PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, 1883, ps. 111 y 117-118; MATTIROLO, *Trattato*, 5ª ed., t. II, núm. 716; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núms. 234-235; MESSINA, *Contributo a la dottrina della confessione*, en *Scritti giuridici*, Milano, 1948, t. III, ps. 51-52.

<sup>270</sup> PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, núm. 3, ps. 13-18; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. II, p. 150.

privado, es desconocer su función, su valor y sus efectos. No se mejora esta teoría porque se le reconozca a la confesión el carácter de declaración unilateral, pero asignándole naturaleza sustancial y negocial de derecho privado<sup>271</sup>.

2ª tesis) Algunos la consideran como un acto de voluntad y, por lo tanto, negocio, pero de naturaleza procesal<sup>272</sup>. Sólo se diferencia esta tesis de la anterior en que le asigna a la confesión una naturaleza procesal y no sustancial, lo cual constituye un progreso hacia la adecuada explicación de su naturaleza, pero le son aplicables las críticas expuestas contra la pretendida naturaleza de acto de voluntad y de negocio jurídico.

Algunos consideran que no existe oposición entre el carácter de negocio procesal y de medio de prueba. Es la tesis adoptada por Carnelutti y acogida por Couture<sup>273</sup>, pero creemos que ese doble carácter encierra una contradicción evidente, porque el efecto o valor probatorio de todo medio de prueba emana de la ley (si rige la tarifa legal) o del libre criterio del juez, no de la voluntad de quien suministra la prueba, sea documento, testimonio o confesión. Por último, esta tesis implica exigir el *animus confitendi* para la existencia de la confesión, como intención de suministrarle la prueba a la parte contraria. Nos remitimos a la refutación que de este concepto hicimos (véase núm. 134, punto 7).

3ª tesis) Ciertos autores la consideran de naturaleza sustancial pero no negocial, y le reconocen el carácter de medio de prueba<sup>274</sup>. La eliminación del concepto de negocio jurídico en el acto confesorio y el reconocerle simultáneamente el carácter de medio de prueba, representa un notable progreso en el camino de estructurar correctamente

<sup>271</sup> GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, p. 130; COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, ps. 87-90; PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, p. 297.

<sup>272</sup> GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, núm. 22, ps. 258-261.

<sup>273</sup> CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. 8, nota 56, y núm. 28; COUTURE, *Estudios*, t. II, ps. 275, 284-286.

<sup>274</sup> MATTIROLO, *Trattato*, t. II, p. 621; GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., p. 150; PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, ed. cit., especialmente núms. 22 a 30.

la noción jurídica de confesión. Pero al asignarle una naturaleza sustancial y no procesal, se incurre en uno de los errores en que inciden las dos primeras tesis.

4ª tesis) Algunos le reconocen a la confesión naturaleza procesal no negociada, pero niegan que sea un medio de prueba. En el primer aspecto representa otro notable avance en la doctrina moderna sobre la confesión; su defecto consiste en negar que la confesión sea un medio de prueba<sup>275</sup> y en el fondo se le asigna el carácter de presunción legal, al otorgarle el efecto de exonerar al contrario de la carga de la prueba, por lo cual le son aplicables las críticas formuladas a la tesis anterior. Como observa Lessona, se incurre en el error de considerar que sólo es prueba la que proviene de la parte que la invoca, lo cual, agregamos nosotros, significa desconocer los principios generales de la comunidad y la unidad de la prueba.

5ª tesis) Una más avanzada considera la confesión como una declaración de verdad, de naturaleza procesal y un medio de prueba. Al asignarle el carácter de declaración de verdad, se niega que sea un acto de voluntad que persiga necesariamente producir determinado efecto jurídico y que sea un negocio jurídico sustancial o procesal y se le asigna como única función la de comunicarle al juez la verdad de los hechos, como un acto puramente procesal, declarativo y no dispositivo<sup>276</sup>.

Esta teoría constituye un gran progreso en la evolución del concepto de confesión y con ella se eliminan los defectos e inconvenientes de las anteriores. Pero al otorgarle carácter de declaración de verdad, deja sin explicar los numerosos casos en que puede no corresponder a la verdad por error o dolo; además, equivale en el fondo a darle el efecto de una presunción de verdad, lo que está muy lejos de corresponder a su genuina naturaleza.

6ª tesis) La correcta, que considera la confesión como una declara-

<sup>275</sup> REDENTI, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1951, t. I, núm. 79; PRIETO CASTRO, *Estudios y comentarios*, Madrid, 1950, t. I, ps. 199-204, pero modificó su criterio en *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, Parte primera, núm. 288, p. 448.

<sup>276</sup> CANSTEIN, BÜLOW y WITTMACK, cita de SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 153-155; PANTANO, *La confesión en derecho romano*, en *Archivo jurídico*, II, ps. 113-123; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. I, núm. 347, p. 556; LUBRY y RAU, *Cours de droit civil*, París, 1922, VI, p. 253; BORSARI y ZACHARIE, citas de LESSONA, ob. cit., t. I, núms. 373 y 402; CHIOVENDA, *Principios*, t. II, núm. 61, e *Instituciones*, t. II, núm. 57, eds. cit.

ración de ciencia o conocimiento, de naturaleza procesal y un medio de prueba. Esta tesis conserva los progresos obtenidos con la anterior y únicamente se separa de ella en que sostiene que la confesión es una simple declaración de ciencia o conocimiento, como la del testigo, y no una declaración de verdad. Es ésta, sin duda, la tesis que goza de mayor aceptación en la doctrina procesal moderna<sup>277</sup>.

#### b) *Nuestra opinión*

Ya la hemos expuesto en gran parte al rechazar las cinco primeras tesis. Acogemos la última, porque es la única que entiende correctamente la naturaleza jurídica de la confesión.

Muy especial es el caso de la confesión extrajudicial que ocurre fuera del proceso y de diligencia judicial extraprocesal, en conversaciones o documentos; es similar al de documento extraprocesal que no se requiere para la existencia o validez de un acto sustancial: ambos son actos extraprocesales, pero no sustanciales.

La confesión judicial es una simple declaración de ciencia, como la del testigo. La distinguimos del testimonio, en cuanto al objeto de la declaración y a la posición procesal del declarante: la confesión es un acto de parte y recae siempre sobre un hecho perjudicial a ésta o favorable al contrario; el testimonio es obra de un tercero (procesalmente considerado) y el hecho puede serle indiferente, favorable o perjudicial.

### 140. **Nuestras definiciones de confesión en general y de confesión judicial en particular**

Conocida la naturaleza de la confesión y los requisitos para su existencia, validez y eficacia, podemos dar la siguiente definición:

<sup>277</sup> Entre otros: ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, ed. cit., p. 426; *Il giuramento della parte*, ed. cit., p. 233; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, ps. 261 y 267, y *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, núms. 36-37; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, t. I, núm. 368, y t. II, núm. 366, ps. 69-70; SCARDACCIONE, Aurelio, *Le prove*, Torino, 1965, núm. 106, p. 200; CARNELUTTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, t. I, ps. 59-61; SICARD, Jean, *La preuve en justice*, París, 1960, ps. 185-187; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, p. 160; GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. 1962, ps. 359-569.

*Confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del actor, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el reconocimiento de otros hechos, perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso.*

Hay requisitos para la validez y eficacia de la confesión, que no los incluimos en la definición anterior, porque su ausencia no impide que exista el acto.

*Es confesión judicial la que se hace a un juez en ejercicio de sus funciones, sea en el curso del proceso o en otro proceso o en diligencias previas.*

#### **141. Qué se entiende por confesión extrajudicial**

*Confesión extrajudicial es la hecha en otra oportunidad o ante distintas personas.*

#### **142. Distintas clases de confesiones**

De lo expuesto en los números anteriores se deduce que hay diversas clases de confesiones:

- a) Judiciales y extrajudiciales;
- b) espontáneas y provocadas (aquéllas cuando surgen por iniciativa voluntaria del confesante y éstas cuando se obtienen mediante su interrogatorio);
- c) escritas u orales, según el medio de expresión utilizado;
- d) preconstituidas o constituidas, según que estén o no debidamente comprobadas antes del proceso en que se aducen como prueba;
- e) documentales e indocumentales, entendiéndose por las primeras las que constan en documentos públicos o privados, en cuyo caso pierden su naturaleza propia de confesión y adquieren la de prueba documental;
- f) expresas o fictas; éstas cuando se declara confeso a quien,

citado a interrogatorio, no concurre (la no oposición a la demanda en ciertos procesos, como el de restitución de tenencia, cuando el demandante acompañó prueba documental siquiera sumaria, es un reconocimiento tácito de la pretensión, véase núm. 138).

### 143. Sujetos del acto confesorio

La confesión, como todo acto jurídico, tiene sus sujetos. Con un criterio amplio puede decirse que es *sujeto activo* de la confesión quien la hace, y ya sabemos que debe ser parte, en sentido formal, en el proceso en que tiene lugar o es aducida como prueba.

Desde otro punto de vista, puede decirse que la parte o el juez que la provoca mediante el interrogatorio es el *sujeto promotor* de la prueba<sup>278</sup>.

No existen propiamente sujetos pasivos de ninguna prueba, porque en uno u otro sentido todos son sujetos activos de ella (véase núm. 47).

*Sujeto destinatario* de la confesión es el juez, pues a él está dirigida, si es judicial, y es él quien debe incorporarla al proceso, admitiéndola como prueba, si es extrajudicial. *Sujeto ordenador, admitente, receptor, asumidor y evaluador* es también, y en todos los casos, el juez.

*Sujeto contradictor* de la confesión es el propio confesante, cuando tiene interés jurídico en discutir su validez y eficacia probatoria.

### 144. La disponibilidad de la confesión o su provocación

Se entiende por disponibilidad o provocación de la confesión la facultad procesal que cada parte y el juez tienen de provocar la declaración de la parte contraria, como medio de prueba, mediante interrogatorio formal o informal, en un proceso determinado.

No se trata de un derecho de quien provoca la confesión, ni de una obligación o un deber de la parte llamada a declarar, sino de una *facultad* de aquélla y una *carga* de ésta de triple contenido: de comparecer, de declarar y de contestar sin evasivas.

En materia penal, el interrogatorio del sindicado o imputado, en

<sup>278</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. 1962, p. 360.

la indagatoria, es considerado hoy como un derecho de éste y una diligencia en su favor, para darle oportunidad de formular sus descargos y explicaciones; pero puede ser fuente de confesiones<sup>279</sup>.

#### **145. Fundamento o razón de ser del valor probatorio de la confesión**

La confesión es una declaración de ciencia o conocimiento, de naturaleza similar al testimonio, no obstante las diferencias que entre ellos existen, en cuanto al sentido, alcance, objeto y requisitos del acto. En ambas pruebas, la justicia se basa en la credibilidad del testimonio humano, cuando reúne ciertos requisitos; pero en la confesión esa credibilidad resulta más lógica y tiene poderosas razones psicológicas y morales a su favor, porque se trata de aceptar hechos jurídicamente desfavorables. Pero hay también una razón jurídica para darle eficacia probatoria en materia civil y laboral: la disponibilidad del derecho radicado en el hecho que se confiesa y la capacidad del confesante para disponer del mismo<sup>280</sup>; en lo penal no existe esta razón porque se trataría del derecho a la libertad, o a la vida cuando existe pena de muerte, por lo cual no prueba el delito por sí sola. Sin embargo, no se debe exagerar su valor en lo civil y laboral, pues hay también confesiones falsas o fraudulentas, y debe examinarse la verosimilitud del hecho (véase núm. 136).

#### **146. Valor probatorio de la confesión judicial y extrajudicial**

Es regla de sana crítica otorgarle a la confesión judicial un valor probatorio superior al de la extrajudicial, con fundamento en que hay mayor certeza de su ocurrencia y más seguridad de su seriedad, en que suele ser más terminante, en que hay más posibilidad de que el confesante conozca los efectos jurídicos perjudiciales que de ella pueden sobrevenirle y más inmediación para que el juez asuma directamente la prueba.

Pero esto no significa que en circunstancias especiales, en procesos

<sup>279</sup> CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. IV, núm. 1126, y t. VI, núm. 1497.

<sup>280</sup> COUTURE, *Estudios*, ed. cit., t. II, p. 285; véanse citas en el núm. 136.

civiles y laborales, el juez no pueda reconocerle valor de plena prueba a la segunda, si no le quedan dudas acerca de ella y del hecho confesado; los modernos códigos de procedimiento dejan al juez en libertad para apreciar, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el mérito de convicción que le ofrezca esa confesión, de manera que puede aceptarla como plena prueba si tiene certeza de que ocurrió, de su contenido y de su veracidad, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se produjo, la seriedad de ella, la conducencia legal para probar el hecho y la ausencia de otras pruebas que la contradigan o desvirtúen.

En lo penal, la extrajudicial vale sólo como indicio.

Cuando la confesión extrajudicial consta en documento, tiene el valor que a éste le corresponde. Si se prueba por confesión judicial (es decir, si en ésta se acepta haber hecho aquélla), tiene el valor de la segunda.

El valor que la ley le asigna generalmente a la confesión judicial es diferente en el proceso civil y en el penal. En el segundo se desconfía de ella y no es suficiente para condenar al confesante, pues se exige que por otros medios aparezca demostrado el cuerpo del delito y que no resulte desvirtuada por el conjunto de pruebas reunidas por el juez. En lo civil se le ha otorgado un valor absoluto al considerarla como "la reina de las pruebas" o la prueba por excelencia o *probatio probatissima*<sup>281</sup>; sin embargo, existe actualmente la tendencia a disminuir su fuerza probatoria, para someterla al examen riguroso de su contenido en armonía con el de las otras pruebas del proceso y darle al juez libertad para valorarla, y en todo caso, debe reunir numerosos requisitos para su eficacia (véase núm. 136).

La confesión judicial y la extrajudicial no representan una inversión de la carga de probar, ni relevan de ella sino que, sencillamente, con ella la parte contraria satisface la carga de probar ese hecho, que le correspondía por servir de fundamento a su pretensión o excepción (véase núm. 107).

<sup>281</sup> RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núm. 233; BONNIER, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., núm. 345.

La confesión extrajudicial documentada adquiere la naturaleza de documento y el mérito de éste.

146)a. No todos los CPC otorgan al juez la amplia facultad evaluativa que consagra COL respecto de todos los medios de prueba, confesión incluida.

ARG (NAC, 423) establece que "La confesión judicial *expresa* constituirá *plena prueba*, salvo cuando:

"1º) Dicho medio de prueba estuviere excluido por la ley respecto de los hechos que constituyen el objeto del juicio, o incidiere sobre derechos que el confesante no puede renunciar o transigir válidamente.

"2º) Recayere sobre hechos cuya investigación prohíba la ley.

"3º) Se opusiere a las constancias de instrumentos fehacientes de fecha anterior, agregados al expediente". Texto idéntico en ARG (BUE, 422) y BOL, 409.

Más amplio en las salvedades, ARG (SFE, 166) agrega: "cuando sea [la confesión] prestada por quien no tiene plena capacidad para realizar los hechos sobre que versa" y "cuando se pruebe de un modo indudable que ha sido el resultado de un error"; en esta última tesis, CBA, 236; ECU, 142, también quita valor probatorio a la "confesión prestada por fuerza o dolo, la que es contra la naturaleza y a la que recae sobre hechos falsos".

También hace plena prueba en BRA, 351; GUA, 139; PER, 378, y URU, 434. Ídem en ESP, 580, cuando el juramento es decisivo. Referente al articulante o ponente de la prueba, y como es obvio, MEX, 325, establece que se lo tendrá por confeso respecto de los hechos propios que afirmare en las posiciones. Similarmente, COS, 249.

En cuanto a la confesión ficta o presunta, se produce: 1) cuando sin justa causa no comparece el absolvente; 2) cuando se niega a declarar, y 3) cuando al hacerlo insiste en no responder afirmativa o negativamente, haciéndolo con evasivas a pesar de la amonestación en tal sentido que efectúe el juez.

Su valor probatorio es igual al de la confesión expresa en ARG (NAC, 417; BUE, 415; CBA, 225; SFE, 168, salvo cuando fuera opuesta al contenido de documentos fehacientes de fecha anterior); BOL, 424; COS, 264; CHI, 400; MEX, 322; PER, 373; VEN, 298.

Diferente valor otorga COL, 210: “La no comparecencia del citado a la audiencia o a su continuación, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los que versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. De la misma manera se procederá cuando el compareciente incurra en renuencia a responder o dé respuestas evasivas. La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca. Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada”.

En cuanto a la *confesión extrajudicial*, BOL, 426, establece: “La confesión extrajudicial, hecha al interesado o a quien legalmente lo representare, surtirá el mismo efecto que la judicial, en los casos en que fuere admisible la prueba de testigos. Hecha a un tercero, constituirá fuente de presunción simple”. ARG: NAC, 425; BUE, 423, refieren mismo valor probatorio, hecha tanto por escrito como verbalmente, pero excluyen la testimonial en caso de no haber principio de prueba por escrito. Similarmente, ARG (CBA, 239) y PAR, 139.

BRA, 353, otorga misma eficacia que la judicial cuando la confesión se ha hecho por escrito a la parte o su representante; si hecha a un tercero o contenida en testamento, es de libre apreciación por el juez. Efectuada verbalmente, sólo tiene eficacia en los casos en los cuales la ley no exija prueba escrita.

Por último, CHI, 398, establece: “La confesión extrajudicial es sólo base de presunción judicial y no se tomará en cuenta, si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos. La confesión extrajudicial que se haya prestado a presencia de la parte que la invoca, o ante el juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados. La misma regla se aplicará a la confesión prestada en otro juicio diverso; pero si éste se ha seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así”.

### 147. Confesiones contradictorias orales o en documentos públicos o privados

Si se trata de varias confesiones extrajudiciales y orales, la prueba que de ellas se aporte puede ser factor definitivo para su valoración y, por lo tanto, para que el juez decida cuál de ellas prefiere. En efecto, si una de tales confesiones no aparece suficientemente probada o el juez no adquiere la certeza del hecho mismo de su ocurrencia, al paso que la existencia de otra no le deja duda alguna, lógica y obviamente debe preferir la segunda, sin que interese entonces examinar cuál es más favorable al confesante. Si ninguna está suficientemente probada, lo pertinente es rechazarla. En cambio, si ambas aparecen plenamente demostradas, los hechos o circunstancias en que concuerden adquirirán mayor verosimilitud, y respecto de los discordantes es apenas natural que se prefiera la que favorezca más a la parte contraria o perjudique más al confesante, siempre que esa confesión goce de los requisitos propios para su validez y eficacia<sup>282</sup>; el juez debe considerar probado el hecho más perjudicial, porque lo declarado por esa parte en otra oportunidad no puede alterar su valor probatorio desfavorable<sup>283</sup>.

Queda por examinar el problema de la contradicción entre lo confesado en documento extrajudicial y la confesión judicial o extrajudicial verbal posterior, o entre dos confesiones documentales.

Es una regla obvia de sana crítica que las confesiones contenidas en documentos tienen el valor probatorio propio de éstos. Si las dos confesiones extrajudiciales están contenidas en documentos de igual mérito probatorio entre las partes, prevalece la más desfavorable al confesante, por las razones acabadas de exponer respecto a las varias confesiones judiciales. Por este aspecto, el documento privado auténtico tiene el mismo mérito, entre partes, que el público, por lo cual aquél prueba contra lo dicho en éste, en caso de simulación; pero si uno de los documentos es auténtico y no se puede probar la autenticidad del otro, ni resulta presumida, la confesión contenida en aquél prevalece, sea o no menos perjudicial al confesante. Respecto de terceros, prevalece sobre el documento privado lo dicho en la escritura pública,

<sup>282</sup> ROCHA, Antonio, *Derecho probatorio*, Bogotá, ed. rosarista, 1962, p. 157.

<sup>283</sup> ROCHA, *Derecho probatorio*, Bogotá, ed. rosarista, 1962, p. 157.

por obvias razones de seguridad y de defensa del comercio jurídico (véase núm. 192).

Cuando se pretenda probar en contrario de una confesión documental, ya no se trata de revocarla, ni de retracto, sino que es suficiente probar la falsedad objetiva del hecho como en la simulación, y el problema se reduce a determinar cuál es la clase de prueba apta para ello según veremos en los números 191, 192 y 278.

Cuando existen confesiones de las dos partes y de igual mérito, que se desvirtúan entre sí, ambas quedan sin valor probatorio y se debe aplicar el principio de la carga de la prueba, prescindiendo de ellas.

Observamos, por último, que la confesión sirve de prueba entre las partes para desvirtuar lo favorable al confesante que se haya dicho en documentos públicos o privados; pero no sirve para probar el acto que deba sustituir al que se hizo figurar en el documento, cuando aquél por naturaleza exige, para su validez o *ad solemnitatem*, un documento privado o una escritura pública.

#### **148. La confesión y el estado civil de las personas**

El estado civil de las personas se constituye por hechos jurídicos (como la concepción, el nacimiento y la muerte) o actos jurídicos (como el matrimonio y la adopción) y no mediante el simple reconocimiento de las partes interesadas (con la excepción del reconocimiento de los hijos extramatrimoniales), motivo por el cual, por regla general, la confesión no es medio conducente o idóneo para establecerlo, cuando la ley exige cierta solemnidad como el matrimonio para la filiación legítima.

Sin embargo son innumerables los hechos y las circunstancias relacionadas con el estado civil, que puede probarse suficientemente con la confesión (como el trato, la fama, la educación, el uso del nombre, para los efectos de la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo o extramatrimonial, o de cónyuges, las relaciones sexuales del presunto padre con la madre del hijo extramatrimonial o del hijo que goza de presunción legal de ser legítimo si aquél lo impugna). Con mayor razón sirve la confesión para reforzar la prueba de testimonios e indicios.

La confesión sobre esos hechos que no constituyen por sí mismos el estado civil, sino que sirven de supuestos para la aplicación por el juez de la norma jurídica que los determina (como la embriaguez habitual, el incumplimiento de los deberes del cónyuge, el abandono del hogar, el adulterio de la mujer o el amancebamiento del marido, los ultrajes o el trato cruel en procesos de divorcio o separación de bienes), es válida y tiene eficacia probatoria, salvo norma legal expresa en contrario. Precisamente en Colombia existía esa norma en contrario para excluir el mérito pleno de la confesión como prueba por sí sola de hechos (como los mencionados) que constituyesen causal de divorcio vincular, a partir de la vigencia de la ley 1ª de 1976, artículo 6º, en razón de que no se admitía el divorcio por el simple mutuo consentimiento; actualmente está modificada por la ley 25 de 1992.

#### **149. La prueba de la confesión, prueba de la prueba**

Es necesario que la confesión “se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada”, lo cual es obvio. Puede probarse con testimonios en todos los casos, variando únicamente su *eficacia probatoria* en dos hipótesis: si tal hecho no es susceptible de prueba testimonial, por ser un acto solemne, la confesión extrajudicial que se acredite sólo por ese medio podrá tener únicamente el valor de indicio; pero si el hecho confesado es demostrable por testimonios, la confesión probada con éstos tendría el valor que el juez le asigne, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, que puede ser hasta de plena prueba.

La confesión judicial se prueba con el memorial donde está contenida, si es espontánea, o con el acta de la diligencia respectiva que lleve la firma del juez y del secretario. Los antiguos decían que la confesión judicial es *probatio probata*, para dar a entender que se prueba por sí sola, y que, en cambio, la extrajudicial es *probatio probanda* porque requiere prueba<sup>284</sup>. Pero la judicial trasladada debe probarse con la respectiva copia.

<sup>284</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 453, p. 466; REDENTI, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, núm. 79, p. 286.

### 150. Apreciación de la confesión por el juez

La apreciación de la confesión tiene un triple aspecto: 1) determinar si existe confesión válida y si es judicial o extrajudicial; 2) determinar el contenido de la confesión, o sea cuáles son los hechos confesados, y 3) asignarle el mérito probatorio como instrumento de convicción respecto a la existencia o inexistencia de tales hechos.

En el segundo punto se incluye el problema de la indivisibilidad de la confesión, que estudiaremos en el número siguiente.

En derecho contemporáneo no se justifica mantener la tarifa legal rigurosa para este medio de prueba, sino que debe dejarse al juez en libertad para reconocerle pleno valor si las circunstancias en que ocurre y el examen general de las pruebas así lo justifican, o para otorgarle un mérito relativo, en el caso contrario. En el proceso penal con mayor razón el juez goza de total libertad para valorarla<sup>285</sup>; la extrajudicial sólo puede tener el mérito de indicio.

Gorphe y Altavilla aconsejan que al criticar la confesión penal, para determinar el grado de credibilidad de ésta debe tenerse en cuenta el motivo que induce al confesante a formularla y debe sospecharse de la que es consecuencia de depresión psicológica o de prolongados interrogatorios, del deseo de hacerse publicidad o de vengarse de un cómplice o, por el contrario, de encubrirlo, lo mismo que de coacciones físicas, morales o psicológicas y de autoacusación patológica, de interés o de abnegación. Estos conceptos tienen importancia también para la confesión civil y laboral. Cuando se trate de impugnarla por dolosa o fraudulenta, a petición de un tercero perjudicado, o cuando el mismo confesante la impugne por error de hecho o violencia (véase núm. 153), el examen de los motivos que la produjeron es indispensable.

A pesar de su aparente simplicidad, este medio de prueba requiere siempre un cuidadoso examen crítico y en muchas ocasiones una verdadera interpretación, que tenga en cuenta tanto lo dicho como lo callado y la actitud general del confesante, debiéndose en todos los casos confrontarla con las pruebas y con las máximas generales de la experiencia,

<sup>285</sup> GORPHE, *La apreciación de las pruebas*, ed. cit., ps. 150, 208-212, 219, 225-227 y 239; RICCI, ob. cit., t. II, núm. 234; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 395; ALTAVILLA, *Psychologie judiciaire*, Paris, 1959, ps. 28-87.

con los hechos notorios, con los conceptos lógicos que determinan si el hecho confesado es posible y, por último, con las nociones jurídicas que enseñan si es jurídicamente imposible por contrariar una presunción de derecho o una cosa juzgada o una prohibición legal para investigar el hecho o una norma que exija una prueba diferente (véase núm. 136), y, antes que todo, debe examinarse si fue hecha por persona capaz, de manera consciente y libre, con los demás requisitos necesarios para su existencia y su validez (véanse núms. 134-135). Más cuidadosa y estricta debe ser la crítica de la confesión extrajudicial cuando su prueba consiste en testimonios (véase núm. 155).

### **151. Indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte**

Uno de los problemas más interesantes y delicados que se presentan al juez, en la valoración de la confesión, consiste en determinar los efectos que deben producir las adiciones o modificaciones favorables que el confesante incluye cuando reconoce un hecho que lo perjudica.

Muchas confesiones presentan esta modalidad y por esto se suele incluir entre las clasificaciones de las confesiones la de *simples, cualificadas, complejas y compuestas*. Simples, cuando el confesante se limita a declarar el hecho que lo perjudica, por ejemplo, debo a Pedro mil pesos de plazo vencido; cualificadas, cuando se declara el hecho, pero asignándole una diferente naturaleza jurídica, por ejemplo, recibí de Pedro los mil pesos como donación y no como mutuo; complejas, cuando la parte declara el hecho perjudicial, pero con una modalidad diferente y favorable, por ejemplo, debo a Pedro mil pesos, pero pagaderos dentro de un año y no de plazo vencido; compuestas, cuando se declara el hecho, pero se alega otro favorable distinto y separado, por ejemplo, debo a Pedro mil pesos de plazo vencido, pero él me debe dos mil pesos de un servicio que le presté en otra ocasión.

¿Cómo se valoran entonces estas declaraciones de parte cualificadas, complejas y compuestas? Muchos hablan entonces de la divisibilidad o escindibilidad de la confesión, o, por el contrario, de su indivisibilidad o inescindibilidad. Por lo primero se entiende que la confesión debe probar contra el confesante en todo lo desfavorable, y

que éste debe probar lo favorable que adiciona, y por lo segundo, que se debe aceptar en su conjunto, tanto en lo desfavorable como en lo favorable. Entre estos dos extremos existen soluciones intermedias. Creemos que este lenguaje es incorrecto; es decir, no se trata de que la confesión sea parcialmente divisible, ni de que se acepte la confesión en lo favorable al confesante, sino de precisar o determinar si existe confesión y cuál es exactamente el hecho confesado: si en virtud de las adiciones o aclaraciones que se hacen el hecho deja de ser desfavorable a la parte declarante o favorable a la contraria no existe confesión, y si por virtud de tales adiciones o aclaraciones el hecho es menos desfavorable a esa parte, lo confesado es este hecho así calificado o adicionado y no se le puede tomar aislado de aquellas circunstancias. Por consiguiente, *lo divisible es la declaración de parte y no la confesión*; ésta es siempre indivisible<sup>286</sup>. Así lo consagró expresamente el título del artículo 200 del nuevo Código de Procedimiento Civil colombiano: *Indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte*, mediante ponencia nuestra.

Este principio se aplica, en el mismo sentido y con igual solución, a las admisiones de hechos alegados por la parte contraria y a las confesiones espontáneas en escritos.

a) *Diversos sistemas*. Cuatro sistemas se han aplicado al respecto:

1) *El sistema de la absoluta divisibilidad de la declaración de parte*. Consiste en otorgarle valor probatorio de confesión, con tarifa legal, a lo desfavorable de la declaración de parte, y negárselo a lo que puede favorecerla, cualquiera que sea el alcance y el sentido de este último aspecto. Este sistema es inconveniente, ilógico e injurídico<sup>287</sup>.

2) *El sistema de la absoluta indivisibilidad o inescindibilidad de la declaración de parte*. Conduce al extremo opuesto que el anterior:

<sup>286</sup> Esta tesis la sostuvimos por primera vez en el t. VI de nuestro *Tratado de derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, 1969, núm. 797, y luego en la primera edición de nuestra *Teoría general de la prueba judicial*, Zavallia, Buenos Aires, 5ª ed., 1981, núm. 168.

<sup>287</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 373; CHIOVENDA, *Principios*, Madrid, 1941, t. II, núm. 55; *Instituciones*, Madrid, 1954, t. III, núm. 279; LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 605.

se prohíbe dividir las declaraciones de las partes, cualquiera que sea su sentido, y se les asigna legalmente el mismo mérito probatorio en lo favorable que en lo desfavorable, aunque los hechos favorables al declarante sean distintos e independientes de los desfavorables. Tiene los inconvenientes de la anterior<sup>288</sup>.

3) *Sistema de la indivisibilidad relativa de la declaración de parte, con regulación legal objetiva para determinarla.* Consiste en establecer en la ley, simultáneamente, el mérito probatorio de la confesión y su relativa indivisibilidad, consagrando un criterio objetivo para apreciación del conjunto de los hechos declarados de acuerdo con su conexión y su unidad jurídica y no por el aspecto favorable o desfavorable al declarante. Es el consagrado en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil colombiano, aplicable a lo penal, laboral y contencioso-administrativo.

Este sistema tiene sobre los anteriores la ventaja de que respeta la unidad jurídica que pueda existir entre los varios hechos declarados, sin establecer una división general en favorables o desfavorables, que es contraria a dicha unidad en muchos casos. Se atiende principalmente a la conexión jurídica entre los diversos hechos, para considerarlos inescindibles cuando exista, sean o no favorables al declarante, y divisibles en la hipótesis contraria. No se divide la confesión, sino la declaración de la parte. Se determina el verdadero contenido de aquella tomando como un solo hecho confesado los varios que concurren a fijar sus características y circunstancias; pero si los hechos favorables que se agregan son independientes del hecho perjudicial que se declara, no pueden modificarlo y tienen entonces su propio valor jurídico, por lo cual deben ser probados por el declarante<sup>289</sup>.

En este sistema tiene mucha importancia la clasificación muy común de las confesiones, que mencionamos al comienzo de este número, en *simples, cualificadas, complejas y compuestas*: las tres primeras

<sup>288</sup> MATTIROLO, ob. cit., t. II, núm. 741; GENTILE, *La prova civile*, ed. cit., ps. 508-509.

<sup>289</sup> GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 373-374; MICHELI, *La carga de la prueba*, ed. cit., núms. 62-65; CHIOVENDA, *Instituciones*, ed. cit., t. III, núm. 279; *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 55; ROSENBERG, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1956, núm. 17; FURNO, Carlo, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, núm. 29; SICARD, *La preuve en justice*, París, 1960, núms. 258-259.

indivisibles y divisible la última. Pero en realidad no *existen confesiones compuestas* sino *declaraciones compuestas de parte*, es decir, que contienen unos hechos que constituyen confesión y otros que por ser favorables e independientes de aquéllos, representan simples alegaciones de parte, de diferente valor jurídico: para saber cuáles lo son, debe recurrirse al criterio de la unidad o conexión jurídica de los diversos hechos, como lo acabamos de explicar. Interpretado correctamente, sin someter al juez a una pauta legal rigurosa, este sistema resuelve los problemas que con los anteriores se presentan y evita las injusticias que con ellos pueden ocasionarse.

En este sistema hay dos grupos de autores: uno extiende la indivisibilidad de la confesión a las calificaciones o modificaciones del mismo hecho y a los hechos impeditivos contemporáneos y extintivos posteriores, sin distinguir entre éstos (Chiovenda, Furno, Sicard y la jurisprudencia francesa, Spota)<sup>290</sup>; el segundo limita esa indivisibilidad a los dos primeros y a los últimos o extintivos únicamente cuando se refieren a la misma relación jurídica, como el pago, pero no cuando es diferente, como en la compensación, la remisión y la novación (Lessona, Bonnier, Rosenberg, Micheli, Alzamora Valdez, la jurisprudencia venezolana y Bello Lozano, y en Colombia, Rocha, González Velázquez, Enrique A. Becerra y Alzate Noreña y la jurisprudencia nacional).

De manera que, según este criterio, para que sea divisible la confesión no basta que el hecho agregado sea posterior, ni que sea coetáneo y separado: es indispensable, además, que no exista una *intima conexión* con el hecho perjudicial, para que se lo considere jurídicamente distinto, porque si es un hecho posterior y separado, pero está íntimamente relacionado con el de la obligación contraída, resulta indivisible; esto ocurre con la adición de hechos impeditivos o modificativos del confesado y con el cumplimiento de la obligación adquirida (el pago en sentido genérico), pues los dos primeros son calificaciones del hecho y el último equivale a la negación del hecho desfavorable<sup>291</sup>.

<sup>290</sup> GENTILE, *La prova civile*, ed. cit., ps. 511-515. SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, ps. 297-302.

<sup>291</sup> ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 255-266; GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, *Manual práctico de la prueba civil*, Bogotá, 1951, p. 120; ALZATE NOREÑA, *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, ps. 186-197.

Ejemplos de confesión cualificada o compleja indivisible<sup>292</sup>: recibí los mil pesos en préstamo, pero con intereses del uno y no del dos por ciento mensual, o sin intereses o a un año de plazo y no a seis meses o hasta cuando ocurra tal hecho; recibí ese dinero, pero no en depósito sino en mutuo; tengo la cosa mueble, pero como dueño y no a nombre del preguntante; recibí el préstamo, pero por cinco mil pesos y no por diez mil; me obligué a entregarle solamente diez cargas de café y no quinientas; recibí el dinero, pero ya lo pagué y nada debo; adquirí la obligación, pero la cumplí; recibí la mercancía en depósito o el automóvil en préstamo, pero ya los devolví; debo pagar ese dinero, pero cuando mi demandante me entregue tal mercancía; manifesté que me obligaba a ese hecho, pero por violencia, dolo o error y no hubo contrato válido; celebré ese contrato, pero en situación de incapacidad (en los dos últimos ejemplos, el hecho agregado no es separado del que se confiesa, sino simultáneo y conexo; en cambio, el pago o cumplimiento es un hecho posterior, pero íntimamente conexo, por ser el modo natural de extinguir la obligación y consecuencia de ésta). La doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras están de acuerdo en la indivisibilidad cuando hay agregado de pago o cumplimiento.

Ejemplos de declaración compuesta divisible: cuando se acepta la deuda, pero se agrega haberle hecho donaciones a su acreedor o haberle prestado servicios en otras ocasiones (porque los últimos hechos no influyen en los primeros); cuando se acepta haber adquirido la obligación o celebrado el contrato, pero se agrega que existió una novación, o remisión, o confusión, o compensación o transacción que lo extinguió, o que ya se operó la prescripción o una condición resolutoria, o que hubo sentencia declaratoria de nulidad o rescisión, es decir, alguno de los modos de extinción de las obligaciones, distintos del pago o cumplimiento. En los últimos casos se trata de hechos distintos y separados o posteriores, y a pesar de que existe una relación jurídica medida entre ambos, ya que el segundo tiene efectos extintivos

<sup>292</sup> Véanse más amplias explicaciones en nuestro *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. VI, núm. 797, y nuestra *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1981, núm. 168.

de las obligaciones que se originan con el primero, la declaración es divisible, porque son modos anormales de extinguir la obligación confesada<sup>293</sup>.

b) *Casos en que se prescinde del hecho adicionado, no obstante su conexión jurídica inmediata.* Esto ocurre cuando esté en contradicción con una presunción o cosa juzgada o pruebas de otra clase más convincentes o un hecho notorio, o aparezca imposible física o metafísicamente. En estos casos la confesión resulta divisible<sup>294</sup>.

c) *Qué ocurre cuando existe otra prueba del hecho confesado.* La indivisibilidad de la confesión impide que se considere probado con ella el hecho que se confiesa, separado de sus adiciones o modificaciones; pero no perjudica el mérito probatorio de los otros medios que acreditan el mismo hecho sin esas adiciones, las cuales entonces debe probar el confesante. No es que se divida la confesión, sino que se prescinde totalmente de ella.

d) *La admisión es indivisible, en las mismas condiciones que la confesión, pero no el reconocimiento de la demanda o las excepciones.* La admisión se refiere a los hechos y equivale a su confesión, por lo cual se le aplica el mismo criterio. El reconocimiento, en cambio, significa aceptar la pretensión o excepción del contrario y, por consiguiente, los hechos que le sirven de presupuesto, de manera que en este caso no puede desvirtuarse la declaración por la misma parte (pero si el juez sospecha fraude o colusión, puede de oficio decretar pruebas para verificarlo y rechazar el reconocimiento si éstas lo convencen)<sup>295</sup> (véase núm. 138).

e) *La indivisibilidad de la confesión en el proceso penal.* Se ha discutido si en materias penales rige el principio de la indivisibilidad de la confesión y si tiene el mismo alcance que en el proceso civil. Pietro Ellero se decide por la tesis que excluye la indivisibilidad de

<sup>293</sup> Véanse citas anteriores y PLANIOL y RIPERT, *Tratado de derecho civil*, La Habana, 1945, t. VII, núm. 1750.

<sup>294</sup> GONZÁLEZ VELÁZQUEZ, *ob. cit.*, p. 121; Antonio ROCHA opina lo mismo: *De la prueba en derecho*, ed. 1949, ps. 81 y 85; ed. 1967, p. 270, y *Derecho probatorio*, ed. 1962-1963, ps. 154-156.

<sup>295</sup> DE PINA, Rafael, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, ps. 145-146; COUTURE, *El deber de decir la verdad en juicio civil*, Montevideo, 1938, p. 651; Corte Suprema, 12 de diciembre de 1936, t. XLV, núm. 1923, p. 10.

la confesión en lo penal. Bonnier adopta una posición intermedia, Rocha acepta la indivisibilidad de la confesión cualificada<sup>296</sup>.

Nos parece indudable que en el proceso penal común o militar rigen, quizá con mayor fuerza, las razones que en lo civil justifican la indivisibilidad de la confesión cualificada; porque es contrario a la equidad, a la lógica y al precepto constitucional que exige probarle al procesado su responsabilidad, el dividir o mutilar su declaración, para hacerle decir lo que no quiso confesar. La norma penal que exige al juez probar el cuerpo del delito por medios distintos de la confesión del sindicado, para poderle otorgar mérito probatorio a ésta, contra el mismo, significa simplemente que esa prueba no basta por sí sola para condenarlo y que debe probarse por otro medio el cuerpo del delito; pero debe aplicarse el principio de la indivisibilidad, siempre que el hecho adicional sea conexo jurídicamente con el confesado, si no existe otra prueba en su contra.

Cosa muy diferente será cuando en el proceso penal aparezcan otras pruebas, inclusive la de indicios conexos y terminantes, que descarten la agregación favorable o cuando ésta resulte evidentemente inverosímil, por ser contraria a las normas generales de la experiencia o a hechos notorios, o aparezca como imposible o contraria a una presunción legal o a una cosa juzgada; entonces el juez podrá descartar ese agregado favorable, tal como ocurre en lo civil.

Cuando en el proceso penal se alleguen otras pruebas, de cualquier naturaleza, que establezcan el hecho confesado, se prescinde de la confesión, pero no se trata de desconocer su indivisibilidad, sino de prescindir de ésta, tal como ocurre en el proceso civil (cfr. parágrafo b de este número).

151)a. La indivisibilidad de la confesión está prevista expresamente en varios CPC (ver, por ejemplo, BRA, 354).

ARG (NAC, 424; BUE, 422) establecen: "En caso de duda, la confesión deberá interpretarse en favor de quien la hace.

"La confesión es indivisible, salvo cuando:

"1º) El confesante invocare hechos impeditivos, modificativos o

<sup>296</sup> BONNIER, *Tratado de las pruebas*, Madrid, 1929, núms. 365 y 368; ROCHA, *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, t. 1, ps. 272-284.

extintivos, o absolutamente separables, independientes unos de otros.

"2º) Las circunstancias calificativas expuestas por quien confiesa fueren contrarias a una presunción legal o inverosímiles.

"3º) Las modalidades del caso hicieren procedente la divisibilidad". Idéntico texto se ve en BOL, 410.

Consagran también la indivisibilidad: ARG (CBA, 237), pero podrá dividirse en los siguientes supuestos: "1) Que comprenda hechos diversos, separados o independientes entre sí.

"2) Cuando comprendiendo hechos conexos entre sí, o que se modifiquen los unos a los otros, el absolvente produzca prueba contraria o exista una presunción de derecho contra el hecho que se alegue desfavorablemente a él", y SFE, 167, "a menos que el interesado produzca prueba concluyente de la inexistencia de los hechos con que haya sido calificada..."

CHI, 401, tiene régimen diferente: "En general, el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante. Podrá, sin embargo, dividirse: 1º) Siempre que comprenda hechos diversos enteramente desligados entre sí y 2º) Cuando, comprendiendo varios hechos ligados entre sí o que se modifiquen los unos a los otros, el contendor justifique con algún medio legal de prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado".

Por último, COI., 200, dice: "La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe. Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente".

## **152. Efectos de la confesión respecto a los litisconsortes y sucesores del confesante y a los terceros**

En lo civil, laboral y contencioso-administrativo, los efectos jurídicos probatorios de la confesión deben limitarse a la parte confesante, a sus sucesores procesales (herederos de la parte que fallece en el curso del proceso y compradores o donatarios del derecho litigioso) y a sus causahabientes a título universal o herederos y legatarios del confesante

que muere antes del proceso. Los causahabientes anteriores o posteriores a título singular del derecho o del bien perjudicado con la confesión hecha por el tradente, son terceros y contra ellos tiene el valor de simple testimonio. Es decir, la confesión no produce efectos contra terceros<sup>297</sup>.

Estos efectos son los mismos para la confesión judicial que para la extrajudicial, pero varía su mérito o valor probatorio, de acuerdo con la regulación legal que para estas dos clases de confesión exista en cada país (véase núm. 155).

La confesión de la parte prueba normalmente contra sus coadyuvantes simples, en razón de que éstos no tienen una situación procesal independiente, ni defienden un derecho sustancial autónomo, sino la pretensión o la excepción de su coadyuvante.

La confesión de una parte no tiene valor de plena prueba contra sus litisconsortes, pero puede ser apreciada por el juez como un testimonio, siempre que aquélla haya sido hecha en interrogatorio juramentado, pues siendo espontánea en un escrito u oralmente en audiencia o diligencia no puede ser considerada como testimonio por falta de aquel requisito indispensable para la validez de éste. Si el litisconsorcio es necesario, ni siquiera produce efectos de plena prueba contra el confesante, debido a que la sentencia debe ser igual para todos y la confesión no puede vincular a los demás; por lo tanto, será un simple indicio respecto del confesante y un testimonio frente a sus litisconsortes<sup>298</sup>. La espontánea sin interrogatorio juramentado será en todos los casos un simple indicio contra los demás litisconsortes.

152)a. Escasos CPC legislan el tema. COL, 196, establece: "La confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá el valor de testimonio de tercero; igual valor tendrá la que haga un litisconsorte facultativo, respecto de los demás".

BOL, 407, dice que "La confesión de un litisconsorte no perjudicará a los otros".

<sup>297</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 462.

<sup>298</sup> PONTES DE MIRANDA, *Comentarios ao Código do Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1958, t. III, p. 371; SILVA MELERO, ob. cit., t. I, ps. 165-166; ROCHA, *De la prueba en derecho*, ed. cit., p. 234; ALSINA, *Tratado de derecho procesal*, ed. cit., t. I, p. 340; CHIOVENDA, *Principios*, Madrid, 1941, t. II, p. 619; DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal*, ed. cit., p. 374.

BRA, 350, resulta notable en su contenido: "La confesión judicial hace prueba contra el confesante sin perjudicar a sus litisconsortes. En las acciones que versan sobre bienes inmuebles o derechos sobre inmuebles ajenos, la confesión de un cónyuge no valdrá *sin* la del otro".

### 153. La revocación o mejor dicho retractación de la confesión

Como dicen Carnelutti, Denti, Furno y Guasp, el término revocación es técnicamente errado, porque se basa en la doctrina, hoy completamente abandonada, que consideraba la confesión como una declaración de voluntad<sup>299</sup>.

Creemos que es mejor hablar de retracto y de retractación cuando se alega error de hecho, porque lo confesado no corresponde a la realidad; de impugnación cuando se trate de desvirtuar la eficacia probatoria de la confesión (el art. 201 del C. de P. C. colombiano la denomina infirmación), y de invalidación cuando falte alguno de los requisitos para su validez.

Quien se retracta no hace una nueva confesión, pero sí declara que la hecha no corresponde a la verdad.

Veamos ahora cuáles son los motivos para la retractación o impugnación de la confesión:

a) *El error de hecho.* Hay error de hecho siempre que recaiga sobre el hecho mismo que se confiesa y no respecto a las consecuencias jurídicas de éste o a los efectos jurídicos de la declaración; es decir, cuando de buena fe se confiesa un hecho que nunca existió o viceversa, o se le asigna una naturaleza o especie distinta de la que realmente le corresponde, o al narrarlo resulta diferente de lo que es, o se acepta una cantidad diferente de la verdadera, o se le otorga una cualidad de la que carece o se le niega otra que si le pertenece<sup>300</sup>.

Una vez probado el error esencial de hecho, la confesión debe

<sup>299</sup> GUASP, *Derecho procesal*, ed. cit., p. 374; DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, en *Studi nelle scienze giuridiche e sociale*, Pavia, 1959, núms. 12, 22-23; FURNO, *Irretrattabilità del giuramento*, en *Rivista di diritto processuale*, 1948, I, p. 174.

<sup>300</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr, *Prova judiciaria no civil e comercial*, São Paulo, 1963, t. II, núms. 169-174.

perder sus efectos probatorios, porque en el fondo no hay confesión, como lo reconocían ya los juristas romanos: *non fatetur qui errat*.

Por regla general el error de derecho, es decir, sobre los efectos jurídicos del acto o su naturaleza jurídica, no motiva la retractación de la confesión, porque no impide que el hecho sea cierto; pero si el error de derecho conduce a la confesión de una obligación que no existe o a negar la existencia de un derecho que sí se tiene, se presenta también un error de hecho en el último aspecto y, por consiguiente, aquél es apenas la causa de éste, que produce su retractación<sup>301</sup>. Por otra parte, no puede haber confesión de la validez o invalidez de una relación jurídica y la de un acto jurídico no implica la de su validez, por lo cual puede impugnarse ésta sin atacar la confesión.

b) *La falsedad objetiva del hecho, con prescindencia del error subjetivo*. La exigencia de probar el error es incompatible con la libre valoración del juez<sup>302</sup>, por lo tanto, basta probar la falsedad objetiva del hecho confesado para impugnarla.

El moderno concepto de la confesión como declaratoria de ciencia y acto consciente, lógicamente conduce a negarle todo mérito probatorio cuando se demuestre por otros medios que esa ciencia de la parte o ese conocimiento que dijo tener de los hechos es objetivamente falso, por no corresponder a la realidad. Es absurdo declarar en la sentencia como verdadero un hecho, a pesar de que en el proceso y por otros medios se le ha llevado al juez el convencimiento de su falsedad. No importa que esa falsa confesión haya sido de mala fe.

c) *Cuándo y cómo se reclama y prueba la impugnación*. No existe una fórmula especial y por ello es suficiente impugnar de cualquier manera su validez o eficacia probatoria. Todos los medios sirven para ello.

<sup>301</sup> Entre otros: GIORGI, *Obbligazioni*, t. I, núm. 397; FERRARA, BIANCHI, COVIELLO, citas de LESSONA, ob. cit., núms. 593 y 599; RICCI, *Tratado de las pruebas*, ed. cit., t. II, núms. 268-270; GENTILE, *La prova civile*, Roma, 1960, ps. 466-472; SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, núm. 111; PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, núm. 11, ps. 39-43.

<sup>302</sup> GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, ed. 1962, p. 375; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Técnica procesal*, ed. 1955, p. 507; LESSONA, *Teoría general de la prueba*, ed. cit., t. I, núm. 594; GORPHE, *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, ps. 237-238; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., t. III, p. 363.

No se trata de incidente especial y se deben utilizar los términos ordinarios de prueba en ambas instancias. Cuando en procesos civiles el conocimiento del error es posterior a la oportunidad de pedir pruebas en la primera instancia, debe permitirse la recepción y práctica de prueba en la segunda, por ser un hecho nuevo.

Cuando la confesión es compleja e indivisible, para su impugnación por error de hecho basta la prueba de la falsedad objetiva de uno de los hechos conexos con aquél, puesto que impugnado con éxito el segundo, no puede subsistir la confesión respecto del primero sin desconocer su indivisibilidad<sup>303</sup>.

d) *Caso del error motivado por un lapsus de lenguaje oral o escrito (error obstativo)*. Cuando por causa de un lapsus se confiesa un hecho que no se quiso declarar, se presenta una situación interesante. Si el hecho declarado existe o es cierto, aun cuando sea casual la coincidencia entre la realidad y la declaración, la impugnación no procede, porque falta el elemento indispensable para ella (la falsedad objetiva del hecho), en cambio, si el hecho declarado es inexistente, se presentan todos los requisitos para la impugnación, porque se traduce en un error de hecho<sup>304</sup>.

e) *Dolo de la parte contraria o de terceros*. Cuando tal dolo ocurre, se presenta una de dos situaciones: o el hecho confesado es cierto y entonces no puede afectar la validez ni la eficacia probatoria del acto, porque apenas influye en el motivo que indujo a la parte a comunicar su ciencia o conocimiento al juez, a la otra parte o a terceros (según se trate de confesión judicial o extrajudicial), o ese hecho es falso y entonces existe siempre un error de hecho cuya prueba autoriza el retracto o la simple impugnación<sup>305</sup>.

f) *Casos de confesión simulada o fraudulenta*. Su impugnación se sujeta a las reglas expuestas: si se trata de confesión juramentada,

<sup>303</sup> PANUCCIO, *La confessione stragudiziale*, Milano, 1960, ps. 41-42.

<sup>304</sup> PANUCCIO, ob. cit., ps. 43-44.

<sup>305</sup> PANUCCIO, ob. cit., p. 46; SCARDACCIONE, ob. cit., núm. 11; FURNO, *Confessione*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, t. VIII, p. 905; ANDRIOLI, *Confessione*, en *Nuoviss. dig. italiano*, Torino, 1959, IV, p. 19; BUSNELLI, *La disciplina del vizi del volere nella confessione*, en *Riv. trimestrale*, 1959, ps. 1243-1246; PESCATORE, *La logica del diritto*, ed. cit., ps. 112-113.

debe promoverse la investigación penal correspondiente. Además es ineficaz por causa ilícita<sup>306</sup>.

g) *Caso de confesión obtenida por violencia física, psicológica o moral.* Cualquier tipo de violencia debe ser considerada como motivo de invalidez de la confesión y cuando destruya totalmente la conciencia de la víctima habrá, inclusive, inexistencia jurídica del acto<sup>307</sup> (véase núm. 134, punto 7); sin embargo, algunos Códigos como el Civil italiano (art. 2732) incluyen la violencia entre los motivos que autorizan revocar la confesión.

h) *Incapacidad del confesante.* También es motivo de invalidez de la confesión la incapacidad del confesante por edad, demencia, interdicción u otra causa, porque se trata de un vicio que produce su nulidad, excepto en los casos en que la ley autoriza la del menor y cuando versa sobre cuestiones personales del quebrado o concursado ajenas a la quiebra o al concurso.

i) *Impugnación de la confesión ficta o presunta.* Es muy importante tener en cuenta que la confesión ficta o presunta (por rebeldía a comparecer para absolver interrogatorio por el juez y cuando la ley le otorga ese valor al silencio del demandado, respecto a los hechos alegados en la demanda; véase núm. 138) admite libre prueba en contrario. Esto conduce a tres consecuencias: 1<sup>a</sup>) que el factor subjetivo del error tampoco tiene aplicación en estos casos; 2<sup>a</sup>) que es suficiente la prueba de que el hecho presumido confesado no es objetivamente cierto; 3<sup>a</sup>) que no se trata de retractar o revocar la confesión, sino de desvirtuar esa presunción.

153)j. Muy pocos son los CPC que se refieren al tema.

BRA, 352, establece que "la confesión, cuando emana de error, dolo o violencia, puede ser revocada: 1) por acción anulatoria si está pendiente el proceso en el cual fue hecha; 2) por acción rescisoria, después de adquirir fuerza de cosa juzgada la sentencia, de la cual (la confesión) constituye único fundamento".

Agrega la norma que "cabe al confesante el derecho de proponer

<sup>306</sup> LESSONA, ob. cit., t. I, núm. 591; PANUCCIO, *Confessione stragiudiziale*, ed. cit., ps. 469-470; SCARDACCIONE, *Le prove*, ed. cit., ps. 296-297.

<sup>307</sup> CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. V, núm. 1223; ROSENBERG, *Carga de la prueba*, ed. cit., núm. 18.

la acción en los casos de que trata este artículo; pero una vez iniciada, pasa a sus herederos”.

ECU, 148: “la confesión judicial no podrá revocarse, si no se probare haber sido el resultado de un error de hecho”.

#### 154. El interrogatorio a las partes

Como dijimos al comienzo de este capítulo (véanse núms. 128-129), en el proceso moderno resulta anacrónico, inconveniente e injurídico el sistema formal de las posiciones como medio para el interrogatorio de las partes, por lo cual en varios países ha sido sustituido por el libre interrogatorio oficioso del juez o provocado por iniciativa del adversario (Francia, Alemania, Austria, Rusia y otros países del Este de Europa), y fue también suprimido en el Código de Procedimiento Civil colombiano (arts. 207-208) y por tanto en lo laboral y en lo contencioso-administrativo respecto al particular demandante.

La estricta regulación legal de la forma cómo las preguntas deben ser redactadas constituye una limitación absurda de una de las principales fuentes de convicción que el juez puede tener en el proceso: el conocimiento o la ciencia de las partes sobre los hechos del litigio.

a) *Naturaleza jurídica del interrogatorio.* No se trata de un medio de prueba sino de un instrumento para obtener la declaración de parte, en general, y su confesión en particular. Sólo éstas son pruebas.

b) *Debe recaer sobre hechos pertinentes.* Se trata de una condición para todos los medios de prueba; su razón es obvia.

Puede aceptarse como impertinencia del hecho preguntado el caso de existir una prohibición legal de investigarlo, y el juez debe rechazar la pregunta; si de la petición para que se ordene el interrogatorio aparece que tiene por objeto provocar la confesión de un hecho de éstos, el juez debe negarse a decretarlo.

154.b)a. Ver núm. 35.e)a.

c) *Cómo se solicita.* La forma cómo debe pedirse varía en los diferentes códigos de procedimiento, según deba ocurrir antes o en el curso del proceso. Si se piden antes del proceso, es necesario explicar sucintamente su objeto; por ejemplo: para que declare respecto a las

relaciones sexuales que han existido entre el citado y la señora tal, o a la paternidad extramatrimonial de aquél respecto a cierta persona, o al contrato de compraventa celebrado entre el primero y quien solicita el interrogatorio respecto a cierto inmueble, o al accidente de tránsito ocurrido cierto día cuando el citado conducía un vehículo y en el cual sufrió daños el citador. Cuando se trata de diligencia durante el proceso, basta pedirle al juez que se cite o se llame al adversario para que absuelva interrogatorio de acuerdo con el pliego, abierto o cerrado, que se acompañe, o manifestar que se harán las preguntas verbalmente en la audiencia, que se subentiende estarán relacionadas con el litigio.

Puede presentarse el pliego de preguntas con la solicitud de la prueba, para cubrir la eventualidad de que no se pueda concurrir a la audiencia a interrogar personal y oralmente, lo mismo que para efectos de la confesión ficta en caso de que el citado no comparezca, pero en la audiencia puede sustituirse dicho pliego por un interrogatorio oral y el juez deberá aceptar la solicitud, o completarse oralmente las preguntas del pliego si éstas no llegan a veinte, o prescindirse en cualquier momento de las preguntas escritas que estén sin formular, para continuarlas oralmente.

154.c)a. El ofrecimiento de este medio de prueba puede hacerse verbalmente en PER, 363, y MEX, 317, y por escrito en el resto de los CPC: ARG (NAC, 410; BUE, 408; CBA, 220; SFE, 160); BOL. 415; COL, 202 y ss. y 294; COS, 251; CHI, 387; ECU, 132; GUA, 131; MEX, 317; URU, 437; ESP, 582.

d) *Es un interrogatorio personal.* La absolución debe ser personal por la parte o su representante legal (si aquélla es incapaz) o convencional; si éstas tienen varios representantes, podrá citarse a todos y cualquiera de ellos podrá concurrir a absolverlo, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Pero no puede absolverse mediante apoderado, lo cual se deduce de la naturaleza de este instituto, ni siquiera con poder especial del citado.

154.d)a. Ver núm. 134,2)a.

e) *Las dos maneras de formular el interrogatorio por escrito.* Existen dos maneras de formular el interrogatorio escrito: en *pliego*

*abierto*, es decir, incorporando las preguntas al memorial en que se solicita la diligencia, o en un escrito separado anexo, que queda agregado al expediente y a disposición del absolvente y de su apoderado, desde cuando se dicta la providencia que ordena su citación; en *pliego cerrado*, acompañando el interrogatorio a la solicitud en sobre cerrado o en otra forma (como plegando el escrito y sellándolo con lacre o pegándolo con otro ingrediente).

El primer sistema tiene el inconveniente de que la parte citada puede asesorarse de un apoderado para preparar respuestas acomodaticias.

Cuando se presenta en pliego cerrado, debe mantenerse en reserva, sin abrirse, en la secretaría o en el despacho del juez, hasta el momento de la diligencia, a menos que la persona que debe absolverla resida en un municipio diferente, y el juez de la causa comisiona al de ese lugar para la práctica de la diligencia y antes de enviarle el despacho abra el pliego para calificar previamente la pertinencia de las preguntas y excluir las que considere inadmisibles (véase punto b) y luego vuelve a cerrarlo para su remisión. El comisionado carece de facultades para calificar la pertinencia de las preguntas, pues si la tuviera sobraría la previa calificación por el comitente.

El pliego del interrogatorio o el sobre que lo contiene deben llevar la firma del apoderado o la parte que pide la prueba, para garantía de ésta.

154.e) a. El interrogatorio a base del cual habrá de declarar la parte debe estar contenido en un pliego que se presenta *cerrado* y para ser abierto en la audiencia respectiva (en COS, 252; CHI, 387; GUA, 131; PAR, 129; URU, 437; ESP, 582) o, a voluntad del ponente, *cerrado o abierto* (ARG, CBA, 220, y SFE, 160; en caso de pliego abierto, a solicitud del ponente, el citado puede contestar las preguntas por escrito antes del día designado, con los mismos apercibimientos y efectos que si hubieran sido absueltas en audiencia: COL, 207; ECU, 132; MEX, 317; PER, 366).

Permiten que el interrogatorio sea *oral*, en el acto mismo de la audiencia: MEX, 317; VEN, 299.

PAR, 129, consagra este régimen: "El que hiciere absolver posiciones deberá presentar en Secretaría, en sobre cerrado, el pliego que las contenga, con una hora de anticipación por lo menos. No haciéndolo, solamente podrá formularlas *verbalmente* en el acto

de la audiencia si asistiere el absolvente (modificación por art. 18, ley 662, al art. 129, CPC). En la audiencia señalada (de ser el caso) el interesado las manifestará y, si fueren pertinentes y admisibles, el juez hará sobre ellas el examen. Si la parte que pidió las posiciones no compareciera sin justa causa a la audiencia señalada, y compareciere el citado, se dará por decaído el derecho de presentarlas”.

También consagra un régimen mixto COL, 207: “El interrogatorio será oral, si la parte que lo solicita concurre a la audiencia; en caso contrario, el peticionario deberá formularlo por escrito en pliego abierto o cerrado, que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba o presentarlo antes de la fecha señalada para interrogatorio. Si el pliego está cerrado, el juez lo abrirá al iniciarse la diligencia. Cuando ésta deba practicarse por comisionado, el comitente lo abrirá, calificará las preguntas y volverá a cerrarlo antes de su remisión”.

En cuanto a la oportunidad de presentación del pliego de posiciones, se exige en general que lo sea junto con el ofrecimiento. Sin embargo, ARG: NAC, 410; BUE, 408, permiten que el ponente reserve el pliego hasta la audiencia en la cual debe tener lugar la declaración. En este caso, debe entregarse “en Secretaría *media hora* antes de la fijada para la audiencia, en sobre cerrado al que se le pondrá cargo.

“Si la parte que pidió las posiciones no compareciere sin justa causa a la audiencia, ni hubiese dejado pliego, y compareciere el citado, perderá el derecho de exigir las”. Más amplio plazo de presentación otorga ESP, 582 (“hasta el acto del interrogatorio”) y PER, 371 (“hasta la comparecencia del confesante”); en este CPC, si no hay interrogatorio luego de comparecido el declarante, se impone multa al articulante (372).

Un requisito propio –que explica luego de haber visto un expediente en ese país– exige COS. 251: “...El interrogatorio deberá presentarse con la solicitud de confesión y no se admitirá ninguno nuevo que se presente con posterioridad al señalamiento respectivo. *Tampoco se atenderá la solicitud de posiciones si no se acompañan a la misma dos hojas en limpio del papel sellado correspondiente. Si la confesión no pudiese terminarse por falta de papel, el juez dará por fenecida la diligencia en el instante en que se agote dicho papel, y el confesante no tendrá obligación de*

*comparecer de nuevo a contestar las preguntas que consigne el interrogatorio sobre las cuales no pudo dar respuesta por el motivo indicado”.*

Por último: COL, 207, limita el pliego (y su eventual ampliación) a veinte preguntas.

Durante el curso de la audiencia, si ambos litigantes contrarios se hallan presentes, pueden hacerse *preguntas recíprocas* con autorización o por medio del juez, quien también puede interrogar de oficio (ARG [NAC, 415; BUE, 413]; COS, 260; GUA, 136; MEX, 318; PAR, 132; ESP, 588: el interrogatorio debe efectuarse “sin atravesar la palabra y sin interrumpirse”).

ARG (CBA, 232) sólo permite la intervención de los abogados para dirigir al absolvente, por intermedio del juez, nuevas preguntas u oponerse a las propuestas por el contrario.

Al solo efecto de efectuar preguntas ampliatorias o aclaratorias, pero sin admitir nueva posición sobre el mismo hecho que ya fue objeto de pregunta, se permite el interrogatorio en ARG (SFE, 165); BOL, 419; COL, 207; CHI, 392; PER, 366.

f) *Cuándo puede solicitarse.* Los códigos de procedimiento regulan este punto.

154. f)a. No existe uniformidad legislativa en cuanto a la oportunidad en la cual puede efectuarse el ofrecimiento de este medio de prueba:

1) Genéricamente, y con remisión a cada tipo de proceso en particular, se establece en ARG (NAC, 404).

2) Dentro del período de prueba: ARG (BUE, 402); BOL, 412; COL, 203 (sólo en primera instancia; en la segunda instancia el interrogatorio sólo podrá pedirse en los casos señalados en el art. 361); PER, 364 (sólo en segunda instancia); MEX, 308 (hasta antes de la audiencia); ESP, 579.

3) En cualquier momento hasta la citación para sentencia, COS, 250; CHI, 385; PER, 364 (sólo en primera instancia); GUA, 130 (en primera instancia; en la segunda, hasta el día anterior al de la vista de la causa); VEN, 296 (hasta el informe de las partes para sentencia).

4) En cualquier momento, desde la contestación de la demanda

hasta la citación para sentencia: ARG (CBA, 218; SFE, 157); URU, 437; PAR, 126.

5) En cualquier momento hasta el vencimiento del plazo para dictar sentencia: ECU, 128.

El derecho de exigir posiciones se halla expresamente limitado en casi todos los CPC, aunque con diferentes variantes:

1) Sólo una vez por parte a base de los mismos hechos: COS, 265; ECU, 174; GUA, 130; PER, 365; ESP, 594 (y no más de una vez después del término de prueba).

2) Sólo una vez por parte y por instancia o grado de conocimiento: ARG (NAC, 422; BUE, 420); URU, 447 (salvo hechos o documentos nuevos).

3) Sólo una vez por parte y por instancia o grado de conocimiento, salvo en incidentes de artículo previo: ARG (SFE, 157).

4) Hasta dos veces en primera instancia y una en segunda, salvo posterior alegación de hechos o documentos nuevos (se permite una vez más): CHI, 385; PAR, 138; VEN, 305 (agrega una vez más en tercera instancia).

g) *Quién puede ser llamado a absolverlo.* Ningún problema se presenta en este punto cuando es antes del proceso, pues, "la presunta contraparte" puede ser interrogada por una vez. Basta, pues, decir en la solicitud que se pretende o intenta demandar al absolvente, en relación con los hechos que son objeto del futuro proceso.

Cuando el interrogatorio se pide en proceso, es necesario distinguir las varias clases de partes que pueden existir: principales iniciales, principales intervinientes, accesorias coadyuvantes e intervinientes incidentales. Creemos que procede el interrogatorio de las tres primeras clases de partes. Los intervinientes incidentales tienen calidad de partes únicamente en el respectivo incidente o para el trámite específico que legitima su intervención, como la rendición de cuentas del albacea, la oposición a la entrega o el secuestro de un bien, etcétera; no son litigantes en ese proceso, pero es conveniente aceptar el interrogatorio de esos terceros, sea a petición de parte o de oficio, como cuando surgen oposiciones a la entrega de bienes o la práctica de secuestros. También se les puede interrogar extraproceso y aducir en el incidente la copia o pedir que ésta se solicite aun cuando esté en trámite el interrogatorio.

Los representantes legales de incapaces, los gerentes, administradores, apoderados generales o especiales extrajudiciales y cualquier otro mandatario de una persona, pueden ser citados a interrogatorio antes del proceso que se piense iniciar con su representado o en el curso del mismo, siempre que hayan sido llamados a éste en tal condición, mientras estén en el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a actos y contratos comprendidos dentro de sus facultades para obligar al representante o mandante, aunque tales actos sean anteriores a su representación.

Los apoderados judiciales para el proceso y los curadores *ad litem* no pueden ser citados a interrogatorios de parte ni como testigos. Los primeros ni siquiera cuando tengan facultad expresa para confesar.

154.g)a. Ver número 134.2)a.

Los incapaces absolutos nunca pueden confesar válidamente; los relativos por lo general tampoco y, por lo tanto, no pueden ser llamados a interrogatorio, salvo los casos en que se acepta su confesión (véase núm. 135); si lo absuelven, tanto la diligencia como la posible confesión que en ella se haga son nulas e inclusive la confesión será inexistente si se trata de un incapaz absoluto.

Los agentes del ministerio público y los representantes judiciales de la nación, los departamentos y municipios, las intendencias, comisarías y establecimientos públicos no pueden confesar válidamente y, por lo tanto, tampoco se les puede citar para interrogatorio. Los demás funcionarios pueden ser citados como testigos, en proceso contra la respectiva entidad o iniciado por ésta, y aun sus representantes cuando el proceso curse entre terceros.

Los incapaces relativos (menores adultos, quebrados, concursados, interdictos) pueden confesar válidamente en ciertos casos (véase núm. 135, punto 1); luego, también se les puede llamar a interrogatorio respecto de esos hechos, especificándolo así en la petición; pero el juez podrá rechazar, por impertinentes, las preguntas que se refieran a hechos distintos, aun cuando sean personales y puedan influir en el litigio.

h) *Cómo se deben redactar las preguntas.* En los códigos modernos las preguntas podrán ser o no asertivas, a elección del preguntante (sea el juez o una de las partes), y cada pregunta deberá referirse a un solo hecho, por lo cual, si contiene varios, el juez la dividirá de

modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos, y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite de preguntas señalado. Las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad criminal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas.

El juez debe rechazar las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior cuya copia obre en el proceso, y las manifiestamente superfluas, es decir, impertinentes o inútiles.

Las preguntas asertivas deben redactarse inquiriendo del absolvente si es o no cierto el hecho, o sólo lo uno o lo otro, en forma que éste pueda responder también, simplemente, "es cierto" o "no es cierto". Exigirlas siempre asertivas impide que se formulen muchas preguntas necesarias; por eso se suprimió tal exigencia en el nuevo C. de P. C. colombiano pero puede ser conveniente utilizarlas en ciertos casos. Ejemplo: se le puede preguntar a una parte qué día ejecutó cierto acto, o, "si es cierto que tal día lo celebró"; lo primero cuando el preguntante no conozca con exactitud cuándo ocurrió, pero sí el absolvente. Es decir, se puede preguntar como a los testigos o al imputado en la indagatoria.

Cada pregunta debe analizarse atendiendo a su unidad jurídica y no simplemente a la física del hecho, para determinar si debe dividirse o no. Si, por error, el juez admite una pregunta compleja, sobre varios hechos, la confesión que en las respuestas se haga tendrá el mismo valor que si se hubiera dividido como ordena la ley. Lo mismo ocurre si admite más preguntas de las que la ley autoriza. El juez debe tener facultad para adicionar el interrogatorio como quiera, sin límites de preguntas.

Nada impide que sobre un mismo hecho se formulen varias preguntas, si en cada una se contemplan circunstancias o detalles distintos. Si las dos preguntas son iguales, el juez debe rechazar la posterior por inútil o el absolvente puede limitarse a decir que ya la respondió.

154.h)a. Analizando en conjunto los distintos CPC puede decirse —en general— que cada pregunta debe ser redactada:

1) *Clara y concretamente, en términos precisos* (BOL, 415; COS,

251; CHI, 386; GUA, 133; MEX, 311; VEN, 300; ESP, 581), que no sean insidiosos (MEX, 311, define la pregunta insidiosa como aquella "que se dirige a ofuscar la inteligencia del que ha de responder, con objeto de inducirlo a error y obtener una confesión contraria a la verdad"); similarmente, exigiendo que no sean *confusos* (COS, 251; ECU, 127) ni *capciosos* (ECU, 135);

2) en términos *afirmativos* o asertivos: ARG (NAC, 411; BUE, 409; CBA, 221); COS, 251; ECU, 127; GUA, 133; VEN, 300; ESP, 581. Otros CPC autorizan cualquier tipo de pregunta, asertiva o no (ARG, SFE, 161; COL, 207; CHI, 386);

3) conteniendo *un solo hecho* (ARG [NAC, 411; BUE, 409; SFE, 161]; BOL, 415; COL, 207; COS, 251; ECU, 135; GUA, 133; MEX, 311) que refiera –en general– a la actuación personal del absolvente (BOL, 415; COS, 251; MEX, 311). Sin embargo, puede contener un *hecho complejo*, compuesto de dos o más hechos cuando, por la íntima relación que existe entre ellos, no puede afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro (MEX, 311). Algunos CPC (MEX, 311) permiten expresamente articular posiciones relativas a *hechos negativos* que envuelvan una abstención o impliquen un hecho o consecuencia de carácter positivo, siempre que se formulen en términos que no den lugar a respuestas confusas. De contener la pregunta *varios hechos* el juez debe dividirla (COS, 251), teniéndose ello en cuenta cuando la ley exige un máximo de preguntas (por ejemplo, veinte en COL, 207).

i) *Cuándo puede decirse que quien pregunta confiesa*. Hay confesión en la pregunta cuando en ésta aparece una *clara y expresa afirmación o negación del hecho por el preguntante*, pero no cuando éste se limita a exigir del absolvente que responde, si es cierto o no cierto el hecho preguntado (véase núm. 134, punto 9). Además se necesita que la pregunta sea formulada por la misma parte o su representante legal con capacidad para confesar o por el apoderado expresamente facultado para confesar (lo que el último manifiesta en actos distintos de la demanda, su contestación, las excepciones previas y su contestación, sin estar expresamente facultado para confesar, no obliga al poderdante ni constituye confesión).

Los curadores *ad litem* nunca pueden confesar por la parte que

representan y, por lo tanto, lo que digan al preguntarle a la otra parte tampoco puede tener efectos de confesión.

154.i)a. Cada posición importa, para el ponente, el reconocimiento del hecho referido: ARG (NAC, 411; BUE, 409); COS, 249; MEX, 325, cuando se trata de hechos propios del articulante.

j) *Cómo se cita al absolvente*. Se le señala la fecha y la hora en que la diligencia ha de principiar, para que comparezca personalmente al despacho, o para que permanezca en su casa de habitación, cuando se trate de personas que por enfermedad no pueden concurrir a la oficina, o de las que en razón del cargo que desempeñan la ley dispone que sean interrogadas en su oficina (presidente y el designado que lo reemplaza, ministros, senadores y representantes, mientras gocen de inmunidad, magistrados, procurador, consejeros de Estado y fiscal del Consejo, gobernadores y sus secretarios, intendentes y comisarios, generales, arzobispos, obispos y dignidades de los cabildos eclesiásticos y los mismos jueces).

154.j)a. El método de citación es uniforme en los CPC de América: se efectúa personalmente o por cédula dirigida al domicilio *real* del absolvente con una antelación que varía en cada caso:

- a) Cuatro días requiere COL., 204;
- b) tres días exigen ARG (NAC, 409; CBA, 222; SFE, 162); BOL, 413; COS, 253;
- c) dos días GUA, 131;
- d) un día ECU, 129; MEX, 309; PAR, 128; URU, 439; ESP, 583;
- e) "con la anticipación necesaria", sin precisar plazo, ARG (BUE, 407).

Si son *varios litigantes* los que tienen que declarar, se señala una audiencia para todos, evitando que se comuniquen entre sí hasta la terminación del acto (ARG [CBA, 231; SFE, 162]; BRA, 344; COL, 204; COS, 261; GUA, 134; MEX, 314; ESP, 590).

k) *Efectos jurídicos de la citación*. Como explicamos en el número 105, la citación para absolver interrogatorio y reconocer o rechazar documentos impone una carga procesal y no una obligación o deber de comparecer.

154.k)a. Por ser una clara carga procesal, la citación debe contener un apercibimiento expreso que sufrirá el citado en caso de no cumplir la orden recibida. Tal apercibimiento no es idéntico en los diferentes CPC.

1) Un primer grupo ordena que la citación se efectúe con noticia al absolvente de que, en caso de incomparecencia, será tenido *por confeso* si hay pliego escrito oportunamente presentado (ARG [NAC, 417; BUE, 415; CBA, 225, y SFE, 162]; BOL, 424; BRA, 343; COL, 210 –respecto sólo de preguntas redactadas asertivamente; de no serlo, o si el hecho no admite prueba de confesión, se tendrá como indicio en contra del renuente, art. 202–; MEX, 322 –el juez abre el pliego y califica las posiciones antes de hacer la declaración–; PAR, 134; VEN, 298).

2) Otro sistema admite una *segunda citación* que se libra, ahora sí, bajo apercibimiento de tenerlo por confeso en caso de incomparecencia: ECU, 129; PER, 373; ESP, 583. CHI, 393, aclara que la confesión alcanzará a todos aquellos hechos categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración, agregando: “Si no están categóricamente afirmados los hechos, podrán los tribunales imponer al litigante rebelde una multa [...] o arresto hasta por treinta días, sin perjuicio de exigirle la declaración. Si la otra parte lo solicita, podrá también suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión se preste”. A nuestro juicio, no se compadece ello con el concepto de carga procesal formulado en el texto.

En todos los casos, la ausencia debe ser *sin justa causa*, concepto definido en PAR, 128: “Se entiende por justa causa el impedimento físico absoluto, acreditable por certificado médico”.

1) *En dónde, cómo y cuándo se surte la audiencia.* Como regla general el citado debe comparecer al despacho del juez del proceso o su comisionado, según el caso, para la práctica de la diligencia; pero si se trata de alguna de las personas que la ley indique, el funcionario se trasladará a su casa u oficina, donde se surte la audiencia.

Los enfermos pueden también alegar su situación como fuerza mayor para no comparecer.

154.l)a. En cuanto a *cuándo* se surte la audiencia, ECU, 136,

establece que sólo en la fecha indicada, careciendo de todo valor legal –salvo acuerdo de partes– la rendida en día diferente.

Si quien debe declarar alega enfermedad acreditada mediante certificado médico presentado al juez con anticipación suficiente a la audiencia (ARG, NAC, 419; BUE, 417; dos horas exige GUA, 138) o ausencia del lugar, comenzada *antes* de la notificación, acreditada a satisfacción del juez (ECU, 130), algunos CPC admiten la posibilidad de prorrogar el acto mediante nueva citación (BOL, 423; ECU, 130; COL, 204 y 209, por una sola vez); otros exigen que el juez se traslade al domicilio del absolvente y que allí se lleve a cabo el acto *con* (ARG [NAC, 418; BUE, 416; CBA, 227]; BOL, 423; MEX, 321; PAR, 135) o *sin* (ARG [CBA, 227; SFE, 163]; GUA, 138; URU, 440; ESP, 591) la presencia del ponente, salvo que éste hubiera solicitado que la audiencia se realizara siempre en el tribunal (CHI, 389). Cuando el ponente no puede estar presente, el juez ha de conferirle vista de la absolución efectuada, a fin de que solicite su repetición para aclarar algún punto dudoso sobre el cual no existiera contestación categórica (ESP, 591).

m) *Consecuencias de no comparecer o no permanecer en su casa, para la audiencia: primer caso de confesión ficta o presunta.* Hemos dicho que la citación impone la carga procesal de comparecer o permanecer en la casa u oficina (según como haya sido la orden judicial), para la práctica de la audiencia en el día y la hora señalados. El incumplimiento de esa carga trae la consecuencia de que se presumen ciertos los hechos preguntados si había pliego escrito y las preguntas eran asertivas, y si no lo había se presumen ciertos los hechos que el peticionario que iba a preguntar oralmente haya alegado como fundamento de su pretensión o sus excepciones en la demanda o en su contestación (según sea demandante o demandado), que sean susceptibles de prueba de confesión. Si las preguntas no fueren asertivas, o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia se apreciará como indicio en contra de la parte citada. Se trata de un caso de confesión ficta o presunta.

Cuando el interrogatorio fue solicitado como prueba anticipada, fuera de proceso por lo tanto, la confesión ficta sólo es posible de producir si se acompañó o presentó antes de la audiencia el interro-

gatorio escrito, pues de lo contrario no se sabría sobre qué hechos recaería aquélla.

Del hecho de la no comparecencia se deja testimonio en el expediente por medio de nota que suscribe el secretario. Esto debe cumplirse una vez vencida la hora judicial señalada.

Para que opere esta presunción o dicho indicio, no se tramita ningún incidente ni hace falta dictar auto que lo diga y mucho menos que declare confeso al citado, porque esa consecuencia probatoria se debe tener en cuenta en la sentencia o al fallar el incidente. Para eliminar esa presunción, si el citado considera que tuvo motivo para su incomparecencia, debe presentar prueba (como dos testimonios o un certificado médico de incapacidad firmado por dos testigos o autenticado) y si el juez encuentra justificada la excusa (sin que sea necesario probar fuerza mayor), fijará nueva fecha y hora; para esta nueva citación no se acepta excusa de ninguna clase y no hace falta notificación personal. Por consiguiente, el juez no puede declarar la confesión ficta ni el indicio, en la misma audiencia señalada para el interrogatorio, sino que apenas deja constancia en el acta de la incomparecencia.

Si la citación al absolvente estuvo mal hecha o se produjo alguna nulidad que vicie la diligencia, la presunción o el indicio desaparecen.

Los hechos favorecidos por esta presunción, de ser ciertos, pueden ser desvirtuados por esa parte mediante libre prueba en contrario. No se trata de revocar o retractar la confesión, sino de probar en contrario de una presunción legal o de un indicio. Es un caso de aplicación de la carga de la prueba a cuestiones procesales (véase núm. 112).

154.m)j. Ver núm. 154.k)a.

n) *Cómo se recibe el interrogatorio; sus formalidades y consecuencias de la falta de juramento.* Enumeramos las siguientes formalidades:

1ª) El absolvente *debe ser interrogado por el juez* (no por el secretario ni otro empleado del despacho) si se presentó pliego escrito y no se sustituye por interrogatorio oral en la audiencia, o por la parte que pidió la diligencia, si el interrogatorio es oral. El juez puede en

todo caso formular por su cuenta las preguntas que quiera, en cualquier momento.

Conveniente es autorizar a quien solicita el interrogatorio, para pedir que quien debe absolverlo y resida en otro lugar se traslade al de la sede del juez, consignando el valor del transporte y la permanencia, y contra la decisión del juez no debe haber recurso alguno.

154.n)1ª)a. Ver núm. 154.e)a.

2ª) *Al acto pueden asistir todas las partes y sus apoderados, y puede suceder que se necesite la intervención de un intérprete si se reúnen las circunstancias que lo hagan indispensable. Pero el juez debe procurar que el apoderado del absolvente esté detrás de éste y no delante, para evitar que use alguna señal que indique al segundo cómo debe responder.*

3ª) *Lo ideal es que el interrogatorio sea oral y que se utilice la grabación magnetofónica en vez de escribir un empleado. Si se autoriza un pliego cerrado éste debe ser abierto en el momento de la diligencia y no antes, pero si se practica el interrogatorio por un juez comisionado, el comitente debe abrirlo antes de librar el despacho, para calificar las preguntas y volver a cerrarlo. La inobservancia de este requisito da derecho a quien pidió la diligencia para exigir su repetición, con base en un nuevo pliego de preguntas; no obstante, la confesión hecha tendrá pleno valor, porque esa informalidad no impide que la declaración sea espontánea y ante el juez.*

4ª) *Interrogatorio de mudos, sordos y en idioma extranjero. Si el absolvente no habla el idioma nacional o no puede darse a entender de palabra por ser mudo, ni por escrito, el juez designa un intérprete. Si se trata de un sordo, pero sabe leer, se le puede interrogar haciéndole leer las preguntas y sus propias respuestas. La inobservancia de estas formalidades vicia de nulidad la diligencia, porque se relaciona con el derecho de defensa y constituye una preciosa garantía para el absolvente.*

154.n)4ª)a. Pocos son los CPC que traen solución expresa para este caso: MEX, 315, impone la asistencia de un intérprete, al

igual que BOL, 419, "siempre que el juez no poseyere el idioma del absolvente".

Para el supuesto de sordomudo que sabe darse a entender por escrito, CHI, 391, lo autoriza a escribir su propia confesión *delante del juez*.

5ª) *Antes de la diligencia se debe recibir al absolvente juramento de no faltar a la verdad*. Pero las preguntas que puedan implicar responsabilidad penal del absolvente se contestan sin juramento si éste quiere responderlas. Si se omite el juramento, es válida la confesión que se haga, porque se trata simplemente de una especie de estímulo religioso y de una garantía por el temor a la sanción del perjurio, por lo que sin él hay mayor espontaneidad en la declaración; es decir, lejos de parecernos su falta un motivo de nulidad o de ineficiencia, la consideramos una informalidad secundaria. Ésta es también la opinión de Couture<sup>308</sup>. Pero quien pidió la prueba puede solicitar que se repita la diligencia y el juez también podrá ordenarlo de oficio. El interrogatorio del imputado, en lo penal, debe ser siempre sin juramento.

154.n)5ª)a. Exigen expresamente el juramento del absolvente: ARG (NAC, 404; BUE, 402; CBA, 218; SFE, 157); BOL, 417; COL, 208; COS, 250 (protesta de decir verdad); CHI, 390 (la norma remite a la prueba de testigos, art. 363: "antes de examinar a cada testigo se le hará prestar juramento al tenor de la fórmula siguiente: «¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?» El interrogado responderá: «Sí, juro»"); ECU, 132, también aplica la normativa propia de la prueba de testigos: "Toda declaración debe recibirse después de explicar al testigo el significado del hecho de jurar y la responsabilidad penal para los casos de falso testimonio o perjurio. El juramento consistirá en la promesa de decir verdad poniendo a Dios por testigo. Si el testigo afirmare no profesar religión alguna, prometerá decir verdad por su palabra de honor. El testigo podrá emplear libremente cualquier fórmula ritual, según su religión, para la solemnidad del juramento". Similarmente, GUA, 134, donde se agrega: "a continuación se le hará saber [al

<sup>308</sup> COUTURE, *Estudios*, ed. cit., ps. 290-292.

absolvente] la pena relativa al perjurio”.

En Argentina no existe el delito de perjurio; de ahí que carecen de toda explicación lógica los CPC de ARG, NAC, 404; BUE, 402; CBA, 218 y SFE, 157, en cuanto exigen que el absolvente preste juramento.

Conviene aquí recordar el pensamiento de Carlos A. Ayarragaray (*El perjurio*, Valerio Abeledo, 1945): “Es problema de política procesal conocer la conducta que deben observar los sujetos acerca de lo que se llama la obligación de decir la verdad. Si es exigida a los testigos, ¿por qué no ha de exigirse a las partes? Pero ambas situaciones no son equiparables; hacerlo ofrecería inconvenientes y peligros, atendiendo las múltiples y distintas derivaciones que ofrece, desde que puede atacarse peligrosamente la iniciativa y libertad procesales. El problema de decir la verdad en juicio, está íntimamente unido a la idea general de la conducta que deben guardar las partes dentro del proceso, y acerca de esto —hay que confesarlo— existe esperanza de solución y estudios en ciernes. Indudablemente, la garantía mayor se encontraría, en cuanto a las partes, en la garantía del contradictorio, o sea en la inviolabilidad de la defensa. El proceso es y será una lucha, mientras no se invente una manera de ver dentro del corazón del hombre. Nadie, pues, discute que el testigo falso sufra un castigo por su actitud dolosa penal y porque el deber de los terceros es, frente a un proceso, el de abstención, salvo las restricciones o cargas excepcionales que la ley le imponga. Su actitud es la de la neutralidad prescindente. Pero las partes entre sí, en su lucha, por más que se afirmen y sutilicen, siempre lucharán, y como dice Carnelutti, la contradicción es una lucha y no se podrá, sino de modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; el atar las manos a las partes junto con el peligro del engaño y de la mentira, es desvanecer también el beneficio de la acción”.

Por eso y por todas las consideraciones que el autor citado hace en su magnífico trabajo —que obviamente no podemos transcribir— nos parece atinada la solución de ARG (SFE, 166) que prevé sanción expresa sólo para caso excepcional: autoriza al juez a tener por exactas las afirmaciones contenidas en el pliego de posiciones o preguntas en caso de *manifiesta falsedad del conferente que revele la intención de entorpecer el esclarecimiento de los hechos investigados*.

6ª) *El juez debe rechazar las preguntas inadmisibles o ininteligibles o cambiarlas a su manera.* Pero si el juez las acepta, esta informalidad no vicia la diligencia ni le resta mérito a la confesión que de estas preguntas resulte. Cuando el absolvente manifieste no entender la pregunta, el juez debe explicársela suficientemente.

154.n)6ª)a. Impecable en su método, MEX, 313, establece que, al comenzar el acto, el juez debe abrir el pliego –si lo hay– e impuesto de las posiciones, las califica y aprueba en caso de ajustarse a los requisitos legales (similarmente, ESP, 584).

En tal tarea, el juez puede: a) rechazar de plano las preguntas no asertivas (cuando así se exigen, ver COS, 251) o impertinentes (si así se admite: ARG [NAC, 411; BUE, 409]; BOL, 415; COL, 207; COS, 251), y b) modificar sin recurso alguno el orden de las preguntas o los términos en los cuales están redactadas: ARG (NAC, 411; BUE, 409); BOL, 415; COL, 207.

7ª) *Cuando se exija escribir la pregunta, lo cual es antécnico y obsoleto, ella debe escribirse antes de cada respuesta,* y si el interrogatorio es escrito basta decir que a la pregunta número tal, una vez leída al absolvente, se respondió por éste lo que allí se copia, por ello no pierde valor la confesión que contenga. Es en realidad una exigencia innecesaria.

154.n)7ª)a. Quienes durante muchos años han desempeñado la judicatura en proceso escrito que exige la formalidad del pliego también escrito, no coinciden en que la exigencia comentada sea innecesaria. Antes bien, tratan de apegarse a su estricto cumplimiento, pues en voluminoso expediente con varios absolventes sucede a menudo que cada respuesta que por ser afirmativa o negativa nada dice por sí misma, exige permanente compulsas de fojas anteriores –muchas veces difíciles de hallar con rapidez– en tarea que no ayuda al rápido desenvolvimiento de la actividad del juez.

8ª) *Las respuestas se deben copiar tal como el absolvente las dicta cuando se use grabadora.* No se pueden cambiar palabras ni hacer resúmenes e interpretaciones, tal como ocurre en la indagatoria

del imputado. Ya no hace falta leer cada respuesta al absolvente, ni que éste la apruebe, pues sólo se exige la lectura total al final.

Las informalidades que se presenten en este punto tampoco vician la diligencia ni la confesión que contenga, pero el absolvente puede dejar, antes de firmar el acta, las constancias y aclaraciones del caso, las cuales se aprecian juntamente con las primitivas respuestas, y pueden modificarlas.

9ª) *Firma del acta.* Terminada la diligencia o cada etapa, si requiere varias sesiones, se firma el acta por el juez, el absolvente, los apoderados y las otras partes que hayan concurrido, el intérprete si lo hay, y el secretario. La firma del juez es indispensable pero puede ser suplida en cualquier momento, mientras el negocio esté en su despacho; si la firma que falta es la del secretario, puede también ser puesta mientras el expediente siga en el mismo juzgado o tribunal, y, en todo caso, como tiene por objeto certificar que la diligencia se efectuó y no se trata de un requisito sustancial (tampoco lo es en el caso de sentencias o autos), su falta no puede restarle mérito a aquélla ni a la confesión que contenga. Si el juez y el secretario firman, pero no con firma completa, puede existir una irregularidad; con todo, ésta no afecta de nulidad la diligencia, ni perjudica el mérito de la confesión que contenga.

Si el absolvente se niega a firmar, basta que el juez deje la constancia del hecho al final del acta o después de ella.

154.n)9ª)a. La exigencia de labrar acta está contenida en todos los CPC que consagran el sistema escrito de proceso. ARG: NAC, 416 y BUE, 414, requieren que las declaraciones sean extendidas por el secretario (idem en BOL, 418; COL, 208; COS, 260; ESP, 589), a medida que se presten (id. PAR, 133), conservando (o mejor, reproduciendo fielmente) las palabras del declarante (id. ARG, CBA, 235; COS, 255; CHI, 370; GUA, 137; PAR, 133). COL, 208, exige la transcripción de la pregunta, en tanto que GUA, 137, expresamente niega esta posibilidad.

Una vez terminado el acto, se lee a las partes (ARG, CBA, 235; COS, 260; CHI, 370) o se pide que ellas mismas efectúen la lectura (MEX, 319; PAR, 133; URU, 445; ESP, 589) y el juez les pregunta si se ratifican, agregan o enmiendan su contenido (ESP,

589). En este estado pueden hacer agregados o modificaciones (BOL, 418; PAR, 133) al final de la última respuesta o al margen de las anteriores (GUA, 137). Después de firmada el acta no pueden variarse las respuestas (GUA, 137). Termina el acto firmando el juez y todos los comparecientes (BOL, 418; COS, 260, "si pudieren y quisieren"; CHI, 370; VEN, 299).

BRA, 418, permite al absolvente solicitar copia auténtica del acta en el mismo momento.

ñ) *Cómo se deben responder las preguntas.* En el anterior sistema de las posiciones se exigía al absolvente contestar categóricamente, de manera afirmativa o negativa, es decir, aceptando o negando que lo preguntado fuera cierto. Esto se conserva para las preguntas asertivas, las otras se deben contestar en forma explícita y clara, sin evasivas, pero con la redacción que quiera darles el absolvente.

Si el absolvente acepta conocer o constarle el hecho de terceros contenido en la pregunta, su declaración lo prueba, si le es desfavorable o favorable a su adversario, porque tiene el valor de confesión; si niega su conocimiento, nada prueba su respuesta.

Puede suceder que para contestar la pregunta necesite el absolvente consultar papeles, libros o documentos o informarse del hecho con otra persona, en cuyo caso ha de manifestárselo así al juez y éste debe concederle un término prudencial para hacerlo, si estima que en verdad se justifica la consulta; pero la diligencia debe continuar para las otras preguntas que no dependan de la suspendida y para las que de oficio formule el juez; si había pliego cerrado, se vuelve a cerrar.

154.ñ)a. La *forma* en la cual debe responder el declarante se halla exhaustivamente regulada en los diferentes CPC:

1) *Por sí mismo* (ARG [NAC, 412; BUE, 410; CBA, 228]; BRA, 346; COS, 255; URU, 444; ESP, 585);

2) *de palabra* (ARG [NAC, 412; BUE, 410; CBA, 228]; COS, 255; CHI, 391; GUA, 135; PAR, 130; VEN, 299; ESP, 585) reducida a escritura (ECU, 135);

3) *en términos claros y precisos* (CHI, 391);

4) *en presencia del contrario, si asiste al acto* (ARG, NAC, 412; PAR, 130; ESP, 585);

5) *sin valerse de consejos* (ARG [NAC, 412; BUE, 410; CBA,

228; SFE, 164]; BOL, 425; COS, 255 [prevé que el juez ordene al defensor retirarse de la audiencia]; ECU, 254; GUA, 135; PAR, 130; URU, 444) *ni de borradores* (ARG [NAC, 412; BUE, 410; CBA, 228; SFE, 164]; BRA, 346; COS, 256; ECU, 254; GUA, 135; PAR, 130; ESP, 585) y sin ser interrumpido (ECU, 256);

6) *pudiendo consultar apuntes o notas breves* en caso de responder acerca de cifras, nombres, operaciones contables o de circunstancias especiales a juicio del juez: ARG (NAC, 412; BUE, 410; CBA, 228; SFE, 164); BOL, 425 —exige que los papeles consultados queden adheridos al expediente—; BRA, 346; COL, 208; COS, 256; CHI, 394; ECU, 254; GUA, 135; VEN, 302; ESP, 585. A este efecto el juez puede suspender el acto en COL, 208; COS, 256 y CHI, 394.

En cuanto al *contenido* de las respuestas, ellas deben:

1) *Ser categóricamente afirmativas o negativas* (el declarante debe responder por sí o por no) *en cuanto a sus hechos personales* (ARG [NAC, 413; BUE, 411; CBA, 228]; COS, 257; CHI, 391; GUA, 135; MEX, 316; PAR, 131; URU, 444; VEN, 301; ESP, 586) *frente a toda pregunta formulada asertivamente* (COL, 208), *agregando las explicaciones que crea necesarias* (ARG [NAC, 413; BUE, 411; CBA, 228]; COS, 257; MEX, 316; URU, 444; ESP, 586) *y que siempre puede exigir el juez* (ESP, 588) *para la recta y cabal inteligencia de lo declarado* (CHI, 391);

2) *expresar todo lo que sepa el declarante respecto de preguntas no asertivas* (COL, 208; COS, 255).

El declarante no puede alegar *olvido* de los hechos preguntados, salvo cuando tal excusa se funde en caso verosímil y notoriamente aceptable (CHI, 391) a juicio del juez.

o) *Consecuencias de la negativa a responder o de hacerlo evasivamente (segundo caso de confesión ficta o presunta)*. Se trata de una carga procesal, idéntica a la de comparecer al despacho judicial en el día y la hora señalados. La negativa a responder se considera una confesión implícita de los hechos contenidos en esas preguntas, que los hace presumir ciertos, si son asertivas y aquéllos susceptibles de prueba por confesión; en los demás casos se considera como un indicio en contra del absolvente. Pero éste puede desvirtuar la presunción o el indicio, probando libremente en contrario, es decir, llevando

al juez el convencimiento de la realidad objetiva que los excluya. Cuando la renuencia a dar respuestas precisas no es manifiesta, se tiene como indicio más o menos grave de la verdad del hecho preguntado, según las circunstancias. Tampoco procede incidente previo ni es necesario ni pertinente dictar auto que declare la presunción o el indicio, ni calificar las preguntas para el efecto de definir allí o en auto posterior las consecuencias probatorias; se aplica lo expuesto para el caso de no comparecencia, es decir, es en la sentencia o en el auto que falle el incidente dentro del cual se practicó el interrogatorio, según fuere el caso, donde se deben declarar esas consecuencias. Basta que el juez deje en el acta la correspondiente constancia de haber amonestado al absolvente por su conducta y de haberle hecho la prevención sobre los efectos de su renuencia, pero sin esa doble constancia no se producen tales efectos probatorios.

El carácter de evasiva de una respuesta es muy fácil de apreciar, en caso de pregunta asertiva, porque lo tendrá siempre que el interrogado se niegue a decir si el hecho preguntado es o no cierto, limitándose a dar explicaciones o narrar circunstancias que no constituyan negación ni afirmación de tal hecho; es decir, si la respuesta sólo comprende hechos diferentes que no absuelven la pregunta. Difícil puede ser, en cambio, conocer si la renuencia es *manifiesta* cuando la pregunta no es asertiva; creemos que se trata de apreciar si, por la naturaleza del hecho o las circunstancias que lo acompañan o la forma de la pregunta y de acuerdo con la personalidad del absolvente y su examen psicológico, es o no aparentemente justificable que éste tenga dificultad (no se requiere que sea verdadera imposibilidad) de saber con certeza el hecho preguntado. En caso de duda se debe resolver el punto a favor del absolvente.

Es indispensable tener en cuenta que si el absolvente contesta diciendo que "no es cierto" o "sí es cierto" lo preguntado, pero le agrega aclaraciones y adiciones de cualquier clase, para lo cual tiene perfecto derecho, la pregunta no puede ser considerada como evasiva y le corresponderá al juez, cuando dicte sentencia, dilucidar su verdadero sentido y si contiene o no una confesión, aplicando el criterio que expusimos al tratar de su indivisibilidad y su valoración de conjunto.

Si el absolvente dice que no recuerda o que ignora el hecho preguntado, el juez debe apreciar su sinceridad, atendida su edad, el estado de salud en que se encuentre, su sexo y condición, el temor y grado de inteligencia que revele, la época en que se hubiere verificado el hecho y la intervención que en él haya tenido; a lo cual agregamos, la mayor o menor dificultad que implique la pregunta, la clase de hechos y sus peculiaridades.

154.o)a. La *negativa a responder* implica que el juez puede tener por confeso al declarante en el momento de sentenciar (ARG [NAC, 414; BUE, 412]; GUA, 135; MEX, 322; PAR, 134; PER, 374; URU, 443; VEN, 298; ESP, 586).

Sin embargo, tal negativa es lícita y no trae aparejadas consecuencias adversas al declarante cuando la pregunta:

- 1) Es ilícita (ARG, SFE, 161);
- 2) tiende a someter al declarante a proceso penal (ARG, SFE, 161; BRA, 347; COL, 207);
- 3) afecta el honor de quien declara (ARG, SFE, 161; BRA, 347);
- 4) conculca el derecho a guardar secreto profesional (BRA, 347);
- 5) no refiere a un hecho personal del absolvente (COS, 258; ESP, 587: en este caso puede admitirse la absolución de posiciones por medio de un tercero que esté enterado personalmente de los hechos por haber intervenido en ellos a nombre del litigante interrogado, si éste lo solicita aceptando la responsabilidad de la declaración);
- 6) es impertinente a juicio del declarante, pero sabiendo que puede ser tenido por confeso en la sentencia si el juez considera pertinente la pregunta (ARG [NAC, 414; BUE, 412]; PAR, 131).

Las *respuestas evasivas* permiten siempre que el juez tenga por confeso al declarante en el acto de sentenciar (ARG [NAC, 417; BUE, 415; CBA, 225; SFE, 161]; BOL, 419, 424; BRA, 345; COS, 257, 264; PAR, 134; URU, 443; ESP, 586).

p) *La apreciación de las respuestas*. Para la debida apreciación de las respuestas se deben aplicar, por una parte, las normas sobre la indivisibilidad de la confesión y la divisibilidad de las declaraciones compuestas y, por otra parte, los principios generales sobre valoración de la prueba (véanse núms. 63-77) y los especiales para la confesión

(véase núm. 150). Es indispensable ese estudio de conjunto y la apreciación comparativa de las diversas respuestas. Todo lo que dijo el absolvente a lo largo del interrogatorio se refleja sobre cada una de las preguntas y respuestas, como aclaraciones, adiciones o rectificaciones de cada hecho confesado, y no solamente lo expuesto sobre el mismo en la respuesta donde aparece esta confesión<sup>309</sup>.

### 155. La confesión extrajudicial

Sobre la confesión extrajudicial hemos tratado en varios de los puntos desarrollados en este capítulo (véanse núms. 136, punto 11, y 141) por lo cual haremos únicamente un resumen de la materia, para su mejor sistematización.

a) *Cuándo existe confesión extrajudicial.* Es confesión extrajudicial la que no es hecha a un juez en ejercicio de sus funciones.

b) *Exige los mismos requisitos generales de la judicial, para su existencia, validez y eficacia.* Excepto en cuanto no está sujeta a las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar respecto al momento en que ocurre, ni a nulidades procesales que afecten el acto mismo de la confesión (pero pueden viciar su prueba). Tampoco tiene cabida la discusión acerca de si es indispensable el famoso *animus confitendi* (véase núm. 134, punto 7), porque la confesión extrajudicial puede estar contenida "en cualquier acto o documento *no destinado a servir de prueba*", de manera que es suficiente que haya sido consciente, expresa y seria (véase núm. 134).

c) *Requisito especial de la confesión extrajudicial* (su prueba oportuna). La confesión extrajudicial debe probarse siempre por otros medios (testimonios, documentos privados o públicos), es decir, es indispensable *probar la prueba*: cuándo ocurrió, en qué lugar, ante quiénes, de qué manera, por esto se dice que es una *probatio probanda* o prueba por probar<sup>310</sup>. Es indispensable examinar críticamente las dos fases de esta prueba: los otros medios que demuestren plenamente haber ocurrido la confesión extrajudicial y el contenido de ésta en relación con el hecho que se quiere demostrar con ella.

<sup>309</sup> ROCHA, Antonio, *De la prueba en derecho*, ed. cit., p. 94.

<sup>310</sup> REDENTI, Enrico, *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, núm. 79.

Sin embargo, es necesaria una aclaración: para que la confesión extrajudicial tenga eficacia probatoria, deberá probarse por medios hábiles para demostrar el hecho confesado, y, por lo tanto, si éste no puede establecerse con testimonios, tampoco aquélla es eficaz, si se prueba con ellos; esto ocurrirá, por ejemplo, si se confiesa la compraventa o la hipoteca de un inmueble o la constitución de una sociedad comercial regular (en el último caso servirá para probar la sociedad de hecho) (véanse núms. 141 y 149).

Cuando la confesión extrajudicial esté contenida en un documento privado o público, éste le sirve de prueba y el valor o eficacia probatoria de aquélla depende del que tenga éste. Por consiguiente, si el documento es privado y carece de autenticidad, es indispensable establecerla, a menos que la parte contra quien se aduce lo reconozca expresa o tácitamente, lo último por no tacharlo de falso oportunamente (véanse núms. 147 y 150).

d) *Su naturaleza.* Como lo vimos al explicar la naturaleza jurídica de la confesión en general, se trata de una declaración de ciencia o conocimiento; es un acto extraprocesal, pero no un acto sustancial sino un medio de prueba (véase núm. 139).

e) *Su indivisibilidad.* La confesión es siempre indivisible; lo divisible puede ser la declaración que la contiene. No existe ninguna diferencia, en este punto, entre las confesiones judiciales y extrajudiciales (véase núm. 151).

f) *Su apreciación por el juez y su valor probatorio.* Los principios que estudiamos en el número 150 acerca de la apreciación de la confesión por el juez, rigen lo mismo para la extrajudicial que para la judicial, y por ello nos remitimos a lo expuesto entonces.

En los códigos modernos que dejan al juez en libertad de apreciar las pruebas, goza éste de libertad para fijarle a la confesión extrajudicial el mérito probatorio, según las circunstancias en que tuvo lugar y la naturaleza del acto; por tanto, puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma y su contenido lo convence.

Para reconocerle valor de plena prueba, cuando haya sido verbal, es indispensable que si la ley exige para el hecho un medio de prueba

distinto de la testimonial, la confesión extrajudicial se pruebe también por ese medio. Debe ser más rigurosa la crítica de la prueba de la confesión extrajudicial cuando no aparezca en documento ni la misma parte acepte haberla hecho verbalmente. Y una vez que el juez esté convencido de que la confesión se hizo, debe examinar cuidadosamente si el documento de ella, tal como aparece de sus pruebas, convence del hecho que con ella se pretende demostrar.

La confesión extrajudicial verbal puede ser desvirtuada con prueba en contrario, inclusive la testimonial, sea demostrando que no fue seria o impugnándola objetivamente, sin necesidad de probar el error subjetivo. Cuando se trata de confesión extrajudicial contenida en documentos, puede ser impugnada mediante prueba en contrario, en la forma como la ley permite hacerlo respecto del documento mismo. Estas confesiones tienen el valor probatorio que la ley, o el juez si tiene libertad para ello, le señalan al respectivo documento y, por lo tanto, en nuestro sistema procesal civil el de plena prueba contra su autor cuando el documento es público o privado, reconocido o auténtico, siempre que la ley no exija otra prueba especial solemne para el hecho que allí se relata.

Las anteriores conclusiones se aplican a las confesiones extrajudiciales en los procesos laborales, de jurisdicción coactiva o fiscales, de aduanas y contencioso-administrativos. En lo penal la hecha verbalmente es apenas un simple indicio, siempre que se encuentre probado el cuerpo del delito; la que conste en documento tiene el valor propio de éstos, como en el proceso civil.

### **156. Diferencia entre la confesión en el proceso civil y el proceso penal**

Cualquiera que sea la jurisdicción en que ocurra y el sistema legislativo que regule el procedimiento, la naturaleza jurídica de la confesión es una misma y, en general, son iguales los requisitos para su existencia y su validez.

Sin embargo, hay algunas diferencias en materia de confesión, en los dos procesos:

- 1ª) La capacidad para disponer del derecho o contraer la obligación

que surge del hecho confesado, que se requiere en materias civiles, está fuera de lugar en el proceso penal, razón por la cual hay una importante diferencia en la capacidad jurídica del confesante; mientras en lo civil el incapaz relativo sólo puede confesar válidamente en casos especiales (véase núm. 135, punto 1), en el proceso penal, por regla general, la confesión del incapaz relativo por edad tiene el mismo valor que la del capaz, y las otras incapacidades relativas (del quebrado o concursado y del interdicto por dilapidación) no tienen vigencia alguna.

2<sup>a</sup>) En materia civil los representantes legales o contractuales y los apoderados pueden confesar por sus representados o mandantes, con ciertas limitaciones (véanse núms. 135, punto 1, y 136, punto 2), al paso que en materias penales la confesión debe ser siempre personal y aquéllos únicamente pueden declarar como testigos, con la limitación que consagra la ley en favor de los parientes dentro de cierto grado de consanguinidad o afinidad.

3<sup>a</sup>) Otros de los requisitos para la eficacia probatoria de la confesión en materias civiles no tienen aplicación en lo penal, como la disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado y la alegación del hecho, si es fundamento principal de la pretensión, por el demandante favorecido, por la confesión del demandado (véase núm. 136, puntos 1, 2, 3 y 4).

4<sup>a</sup>) La confesión extrajudicial, que en lo civil tiene un importante valor y puede llegar a ser plena prueba, en lo penal apenas puede tener el mérito de indicio.

5<sup>a</sup>) En lo civil, la confesión puede ser inconducente, cuando la ley exige una prueba distinta para el hecho confesado (véase núm. 136, punto 3), y en lo penal, en cambio, es conducente para toda clase de actos que por sí mismos o por su naturaleza sean ilícitos; pero si lo confesado es un hecho de naturaleza civil o comercial, cuya prueba es solemne de acuerdo con la ley que lo regula, la confesión hecha en un proceso penal no sirve para demostrarlo, aun cuando pueda configurar un delito, como un segundo matrimonio o una doble venta de inmuebles o el venderlos como libres existiendo un embargo o una hipoteca, es decir, debe allegarse la respectiva prueba documental o la testimonial supletoria del matrimonio.

6<sup>a</sup>) En lo penal, a pesar de que una confesión reúna todos los

requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria, no sirve por sí sola para condenar al confesante, pues para ello es preciso que además esté probada por otros medios la responsabilidad del procesado, sin que se requiera prueba en contrario; en lo civil, en cambio, una confesión de esas condiciones conduce a un fallo desfavorable al confesante, a menos que aparezca prueba en contrario (véanse núms. 136, puntos 9, 10 y 11, y 153).

7ª) En el proceso civil, el interrogatorio de la parte es fundamentalmente una fuente de prueba (algunos lo califican de medio de prueba, pero en realidad la prueba está constituida por la confesión, cuando aparece en las respuestas); en lo penal, en cambio, se considera el interrogatorio del sindicado o imputado, es decir su indagatoria, principalmente como un medio de defensa de éste, además de fuente de prueba<sup>311</sup>.

### 157. Semejanzas de la confesión en lo civil y lo penal

Muchas son estas semejanzas:

- 1ª) En cuanto a la naturaleza del acto, que es la misma (véase núm. 139);
- 2ª) en cuanto a los requisitos para la existencia jurídica de la confesión (véase núm. 134);
- 3ª) en cuanto a los requisitos para la validez del acto, que son los mismos (véase núm. 135), salvo la capacidad para disponer del derecho o adquirir la obligación que en lo penal no tiene vigencia, como vimos en el punto anterior;
- 4ª) en cuanto a la mayoría de los requisitos para la eficacia probatoria de la confesión, como la pertinencia del hecho confesado, su posibilidad metafísica y física, su causa y objeto lícitos, la ausencia de dolo y fraude, que la ley no prohíba investigar

<sup>311</sup> FLORIAN, *Pruebas penales*, Milano, 1961, t. II, núm. 16 y cita 206; STOPATTO y la *Exposición de motivos del Código de Procedimiento Penal italiano de 1913*, citado por FLORIAN: este gran jurista italiano considera que en el proceso civil, el interrogatorio es medio de prueba, por lo que se encuentra esta otra diferencia, punto en el cual no estamos de acuerdo. Véase también ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, 1944, Caps. XXVI-XXVII.

el hecho, que éste no sea contrario a otro que goce de notoriedad, ni esté en contradicción con máximas generales de la experiencia, ni sea jurídicamente imposible;

- 5<sup>a</sup>) en cuanto a la impugnación por dolo o violencia, causa u objeto ilícitos, o simplemente por no corresponder a la realidad o sea por falsedad objetiva;
- 6<sup>a</sup>) en pura doctrina, en la libertad del juez para valorarlas;
- 7<sup>a</sup>) en cuanto a la indivisibilidad de la confesión cualificada o compleja y la divisibilidad de la declaración compuesta (véase núm. 151).

## CAPÍTULO XXI

### DEL JURAMENTO COMO MEDIO ESPECIAL DE PRUEBA

#### **158. La llamada prueba del juramento (decisorio, supletorio y estimatorio)**

En sentido general, por juramento judicial se entiende la afirmación solemne que una persona hace ante un juez, de decir la verdad en la declaración que rinde.

El juramento tuvo un carácter religioso en sus orígenes y durante un largo periodo que llega hasta el siglo XIX, pues solamente en algunos códigos surgidos después de la revolución francesa se le asignó un carácter estrictamente civil, al despojar su fórmula de toda invocación a la divinidad, para convertirlo en un compromiso legal de decir la verdad ante un funcionario del Estado. Por lo tanto, el juramento debe considerarse, con prescindencia de toda creencia religiosa, como un acto puramente civil.

Hay juramento también ante autoridades administrativas (como en las declaraciones de renta y patrimonio) o de policía.

#### **159. Las varias clases de juramento**

El juramento puede ser *decisorio* o *estimatorio*. El primero ocurre cuando una parte o la ley defiende a la declaración juramentada de la otra, la decisión sobre la existencia o las modalidades de uno o varios hechos discutidos en el proceso; es decir, cuando el juez debe estarse a lo declarado por quien lo presta. El segundo se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal

acto, para fijar el monto o valor de una prestación exigida al adversario u otra circunstancia que debe ser objeto del proceso, mientras no se haga su regulación en debida forma. El decisorio voluntario debe ser suprimido por obsoleto e inútil, como se hizo en el Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970.

Se habla de juramento *legal* cuando es deferido directamente por la ley. El juramento toma denominación de *supletorio* cuando es deferido por el juez en vista de autorización legal y suple una prueba que por renuencia de la otra parte no puede ser practicada; por ejemplo, cuando en un litigio entre comerciantes, uno ofrece estar a lo que constara en los libros de contabilidad del contendor y éste se niega a exhibirlos, el juez defiere el juramento supletorio a la parte que haya exigido la exhibición.

Ejemplos de *juramento estimatorio* los encontramos en el proceso ejecutivo por incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, de entregar cuerpos ciertos o géneros, cuando subsidiariamente o en forma principal se demandan los perjuicios, sin que aparezcan estimados previamente en el título. El ejecutante los estima bajo juramento, especificándolos en dinero para efectos de la simple mora, o en una suma correcta que sustituya la cosa debida, es decir como capital, y el juez libra la orden de pago con base en tal estimación juramentada; pero el ejecutado puede solicitar, dentro del término que la ley señale, que dicha cantidad sea regulada por éste, previo un incidente cuya prueba consistirá especialmente en un dictamen de peritos sobre el valor de los perjuicios.

159)a. Conforme la opinión expresada en el texto, los CPC más modernos prescinden totalmente de este medio de prueba, que sólo se halla en ECU, 151; PER, 381; URU, 448; VEN, 306 y COL, 211 (en una de sus modalidades).

1º) *Juramento decisorio*: En general, *procede* en toda especie de juicio civil (VEN, 306) sobre actos propios del confesante (ECU, 153; PER, 382) salvo que refiera a hechos punibles, materia no transigible o actos o contratos para cuya validez la ley exige forma escrita (PER, 383). URU, 448, lo acepta "en los juicios sobre obligaciones civiles procedentes de delito o cuasidelito o dolo: puede el juez deferir el juramento al demandante con las

circunstancias y efectos siguientes: 1º) El delito, cuasidelito o dolo han de resultar debidamente probados. 2º) La duda del juez ha de recaer sobre el número o valor real y de afección de las cosas, o sobre el importe de los daños y perjuicios. 3º) El juez no estará obligado a pasar por la declaración jurada al demandante, sino que podrá moderarla según su prudente arbitrio”.

*Puede ser solicitado* en cualquier estado de la causa (ECU, 154; PER, 381; URU, 448; VEN, 306) *por y contra* quien tiene capacidad para confesar (ECU, 155; PER, 384), pudiendo ser *desistido* hasta antes de que empiece la declaración (ECU, 156; PER, 387). En el acto del ofrecimiento se acompaña *pliego abierto* con el interrogatorio respectivo, “expresando en forma breve y precisa, los hechos primordiales de que depende la decisión de la controversia” (PER, 390).

VEN, 306, exige: “...Quien defiere el juramento deberá proponer la fórmula de éste. Ésta debe ser una, breve, clara, precisa y comprensiva del hecho o los hechos, o del conocimiento de éstos, de que las partes hagan depender la decisión del asunto”.

A quien se exige juramento puede *excusarse* de prestarlo “manifestando, antes del día señalado para la diligencia, que defiere el juramento de su colitigante, quien en tal caso no puede eximirse de prestarlo” (PER, 386).

Se trata de un *acto estrictamente personal* del litigante (PER, 388); sin embargo, URU, 450, permite que lo haga un *representante* legal o *apoderado* con facultad especial al efecto.

Su *efecto principal* es poner fin al proceso (ECU, 162; PER, 393), no perjudicando a terceros (ECU, 164).

2º) *Juramento estimatorio*: COL, 211, establece que “El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión. Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia”.

ECU, 165, dice que "Si constando de los autos probada la obligación, no hubiere medio de acreditar la estimación o importe de ella, o el valor de los daños y perjuicios, el juez podrá deferir el juramento del acreedor o perjudicado; pero tendrá en todo caso, la facultad de moderar la suma si le pareciera excesiva".

## 160. Naturaleza jurídica del juramento

Mucho se ha discutido sobre este punto. Hasta principios del presente siglo fue muy frecuente sostener la teoría, basada en la interpretación, muy discutida por cierto, de algunos textos romanos, de que el juramento es una especie de transacción<sup>312</sup>.

Posteriormente se sostuvo la tesis que le asigna al juramento el carácter de acto dispositivo del derecho controvertido<sup>313</sup>.

La mayoría de los autores contemporáneos rechazan las dos tesis anteriores y consideran el juramento como un medio de prueba, de naturaleza testimonial, es decir, como una declaración de ciencia, similar a la confesión<sup>314</sup>.

Adoptamos sin vacilación esta última tesis, porque la circunstancia de que un acto jurídico tenga valor formal de prueba tasada, esto es,

<sup>312</sup> LAURENT, XX, ps. 230-231; DURANTON, VII, núm. 571; TOULLIER, V, núm. 365; DEMOLOMBE, XXX, núm. 580; citas de LESSONA, ob. cit., t. II, núm. 114; MATTIROLO, *Trattato de diritto giudiziario civile*, Torino, 1902, t. II, núm. 829, nota 2; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1884, t. I, p. 533; RICCI, *Diritto civile*, Torino, 1886, t. VI, p. 605.

<sup>313</sup> BIONDI, *Il giuramento decisivo nel processo romano*, Palermo, 1913, ps. 122-135; FERRARA, *Il giuramento non è un mezzo di prova*, en *Foro italiano*, 1941, I, ps. 30 y ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1953, t. II, p. 76; SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano, 1959-1960, t. I, p. 228.

<sup>314</sup> Entre otros, LESSONA, ob. cit., t. II, núm. 118; ANDRIOLI, *Giuramento*, en *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1961, t. VII, ps. 943 y ss.; SCARDACCIONE, ob. cit., ps. 325-326; CHIOVENDA, *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 62; CARNELUTTI, *La prueba civil*, ed. cit., núm. VIII, nota 56, ps. 37-38; CAPPELLETTI, Mauro, *Giuramento*, en *Enciclopedia forense*, Milano, 1958, t. III, ps. 965 y ss.; *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, t. I, ps. 6-7, nota 4<sup>a</sup>, ps. 209-211 y 259-261; ALLORIO, *La revoca del giuramento e un'inesistente questione di metodo* en el libro *L'ordinamento giuridico nel prima dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, ps. 452-455.

que produzca la *fijación formal* de hechos, no excluye su naturaleza de medio de prueba, como sucede con la confesión en los sistemas procesales que le asignan el valor tasado de plena prueba. Una cosa es la libertad o vinculación para valorar los medios de prueba, y otra muy diferente la naturaleza probatoria de un medio. Para nosotros, el juramento, decisorio o supletorio o estimatorio, es un medio de prueba de igual naturaleza a la confesión, es decir, es una declaración de ciencia de la parte que lo presta; por esto, lo declarado puede corresponder o no a la realidad de los hechos.

### **161. Consideraciones adicionales sobre el juramento decisorio**

El fin del juramento decisorio es probar plenamente o fijar obligatoriamente hechos controvertidos; no define la controversia, sino que determina el contenido de la sentencia que la resuelve. Éste es su efecto y aquél es su fin. Debe versar sobre hechos objetivos y concretos, no sobre opiniones o apreciaciones subjetivas de las partes, ni sobre cuestiones de derecho. Y deben ser hechos decisivos para la cuestión sustancial debatida<sup>315</sup>.

Como ya dijimos, esta clase de juramento debe ser suprimida por inútil y obsoleta, pues desde hace muchos años nadie se arriesga a ponerse en manos de la buena fe del contrario.

### **162. Requisito para la validez del juramento (decisorio, supletorio o estimatorio)**

Para la validez del juramento se requieren los mismos requisitos que para la validez de la confesión (véase núm. 135), a saber:

- a) La capacidad general y para disponer del derecho o contraer la obligación que surge del hecho objeto del juramento, sea para deferirlo o para prestarlo; los menores adultos, el quebrado o concursado, el interdicto por dilapidador y los representantes legales, gerentes, administradores y mandatarios en general,

<sup>315</sup> ALLORIO, cita de SCARDACCIONE, ob. cit., p. 208; SCARDACCIONE, ob. cit., p. 208; GENTILE, ob. cit., p. 539.

podrán deferir el juramento y se les podrá deferir a ellos, en los casos en que puedan confesar<sup>316</sup>;

- b) la libre voluntad para deferir o prestar el juramento, es decir, la ausencia de toda clase de coacción;
- c) el cumplimiento de las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar;
- d) ausencia de otra causal de nulidad.

Nos remitimos a lo expuesto sobre estos puntos en materia de confesión.

### 163. Requisitos para la eficacia del juramento

Como sucede en la confesión, es conveniente distinguir entre los requisitos para la validez y los requisitos para la eficacia del juramento.

Cuando una parte está formada por varios litisconsortes necesarios, es indispensable que de consuno lo presten.

Debe versar sobre un hecho propio o sobre el conocimiento que se tiene de un hecho ajeno, lo mismo que la confesión; no puede versar sobre cuestiones de derecho, ni sobre opiniones personales, pero sí sobre la cantidad o calidad o característica de los hechos.

### 164. El reenvío del juramento decisorio

En doctrina suele aceptarse que la parte a quien se defiere el juramento pueda a su vez deferirlo a quien lo solicita, y entonces a ésta le corresponde la carga de prestarlo, sin que pueda insistir en que lo preste aquélla.

### 165. Valor probatorio del juramento estimatorio

Este juramento es una especie de prueba provisional, pues sólo si el ejecutado deja pasar el término legal para pedir la regulación de

<sup>316</sup> SCARDACCIONE, *Le prove*, ed. cit., p. 334; CAPPELLETTI, *Giuramento*, en *Enciclopedia forense*, Milano, 1958, II, p. 973, c *Il giuramento della parte nel processo litis consorziale*, en *Rivista trimestrale*, 1955, ps. 1177 y 1178; LESSONA, *Teoria general de la prueba*, ed. cit., t. II, núm. 125; GENTILE, *La prove civile*, ed. cit., ps. 585-586.

los perjuicios se convierte en prueba definitiva. Si por el contrario, pide esa regulación, desaparece su mérito y el monto de los perjuicios será el que en el incidente se pruebe, por otros medios.

### 166. La revocación o retractación del juramento

Dada la circunstancia de que el juramento decisorio y supletorio recae sobre hechos favorables a quien lo presta, a primera vista parece que no fuera posible su revocación, ya que, en materia de confesión, tiene lugar cuando el confesante desvirtúa su declaración desfavorable a sus intereses, en los casos que examinamos en otro lugar (véase núm. 153).

Sin embargo, como enseña Enrico Allorio en su breve y brillante monografía sobre este tema, una cosa es la incontrovertibilidad del juramento, mientras subsiste, y otra muy distinta su irrevocabilidad. Mientras el juramento subsista, no se puede desconocer ni discutir; pero esto no significa que no pueda retractarse, porque es algo diferente, a saber: retirar la afirmación o negativa favorable, por la misma parte que la hizo. La circunstancia de que esa afirmación se haya hecho bajo juramento no impide que se deje insubsistente por quien con ella se favorecía<sup>317</sup>.

Estamos partiendo de la base de que quien revoca el juramento o confiesa en contra del hecho jurado goza de capacidad general y de la especial para disponer del hecho o del derecho que de aquél emana, puesto que para prestar el juramento era indispensable que las tuviera.

Cuando el juramento es el estimatorio, como éste admite prueba en contrario de la otra parte, la retractación de quien lo prestó equivale a admitir la oposición que aquélla haya formulado, total o parcialmente, según el alcance de la retractación. Sus efectos son todavía más claros que en los casos de juramento decisorio o supletorio. La nueva declaración puede ser hecha sin juramento, en memorial presentado personalmente por la misma parte o por su apoderado con facultad expresa para el acto o general para confesar.

Los efectos penales de la retractación del juramento decisorio, supletorio o estimatorio, son los mismos que los del retracto del falso juramento en general, razón por la cual nos remitimos a las opiniones de la jurisprudencia y de los autores de derecho penal.

<sup>317</sup> ALLORIO, *La revoca del juramento*, ed. cit., ps. 445-458.

## ÍNDICE SUMARIO

EXPLICACIÓN PREVIA.....	9
PRINCIPALES ABREVIATURAS.....	11

### CAPÍTULO I

#### IMPORTANCIA, DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

1. La noción de prueba trasciende el campo del derecho.....	13
2. Qué se entiende por pruebas judiciales. Su diferencia con el derecho probatorio.....	14
3. Naturaleza del derecho probatorio y de las normas sobre pruebas judiciales.....	14
4. ¿Existe una teoría general de la prueba?.....	16

### CAPÍTULO II

#### NOCIÓN O CONCEPTO DE LA PRUEBA

5. Naturaleza jurídica del acto probatorio.....	19
6. Concepto o noción procesal de la prueba.....	19
7. Los tres aspectos de la noción de prueba judicial.....	21
8. Diferencia entre prueba y medio de prueba.....	22
9. Nuestras definiciones.....	22
10. El derecho subjetivo de probar.....	23

CAPÍTULO III  
**BREVE HISTORIA DE LAS  
PRUEBAS JUDICIALES**

11. Diversas fases en su evolución. ....	27
12. El moderno sistema probatorio. ....	28

CAPÍTULO IV  
**PRINCIPIOS GENERALES DE  
LA PRUEBA JUDICIAL**

13. Existen principios generales aplicables a la prueba civil, laboral, penal o contencioso-administrativa. ....	31
14. Conclusión sobre este capítulo. ....	47

CAPÍTULO V  
**LOS DOS SISTEMAS FUNDAMENTALES PARA  
LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA JUDICIAL**

15. Sistema dispositivo o inquisitivo. ....	49
16. Los dos aspectos del principio dispositivo. ....	50
17. Objeciones al proceso civil inquisitivo en materia de pruebas y su refutación. ....	51
18. Sistemas de la tarifa legal y de la libre valoración de las pruebas por el juez. ....	64
19. Características del sistema de la libre apreciación de las pruebas. ....	68
20. Aplicación de los anteriores sistemas en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos colombianos y argentinos. ....	71
21. En el proceso penal debe existir libre apreciación y libertad de decretar pruebas de oficio. ....	71
22. Conclusiones sobre este capítulo. ....	71

**CAPÍTULO III**  
**BREVE HISTORIA DE LAS**  
**PRUEBAS JUDICIALES**

11. Diversas fases en su evolución. ....	27
12. El moderno sistema probatorio. ....	28

**CAPÍTULO IV**  
**PRINCIPIOS GENERALES DE**  
**LA PRUEBA JUDICIAL**

13. Existen principios generales aplicables a la prueba civil, laboral, penal o contencioso-administrativa. ....	31
14. Conclusión sobre este capítulo. ....	47

**CAPÍTULO V**  
**LOS DOS SISTEMAS FUNDAMENTALES PARA**  
**LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA JUDICIAL**

15. Sistema dispositivo o inquisitivo. ....	49
16. Los dos aspectos del principio dispositivo. ....	50
17. Objeciones al proceso civil inquisitivo en materia de pruebas y su refutación. ....	51
18. Sistemas de la tarifa legal y de la libre valoración de las pruebas por el juez. ....	64
19. Características del sistema de la libre apreciación de las pruebas. ....	68
20. Aplicación de los anteriores sistemas en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos colombianos y argentinos. ....	71
21. En el proceso penal debe existir libre apreciación y libertad de decretar pruebas de oficio. ....	71
22. Conclusiones sobre este capítulo. ....	71

## CAPÍTULO VI

### OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL. QUÉ PUEDE SER PROBADO

23. Conveniencia de distinguir adecuadamente las nociones de objeto, tema o necesidad y carga de la prueba . . . . .	73
24. Estrecha relación entre las nociones de prueba y objeto de la prueba . . . . .	74
25. Qué es, en definitiva, objeto de la prueba judicial . . . . .	75
26. Qué se entiende por “hechos” como objeto de la prueba judicial . . . . .	75
27. La noción de objeto concreto de prueba judicial en oposición a objeto abstracto . . . . .	79
28. El problema de los juicios como objeto de prueba judicial . . . . .	79
29. ¿Son las reglas o máximas de la experiencia objeto de prueba? . . . . .	81
30. Las normas o reglas jurídicas como objeto de prueba judicial . . . . .	82
31. Cuestiones de hecho y de derecho en relación con la prueba judicial. . . . .	83

## CAPÍTULO VII

### TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA. HECHOS QUE DEBEN PROBARSE O QUE ESTÁN EXENTOS DE PRUEBA EN CADA PROCESO

32. Qué debe entenderse por tema o necesidad de la prueba ( <i>thema probandum</i> ). Diferencia con objeto y carga . . . . .	85
33. Hechos que necesitan probarse o que constituyen el tema de prueba en cada proceso. Afirmación, admisión y discusión de los hechos . . . . .	86
34. Cuándo es necesario probar las normas jurídicas . . . . .	91
35. Hechos que no necesitan prueba a pesar de ser parte del presupuesto de hecho de pretensiones y excepciones . . . . .	96
36. El concepto de la notoriedad. Diferencia con el conocimiento privado del juez . . . . .	111
37. La llamada notoriedad judicial . . . . .	114
38. Son diferentes las nociones de notoriedad y de máximas o reglas de la experiencia . . . . .	115

39. El conocimiento privado del juez; diferencia con la notoriedad general y judicial .....	116
40. La notoriedad es algo muy diferente de la fama y el rumor públicos...	116
41. El caso especial de la notoriedad como causa o fuente de un derecho material o sustancial .....	117

## CAPÍTULO VIII

### DEL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL

42. Diferencia entre objeto y fin de prueba .....	119
43. Fin extraprocesal y fin procesal .....	119
44. Diversas teorías sobre el fin de la prueba judicial .....	120
45. Resultado de la prueba .....	123

## CAPÍTULO IX

### SUJETOS Y ÓRGANOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

46. La actividad probatoria se realiza por diversos sujetos .....	125
47. No existen propiamente sujetos activos y pasivos de la prueba .....	125
48. Órganos de la actividad probatoria. Diferencia con sujetos .....	126
49. Diversos sujetos de la actividad probatoria .....	126

## CAPÍTULO X

### FUENTES, MOTIVOS O ARGUMENTOS Y MATERIAS O FORMAS DE EXPRESIÓN DE LA PRUEBA

50. Noción de fuentes de la prueba .....	131
51. Diferencia entre fuente y medio de prueba .....	132
52. Motivos, argumentos o fundamentos de prueba. Su diferencia con fuentes y medios de prueba .....	133
53. Materia o formas de expresión de la prueba .....	134

**CAPÍTULO XI**  
**FASES Y ETAPAS DE LA ACTIVIDAD**  
**PROBATORIA EN EL PROCESO**

54. Procedimientos probatorios.....	135
55. Las varias fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso .....	135
56. La producción y obtención de la prueba y sus requisitos.....	136
57. Averiguación o investigación de la prueba .....	136
58. Aseguramiento o defensa de la prueba .....	136
59. Proposición y presentación de la prueba .....	138
60. Admisión, ordenación y decreto de la prueba.....	139
61. Recepción o práctica de la prueba .....	140
62. La asunción de la prueba .....	140

**CAPÍTULO XII**  
**VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA**

63. Qué se entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial.....	141
64. Los dos sistemas fundamentales para la apreciación de la prueba.....	141
65. Diversas operaciones del proceso mental de valoración o apreciación de la prueba.....	142
66. Momento en que se ejerce la actividad valorativa .....	145
67. Fin de la apreciación o valoración de la prueba .....	145
68. Unidad y comunidad de la prueba y apreciación global o de conjunto .....	146
69. Diversas maneras para concebir el trabajo de valoración del juez .....	148
70. Crítica subjetiva o intrínseca y objetiva o extrínseca.....	149
71. Fuerza o valor probatorio de los medios de prueba .....	150
72. Qué se entiende por argumentos de prueba .....	151
73. Apreciación de la prueba de hechos imposibles, improbables o difíciles de probar .....	151
74. Resultado final de la valoración de la prueba .....	151
75. Casos en que se atenúa el grado de convicción de la prueba. La atendibilidad o la simple justificación del hecho. Prueba sumaria y prueba prima facie .....	153

76. Diferencia entre eficacia probatoria y fuerza obligatoria de ciertos medios según la persona contra quien se oponen . . . . .	154
77. La inevitable posibilidad de error judicial en la apreciación de la prueba y el necesario carácter objetivo y social que debe tener. La conclusión del juez . . . . .	155

### CAPÍTULO XIII

#### **REQUISITOS INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS DE LOS ACTOS DE PRUEBA**

78. Cuáles son estos requisitos . . . . .	157
79. Noción de conducencia de la prueba. Diferencias con su admisibilidad y su eficacia . . . . .	158
80. De la pertinencia o relevancia de la prueba o, mejor dicho, del hecho objeto de ésta . . . . .	159
81. El requisito de la utilidad de la prueba . . . . .	162
82. Ausencia de prohibición legal para investigar el hecho . . . . .	164
83. Oportunidad procesal o ausencia de preclusión . . . . .	164
84. Formalidades procesales para la validez de la prueba . . . . .	166
85. Legitimación y postulación para la prueba . . . . .	170
86. Competencia del juez de la causa o del comisionado según el caso . . . .	171
87. Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad en los sujetos u órganos . . . . .	172

### CAPÍTULO XIV

#### **DE LA PRUEBA TRASLADADA Y SUS REQUISITOS ESPECIALES**

88. Qué es prueba trasladada . . . . .	175
89. Pruebas practicadas en otros procesos entre las mismas partes o entre partes total o parcialmente distintas . . . . .	176
90. Cuándo es posible la ratificación y en qué consiste . . . . .	177
91. No puede suplirse el traslado de la prueba con la relación y las conclusiones que sobre ella aparezcan en las motivaciones de una sentencia anterior entre las mismas partes . . . . .	178
92. Pruebas practicadas extraproceso . . . . .	178

93. Pruebas practicadas en un proceso anulado .....	179
94. El caso de la acumulación de procesos. ....	180
95. Pruebas de un proceso penal o de otra jurisdicción no civil .....	180
96. Pruebas en proceso caducado o perimido .....	181
97. Pruebas en proceso terminado por desistimiento, transacción o arbitramento .....	182
98. Pruebas de proceso extranjero .....	182
99. Requisitos de las copias para el traslado de pruebas .....	183

## CAPÍTULO XV

### **VIGENCIA DE LA LEY SOBRE PRUEBAS EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO**

100. La vigencia de la ley sobre pruebas no es siempre la de la ley procesal en general. ....	185
101. Vigencia en el tiempo de la ley sobre pruebas. ....	185
102. Vigencia de la ley sobre pruebas en el espacio .....	190

## CAPÍTULO XVI

### **NOCIÓN DE CARGA PROCESAL EN GENERAL Y DE CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR**

103. Noción de carga procesal. ....	193
104. Planteamiento del problema .....	194
105. El concepto moderno sobre la noción de carga procesal .....	194
106. Breve historia de la noción de carga de la prueba .....	195
107. Qué debe entenderse por carga de la prueba .....	196
108. Aspectos subjetivo y concreto, objetivo y abstracto de la carga de la prueba .....	198
109. Importancia de la noción de la carga de la prueba .....	199
110. Fundamento de la noción de carga de la prueba y de su distribución. ....	200
111. Criterio o regla general de distribución de la carga de la prueba .....	200
112. Nuestro concepto .....	211
113. Carácter procesal de las normas sobre carga de la prueba .....	217

**CAPÍTULO XVII**  
**INVALIDEZ DE LOS PACTOS O**  
**CONTRATOS SOBRE PRUEBAS**

114. Diversos pactos o contratos sobre pruebas .....	219
115. Nuestro concepto .....	220

**CAPÍTULO XVIII**  
**CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS JUDICIALES**

116. Diversos criterios para clasificar las pruebas judiciales .....	223
117. Clasificación principal o verdadera.....	223
118. El caso de la violación del secreto profesional o de la reserva legal.....	236

**CAPÍTULO XIX**  
**DE LOS DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA**

119. Noción de medio de prueba .....	241
120. Los medios de prueba pueden ser libres o taxativamente determinados .....	242
121. La clasificación de los medios de prueba.....	243
122. Cuándo la enumeración legal de los medios de prueba tiene carácter exhaustivo .....	244
122 bis. Sistema consagrado en nuestros códigos .....	244
123. Inadmisibilidad de medios convencionales .....	246
124. El conocimiento privado del juez no es medio de prueba .....	246
125. Distinción entre medio y sucedáneo de prueba .....	247

**CAPÍTULO XX**  
**DECLARACIÓN DE PART Y PRUEBA DE CONFESIÓN**

126. Del testimonio en general, como fuente de prueba .....	249
127. La declaración de parte como acto procesal .....	249

128. Declaraciones de parte con o sin fines probatorios .....	250
129. El interrogatorio de las partes en el proceso. Necesidad del libre interrogatorio por el juez y la parte contraria .....	250
130. Interrogatorio informal de la parte por el juez con fines aclarativos (interrogatorio <i>ad clarificandum</i> ) .....	251
131. Interrogatorio de las partes con fines específicos de prueba .....	251
132. El interrogatorio formal de parte, con fines probatorios .....	252
133. La confesión propiamente dicha .....	252
134. Requisitos para la existencia de la confesión .....	253
135. Requisitos para la validez de la confesión .....	267
136. Requisitos para la eficacia de la confesión .....	270
137. Requisito especial de la confesión judicial .....	276
138. Confesión, admisión y reconocimiento o allanamiento. Sus analogías y diferencias .....	277
139. Naturaleza jurídica de la confesión .....	280
140. Nuestras definiciones de confesión en general y de confesión judicial en particular .....	283
141. Qué se entiende por confesión extrajudicial .....	284
142. Distintas clases de confesiones .....	284
143. Sujetos del acto confesorio .....	285
144. La disponibilidad de la confesión o su provocación .....	285
145. Fundamento o razón de ser del valor probatorio de la confesión .....	286
146. Valor probatorio de la confesión judicial y extrajudicial .....	286
147. Confesiones contradictorias orales o en documentos públicos o privados .....	290
148. La confesión y el estado civil de las personas .....	291
149. La prueba de la confesión, prueba de la prueba .....	292
150. Apreciación de la confesión por el juez .....	293
151. Indivisibilidad o inescindibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte .....	294
152. Efectos de la confesión respecto a los litisconsortes y sucesores del confesante y a los terceros .....	301
153. La revocación o mejor dicho retractación de la confesión .....	303
154. El interrogatorio a las partes .....	307
155. La confesión extrajudicial .....	329
156. Diferencia entre la confesión en el proceso civil y el proceso penal .....	331
157. Semejanzas de la confesión en lo civil y lo penal .....	333

**CAPÍTULO XXI**  
**DEL JURAMENTO COMO MEDIO**  
**ESPECIAL DE PRUEBA**

158. La llamada prueba del juramento (decisorio, supletorio y estimatorio).....	335
159. Las varias clases de juramento .....	335
160. Naturaleza jurídica del juramento .....	338
161. Consideraciones adicionales sobre el juramento decisorio .....	339
162. Requisito para la validez del juramento (decisorio, supletorio o estimatorio) .....	339
163. Requisitos para la eficacia del juramento .....	340
164. El reenvío del juramento decisorio .....	340
165. Valor probatorio del juramento estimatorio .....	340
166. La revocación o retractación del juramento .....	341